

**Dr. Iván Escobar Fornos**

**Derecho de**

# **OBLIGACIONES**

**Segunda Edición  
(Corregida y Ampliada)**



***BIBLIOGRAFIAS TÉCNICAS S.A.***

**BITECSA**

Julio de 1996





---

# **Derecho de Obligaciones**

*Dr. Iván Escobar Fornos*



© Editorial Hispamer, 1997  
Costado Este de la Universidad Centroamericana UCA

Derechos reservados conforme a la ley:

Cuidado de edición: Eduardo Saballos  
Lic. Alicia Casco Guido  
Diagramación: Javier Díaz T.

Impreso en Colombia

---

# *Indice*

## **PRIMERA PARTE**

### **Introducción**

Capítulo I	Ideas generales .....	9
Capítulo II	Estructura jurídica de la obligación .....	20

## **SEGUNDA PARTE**

### **Fuente de las obligaciones**

Capítulo I	Enumeración de las fuentes .....	35
Capítulo II	El negocio jurídico .....	45
Capítulo III	Teoría del contrato .....	54
Capítulo IV	Los cuasicontratos .....	124
Capítulo V	Pago indebido .....	127
Capítulo VI	Agencia oficiosa o gestión de negocios .....	135
Capítulo VII	Enriquecimiento sin causa .....	144

## **TERCERA PARTE**

### **Clasificación de las obligaciones**

Capítulo I	Obligaciones civiles y naturales .....	153
Capítulo II	Obligaciones a plazo .....	163
Capítulo III	Obligaciones condicionales .....	174
Capítulo IV	Obligaciones de dar, hacer y no hacer .....	198
Capítulo V	Obligaciones con pluralidad de objeto .....	202
Capítulo VI	Obligaciones de género y específicos (Especie o cuerpo cierto) .....	
Capítulo VII	Obligaciones con pluralidad de sujeto .....	212
Capítulo VIII	Obligaciones de medio y de resultado .....	238
Capítulo IX	Obligaciones con cláusula penal .....	257

## **CUARTA PARTE**

### **Efecto de las Obligaciones**

Capítulo I	Cumplimiento de las obligaciones .....	269
Capítulo II	Indemnización de perjuicios .....	275
Capítulo III	Garantías de crédito .....	301
Capítulo IV	La acción subrogatoria o indirecta .....	304
Capítulo V	La acción revocatoria o Pauliana .....	315
Capítulo VI	La acción de simulación .....	328
Capítulo VII	Derecho legal de retención .....	345

---

**QUINTA PARTE**  
**Transmisión de obligaciones**

Capítulo I	Generalidades .....	355
Capítulo II	Cesión de crédito .....	359
capítulo III	Cesión de derechos hereditarios .....	368
Capítulo IV	Cesión de derechos litigiosos .....	373
Capítulo V	Cesión o asunción de deuda .....	376
Capítulo VI	Cesión de contrato .....	380

**SEXTA PARTE**  
**Extinción de las obligaciones**

Capítulo I	Modos de extinguir las obligaciones .....	383
Capítulo II	El mutuo consentimiento .....	387
Capítulo III	El pago .....	389
Capítulo IV	Del pago con subrogación .....	419
Capítulo V	Del pago por consignación .....	432
Capítulo VI	Del pago por cesión de bienes .....	441
Capítulo VII	Del pago con beneficio de competencia .....	444
Capítulo VIII	La novación .....	446
Capítulo IX	La renuncia y remisión .....	462
Capítulo X	La compensación .....	470
Capítulo XI	La confusión .....	481
Capítulo XII	La imposibilidad del pago .....	487
Capítulo XIII	La transacción .....	492
Capítulo XIV	Nulidad y rescisión .....	505
Capítulo XV	La prescripción negativa .....	526
Capítulo XVI	Extinción o modificación de la obligación por cambio de las circunstancias originales .....	545

**SEPTIMA PARTE**  
**Responsabilidad civil (delitos y cuasidelitos)**

Capítulo I	Generalidades .....	553
Capítulo II	Tipos de responsabilidad .....	575
Capítulo III	Eximentes de responsabilidad y cláusulas de irresponsabilidad .....	582
Capítulo IV	Acción de indemnización .....	585
capítulo V	Jurisprudencia	

## *Prólogo*

El autor de esta obra Dr. Iván Escobar Fornos, es descendiente directo del Dr. Manuel Escobar hijo, ilustre jurisconsulto, magistrado y autor de muchas obras de derecho. Como descendiente de tan ilustre personaje, el Dr. Escobar Fornos ha seguido la veta de su padre y ha cultivado el derecho en la cátedra como en riguroso estudio y en el ejercicio profesional. Ya hemos dicho que creemos que del pasado se trasmite esa valiosa vena jurídica que sabiamente nos muestra Iván Escobar Fornos, autor de la obra *Derecho de Obligaciones*.

Se nota en esta obra la autoridad del catedrático, del excelente abogado, inteligente e ilustre magistrado, hoy diputado y Presidente de la Asamblea Nacional; por eso se trata de un acucioso trabajo que viene a sumarse a los muchos que ha publicado con anterioridad el Dr. Escobar Fornos quien lleva en su haber obras sobre derecho hipotecario, derecho registral y otras.

El Derecho de Obligaciones comprende un tratado sobre la rama del Derecho Civil que el Dr. Escobar ha venido acumulando a través de la cátedra universitaria y del profundo estudio como jurista. El esfuerzo del Dr. Escobar por publicar esta obra, está llenando algunos de los vacíos en el área civil, lo que vendrá a ayudar en gran medida a profesionales y estudiantes de la materia. Escribir sobre las obligaciones no es cualquiera el que lo hace, pues se trata de una de las partes más difíciles del Derecho Civil napoleónico, las cuales fueron regladas muy bien en sus orígenes, en el propio Código Civil francés así como en el Código Civil chileno, de Don Andrés Bello, orígenes ambos, de nuestro ya viejo Código Civil promulgado en 1904. Enfrascados como estamos en una reforma de las antiguas leyes, este Derecho de Obligaciones servirá de guía para los futuros cambios que puedan hacerse en esta rama del Derecho.

Veremos finalmente en esta obra sabios comentarios que servirán de insumos al futuro del cambio en la legislación civil nuestra y para ser tomados en cuenta en esta época de integración y globalización del derecho, con las legislaciones que se relaciona Nicaragua. Siendo la rama de las obligaciones trascendental, el futuro inmediato tendrá un aporte valioso.

Agradecemos la oportunidad que nos dio el Dr. Escobar Fornos Presidente de la Asamblea Nacional, de la Barra de Abogados y catedrático de la Universidad Centroamericana, de prologar su obra **Derecho de Obligaciones**.

*Rodolfo Sandino Argüello*  
Magistrado Corte Suprema de Justicia  
de la República de Nicaragua





# Primera Parte

## Introducción

### Capítulo I

#### Ideas Generales

*SUMARIO: 1. Derecho de obligaciones. 2. Su evolución. 3. Su regulación legal. 4. Importancia. 5. Obligaciones civiles y mercantiles. 6. Naturaleza de la obligación: A. Sujeción de la persona del deudor al acreedor. B. Sujeción de una parte de la libertad del deudor al acreedor. C. Teoría del débito y la responsabilidad. D. Teoría de la relación entre el acreedor y el patrimonio del deudor o entre dos patrimonios. 7. Patrimonialidad de la prestación. 8. Carácter complejo de la relación. 9. Distinción entre obligación y deberes jurídicos, morales y sociales.*

#### 1. Derecho de obligaciones

El Derecho de obligaciones es una parte del Derecho civil que regula las relaciones jurídicas personales en virtud de las cuales, una persona llamada acreedor puede exigir a otra llamada deudor una prestación que puede consistir en un dar, hacer o no hacer y en el supuesto de incumplimiento dirigirse en contra de su patrimonio para satisfacer su interés, ya sea con la cosa debida o con su equivalente. Abarca el estudio de un conjunto de reglas, principios y disposiciones legales relativas a la determinación del concepto de obligación, sus clases, condiciones, plazos y modalidades, sus fuentes, efectos, extinción y medios de prueba.

También esta materia es denominada Teoría General de las Obligaciones.

#### 2. Su evolución

---

<sup>1</sup> La evolución se ha registrado dentro y fuera del Derecho romano. En este puede verse la evolución que ha sufrido el carácter personal y riguroso del vínculo obligacional, tanto en el primitivo (para un pequeño núcleo poblacional) como en el clásico y el justinianeo, influenciado por la moral cristiana.

No puede sostenerse con propiedad que la Teoría de las Obligaciones sea exactamente la misma del Derecho romano<sup>1</sup>, que sea inmutable y que sus principales reglas y principios sean verdades universales y eternas. Ni el Derecho moderno de obligaciones es actualmente el mismo romano<sup>2</sup>, ni tampoco es inmutable. En el Derecho nada es inmutable. Realidad y derecho caminan de la mano, aunque la pereza del sistema político impide en muchas oportunidades adecuar el derecho al cambio real. De aquí que se haya considerado por cierto sector doctrinal al derecho y a las personas que lo cultivan como conservadores y obstáculos al cambio social.

Es preciso reconocer que el Derecho moderno de obligaciones se construyó con materiales del Derecho romano y a la técnica de éste mucho se le debe, pero ha recibido fuerte influencia de los canonistas en la Teoría General de los Contratos<sup>3</sup>, así como de las ideas de la Ilustración y otros movimientos y escuelas jurídicas<sup>4</sup>.

Las fuentes romanas son muy importantes para comprender muchas figuras<sup>5</sup> y principios jurídicos de nuestro Derecho de Obligaciones. El Derecho justinianeo y no el clásico es el más importante para tal fin, pues aquel sirvió de base a los romanistas de los siglos XVI, XVII y XVIII para construir la Teoría General de las Obligaciones que después pasó a través de Pothier<sup>6</sup> a las legislaciones latinas entre las cuales aparece la nuestra.

Este derecho ha tenido que evolucionar de acuerdo con el avance social, económico, científico, técnico y político de los pueblos, lo que ha dado lugar a nuevas concepciones jurídicas, y a la revisión o eliminación de las existentes, aunque reconocemos que es el menos sensible a las influencias políticas, morales y religiosas. Eso se debe a su depurada construcción, lo abstracto y lógico de su materia, su utilidad indiscutible y los intereses económicos duraderos que defiende.

Lo expuesto no es obstáculo a su expansión y perfeccionamiento, dada su importancia. Sigue recibiendo la atención principal de la doctrina y la legislación. La prueba de ello se encuentra en los nuevos códigos civiles (alemán, suizo, italiano, etc.) y en los códigos de comercio, que fundamentalmente son códigos de obligaciones. Es bien sabido que el Derecho Mercantil es en gran parte un derecho de obligaciones y contratos.

2 Algunas figuras del Derecho romano han desaparecido o sufrido revisión en el Derecho moderno, pero subsisten muchas.

3 Las ideas de equidad, moral y justicia que campean en el Derecho canónico han brindado los aportes siguientes: el valor de la palabra empeñada hizo surgir el principio de consensualidad en la celebración de los contratos; admite la resolución del contrato por incumplimiento y la excepción del contrato no cumplido en forma general y no en casos especiales como en el Derecho romano; y acepta la teoría de la imprevisión y de la lesión.

4 Se han dado movimientos y escuelas que han contribuido al avance de nuestra materia y culminaron con la promulgación de los nuevos Códigos de Alemania, el suizo de las obligaciones y el Civil italiano.

5 Para la interpretación de muchas disposiciones e instituciones legales del Código Civil es útil recurrir a los textos romanos, al Derecho canónico y a las leyes, códigos y doctrinas extranjeras que nos sirvieron de modelo.

6 La obra de Pothier fue la base fundamental del Código Napoleón, modelo de nuestras legislaciones.

Por el contrario, el Derecho de Familia y el de Propiedad están más sujetas al cambio por encontrarse ligados estrechamente a la organización política, social y moral de la sociedad. Así vemos que se puede pasar de un sistema político y social a otro con sólo trasladar con pocas leyes la titularidad de los bienes de producción de manos de los particulares (capitalismo) al Estado (comunismo o socialismo).

A través de la historia hemos visto importantes modificaciones y reformas en el Derecho de Propiedad y en el de Familia.

En el moderno Derecho de Obligaciones se recogen las ideas y principios básicos siguientes:

**A.** Existe una tendencia a proteger a la parte débil de la relación obligacional.

Por ejemplo: no existe cárcel por deuda, se concede el beneficio de competencia, se limita la autonomía de la voluntad, etc.

**B.** La buena fe debe inspirar la exigencia y cumplimiento de la obligación, lo mismo que su nacimiento cuando tuviere un origen negocial.

**C.** Se percibe una limitación de la voluntad al debilitarse la libre contratación, al imponerse deberes y obligaciones en la contratación masiva sin manifestarse consentimiento para ello y al surgir el contrato obligatorio.

**D.** También se debilita el vínculo obligacional al ampliarse desmesuradamente el elenco de los bienes inembargables y limitarse la responsabilidad del empresario individual a un patrimonio especialmente determinado.

En algunos países, si se tiene una garantía real no se permite la persecución de otros bienes del deudor para hacerse pagar en caso fueren insuficientes los dados en garantía, pero no se extingue el saldo del crédito no pagado, aunque se carece de acción judicial para reclamarlo. Esto se explica por medio de la teoría que distingue entre el débito y la responsabilidad: una relación de deuda cuyo contenido es la cantidad debida y otra de responsabilidad que recae exclusivamente sobre el bien prendado o hipotecado<sup>7</sup>.

El art. 17 de la Ley de Prenda Comercial del 29 de Marzo de 1992 dispone que en caso de venta al mejor postor o adjudicación al deudor se cancelará el crédito del acreedor a pesar de que el precio del bien fuere insuficiente para ello. Llevando la tesis a sus últimas consecuencias extingue todo el crédito incluyendo hasta el saldo no satisfecho.

Por otra parte, se refuerzan algunas obligaciones mediante la amplitud de la embargabilidad de los bienes y la sanción penal por su incumplimiento como sucede con los alimentos. También las obligaciones bancarias gozan de muchos privilegios sustantivos y procesales.

**E.** En la contratación masiva se ha perdido el carácter personal de la celebración del contrato. La discusión sobre el precio y demás condiciones entre

7. En Cuba, por Decreto Ley 490 del 7 de Enero de 1936, confirmatorio de la Ley de 3 de Abril de 1933, se dispuso que el acreedor tiene únicamente como garantía el inmueble hipotecado y solamente sobre este puede dirigirse y se le niega acción personal.

las partes no se da generalmente y en múltiples ocasiones se desconoce con quien se contrata y a veces se adquiere a través de una máquina.

De esta manera se debilita el carácter personal de la obligación y se acrecienta el vínculo patrimonial entre las personas.

**F.** Las semejanzas de las exigencias económicas, sociales y políticas ha provocado la internacionalización del Derecho de las Obligaciones para facilitar las transacciones entre los ciudadanos de diferentes Estados. Con esta medida se pretende uniformar el Derecho de Obligaciones en diversos países y la materia se presta a ello. Ejemplo de este esfuerzo es el Proyecto de Código Uniforme de Obligaciones y Contratos franco-italiano de 1928. Para esta uniformidad no creo que sea obstáculo la ausencia de una Corte de Casación que uniforme la interpretación del Derecho de Obligaciones en los diversos países.

Esta uniformidad se manifiesta también cuando algunos países, incluso de diferentes culturas, adoptan la materia de las obligaciones de otros países: Japón de Alemania y Francia; Turquía de Suiza; Bulgaria de Italia; etc.

**G.** Se ha abandonado la concepción subjetiva de la obligación elaborada por el Derecho romano, inclinándose a favor de la concepción objetiva.

El concepto de obligación es netamente espiritual y no surge en el Derecho romano primitivo, ni en los Derechos antiguos.

En esta etapa primitiva existía un concepto material de la obligación, pues el deudor se encontraba sometido materialmente al acreedor y tenía sobre él un derecho similar al de propiedad porque todos los derechos se concebían como de carácter real, ya que estos constituían el prototipo de la vida jurídica. Basta recordar la *manus iniectio* para comprender estas explicaciones.

Este concepto fue cambiado y se concibió a la obligación como un deber moral en virtud del cual el cumplimiento de la obligación se entregaba a la conciencia del deudor. Pero este criterio impedía el tráfico jurídico y el desarrollo económico y social, por lo que se dio un paso más concediéndosele al acreedor acción para exigir el cumplimiento de la obligación, y los bienes del deudor, y no su cuerpo, sirvieron de garantía para satisfacer su interés. En esta forma el vínculo obligacional pasó a tener naturaleza jurídica.

En el Derecho romano la obligación tenía un carácter puramente personal, subjetivo e intransferible. Bajo la influencia germánica, el Derecho moderno considera a la obligación en su carácter objetivo, concediéndole preponderancia sobre el subjetivo, de modo que los sujetos de la obligación se pueden cambiar y subsistiendo el mismo vínculo jurídico.

En virtud de la tesis subjetiva no se admite: la representación para contraer obligaciones; los contratos a favor de terceros; la cesión de crédito y de deuda; y la indeterminación del deudor y del acreedor.

La tesis objetiva, por el contrario, permite: la representación para contraer obligaciones; el contrato a favor de terceros; la cesión de crédito y de deuda; y supuestos de indeterminación inicial de acreedores y deudores.

**H.** Se permite la rescisión del contrato por lesión enorme o el celebrado en estado de necesidad. Asimismo se permite la resolución o modificación del

contrato por excesiva onerosidad. Estas figuras han sido aceptadas por algunos códigos y un buen sector doctrinal.

**I.** Debido a la rapidez de las transacciones y de los medios de transporte y comunicación ha surgido una tendencia doctrinal y legislativa de abreviar los plazos de la prescripción.

**J.** En los códigos modernos aparece una regulación amplia de la mora del acreedor.

**K.** La teoría de la culpa como fuente de responsabilidad por los daños y perjuicios va siendo sustituida en determinadas materias por la teoría de la responsabilidad objetiva (accidentes de trabajo, accidentes automovilísticos, etc.).

**L.** El abandono de la teoría que somete a la persona del deudor a la potestad del acreedor y la aceptación de la responsabilidad patrimonial en caso de incumplimiento de la obligación.

**M.** La aparición de gran cantidad de nuevos contratos: edición, factoring, know-how, joint venture, etc.

**N.** Factores morales y de equidad han penetrado al derecho: el riesgo imprevisible, la lesión enorme, el estado de necesidad, el desarrollo amplio de las obligaciones naturales, etc.

Como puede observarse, muchas figuras e instituciones romanas han sido modificadas, suprimidas o complementadas.

### **3. Su regulación legal**

Nuestro Código Civil tiene tres mil novecientos ochenta y cuatro artículos repartidos en dos tomos y tres libros. El primer tomo tiene dos libros con mil ochocientos veintinueve artículos, el primero dedicado a las personas y la familia y el segundo a la propiedad, modo de adquisición y sus modificaciones. El segundo tomo regula las obligaciones y contratos y tiene dos mil ciento cincuenta y cinco artículos, abarcando más de las dos terceras partes del Código, aunque regula instituciones de dudosa ubicación dentro de esta materia como la prenda, la hipoteca y la anticresis y otras que claramente no pertenecen a ella como el Registro de la Propiedad Inmueble.

La anticresis, la prenda y la hipoteca son derechos reales y dentro de ellos deben ser estudiadas. La circunstancia de que generalmente se constituyen a través de un contrato no les quita ese carácter ni justifica ubicarlas en el campo de las obligaciones.

No obstante algunas imperfecciones en su técnica de división y repetición de materias, superó al código francés en la ubicación de las obligaciones, pues éste las regula, en razón de que el contrato transmite la propiedad, en el libro tercero bajo el epígrafe «De los diferentes modos de adquirir la propiedad». Técnicamente esto es incorrecto, ya que la obligación no constituye necesariamente un modo de adquirir la propiedad y los derechos reales, pues existe gran cantidad de obligaciones que no persiguen la adquisición de tales derechos reales, como las de hacer y no hacer.

El Registro es un instrumento de publicidad del dominio y de los derechos reales sobre inmuebles para su oposición a terceros. No es materia del Derecho de Obligaciones. Su naturaleza aconseja regularlo dentro del Derecho de propiedad o sentar en éste sus principios fundamentales y desarrollarlos en una ley especial. Esta última solución se corresponde más con su autonomía, sostenida por un fuerte sector doctrinal de registralistas.

#### **4. Importancia**

El Derecho de Obligaciones tiene una destacada importancia teórico-práctica, social y económica, dentro del derecho. Veamos algunas razones:

**A.** Regula el tráfico de los bienes y servicios tan necesarios para el desenvolvimiento económico, social y político de los pueblos. En la vida diaria de un país nacen, se modifican y extinguen millares de relaciones obligacionales. Gran parte de nuestra vida se desarrolla dentro del Derecho de Obligaciones y grandes fortunas de las empresas modernas consisten en créditos. Hasta el limosnero realiza una operación jurídica al aceptar la donación.

Dentro de esta materia también se van recogiendo las operaciones y transacciones que los pueblos encuentran necesarias a medida que avanzan en su desarrollo económico.

**B.** Penetra en todas las materias del derecho y de sus reglas y principios se han nutrido, entre otros, el Derecho Comercial, el Derecho Internacional Privado y Público y el Derecho Laboral. A pesar de que estas materias han adquirido amplitud y autonomía siguen viviendo en muchas áreas del crédito del Derecho Civil.

**C.** Su proyección es tan amplia que sus reglas y principios se ocupan para regular las nuevas relaciones obligatorias que surgen en virtud de la ley o por la libre contratación.

**D.** Existe una tendencia a codificar las obligaciones y contratos en un código independiente del Código Civil. Aunque no ha tenido aceptación general, ésta técnica legislativa conoce algunos ejemplos, como el Código suizo de las Obligaciones y Contratos, que abarca la materia civil y comercial.

#### **5. Obligaciones civiles y mercantiles**

La Teoría de las Obligaciones presenta especialidades en el campo del Derecho Mercantil, como por ejemplo, en el régimen de la mora, la solidaridad, la prescripción, el perfeccionamiento del contrato, etc. debido a los fines, sujetos (comerciantes) o carácter mercantil del objeto de la obligación. Algunos de ellos ya están borrosos y otros superados, pues el Derecho Civil moderno tiende a aceptar la solidaridad como regla general, los plazos cortos de la prescripción y la mora por el simple vencimiento del plazo.

Ante tal debilitamiento se ha propuesto la unificación del Derecho de Obligaciones y Contratos dentro del Código Civil aplicable tanto a comerciantes como a no comerciantes, contemplando las especialidades mercantiles. Ejemplo de esta

unificación es el Código suizo de las Obligaciones, el Código Civil italiano de 1942, el cual absorbió la mayor parte del Código de Comercio y el Proyecto del Código de Obligaciones y Contratos Franco-Italiano. A finales del siglo pasado el destacado jurista César Vivante promovió la fusión de la legislación civil con la mercantil, pero posteriormente cambió de opinión. Dentro de la doctrina existen partidarios y enemigos de la unificación.

En materia procesal es admisible que un solo código regule los procedimientos para la aplicación del Derecho Civil y Mercantil, para lo cual se contemplan las especialidades propias del Derecho Mercantil. Son pocos los países que se han dado Códigos de Procedimiento Mercantil y algunos lo han tenido que derogar. Por otra parte, no vemos la necesidad de una jurisdicción mercantil con jueces especializados o con comerciantes conocedores del giro comercial. Basta que los tribunales ordinarios que conocen de la materia civil se ilustren por medio de peritos en todo aquello que su ciencia no alcance a comprender. Los jueces comerciantes más bien pueden ser obstáculos porque generalmente los problemas que se presentan son de orden legal.

En resumen: la unificación de las obligaciones y contratos tiene actualmente bastante aceptación por un fuerte sector doctrinal y congresos de juristas; la existencia de un solo Código Procesal para la materia civil y comercial, y la eliminación de los jueces mercantiles lo exige el principio de economía procesal, la claridad y la sencillez; sin embargo, la unificación de todo el derecho privado no es posible<sup>8</sup>.

## 6. Naturaleza de la obligación

En torno a la estructura y naturaleza de la obligación han surgido varias teorías, las que serán expuestas brevemente a continuación.

### A. Sujeción de la persona del deudor al acreedor

Esta teoría concibe el vínculo obligacional como una sujeción de la persona del deudor a la potestad del acreedor, llegando a considerar al deudor como objeto de la obligación. Existe un poder del acreedor sobre la persona del deudor.

A este modo de pensar obedecía el Derecho romano en sus primeros tiempos. La ejecución de la *manus iniectio* le permitía al acreedor apoderarse de la persona del deudor, esclavizarla, venderla y hasta matarla. Si eran varios los acreedores el deudor era descuartizado y repartido entre sus acreedores, aunque según Aulo Gelio esto nunca se aplicó. Con posterioridad la Ley Poetelia abolió la ejecución personal y estableció que el patrimonio del deudor era el que respondía del cumplimiento de la obligación y no su persona.

---

8. Cfr. **Tendencias Modernas del Derecho Civil**. Editorial Temis, Colombia, 1987. Es una colección de estudios de varios juristas colombianos reunidos en un congreso sobre las reformas al Código Civil.



Esta teoría se encuentra abandonada, pues atenta contra la libertad personal, al someter la voluntad y existencia física de la persona al señorío del acreedor. En la actualidad no existe cárcel por deuda y el patrimonio del deudor es el que responde. Incumplir el pago de una deuda no está descrito dentro de la tipificación penal.

### **B. Sujeción de una parte de la libertad del deudor al acreedor**

El objeto de la obligación es un acto u omisión determinados del deudor. Este compromete un dar, hacer o no hacer y dentro del ámbito de esa relación no es libre su comportamiento, por el contrario debe realizar o abstenerse de realizar todas las medidas que fueren necesarias para el cumplimiento de su obligación, incluyendo las medidas de conservación, todo dentro de la buena fe que debe inspirar el cumplimiento de su obligación. En resumen, la obligación representa para el acreedor una ventaja y para el deudor, a lo que está obligado, una limitación de su libertad.

Esta teoría ha sido objeto de duras críticas. Por ejemplo, se dice que si el objeto de la obligación es un acto determinado del deudor y tal objeto no existe antes del cumplimiento, la obligación carece de objeto; además sólo atiende al elemento subjetivo y no le concede la debida importancia al elemento patrimonial de la obligación. Esta doctrina no es aceptada por un sector doctrinal porque ve en ella un ataque a la personalidad del deudor.

En realidad la obligación tiene por objeto primario un acto determinado del deudor, pero como éste no puede ser compelido judicialmente a realizarlo personalmente y no existe cárcel por deuda, responde con su patrimonio como garantía de su comportamiento. Por otra parte, la restricción no es de toda la actividad del deudor, sino de determinados actos relacionados con la obligación. Además, al deudor se le favorece con el principio del *favor debitoris o indubio pro debitores* en virtud del cual, en caso de duda sobre la existencia o amplitud de la obligación, se debe decidir a favor del deudor, declarando su inexistencia o restringiéndola, el cual encuentra aplicación concreta en algunas disposiciones de nuestro Código Civil<sup>9</sup>.

Otro factor que tutela la libertad del obligado es la ineficacia de los contratos en que se elimina o restringe la libertad personal como sucedería en un arrendamiento perpetuo de servicios, comprometerse a no ejercer durante toda la vida una actividad sin limitación de plazo o dar una persona toda su ganancia mientras viva.

### **C. Teoría del débito y la responsabilidad**

Se inicia en Alemania con Brinz, el cual criticó la concepción de Savigny. Se parte de la idea de que la obligación jurídica no está integrada por una sola

---

9. Arts. 2356 C. y 1078 y 1079 Pr.

relación jurídica (concepción unitaria de la relación jurídica) como la conciben la mayoría de las doctrinas modernas.

Se sostiene que la obligación está integrada por dos tipos de relaciones jurídicas distintas: una relación de deuda (*debitum, schuld*) y otra relación de responsabilidad o garantía (*Haftung*). Normalmente en el Derecho moderno van unidas ambas relaciones, pero es posible conceptuarlas y distinguirlas.

En virtud de la relación de deuda, el deudor tiene el deber de realizar una prestación (dar, hacer y no hacer) en favor del acreedor, pero éste no tiene un derecho de exigir la prestación, si no únicamente una expectativa en virtud de la cual está autorizado a recibirla y retenerla.

El deber del deudor y la expectativa del acreedor tienen carácter jurídico, pues basta para que exista un deber jurídico que le imponga una norma aunque no exista sanción. Se agrega que también existe la sanción, pues si el deudor paga no puede repetir y el acreedor tiene derecho a retener lo pagado.

En virtud de la relación de responsabilidad o garantía el acreedor tiene derecho de dirigirse en contra del patrimonio del deudor en el supuesto de incumplimiento de la obligación para satisfacer su pretensión. Es como la garantía del acreedor.

De conformidad a esta teoría es posible que una de esas relaciones exista y falte la otra. Por ella se explican algunos fenómenos jurídicos. Por ejemplo: es posible que exista responsabilidad sin deuda, como sucede en las obligaciones naturales; la distinción se aprecia también en la herencia aceptada con beneficio de inventario en virtud de lo cual el heredero no responde con su patrimonio de las deudas del causante.

#### **D. Teoría de la relación entre el acreedor y el patrimonio del deudor o entre dos patrimonios**

Esta doctrina toma como objeto de la obligación el patrimonio del deudor y se olvida del elemento subjetivo de la misma, situándose en el extremo opuesto a la tratada en la letra B.

La obligación pasa a ser una relación directa entre el acreedor y el patrimonio del deudor. Algunos hasta llegan a sostener que es una relación entre dos patrimonios (del acreedor y del deudor), uno de los cuales se encuentra subordinado al otro.

Polacco, partidario de esta doctrina expone: «En las obligaciones, en vez de una voluntad vinculada a otra existe un vínculo entre dos patrimonios, considerados como personas abstractas».

Esta doctrina se olvida de la persona, que es la generadora principal de las relaciones jurídicas, pues éstas no se conciben si no es entre personas. En general el orden jurídico se dicta para ellas y por ellas. Las cosas son objeto de derecho y no sujetos de derecho.

## **7. Patrimonialidad de la prestación**

Se discute si la prestación de la obligación debe tener o no tener valor patrimonial, es decir, ser valuable o no valuable en dinero. La discusión se presenta tanto en relación al Derecho romano como en el moderno y se vincula con la determinación del concepto de obligación.

La doctrina tradicional se inclina a considerar indispensable la patrimonialidad de la prestación para que surja la obligación; pero a mediados del siglo pasado se inicia un movimiento a favor de la no patrimonialidad encabezado por Windsched y Ihering.

El primero sostiene que todo interés puede ser objeto de una promesa vinculante, siempre que sea legítimo y no caprichoso al criterio del juez. No es necesario, pues, que el acreedor tenga un interés patrimonial en la promesa.

El segundo afirma que todo interés serio y digno merece ser protegido por el Estado. Expresa que las promesas no valuables en dinero pueden ser tuteladas con penas pecuniarias o también satisfactivas, hechas efectivas en dinero. Parte de que el dinero tiene no solamente la función de mero equivalente de la prestación no cumplida cuando se entrega por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento, si no que también puede servir de pena pecuniaria para constreñir al deudor a cumplir o de condena satisfactiva del interés del acreedor, cuando con la pena no se logró el cumplimiento, valorado no pecuniariamente sino de modo equitativo y sujeto a la libre apreciación del juez.

La mayoría de los Códigos no solucionan expresamente la discusión. Pero algunos se han pronunciado en contra de la tesis de la no patrimonialidad, por ejemplo, el Código Sajón exige la patrimonialidad; en cambio, el japonés acepta que las obligaciones puedan tener por objeto provecho que no se pueda valorar en dinero. El sistema de la patrimonialidad es el que sigue nuestro Código Civil<sup>10</sup>. En los países en donde no se ha logrado un pronunciamiento expreso, parte de la doctrina admite que si se valora la prestación no patrimonial o se establece una cláusula penal, o el incumplimiento puede dar pie a la resolución del contrato, la obligación puede ser exigible. En Alemania, en donde las leyes procesales establecen multas y otras penas contra el deudor que se resiste a cumplir, se admiten obligaciones con prestaciones sin valor patrimonial.

## **8. Carácter complejo de la relación**

La relación obligacional no es una simple vinculación, como pudiera desprenderse de la definición dada por el art.1830 C. Por el contrario, ya vista en la vida real, cuidadosamente diseccionada y en situaciones concretas aparece como un todo integrado por derechos (algunos principales y otros accesorios), obligaciones, cargas, situaciones, expectativas, deberes, garantías, revocaciones, facultades, opciones, deberes, desahucios, medidas conservativas, denuncias y

10. Arts. 1834 y 2478 C.

renuncias, según el contrato, cláusulas o ley que regulan cada tipo de obligación (arrendamiento, venta, mandato, sociedad, etc.).

Los créditos pueden ser recíprocos para los sujetos de la relación, como sucede en los contratos bilaterales (compra, arriendo, etc.) o en los unilaterales cuando con posterioridad a su perfeccionamiento el acreedor contrae obligaciones (comodato, mandato, etc.), denominados por un sector doctrinal como sinalagmáticos imperfectos. Pero también existen obligaciones de un solo crédito como las nacidas de los daños y perjuicios causados por actos o hechos ilícitos.

Este enfoque tiene trascendencia práctica, principalmente en los efectos, cumplimiento y extinción de la obligación.

## 9. Distinción entre obligación y deberes jurídicos, morales y sociales

La religión, la moral, la educación y la cortesía imponen deberes a todos los miembros de la sociedad, pero no existe fuerza coercitiva para que los beneficiarios puedan reclamar su cumplimiento ante los órganos estatales. Estos deberes se encuentran fuera del ámbito del Derecho y el cumplimiento de los mismos queda reservado a la conciencia de la persona.

Existen ciertos hechos y actos cuya ubicación en el campo de la moral y el derecho ofrecen duda. Por ejemplo, cuando un estudiante se compromete a estudiar con su compañero y le ofrece prepararlo para los exámenes. ¿Tiene una obligación jurídica, o un deber moral o de cortesía? Esta es una cuestión de hecho que debe ser apreciada de acuerdo a la intención de las partes para determinar si es un vínculo jurídico o un compromiso social o de cortesía.

Existen ciertos deberes en el Derecho de Familia que por su naturaleza y el interés colectivo que encierran, no participan de la estructura técnica de la obligación objeto de nuestro estudio. En su cumplimiento no sólo se satisface un interés particular, sino también otro preponderante de carácter colectivo. Por otra parte, en el supuesto de incumplimiento no existe un equivalente económico en que se pueda condenar. Generalmente no se imponen multas ni penas aunque en algunos supuestos pueden ser causales de divorcio (abandono, etc.).

Estos deberes los podemos ver en las exigencias legales de que los cónyuges deben vivir juntos, guardarse fidelidad, respeto, los hijos deben obedecer a los padres y los padres corregirlos y protegerlos, etc.

## BIBLIOGRAFIA

FUEYO LANERI, Fernando, **Algunas características modernas del Derecho de obligaciones**. Revista de Derecho, Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1956. Tomo LIII. Nº 3-4. Mayo-Junio. p.50 y sigts. GASPERI, Luis de. **El régimen de las obligaciones en el Derecho Latinoamericano**. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1960. IRTI, Natalino. **Edad de la Descodificación**. Traducción de Luis Rojas Ajuria. Editoria Bosch. Barcelona, España. 1992. IHERING, Rudolf. **Del Interés en los Contratos. Estudios Jurídicos**. Traducción de Adolfo González Posada. Editorial Heliasta. Argentina. 1974. TAMAYO JARAMILLO, Javier y otros. **Tendencias Modernas del Derecho Civil**. Obra colectiva. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1989.

## Capítulo II

### Estructura jurídica de la obligación

*SUMARIO: 1. Concepto de la obligación. 2. Elementos de la obligación: A. Los sujetos. B. Objeto (prestación): a) Concepto; b) Requisitos de la prestación: i) Debe ser posible; ii) Debe ser lícita; iii) Debe ser determinada o determinable. 3. Carácter patrimonial de la prestación. 4. La causa de las obligaciones: A. Concepto. B. No es necesario expresar la causa. 5. Distinción entre deuda y responsabilidad. 6. Derechos personales y reales: A. Derechos personales. B. Derechos reales. C. Comparación entre derechos personales y reales.*

#### 1. Concepto de la obligación

La obligación es un vínculo jurídico establecido entre dos o más personas en virtud del cual una de ellas (el deudor), se encuentra obligado para con otra (el acreedor), a dar, hacer o no hacer una cosa. No todos los códigos definen lo que es una obligación. Los códigos civiles de Francia y Chile no formulan definiciones; en cambio, nuestro art. 1830 C. sí lo hace, incluyendo en la definición solamente a dos fuentes de las obligaciones: la ley y el contrato, olvidándose de que en el artículo siguiente se señalan cinco fuentes. Dice así el artículo 1830: “Obligación es la relación jurídica que resulta de *la ley o de dos o más voluntades concertadas* por virtud de la cual puede una persona ser compelida por otra a dar alguna cosa, a prestar un servicio o a no hacer algo”.

#### 2. Elementos de la obligación

La obligación es un vínculo jurídico formado por tres elementos: el deudor, el acreedor y el objeto. Los dos primeros son de carácter subjetivo y el tercero de carácter objetivo.

##### A. Los sujetos

El acreedor, denominado también sujeto activo, es el dueño del derecho; y el deudor, denominado también sujeto pasivo, es el obligado a cumplir con la prestación debida. El acreedor, como titular del crédito, puede exigirle al deudor el cumplimiento de la obligación. Tanto el lado activo como el pasivo de la obligación puede estar compuesto de una o varias personas: un acreedor y un

deudor, dos o más acreedores y un deudor, un acreedor y dos o más deudores, y varios deudores y acreedores.

Necesariamente debe existir en el vínculo obligatorio una parte acreedora y una deudora. Si falta uno de estos elementos no surge el vínculo y si se reúnen en una misma persona los dos elementos se extingue la obligación por confusión.

Los sujetos activos y pasivos deben ser personas determinadas. Es necesario determinar quién tiene derecho a pedir el cumplimiento de la obligación y quién es el obligado a dicho cumplimiento. Así el acreedor sabrá a quién le debe pedir el cumplimiento y, a su vez, el deudor sabrá a quién pagarle.

La determinación puede ser inicial (connotación individual), cuando surge el vínculo (que es lo normal), o posterior (determinación indirecta), que se produce con cierta frecuencia en el mundo moderno<sup>1</sup>. En ocasiones los sujetos, particularmente el acreedor, pueden ser indeterminados inicialmente, pero determinables con posterioridad siempre que se estipulen las bases para su determinación<sup>2</sup>. No hay una determinación absoluta, sino relativa. Ejemplos:

a) En los títulos al portador (cheques, billetes de banco, etc.) el deudor que emite el título es una persona cierta; pero en cambio el acreedor momentáneamente es indeterminado, atribuyéndose esta calidad al poseedor del título, quedando fijamente determinado al momento de la ejecución de la obligación.

b) Las ofertas al público. En ellas el prometiende-deudor se encuentra plenamente determinado desde la emisión de la oferta, pero no así el acreedor. Este será determinado con posterioridad si reúne todas las condiciones de la promesa. Ejemplos: Juan ofrece C\$10,000 al que le encuentre el caballo “El Consentido” que se le ha perdido y Pedro lo encuentra. José ofrece un premio de C\$10,000 al mejor estudiante del quinto año de Derecho de la UCA y Juan resulta ser el mejor. En ambos supuestos los acreedores Pedro y Juan son determinados con posterioridad a la oferta<sup>3</sup>.

c) La obligación propter rem, llamada también *ob rem*, real o ambulatoria porque el sujeto cambia cuando la propiedad cambia de titular. La persona del deudor o acreedor queda determinada por la propiedad de la cosa. La persona del deudor o acreedor, pues, queda determinada por la propiedad de la cosa independiente de toda transmisión del derecho o deuda. La obligación aparece adherida a la titularidad de la cosa y no a las personas del deudor y acreedor. Ejemplos: la obligación de los copropietarios de contribuir proporcionalmente a los gastos de la cosa común<sup>4</sup>; la obligación de los medianeros de contribuir para la reparación, construcción y mantenimiento de la medianería<sup>5</sup>; la obligación que

1. Díaz Pairó expresa que desde este punto de vista se habla de obligaciones con sujetos fijos y obligaciones con sujetos variables (Ob. cit. t. I., p. 30).

2. Díaz Pairó sostiene que en la promesa de recompensa y en los títulos al portador la obligación nace desde el momento que se hace la promesa o se emite el título (Ob.cit. t. I., p. 31.).

3. Las obligaciones propter rem, las ofertas o promesas al público y los títulos al portador no son considerados como verdaderos casos de indeterminación por un sector doctrinal. Otro admite que las ofertas son casos de indeterminación, pero se trata de una obligación condicional que consiste en el hecho o situación contemplado en la oferta, que una vez realizado se retrotrae al momento de hacerse tal oferta.

4. Art. 1696 C.

5. Art. 1645 C.

asume el dueño del predio sirviente de hacer los gastos que origine el uso de la servidumbre<sup>6</sup>. Los sujetos de la obligación pueden ir cambiando a medida que cambien los titulares del derecho real, o sea, la titularidad de copropietario, medianero o dueño de las partes objeto de la servidumbre.

Estas obligaciones tienen ciertos efectos y características especiales: presentan un modo especial de liberación, como es la renuncia de los derechos de la copropiedad, medianera o la parte del predio sirviente en que deben hacerse las obras para el uso de la servidumbre; la transmisión de la deuda va implícita en la transmisión de la titularidad real y no se necesita el consentimiento del acreedor (el otro copropietario, etc). Los gastos anteriores a la transmisión de la titularidad real los paga el transmitente, el acreedor no sólo tiene como garantía para hacer efectivo su crédito la cosa común y el predio sirviente, sino los otros bienes del deudor.

**d)** En los contratos a favor de un tercero, el beneficiario puede determinarse con posterioridad a la estipulación, o ser de existencia futura<sup>7</sup>.

**e)** Cuando el crédito o la deuda forman parte de un patrimonio cuya titularidad se encuentra pendiente de atribuir. Por ejemplo: la herencia yacente.

**f)** En el contrato a favor de persona a designar. El estipulante queda determinado desde la celebración del acto y el tercero será determinado cuando aquél lo designe, sustituyéndolo en la relación contractual. Ejemplo: Juan (estipulante) compra el inmueble X a Diego, pero se reserva el derecho de designar dentro de un plazo la persona que ocupará su posición de comprador (tercero a determinar con posterioridad a la estipulación). Se encuentra regulado por los arts. 1401 a 1405 del Código Civil italiano vigente.

## **B. Objeto (prestación)**

### **a) Concepto**

El objeto de la obligación es la prestación a que está obligado a cumplir el deudor. Esta prestación puede consistir, de acuerdo con el art. 1830 C., en un dar, un hacer y un no hacer. El objeto de la obligación, pues, es la conducta positiva o negativa a que está obligado el deudor, llamada prestación, y no las cosas, servicios y abstenciones que constituyen el objeto de la prestación.

Pero el anterior no es el criterio tradicional, sino el moderno. Tradicionalmente, se ha considerado que las cosas o servicios son el objeto de la obligación. Esta teoría encuentra asidero en los arts. 2473 y 2475 C. y ha recibido duras críticas, por cuanto la relación obligatoria se da entre sujetos y no entre sujetos y cosas. De aquí que el objeto de la obligación no puede ser las cosas o servicios. La prestación consistente en la conducta o comportamiento que el deudor debe

6. Arts. 1562 y 1578 C.

7. Por ejemplo, dice Díez-Picazo, se contrata un seguro de vida señalando como beneficiario de la póliza a quien sea heredero del asegurado, a la persona que reúna determinadas características, a la que sea designada en el testamento, etc. (**Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial**. Editorial Tecnos. Madrid, 1979, Vol. I, p.398).

observar para cumplir con su obligación. Este criterio, que nosotros seguimos, encuentra su fundamento en los arts. 1830, 1904 y 1905 C.

Se piensa también que la prestación es el objeto inmediato y el patrimonio del deudor el objeto mediato de la obligación<sup>8</sup>. Desde otro punto de vista se distingue entre el contenido y el objeto de la obligación. El contenido es la conducta del deudor, llamada prestación. El objeto son las cosas o servicios sobre las cuales la prestación opera.

#### **b) Requisitos de la prestación**

Para que la obligación exista jurídicamente, es preciso que la prestación reúna los requisitos siguientes:

##### **i) Debe ser posible**

Para que una persona quede obligada es necesario que se obligue a algo posible, ya que nadie puede ser obligado a realizar algo que es imposible (*ad impossibilia nemo tenetur*). Los arts. 1832 inc. 2 y 2476 C., se refieren a la posibilidad. El primero lo hace con relación a las obligaciones y el segundo con relación a los contratos. La imposibilidad puede ser natural o jurídica.

El requisito de la posibilidad se aplica a las obligaciones de dar, hacer y no hacer. Pero es preciso que la imposibilidad sea absoluta para que se produzca la nulidad de la obligación. Por el contrario, la imposibilidad relativa no impide el nacimiento de la obligación y sólo afecta su fase de cumplimiento. El art. 2477 C. dispone que en los contratos sólo se considera como físicamente imposible lo que lo sea con relación absoluta al objeto del contrato, pero no a la persona que se obliga. Ossorio Morales expresa que obligarse a entregar la Luna, o una cosa que no exista, o que esté fuera del comercio, no puede constituir el objeto de una obligación, por que *impossibilium nulla obligatio*. Pero en cambio, el que se encuentra en la más absoluta indigencia puede contraer la obligación de pagar un millón de pesetas, aunque para él tal prestación sea ciertamente imposible. La

---

8. Según Ossorio Morales, la conducta del deudor constituye el objeto inmediato del derecho del acreedor, y no las cosas mismas que a su vez pueden ser objeto de la prestación. Ejemplo: si la obligación consiste en entregar un caballo, no es el caballo mismo el objeto de la obligación, sino la conducta del deudor consistente en entregar un caballo. Asimismo, en las obligaciones de hacer, la conducta del deudor constituye el objeto de la obligación. El acreedor tiene facultad para reclamar del deudor una determinada conducta, que dé, haga, o no haga alguna cosa, pero no confiere al acreedor derecho alguno sobre las cosas que, si se trata de obligaciones de dar, debe entregar el deudor. Si el deudor no cumple, el acreedor se dirige contra su patrimonio y está facultado para satisfacer su crédito mediante un equivalente económico. La prestación, pues, es el objeto inmediato de la obligación, y su objeto mediato el patrimonio del deudor. Las cosas, a lo más, pueden ser objeto de la prestación cuando ésta consista en dar, pero no son objeto de la obligación, como sucede en muchas obligaciones que no consisten en entregar cosas, sino en meros servicios o abstenciones, de suerte que sí, como erróneamente se sostiene a veces, las cosas fueran el objeto de la obligación, habría que admitir la existencia de obligaciones sin objeto (*Lecciones de Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*. Editorial Prieto. Granada, 1956, pp. 26 y 27).



imposibilidad relativa afectará la fase de cumplimiento de la obligación, pero no la existencia de la misma<sup>9</sup>.

La imposibilidad es absoluta cuando no puede ser cumplida por toda clase de persona (transmitir lo que no existe y los demás casos estudiados anteriormente). La relativa o subjetiva es realizable, pero no para el deudor (transmitir la propiedad de cosa ajena, la ejecución de un cuadro por un pintor que ha perdido la vista o sus manos, etc). Esta última no debe confundirse con la dificultad de cumplir la obligación, que consiste en esfuerzos extraordinarios para el deudor y cuyo incumplimiento hace incurrir al deudor en daños y perjuicios; aunque un sector minoritario, opina que cuando el cumplimiento exija esfuerzo extraordinario, sacrificio de todo o parte de su patrimonio, debe equiparse a la imposibilidad. No aceptamos este último criterio, pero si en la dificultad llegan a concurrir los requisitos del riesgo imprevisible, se puede modificar la obligación.

La imposibilidad debe apreciarse al momento de la celebración del contrato. Como consecuencia, si la prestación era imposible cuando se celebró el contrato, no debe considerarse existente la obligación si la prestación se torna posible con posterioridad, salvo que las partes hayan previsto la posibilidad futura (contrato sobre cosa que no está en el comercio, pero se conviene que si entra al comercio se hará efectiva), o cuando habiéndose fijado un plazo para el cumplimiento de la prestación, ésta se hace posible antes del vencimiento del plazo.

La imposibilidad puede ser total o parcialmente imposible. Cuando la imposibilidad es total y absoluta no existe problema porque la obligación no nace. Para la imposibilidad parcial existen dos reglas, deducidas con criterio amplio de la interpretación del art. 2026 C., según la cual el acreedor puede pedir la rescisión del contrato y los perjuicios, o si lo prefiere, llevarse la cosa, o si el deterioro no es de importancia puede pedir únicamente los perjuicios.

La imposibilidad puede ser originaria y sobrevenida. La primera es la que impide el nacimiento de la obligación. La segunda extingue la obligación si se produce sin culpa del deudor (caso fortuito o fuerza mayor); si por el contrario, se produce por su culpa, responderá de los daños y perjuicios<sup>10</sup>.

## ii) Debe ser lícita

La prestación es ilícita cuando es contrario a la ley, a la moral, a las buenas costumbres y al orden público; también cuando se refiere a objetos fuera del comercio<sup>11</sup>.

Muchos autores confunden la imposibilidad jurídica con la ilícita. Debemos confesar que en muchas ocasiones es difícil la distinción. Pero son diferentes. La imposibilidad jurídica existe cuando la ley impide que se realice la prestación; en cambio, en la ilicitud la prestación se puede realizar, pero es penada por la ley<sup>12</sup>.

9. Ob. cit., p. 27.

10. Arts. 1851, 1852 y 2164 C. y sigts.

11. Arts. 2437, 2473 y 2478 C.

12. Brenes Córdoba expresa que la imposibilidad legal se refiere a las cosas que por ley están fuera del comercio, a los actos contrarios a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres (**Tratado de las Obligaciones y Contratos. Las Obligaciones**. Librería e Imprenta Lehmann. San José, Costa Rica, 1936, p. 20).

Es natural y lógico, que el Código Civil no permita que las personas usen los actos o contratos para fines o actividades contrarias a la ley, a la moral y orden público. Estos últimos conceptos son muy generales y modificables por el tiempo y el lugar. Por ejemplo, en la antigüedad se permitía el tráfico de esclavos (Roma y Grecia), ahora está prohibido. Es una cuestión de hecho que le corresponde al juez apreciar.

Se distingue entre ilicitudes textuales y virtuales. Sobre las primeras no existe dificultad en su determinación, la ley expresamente las establece. En cambio, en las virtuales es preciso buscarlas y deducirlas de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico, lo cual resulta difícil y arriesgado.

### iii) Debe ser determinada o determinable

La prestación debe ser determinada o cierta para que el acreedor sepa lo que tiene que reclamar y el deudor lo que tiene que cumplir. Al objeto se refieren los arts. 1832 inc. 2 y 2475 C.

Generalmente, las partes en el contrato se encargan de determinar la prestación; pero también es posible que señalen pautas suficientes para una ulterior determinación que hagan innecesario un nuevo convenio. Si existe indeterminación inicial y no se dan los elementos para una determinación ulterior, habrá indeterminación absoluta y, por lo tanto, no valdrá la obligación. Por ejemplo: te vendo maíz, sin decir cuánto; te vendo tres animales, sin expresar la especie.

Para que el precio se tenga por cierto, bastará que lo sea con referencia a otra cosa, según lo preceptúa el art. 2537 C.

Por otra parte, el art. 2538 C. tiene por cierto el precio en la venta de valores, granos, líquidos y demás consumibles, cuando se señale el que la cosa vendida tuviere en determinado día, bolsa o mercado, o se fije un tanto mayor o menor que el precio del día, bolsa o mercado, con tal que sea cierto.

Para Ossorio Morales los anteriores criterios objetivos de determinación son aplicables, *mutatis mutandis*, a cualquier otra prestación.

El art. 2530 C. expresa que el precio de la compraventa debe ser cierto, pero el art. 2537 C. tiene por cierto el precio cuando se deja su señalamiento al arbitrio de un tercero. Un sector de procesalistas considera a este tercero como arbitrador.

El tercero pudo haber recibido instrucciones de determinar el objeto del contrato en forma plena o absoluta (*arbitrum merae voluntatis*), en cuyo caso no cabe impugnación, aun cuando se aparte de la equidad. Si por el contrario, al tercero se le dieron instrucciones para que decidiera atendiendo a las circunstancias del mercado, buena fe y equidad (*arbitrum boni viri*), cabe la impugnación al violar la equidad.

El *arbitrum merae voluntatis* es de escasa aplicación y rechazado por la doctrina porque el derecho no puede permitir ni la arbitrariedad, ni la iniquidad.

El Código Civil italiano en lugar de suprimirlo le dio una configuración diferente al establecer en el art. 1349 que el árbitro actuará de buena fe.

Cuando el tercero no quisiere señalar el precio o no pudiere hacerlo, quedará ineficaz el contrato<sup>13</sup>. Esto tiene aplicación indiscutible en el *arbitrum merae voluntatis*, pero se duda que pueda aplicarse si se le han dado al tercero las bases para su determinación, y en el arbitrio de equidad. Los que sostienen que no cabe en estos supuestos la ineficacia del contrato mantienen el criterio que lo puede señalar el juez.

Ossorio Morales expresa que lo establecido para la compraventa puede generalizarse<sup>14</sup>. El tercero puede determinar todo tipo de cantidad de cosas, mercancías y precios. Por ejemplo: precio del arriendo, depósito, etc; tipo de interés en el mutuo, etc.

La determinación del objeto no puede dejarse al arbitrio de una de las partes, ya que equivale a dejar la validez y cumplimiento al arbitrio de uno de los contratantes, lo que está prohibido por el art. 2438 C. El acreedor podría pedir algo exagerado y el deudor pagar una cantidad irrisoria.

Aplicación del anterior principio se encuentra en el art. 2539 C. que expresa que el señalamiento del precio de la compraventa no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

El art. 315 del Código Civil alemán deja al arbitrio de equidad de una de las partes la determinación de la prestación. El art. 1349 del nuevo Código italiano permite que la prestación del contrato sea determinada por el tercero. No puede determinar su contenido esencial, lo cual corresponde a los contratantes, aunque no falta algún autor que sostiene que puede determinar todo el contenido del negocio, pero esta tesis carece de aceptación.

Esta forma de determinación no es aceptable en nuestro Derecho, por oponerse a ella los arts. 2438 y 2539<sup>15</sup>. No puede señalar la especie objeto del contrato. Inadmisibles es que alguien se obligue, por ejemplo, a vender o a comprar la cosa que señale un tercero, pues no habría consentimiento sobre el objeto del contrato. Puede hacerlo cuando las partes han señalado criterios de determinabilidad. Sin embargo, no faltan autores que admiten la posibilidad de que un tercero determine la prestación.

El tercero tampoco puede determinar los sujetos del contrato; pero sí sus circunstancias accidentales y modalidades: plazo, lugar, pago de evicción, pago de intereses, penas, etc.

### 3. Carácter patrimonial de la prestación

13. Art. 2537 C.

14. Ob. cit., p. 30.

15. Ossorio expresa que tal criterio sólo podrá lograrse mediante una forzada y no aconsejable deformación del art. 1449 (modelo de nuestro art. 2539 C.), que en términos absolutos prohíbe, sin más distinciones, dejar la determinación de la prestación (en caso de compra venta) al arbitrio de uno de los contratantes, sin diferenciar para nada el arbitrio de equidad y el libre arbitrio (Ob. cit., p. 31.).

Para que la obligación pueda existir, es necesario que la prestación sea susceptible de una valoración pecuniaria, pues sólo así tendría poder coercitivo el acreedor para reclamar sobre el patrimonio del deudor los daños y perjuicios en caso de incumplimiento culpable. De aquí que el deber de fidelidad de los cónyuges, el de obediencia del hijo, son deberes jurídicos y no obligaciones, técnicamente hablando. Tal criterio lo confirman los arts. 1834, 2475 y 2478 C. El primero dice: “Es ineficaz la obligación cuyo objeto no puede reducirse a un valor exigible, o no esté determinado ni puede determinarse”.

Contra tal criterio se han pronunciado los juristas alemanes Ihering y Windscheid, los que consideran que la patrimonialidad no es requisito esencial de la prestación. El primero de ellos expresa que basta que la obligación represente un interés digno de protección, y cita el caso del arrendamiento de una habitación, obligándose el inquilino a no tocar el piano a determinadas horas. El interés, de acuerdo con esta teoría, puede ser de diferente naturaleza: cultural, espiritual, etc.

Ejemplo de esta tendencia es el art. 399 del Código Civil del Japón, citado por los anotadores, que dice: “El derecho de crédito puede tener por objeto ventajas no susceptibles de una valuación en dinero”<sup>16</sup>. El art. 241 del Código Civil alemán, al definir la obligación, no se refiere al valor pecuniario de la obligación, por lo que se sostiene que la teoría expuesta fue acogida por este cuerpo legal.

#### **4. La causa de las obligaciones**

##### **A. Concepto**

Para que una persona resulte obligada debe existir una causa que produzca el vínculo jurídico. La causa, propiamente, es un requisito de los contratos. En los vínculos que nacen de las otras fuentes, la causa se confunde con la fuente misma de la obligación. Se llega a pensar que causa de la obligación coincide con fuente de la obligación. De acuerdo con lo expuesto hacemos la enumeración siguiente:

**a)** En las obligaciones derivadas de los contratos la causa se determina de la manera siguiente:

**i)** En los contratos bilaterales la causa de la obligación de una de las partes es la obligación que contrae la otra.

**ii)** En los contratos reales la causa es la entrega de la cosa.

**iii)** En los contratos gratuitos es el *animus donandi*.

**b)** En las obligaciones derivadas de los cuasicontratos, las causas son los hechos o situaciones que las generan.

---

16. Nota al art. 2478 C.

c) En los delitos y cuasidelitos, las causas de las obligaciones son los actos dolosos o culposos que las generan.

d) En las obligaciones legales, la causa es la misma ley que opera ante la realización del supuesto de hecho de su estructura.

### **B. No es necesario expresar la causa**

De acuerdo con el art. 1872 C., aunque la causa no esté expresada en la obligación se presume que existe y es lícita, mientras el deudor no pruebe lo contrario. Por otra parte, la obligación será válida, aunque la expresada sea falsa, siempre que se funde en otra causa verdadera. El art. 1873 C., en que descansa tal criterio, no lo dice expresamente, por cuanto no fue copiada la referencia que hace el modelo argentino a la otra causa verdadera, pero así debe entenderse.

## **5. Distinción entre deuda y responsabilidad**

La doctrina moderna sostiene que en toda obligación existen dos elementos distintos: la deuda y la responsabilidad. La primera es el deber jurídico del deudor de realizar o cumplir la prestación. La segunda consiste en la sumisión o sujeción al poder del acreedor, que se expresa en la facultad de hacer efectiva la prestación sobre los bienes del deudor.

Tal distinción tiene su reconocimiento teórico en los arts. 1830 y 2335 C. El primero define lo que es la deuda y el segundo consagra la responsabilidad al expresar que el deudor responde con sus bienes del cumplimiento de la obligación.

Pero en nuestro Derecho, generalmente la deuda y la responsabilidad van unidas, forman parte de la obligación. A pesar de lo expuesto, se contemplan casos en que es posible apreciar el juego independiente de estos elementos:

### **A. Responsabilidad sin deuda propia**

a) La constitución de prenda o hipoteca en garantía de una deuda ajena.

b) La obligación de responder por las personas que están bajo responsabilidad (hijos, pupilos, trabajadores, etc.).

c) La adquisición a título particular de las cosas gravadas (hipoteca).

d) Se citan como casos de responsabilidad sin deuda actual los de la fianza para garantizar obligaciones futuras o condicionales y el de la hipoteca sobre una obligación futura o bajo condición suspensiva.

### **B. Deuda sin responsabilidad**

Se citan a las obligaciones naturales, en las que el efecto fundamental consiste en no poder repetir lo pagado. Ossorio Morales expresa que en puridad no puede decirse que exista siquiera en las obligaciones naturales un verdadero

débito, pues se caracterizan precisamente por no poder el acreedor exigir su cumplimiento, y cita como mejor ejemplo el supuesto del art. 140 de la Ley Hipotecaria que permite el pacto mediante el cual el derecho del acreedor solamente pueda hacerse efectivo sobre los bienes hipotecados. Agrega que, en tal supuesto, puede decirse que el deudor debe pero no responde, radicando la responsabilidad tan sólo sobre unos bienes, que incluso pueden no pertenecer al deudor<sup>17</sup>. Creo que en el caso de que el bien hipotecado pertenezca a un tercero, habrá deuda sin responsabilidad de parte del deudor y responsabilidad sin deuda por parte del tercero. Si el bien pertenece al deudor, existirá una responsabilidad limitada de éste, efectiva solamente sobre el bien hipotecado, no respondiendo con otros bienes de su patrimonio. Existe deuda y responsabilidad, pero limitada a los bienes hipotecados.

Ossorio Morales expresa que tal distinción carece de importancia práctica, pues ambos elementos, aunque conceptualmente distintos, aparecen confundidos en la figura unitaria de la obligación, como dos fases o momentos del mismo fenómeno. Agrega que puede servir para precisar el concepto y mecánica de la obligación, formulando una definición de la obligación en base a los dos elementos referidos, que dice así: “Es un vínculo o relación jurídica en virtud de la cual un sujeto (acreedor) tiene derecho a exigir (pretensión) de otro (deudor) una determinada prestación que éste debe realizar, de tal modo que a falta de cumplimiento el acreedor puede procurarse satisfacción al interés frustrado, sobre los bienes del deudor, que constituye la garantía (responsabilidad)”<sup>18</sup>.

El estudio de esta distinción se ha hecho sobre el derecho romano y germánico. Los autores modernos se refieren siempre a esta distinción, ya esbozada anteriormente.

## **6. Derechos personales y reales**

### **A. Derechos personales**

Derechos personales son aquellos que sólo pueden reclamarse a determinadas personas.

### **B. Derechos reales**

Son aquellos que se ejercen sobre una cosa sin respecto a determinada persona. El titular puede disponer o disfrutar sin la intervención de otra persona.

### **C. Comparación entre derechos personales y reales**

a) Los derechos reales están taxativamente señalados por la ley: dominio, usufructo, uso, habitación, servidumbre, hipoteca, prenda, derecho legal de reten-

17. Ob. cit., pp.22 y 23.

18. Ob.cit., p. 23.

ción y anticresis. En cambio, los derechos personales no tienen límites. Los interesados pueden crear todo tipo de relaciones dentro del marco de la licitud.

**b)** Los derechos reales son oponibles a cualquier persona (*erga omnes*); son derechos absolutos. El dueño recupera la cosa en poder de quien se encuentre; el acreedor hipotecario puede perseguir la cosa hipotecada en poder de la persona en que se encuentre. En cambio, el derecho personal solamente es exigible en contra del obligado (deudor), razón por lo que se estima como un derecho relativo. Ejemplo: A promete vender a B, en documento privado, el inmueble X. Posteriormente A vende el inmueble X a C.

En el caso planteado, B no puede hacer valer su derecho personal en contra de C, quien adquiere la propiedad del inmueble X.

B sólo tiene acción personal de daños y perjuicios en contra de A. Por supuesto que si la promesa consta en documento público inscrito, la venta a favor de C no perjudica a B. Es más, no se puede inscribir a tenor del art. 129 R.R.P. La inscripción hace oponible a terceros la promesa de venta. Si bien ésta encierra un derecho personal, como todo contrato de promesa, con su inscripción adquiere virtualidad real.

**c)** El derecho real impone una obligación pasiva a los sujetos. Los obliga a no realizar actos que perjudiquen al titular del derecho real. En cambio, el titular del derecho personal puede exigir una prestación que puede consistir en dar, hacer y no hacer.

**d)** Los derechos reales nacen en virtud del título y la tradición; en cambio, los derechos de crédito nacen mediante el contrato. En nuestro sistema el contrato de compraventa produce la transmisión del dominio. En algunos códigos, como el francés, los actos o contratos traslativos (venta, donación, etc.) producen la transmisión del dominio y la constitución de los derechos reales.

**e)** Los derechos reales nacen, en principio, con carácter estable y permanente, y el interés del titular es satisfecho mientras vive; en cambio, las obligaciones nacen temporales, destinadas a extinguirse, y el acreedor satisface su interés al cumplirse la obligación.

La temporalidad se debe a que la obligación está dirigida a un fin determinado y una vez cumplido (satisfacción de la prestación) se extingue. Su existencia en el tiempo puede ser efímera o más o menos prolongada. Puede ser que el nacimiento de la obligación y su cumplimiento se realicen en breve espacio de tiempo (venta al contado, donación, etc), en cuyo caso la vida de la obligación es efímera; pero es posible encontrar otras relaciones obligacionales que prolongan su existencia después de su nacimiento, debido a que sus prestaciones no se agotan en una sola prestación, sino en la realización de varias prestaciones pendientes o en una conducta duradera (arriendo, sociedad, depósito, mutuo, apertura de crédito, suministro, etc.). Su prolongación puede ser más o menos duradera según lo convenido o la denuncia de las partes en los casos en que cabe. Se denominan obligaciones duraderas<sup>19</sup>.

19. Cfr. Larenz. Ob. cit. t. 1, p. 41 y sigts.

f) En los derechos reales la preferencia excluyente o de rango se determina por la fecha de constitución, rigiendo el principio *prior tempore potior jure*; en cambio, los derechos de crédito nacen en pie de igualdad, cualquiera que sea la fecha de ellos, pero se señalan algunas preferencias atendiendo el origen del crédito.

Algunos autores equiparan el derecho personal al real. Se fundan en que el derecho personal es una facultad sobre los bienes del deudor, y no sobre las personas. Encuentran como única diferencia en que el derecho real se ejerce exclusivamente sobre una cosa determinada, mientras que el derecho personal sobre una universalidad de bienes. Esta teoría es fuertemente criticada, por cuanto el vínculo obligacional sólo se da entre personas y no entre personas y bienes.

Otro sector doctrinal, encabezado por Planiol, equipara el derecho real al personal. Se funda en que todo derecho subjetivo privado es una facultad correlativa de obligaciones personales, por lo que no es posible ver una relación jurídica entre una persona y una cosa. De aquí que en los derechos reales existe el titular del derecho y, frente a él, una universalidad de personas a las que la ley impone la obligación de no estorbar o impedirle el ejercicio de su derecho.

Ambas teorías tienden a borrar la diferencia entre derecho real y derecho personal, base de nuestro Derecho.

## BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. **Curso de Derecho Civil. De las Obligaciones.** Editorial Nascimento. Chile, 1941, Tomo III, p. 7 y sigts. BETTI, Emilio. **Teoría General de las Obligaciones.** Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1969. Tomo I, p. 1 y sigts. BOFFI BOGGERO, Luis María. **Obligaciones.** Enciclopedia Jurídica Omeba, Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1965. Tomo XX, p. 632 y sigts. BORJA SORIANO, Manuel. **Teoría General de las Obligaciones.** Editorial Porrúa, S. A. México, 1959. Tomo I, p. 79 y sigts. BRENES CORDOBA, Alberto. **Tratado de las Obligaciones y Contratos.** Editorial Lehmann. San José 1936, p. 7 y sigts. BUSSO, Eduardo B. **Código Civil anotado. Obligaciones. El vínculo.** Editorial Ediar, S.A. Buenos Aires, 1949. Tomo III, p. 9 y sigts. CASTAN TOBEÑAS, José. **Derecho de Obligaciones. La obligación y el contrato en general.** Reus, S.A. Madrid, 1978. Tomo III, p.37 y sigts. CLARO SOLAR, Luis. **Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. De las Obligaciones.** Editorial Nascimento. Santiago, Chile, 1936. Tomo X, Vol. I, p.4 y sigts. COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H. **Curso elemental de Derecho Civil.** Instituto Editorial Reus. Madrid, 1951. Tomo III, p. 5 y sigts. COLMO, Alfredo. **De las Obligaciones en general.** Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1961, p. 1 y sigts. COSIO, Alfonso de. **Instituciones de Derecho Civil I.** Editorial Alianza, Madrid, 1977, p. 201 y sigts. CRUZ, Fernando. **Instituciones de Derecho Civil Patrio.** Editorial La Unión. Guatemala, 1888. Tomo III, p. 3 y sigts. DIEGO, Felipe Clemente de. **Insti-**



**tuciones de Derecho Civil Español.** Madrid, 1959. Tomo II, p. 7 y sigts. DE LA VEGA, Antonio. **Derecho de Obligaciones.** Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1986. DIEZ-PICAZO, LUIS. **Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial.** Editorial Tecnos. Madrid, 1979. Volumen I, p. 321 y sigts. Autonomía Privada y Derechos Reales. RCDI. Madrid, 1976. No. 513, p. 237 y sigts. DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEON. **El Arbitrio de un Tercero en los Negocios Jurídicos.** Editorial Bosch. Barcelona, España. 1957. DUPICHOT, Jacques. **Derecho de las Obligaciones.** Traducción de Rosangela Calle. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1984. ESPINAR LA FUENTE, Francisco. **Sobre la distinción de Derechos reales y obligacionales.** Editorial Reus, Madrid, 1962. ENNECCERUS, Ludwig. **Derecho de obligaciones.** Editorial Bosch. Barcelona, España, 1933. Vol. I. p. 1 y sigts. FAIREN, Manuel. **Derechos reales y Derechos de crédito.** RDN. 1959. No. 24, p. 139. FUEYO LANERI, Fernando. **Algunas características modernas del derecho de obligaciones.** Revista de Derecho, Jurisprudencia de Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile. 1956. Tomo LII. No.3-4. Mayo-Junio, p.50 y sigts. GARCIA GOYENA, Florencio. **Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español.** Editorial Cometa, S.A. Zaragoza, España. 1974, p. 515. GASPERI, Luis de. **El régimen de las obligaciones en el Derecho Latinoamericano.** Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1960. GAUDEMMENT, Eugene. **Teoría general de las obligaciones.** Editorial Porrúa, S.A.México, 1974, p. 25 y sigts. GIORGIANNI, Michele. **La Obligación.** Traducción de Evelio Verda y Tuello. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, España. GIORGIANNI, Micheli. **Los Derechos Reales.** RCDI. Madrid, 1967. N°. 458, p. 9 y sigts. GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. **Derecho de las obligaciones.** Editorial Cajica, S.A. México, 1976, p. 24 y sigts. HERNANDEZ GIL, Antonio. **Derecho de obligaciones.** Madrid, 1972, p. 60 y sigts. LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones.** Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1958. Tomo I, p. 18 y sigts. GOMEZ DE LA SERNA D. Pedro y MONTALBAN, Juan Manuel. **Elementos del derecho civil y penal de España.** Editorial y Librería de Gabriel Sánchez. Madrid, 1886. Tomo II, p. 173 y sigts. MACHADO, José Olegario. **Exposición y Comentario del Código Civil Argentino.** Editorial Talleres Gráficos Argentinos. Buenos Aires, n. d., Tomo II, p. 142 y sigts. MANRESA y NAVARRO, José María. **Comentarios al Código Civil Español.** Editorial Hijos de Reus. Madrid. 1918. Tomo VIII, p. 9 y sigts. MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean. **Lecciones de Derecho Civil.** Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1960. 2a. parte. Vol. I, p. 6 y sigts. MEJIA MORENO, Luis. **Práctica del Derecho Civil Hondureño.** Editorial Talleres Tipográficos Nacionales. Tegucigalpa, Honduras, 1934, p. 27 y sigts. MESSINEO, Francisco. **Manual de Derecho Civil y Comercial. Derecho de las obligaciones.** Editorial Jurídica Europa-América. Buenos Aires, 1955. Tomo IV, p. 3 y sigts. MEZA BARROS, Ramón. **Manual de Derecho Civil. De las obligaciones.** Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1974, p. 9 y sigts. OSSORIO MORALES, Juan. **Leciones de Derecho Civil. Obligaciones y contratos.** Editorial Prieto. Granada, 1956, p. 7 y sigts. PALACIO P.,Gustavo. **Elementos de Derecho Civil peruano.**

Editorial H. G. Rozas, S.A. Cuzco, Perú, 1963, p. 93 y sigts., p. 233 y sigts. PEREZ VIVES, Alvaro. **Teoría General de las obligaciones**. Editorial Temis. Bogotá, 1955. Vol. III, p. 1 y sigts. POTHIER, R.J. Tratado de las obligaciones. Editorial Atalaya. Buenos Aires, 1947, pp. 7-8. PUIG BRUTAU, José. Fundamentos de Derecho Civil. Derecho General de las Obligaciones. Editorial Bosch. Barcelona, España, 1959. Tomo I, Vol. II, p. 29 y sigts. RICCI, Francisco. Derecho Civil. Editorial La España Moderna. Madrid, n. d. Tomo XII, p. 1 y sigts. RIPPERT, GEORGES Y BOULANGER, Jean. Tratado de Derecho Civil. Editorial la Ley. Buenos Aires, 1965. Tomo V, p. 271 y sigts. RODRIGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, Lino. Derecho de Obligaciones. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1965, p. 4 y sigts. ROJAS LOPEZ, Antonio. El concepto filosófico de «causa» en las Obligaciones. Revista del Colegio de Abogados. San José, Costa Rica, 1950. Tomo V. No. 8. Agosto, p. 241 y sigts. RUGGIERO, Roberto de. Instituciones de Derecho Civil. Instituto Editorial Reus. Madrid. Tomo II. Vol. I., p. 5 y sigts. SALVAT M., Raymundo. Tratado de Derecho Civil argentino. Obligaciones en general. Editorial Argentina. Buenos Aires, 1952. Tomo I, p. 13 y sigts. SANCHO REBULLIDA, Francisco. Notas sobre la causa de la obligación en el Código Civil. Separata Revista de Legislación y Jurisprudencia. 1971. SANTOS BRIZ, JAIME. Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1973. Tomo III, p. 3 y sigts., p. 17 y sigts. SELVA, Buenaventura. Instituciones de Derecho Civil Nicaragüense. Editorial Tipográfica de Managua. Managua, 1883, p. 265 y sigts. SOTO NIETO, Francisco. Derecho Vivo. Jurisprudencia comentada. Editorial Revista de Derecho Judicial. Madrid, 1971. Tomo II, p. 161 y sigts. TAMAYO LOMBANO, Alberto. Manual de Obligaciones. Editorial Temis, 1990. TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1967. Tomo II, p. 1 y sigts. URIBE-HOLGUIN, Ricardo. Cincuenta Breves Ensayos sobre Obligaciones y Contratos. La Obligación y el Deber Jurídico. Editorial Temis. Bogotá, 1970, p. 39 y sigts. VALVERDE y VALVERDE, Calixto D. Tratado de Derecho Civil Español. Editorial Talleres Tipográficos Cuesta. Valladolid, España, 1937. Tomo III, p. 5 y sigts. VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Editorial Temis. Bogotá, 1960. Tomo III, p. 1 y sigts. VELEZ, Fernando. Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano. Editorial Imprenta París-América. París, n. d. Tomo VI, p. 1 y sigts. TUHR, Von A. Tratado de las Obligaciones. Editorial Reus, S.A. Madrid, 1934. Tomo I, p. 1 y sigts.



## *Segunda Parte*

# Fuente de las Obligaciones

## Capítulo I

### Enumeración de las fuentes

*SUMARIO: 1. Concepto de fuente. 2. Clasificación de las fuentes: A. La bipartita. B. La tripartita. C. La cuadripartita. D. La quinquepartita. E. La clasificación de nuestro Código. 3. El contrato. 4. El cuasicontrato. 5. El delito y el cuasidelito. 6. La ley. 7. La declaración unilateral de voluntad: A. Antecedentes históricos. B. Ideas preliminares. C. Posición de la doctrina. D. Exposición de casos: a) Oferta de contrato; b) La fundación; c) Las ofertas al público; d) Los títulos de crédito; e) La estipulación a favor de un tercero. E. Consagración legislativa de esta fuente. 8. Enriquecimiento sin causa.*

#### 1. Concepto de fuente

No puede existir una obligación sin una causa que la haga surgir. En otras palabras: la obligación no nace espontáneamente, necesita de una causa que la produzca.

Esta causa o fuente es el hecho, acto, contrato o ley que le da vida a la obligación. Generalmente, las fuentes engendran derechos personales; sin embargo, es posible que el contrato engendre derechos reales, como la venta, ya que conforme nuestro Código Civil este contrato transmite el dominio<sup>1</sup> sin necesidad de que se realice la tradición de la cosa. La tradición, como modo de adquirir, consagrada en el Código Civil anterior, fue eliminada por el vigente.

El tema de las fuentes de la obligación es todavía objeto de discusión. Sobre dos puntos gira el debate: la determinación de los hechos que tienen el carácter de fuente y su clasificación.

Los autores han hecho muchas clasificaciones y las legislaciones difieren en las enumeraciones. Es una labor plagada de dificultades para ambos. Son muchos los hechos que la originan y diversas las zonas en donde se realizan (Derecho de Familia, Derechos Reales, Derecho Mercantil, Contratos, Ley, etc). Los códigos enumeran las más generales y directamente relacionadas con el Derecho de

---

1. Arts. 1846, 2530, 2540, 2579, 3816, 3937 y 3948 C.

Obligaciones, pero generalmente pecan por exceso o por defecto. De aquí que la técnica moderna aconseja abstenerse de hacer enumeración de las fuentes.

Como he expresado, ni los autores y legislaciones, a través del tiempo, han reflejado un criterio uniforme en punto a una enumeración de las fuentes de las obligaciones. Desde el Derecho romano hasta nuestros días puede advertirse tal circunstancia.

Los autores han formulado varias clasificaciones: la ley como única fuente; la ley y el contrato; la ley, el contrato, el cuasicontrato y los hechos ilícitos (el delito y el cuasidelito); mediata (la ley) e inmediata (los otros); contractuales y extracontractuales.

El Derecho moderno agrega otros a los cinco del Código de Napoleón: la declaración unilateral de voluntad; el enriquecimiento sin causa; el ejercicio abusivo del derecho y la sentencia (la figura del juez creador del derecho).

## 2. Clasificación de las fuentes

En el Derecho romano se presentan las clasificaciones siguientes:

### A. La bipartita

Según esta clasificación son dos las fuentes de las obligaciones: el contrato y el delito.

Esta clasificación la hace Gayo en las Institutas cuando expresa: “Y ahora, pasemos a las obligaciones, cuya división fundamental se reduce a dos especies, pues toda obligación, o nace de un contrato o nace de un delito”.<sup>2</sup>

### B. La tripartita

Según esta clasificación son tres las fuentes de las obligaciones: el contrato, el delito y varias otras causas.

Esta clasificación la hace Gayo en su obra *Res Quotidianae*. Consideró que existen causas generadoras de obligaciones que no son ni delitos ni contratos, como por ejemplo: el legado, el pago indebido; por lo que resultaba insuficiente. Las causas que escapaban a las dos fuentes las agrupó en la denominación genérica *ex variae causarum figurae*.

Hace su clasificación tripartita en la forma siguiente: “Las obligaciones nacen de un contrato o de un delito, o de cierto derecho propio, según las varias especies de causas”<sup>3</sup>.

2. Instituta, Libro III, 88.

3. Citado en *Digesto* 44, 7, 1.

### C. La cuadripartita

Los compiladores bizantinos transforman la clasificación tripartita, descomponiéndola en cuatro términos, que aparecen en las *Institutas* de Justiniano en los términos siguientes: “Una división subsecuente las distingue en cuatro especies, porque nacen o de un contrato o de un cuasicontrato, de un delito o de un cuasidelito”.<sup>4</sup>

### D. La quinquepartita

El Código Civil de Napoleón a la clasificación cuadripartita le agregó la quinta fuente: la ley. Como es sabido, el mencionado Código inspiró muchos otros, pasando a ellos dicha clasificación.

### E. La clasificación de nuestro Código

Nuestro Código Civil consagra la clasificación quinquepartita en el art. 1831 C. Estas cinco fuentes son: el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito y la ley.

Esta tradicional distinción ha recibido fuertes críticas de los autores. Unos consideran que peca por exceso, pues son dos las únicas fuentes de las obligaciones: el contrato y la ley. Esta clasificación bipartita, es recogida por el art. 1830 C. Planiol es uno de los juristas que la defiende. Otros estiman que peca por defecto, pues no incluye la declaración unilateral de voluntad y el enriquecimiento sin causa.

## 3. El contrato

El contrato es la principal fuente de las obligaciones, lo que fácilmente se puede observar en la vida diaria. De aquí que el Código le dedique en el Tomo II, Libro Tercero, los Títulos VII, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXI, XXII, XXIII y XXIV.

## 4. El cuasicontrato

En el Tomo II, Libro III, Título VII del Código, que trata de los contratos, se le dedica a los cuasicontratos el capítulo V, siguiendo en esto a la concepción romana que considera el cuasicontrato semejante al contrato.

El cuasicontrato es un acto voluntario y lícito del cual resulta una obligación respecto a un tercero u obligaciones recíprocas entre las partes.

En el Derecho romano las *Institutas* señalan varios casos de cuasicontratos: **a)** la gestión de negocios (semejante al mandato); **b)** la tutela y la curatela; **c)** la

4. Libro III, Título XIII, 2.

comunidad o universalidad de cosas entre personas que no están unidas por una sociedad (semejante a la sociedad); **d**) la aceptación de la herencia; y **e**) el pago indebido (semejante al mutuo).

## 5. El delito y el cuasidelito

El que causa daño a una persona en virtud de un delito o cuasidelito está obligado a repararlo.

De los delitos y cuasidelitos civiles trata el Capítulo Unico, Título VIII, Libro Tercero del Código Civil.

De la responsabilidad civil derivada de la materia penal trata el artículo 43 y siguientes del Código Penal vigente.

## 6. La ley

La ley es otra fuente de las obligaciones. Se le estima como la fuente de todas las obligaciones, o, cuando menos, la fuente inmediata.

Las obligaciones legales son aquellas que nacen directamente de la ley, o como dice el art. 1831 inc. 4 C., las obligaciones que nacen de la ley se expresan en ella.

El carácter expreso o taxativo de estas obligaciones, consagrado en la anterior disposición, se encuentra reforzado en el art. 1835 C. Este artículo, además establece que el Código Civil y la ley que da origen a la obligación, son los que fijan su contenido, alcance, naturaleza, etc. Dice así: “Las obligaciones derivadas de la ley no se presumen. Sólo son exigibles las expresamente determinadas en este Código o en las leyes especiales, y se regirán por los preceptos de la ley que las hubiere establecido, y en lo que ésta no hubiere previsto, por las disposiciones del presente Libro”.

En virtud del artículo transcrito se pone a discusión si la otra fuente del derecho objetivo como la costumbre y los principios generales del derecho puede servir de base para dar origen a obligaciones de este tipo. La respuesta es generalmente negativa por el carácter expreso de la taxatividad, pero no faltan autores que sostienen que de la costumbre pueden derivarse obligaciones. El tema no es pacífico.

Por el contrario, en los contratos las partes fijan la ley del mismo. El art. 1836 C. expresa que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos.

Como ejemplo de obligaciones legales tenemos: las obligaciones alimenticias<sup>5</sup>; la de los guardadores; la de exhibir documentos y libros en los casos establecidos por la ley; la de garantizar por evicción o vicios ocultos; la obligación de recompensar al que encontró la cosa perdida; etc.

5. Ley N° 143/92, Ley de Alimentos

## 7. La declaración unilateral de voluntad

### A. Antecedentes históricos

En el Derecho romano la simple declaración unilateral de voluntad no producía el nacimiento de un vínculo obligatorio; sin embargo, la doctrina señala las excepciones siguientes: **1)** El *votum*, que consistía en una promesa (un monumento, etc.) hecha a los dioses. **2)** La *pollicitatio*, que consistía en una promesa (una obra, dinero, etc.) a favor de una ciudad o municipio. En ambos casos, la sola promesa vinculaba al prometiende sin necesidad de que fuera aceptada por los pontífices o ediles, quienes podían obligar al prometiende a cumplir con lo prometido.

Corresponde al Derecho germánico el desarrollo de esta nueva fuente de las obligaciones, la que por ser nueva se encuentra en plena elaboración.

### B. Ideas preliminares

La doctrina admite la posibilidad que por actos unilaterales: **a)** adquiera la propiedad (adquisición por ocupación, la accesión artificial); **b)** termine un vínculo jurídico (revocación y renuncia del mandato, el desahucio, la renuncia en las sociedades civiles y colectivas comerciales<sup>6</sup>); **c)** renuncie a un derecho.

Pero el problema que nos ocupa se concreta a determinar si la sola voluntad de una persona puede ser fuente creadora de obligaciones. En otras palabras: si el declarante por su sola voluntad queda obligado sin que intervenga aún la voluntad del destinatario de dicha declaración. Si basta la voluntad del deudor para que quede obligado.

### C. Posición de la doctrina

En la doctrina existen varias tesis formuladas en torno al problema de la aceptación o rechazo de la declaración unilateral de voluntad, como fuente de las obligaciones.

En el primer extremo, tenemos la tesis unilateralista radical que le atribuye a la voluntad unilateral la fuerza vinculante de todas las obligaciones que nacen del negocio jurídico. En el otro extremo, se encuentra la tesis negativa o bilateralista que rechaza que la voluntad unilateral pueda ser fuente de obligaciones.

Entre estas dos tesis, tenemos la tesis moderada o restringida que acepta la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones en casos excepcionales.

6. Arts. 3285, num. 4 y 3290 C., y 173 C.C.



## **D. Exposición de casos**

Existen una serie de figuras que la doctrina trata de explicar a través de la declaración unilateral de voluntad.

Se descarta al testamento, acto jurídico unilateral, pues las obligaciones que crea (legado de género, legado con carga, etc.) tienen como fuente el cuasicontrato.

Expresa Pothier: “Por ejemplo, la aceptación del heredero es un cuasicontrato enfrente de los legatarios, pues es un hecho permitido por las leyes, que obliga para con los legatarios al heredero a pagarles los legados señalados por el testamento del difunto, sin que haya habido convención alguna entre este heredero y los legatarios”<sup>7</sup>.

Nos concretaremos a exponer sobre la oferta de contrato, la fundación, las ofertas al público, los títulos de crédito y la estipulación a favor de un tercero, dado los alcances de nuestro estudio. Quedan por analizarse los negocios claudicantes, los contratos por subasta pública y los celebrados por funcionarios en nombre del Estado con los particulares, que también pretenden ser explicados por medio de la declaración unilateral de voluntad. Tampoco trataremos en este capítulo sobre los contratos de adhesión, cuya naturaleza ha dado lugar a muchas teorías, una de las cuales sostiene que se trata de un acto unilateral que resulta de la sola voluntad del oferente.

### **a) Oferta de contrato**

El contrato se perfecciona con la aceptación de la oferta. Pero la oferta liga a su autor y lo obliga a esperar una contestación dentro del plazo que hubiere señalado, en su defecto dentro de tres días cuando el otro contratante se hallare en el mismo Distrito, dentro de diez días cuando el otro no se hallare en el mismo Distrito y dentro de sesenta días cuando se hallare fuera de la República<sup>8</sup>.

El art. 89 C. C. dice: “El proponente no podrá arrepentirse de su propuesta si al hacerla se hubiere comprometido a esperar contestación o a no disponer del objeto del contrato, sino después de desechado o de transcurrido un determinado plazo”.

La obligación de no retractarse se deriva de la voluntad unilateral del oferente y no del contrato, que todavía no se ha perfeccionado, lo que se realiza cuando el destinatario acepte la oferta. La obligación de mantener la oferta nace de la voluntad unilateral del oferente. Si el destinatario acepta, nacerán, por el contrario, obligaciones contractuales, producto de un acuerdo de voluntades.

7. **Tratado de las Obligaciones.** Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1947, p. 71.

8. Arts. 2452 y 2453 C.

## b) La fundación

En varias legislaciones se consagra la promesa de fundación, la cual consiste en la afectación que hace una persona, por acto entre vivos o por disposiciones testamentarias, de un bien a un destino especial de interés colectivo, como, por ejemplo, una biblioteca, una escuela, un hospital, un reformatorio de menores, etc.

Nuestro Código Civil consagra la fundación hecha por disposiciones de última voluntad<sup>9</sup>, pero calla respecto a la fundación creada por acto unilateral de voluntad entre vivos. No obstante, el art. 2 de la Ley general sobre personas jurídicas sin fines de lucro regula esta figura.

## c) Las ofertas al público

En la doctrina suele distinguirse entre oferta al público y la promesa al público.

Existe oferta al público cuando se dirige a cualquier persona que desea aceptarla. Ejemplo: ofrecer recompensa de C\$10,000 a quien encuentre y devuelva el caballo “El Lucero” que se ha extraviado; o el comerciante que ofrece en su vitrina pantalones a C\$600.00.

Penetrando más al detalle se admite que si la oferta al público no contiene todos los elementos del contrato cuya celebración se persigue, estamos en presencia de una invitación a hacer propuestas (*invitatio ad offerendum*). Ejemplo: Vendo mi finca “El Encanto” al que me ofrezca mejor precio. Expresa Victorio Pescio V.: “Ejemplo de oferta al público: Vendo el Fundo Corneliano en diez mil escudos”; ejemplo de *invitatio ad offerendum*: “Vendo el fundo tusculano al que ofrezca mejor precio”<sup>10</sup>.

El art. 1860 del Código Civil mexicano dice: “El hecho de ofrecer al público objetos en determinado precio, *obliga al dueño a sostener su ofrecimiento*”. Esta es la oferta de venta a que me refiero en el ejemplo de los pantalones.

La promesa al público es la que se hace al que se encuentra en una determinada condición o situación o a quien ejecute un determinado servicio. Ejemplos: ofrecer C\$50,000 al mejor estudiante de la Facultad de Derecho, los ofrecimientos de premios a la mejor obra jurídica, al mejor corredor, al mejor obrero, etc.

El art. 1861 del mismo Código expresa: “El que por anuncios u ofrecimientos hechos al público se compromete a alguna prestación en favor de quien llene

9. Art. 984 inc. 2 C.

10. **Comentarios acerca de las Fuentes de las Obligaciones, de la Voluntad Unilateral y de la Teoría del Contrato en el Derecho Civil Chileno y Comparado.** Valparaíso, 1961, p. 78.

determinada condición o desempeño ciertos servicios, *contrae la obligación de cumplirla*". Esta es la promesa de recompensa a que me refiero en los ejemplos anteriores.

#### d) Los títulos de crédito

Para fundamentar la obligación cambiaria se han formulado diversas teorías: las contractualistas, las intermedias y las unilaterales. Las primeras fundamentan la obligación consignada en el título, en la relación subyacente entre el suscriptor del título y el tomador. Estas teorías reciben fuerte influencia civilista.

Las segundas distinguen dos momentos: cuando el título no ha pasado a manos de un tercero, el fundamento de la obligación se encuentra en las relaciones del suscriptor y el primer tomador; cuando el título ha pasado a tercero, la obligación se funda en la apariencia del documento, o en la declaración unilateral de voluntad.

Las teorías unilaterales sostienen que la obligación contenida en un título valor deriva de un acto unilateral del emitente o creador del título, aunque entre ellas existen variantes.

Nuestra Ley General de Títulos Valores responde a la corriente unilateral. Así se desprende de los artículos siguientes:

Art. 5. La promesa o reconocimiento unilateral contenido en un título-valor obliga a quien lo hace sin necesidad de aceptación.

Art. 9. La suscripción de un título-valor obliga a quien lo hace a favor del poseedor legítimo, aunque el título haya entrado a la circulación contra la voluntad del suscriptor o después que sobrevino su muerte o incapacidad.

Aníbal Solórzano participa de la opinión de que no se trata de una declaración unilateral de voluntad, porque la obligación deriva del simple hecho de la creación del título, en virtud de la ley<sup>11</sup>.

#### e) La estipulación a favor de un tercero

Juan toma un seguro de vida con INISER por C\$200,000 y nombra como beneficiario a Pedro.

A Juan se le denomina estipulante, a INISER prometiente y a Pedro beneficiario.

Como salta a la vista, Pedro es beneficiario por un contrato (seguro) en que no fue parte. ¿Cómo se explica la obligación de INISER a favor de Pedro, quien no ha sido parte del contrato? Un sector doctrinal sostiene que la obligación surge en virtud de la declaración unilateral de INISER de obligarse a favor de Pedro.

11. Ley General de Títulos-Valores. Comentada y Concordada. Managua, 1973, pp. 9 y 10.

12. Art. 860.

13. Arts. 1860 y sigts.

14. Arts. 1988 a 1991

15. Arts. 1802 a 1822.

Se estima, pues, que la estipulación a favor de un tercero es una declaración unilateral de voluntad.

Debemos reconocer que esta posición doctrinal ha sido duramente cuestionada.

### E. Consagración legislativa de esta fuente

Son muchos los códigos civiles que regulan la declaración unilateral de voluntad: el de Austria<sup>12</sup>, el de México<sup>13</sup>, el de Italia<sup>14</sup> y el de Brasil<sup>15</sup>.

Nuestro Código no contiene una reglamentación general de la declaración de voluntad. Esto da margen para sostener que debe rechazarse al no estar contemplada en el art. 1831 C. No obstante, es preciso aceptar aquellos casos reconocidos por la ley, como los expuestos anteriormente. El tema es polémico, pues algunos autores piensan que en base al hecho de que se contemplen determinados casos puede reconocérsele validez general como fuente de las obligaciones, ya que el art. 1831 C. tiene un carácter enunciativo o clasificativo, no vinculante al intérprete.

Existe también discrepancia en punto a los casos que constituyen declaraciones unilaterales de voluntad. Por ejemplo, un sector doctrinal reconoce todos los casos anteriormente estudiados y otros más. Otro sólo reconoce dos: la promesa pública de recompensa y el concurso con premio, más por razones de justicia que técnicas (aunque algunos le niegan este carácter). Se considera que la oferta de contrato es sólo un deber de mantenerla en el tiempo previsto, pero no genera por sí sola la obligación, pues esta surge con la aceptación. Antes de la aceptación no existe la obligación y tampoco se retrotrae al día de la oferta; por el contrario, la declaración unilateral de voluntad crea de inmediato la obligación sin necesidad de aceptación.

En los títulos al portador mientras no aparezca un tenedor (que representa aceptación) no existe obligación en sentido estricto. En la estipulación a favor de un tercero sólo se crea un deber jurídico como en la oferta, la obligación del estipulante es contractual, el tercero no es obligado y es esencialmente revocable.

En el Derecho Mercantil, Joaquín Garriges opina que es necesario reconocer efectos jurídicos a los negocios unilaterales con mayor amplitud e intensidad que en el Derecho Civil. Diferencia los negocios jurídicos unilaterales de las declaraciones unilaterales de voluntad dirigidas a la celebración de un negocio bilateral. Los primeros son negocios perfectos y generalmente irrevocables. Las segundas generalmente constituyen un germen de un posible contrato bilateral. Destaca a la promesa pública de recompensa por su difusión para atraer clientela.

## 8. Enriquecimiento sin causa

Se estima al enriquecimiento sin causa como otra fuente de las obligaciones. De ella trataremos más adelante.

16. *Curso de Derecho Mercantil*. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1987. T. IV, p.p. 11 y 12.

## BIBLIOGRAFIA

AGUIRRE GODOY, Mario. **La declaración unilateral de voluntad como fuente de obligaciones.** Editorial Universitaria. Guatemala, 1960. ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit., Tomo III, p. 22 y sigts. BETTI, Emilio. Ob. cit., Tomo II, p. 15 y sigts. BONET, Ramón Francisco. **Fuentes de las obligaciones.** RDN, 1967, No. 55, p. 7. BORJA SORIANO, Manuel. Ob. cit., Tomo I, p. 129. BUSSO, Eduardo B. Ob. cit., Tomo III, p. 65 y sigts. CASTAN TOBEÑAS, José. Ob. cit., Tomo III, p. 75 y sigts. CLARO SOLAR, Luis. Ob. cit., Tomo X. Vol. I, p. 551 y sigts. COLIN, Ambrosio y CAPITANT. H. Ob. cit., Tomo III, p. 585 y sigts., p. 591 y sigts. COLMO, Alfredo. Ob. cit., p. 29 y sigts. COSIO, Alfonso de. Ob. cit., pp. 240-241. CRUZ, Fernando. Ob. cit., Tomo III, p. 4 y sigts. DIEGO, Felipe Clemente de. Ob. cit., Tomo II, p. 85 y sigts. DIEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., Vol. I, p. 380 y sigts. GAUDEMMENT, Eugene. Ob. cit., p. 37. GIORGI, Jorge. Ob. cit., Vol. III, p. 17 y sigts. GUTIERREZ y GONZALEZ, Ernesto. Ob. cit., p. 121 y sigts. HERNANDEZ GIL, Antonio. Ob. cit., p. 209 y sigts. LARENZ, Karl. Ob. cit., Tomo I, p. 55. MACHADO, José Olegario. Ob. cit., Tomo II, p. 148. MAZEAUD, Henri. MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean. Ob. cit., 2a. parte. Vol. I, p. 58 y sigts. MESSINEO, Francisco. Ob. cit., Tomo IV, p. 21 y sigts. MEZA BARRROS, Ramón. Ob. cit., p. 15. OSSORIO MORALES, Juan. Ob. cit., p. 102 y sigts. PALACIO P., H. Gustavo. Ob. cit., pp. 228 y 229. PESCIO V., Victorio. **Comentario acerca de las Fuentes de las obligaciones, de la voluntad unilateral y la Teoría del contrato en el Derecho civil chileno y comparado.** Editorial Prensa de la Escuela de Derecho de Valparaíso. Chile, 1961. PUIG BRUTAU, José. Ob. cit., Tomo I, Vol. II, p. 57 y sigts. Ob. cit., Tomo II, Vol. II, p. 5 y sigts. RICCI, Francisco. Ob. cit., Tomo XIII, p. 10. RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Ob. cit., Tomo V, p. 209 y sigts. RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. Ob. cit., p. 65 y sigts. ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Fuentes de las obligaciones. Enciclopedia Jurídica Omeba.** 1967. Ob. cit., Tomo XII, p. 724 y sigts. RUGGERIO, Roberto de. Ob. cit., Tomo II. Vol. I, p. 96 y sigts. SANTOS BRIZ, Jaime. Ob. cit., Tomo III, p. 37 y sigts. SEVILLA, Guadalupe. **Fuentes de las obligaciones.** Tesis. Granada, Nicaragua. 18 de Junio de 1923. TRABUCCHI, Alberto. Ob. cit., Tomo II, p. 35 y sigts. VALENCIA ZEA, Arturo. Ob. cit., Tomo III, p. 52 y sigts. VALVERDE Y VALVERDE, Calixto D. Ob. cit., Tomo III, p. 212 y sigts. VARGAS SANDINO, Guillermo. **La manifestación unilateral de voluntad como fuente de obligaciones.** Managua, 1967. TUHR, Von A. Ob. cit., Tomo I, pp. 31 y 32.

## Capítulo II

### El negocio jurídico

*SUMARIO: 1. Clasificación de los hechos. 2. Concepto del negocio jurídico. 3. Clasificaciones. 4. Negocios unilaterales y plurilaterales. 5. Negocios patrimoniales y negocios de Derecho de Familia. 6. Negocios de atribución patrimonial y no atributivos. 7. Negocios de disposición y obligacionales. 8. Negocios de administración. 9. Negocios entre vivos y por causa de muerte (mortis causa). 10. Negocios-condición y los propiamente tales. 11. Declaraciones recepticias y no recepticias de voluntad.*

#### 1. Clasificación de los hechos

En el mundo que nos rodea se realizan millares de hechos que provienen de la naturaleza o del hombre. Si no producen efectos jurídicos se denominan simples o materiales (caída de un árbol, pasear por el campo, conversar, etc.). Por el contrario, si generan efectos jurídicos (la adquisición, modificación o extinción de un derecho) se denominan hechos jurídicos.

Para la teoría clásica los hechos jurídicos se dividen en hechos jurídicos propiamente tales y hechos voluntarios.

Son hechos jurídicos propiamente tales los que provienen de la naturaleza. Por ejemplo: una inundación o terremoto (caso fortuito) que exime de responsabilidad al deudor; el nacimiento que da comienzo a la personalidad y convierte a la persona en sujeto de derecho; la muerte que pone fin a la personalidad jurídica y abre la sucesión hereditaria.

Los voluntarios se pueden realizar sin la intención de producir efectos jurídicos o con la intención de producir efectos jurídicos mediante la creación, modificación o extinción de una relación o situación jurídica.

Son de primera naturaleza, los delitos y cusidelitos. El que comete un delito no lo hace con la intención de que se le imponga la pena y pagar los daños y perjuicios que contempla la ley para sancionar el hecho delictivo. El hecho produce tales efectos, pero estos no son queridos por su autor.

Son de segunda naturaleza aquellos que la doctrina clásica denomina actos jurídicos y la moderna negocio jurídico, por influencia de la doctrina alemana del Siglo XIV que crea esa expresión. Entre ellos tenemos: los contratos (venta, arriendo, permuta, etc.), el testamento, la remisión, el reconocimiento de un hijo, el matrimonio, la adopción, la transmisión o extinción de un derecho, etc.

## **2. Concepto del negocio jurídico**

El negocio jurídico es una manifestación unilateral, bilateral o plurilateral de voluntad de acuerdo con la ley para crear, modificar, conservar, transferir, transmitir o extinguir un derecho.

Como puede observarse son dos los elementos que integran el negocio jurídico: la manifestación de voluntad y la intención de producir efectos jurídicos esa declaración, que regula o reglamenta una relación o situación jurídica.

## **3. Clasificaciones**

Son muchas las clasificaciones que se han formulado de los negocios jurídicos; a saber: negocios unilaterales y bilaterales; negocios entre vivos y por causa de muerte; negocios de derecho de familia y negocios patrimoniales; negocios solemnes y no solemnes; negocios gratuitos y onerosos; negocios típicos y atípicos; negocios principales y accesorios (dependientes); negocios propiamente tales y negocios-condición; negocios recepticios y no recepticios; negocios simples y sujetos a modalidades; negocios de atribución patrimonial y no atributivos; negocios de administración y de disposición; etc.

Nuestra obra no es un estudio especializado de la Teoría General del Negocio Jurídico, y en la Teoría del Contrato tratamos en parte alguna de esas clasificaciones por lo que nos limitaremos a la exposición de las restantes.

## **4. Negocios unilaterales y plurilaterales**

Son negocios unilaterales aquellos que nacen a la vida jurídica por la sola declaración de una parte (la ocupación de la cosa abandonada, la aceptación o repudiación de la herencia, la renuncia de un derecho, el mandato, la emisión de un título valor o de crédito, el testamento, etc.).

Son negocios bilaterales aquellos que surgen a la vida por la declaración de voluntad de dos personas (venta, arriendo, donación, etc.).

El ejemplo típico del negocio unilateral es el testamento, pues para su existencia basta la voluntad del testador<sup>1</sup>. La aceptación o repudiación del heredero se da con posterioridad a su nacimiento legal y de la manifestación de la voluntad del heredero dependerá la producción o no producción de efectos del testamento, pero no su nacimiento como negocio.

El acto unilateral puede ser subjetivamente simple como el testamento que es el acto de una sola persona, pues no se admite el testamento mancomunado, o bien subjetivamente complejo cuando intervienen varias personas con el mismo propósito (renuncia de un derecho por los comuneros).

El negocio es bilateral cuando concurren dos o más personas con intereses distintos (venta, arriendo, mutuo, etc.) para su perfeccionamiento.

---

1. Art. 945 C.



La base de esta distinción se encuentra en el número de voluntades no en el número de personas que intervienen. En el acto unilateral pueden intervenir una o varias personas que forman una sola parte y una misma declaración de voluntades. En los bilaterales las partes pueden ser unipersonales (por ejemplo: un vendedor y un comprador) o pluripersonales (los condueños venden un inmueble a dos compradores), pero siempre son dos voluntades con intereses contrapuestos, los que venden y los que compran. Por otra parte, en los unilaterales tienen unidad de propósitos, en cambio en los bilaterales existen intereses diversos o contrapuestos.

Esta clasificación tiene interés por las razones siguientes: **a)** Las normas de formación, modificación o extinción de los negocios bilaterales están reguladas en las leyes, básicamente las que regulan los contratos y obligaciones; por el contrario no existe una regulación especial de los negocios unilaterales, salvo sobre el testamento y alguna que otra disposición sobre determinados actos unilaterales (repudiación de la herencia, remisión, etc.). **b)** Los negocios jurídicos bilaterales y unilaterales se interpretan de diferentes modos. Los primeros teniendo en cuenta la voluntad de las partes y un marcado sentido objetivo; en cambio en los unilaterales se tiene en cuenta la voluntad de una sola persona, lo que le da un sentido más subjetivo. **c)** La ley es menos exigente en el modo de manifestar la voluntad en los negocios bilaterales (como norma general se reconoce el consensualismo), porque se confía al interés de las partes asegurar sus derechos; en cambio en los unilaterales es más exigente porque solamente es una voluntad la manifestada, la cual debe estar rodeada de garantías para que se manifieste en forma libre. De aquí que generalmente son solemnes. Ejemplo típico de esto es el testamento.

Dentro de los actos unilaterales subjetivamente complejos también se estudian varios tipos de actos pluripersonales, aunque otro sector doctrinal lo hace por separado.

Veamos algunos: **a)** Los actos colectivos. En estos actos coinciden las voluntades para un mismo fin, pero no se funden. Para el exterior aparecen como una manifestación de voluntad unitaria, pero en el interior es distinta y tiende a tutelar el interés de cada uno que emite su voluntad. Ejemplo: el acuerdo de la asamblea de los comuneros de un edificio de propiedad horizontal. **b)** El acto colegial. Es una especie de acto colectivo en el que se expresa, por la unión de las voluntades de los componentes del ente, la voluntad de un sujeto diverso. Ejemplo: la resolución de una asamblea de la sociedad anónima. Como en todos los actos colectivos rige el principio de la mayoría para tomar la decisión. La ley o las partes creadoras del negocio pueden establecer diferentes tipos de mayorías. **c)** El acto complejo. Es la fusión de dos o más voluntades en una expresión de voluntad única. Ejemplo: la decisión de los comuneros de vender la cosa común. Atendiendo al igual o mayor valor que tiene cada declaración de voluntad con relación a los otros actos complejos admiten una subdivisión: actos de complejidad desigual y actos de complejidad igual. En los primeros se estima que la voluntad de uno de los declarantes tiene mayor importancia en el nacimiento del



acto que la del otro. En los de complejidad igual las voluntades tienen idéntico valor y, como consecuencia, debe actuarse de consuno y en caso de discordia el juez decidirá. La distinción entre actos complejos y colectivos tiene importancia. En los primeros, la invalidez de una de las declaraciones vicia todo el acto. En cambio en el colectivo el vicio de una declaración no vicia el acuerdo colectivo (por ejemplo: el vicio de un voto en la asamblea de accionistas no vicia el acuerdo, siempre que exista la mayoría requerida).

Como puede observarse, son numerosas las categorías de los negocios jurídicos que, ante la falta de regulación legal de una Teoría General del Negocio Jurídico, aparacen diseminadas dentro de las figuras contractuales, unilaterales o convencionales, clásicas, no aptas para dar solución por su carácter general, a muchos problemas que se desprenden de la gran cantidad de negocios jurídicos.

Los negocios jurídicos unilaterales pueden ser recepticios o no recepticios. En los primeros la voluntad tiene que ser recibida por otra persona o grupo de personas para ser eficaz. El ejemplo típico es el mandato que se puede otorgar en forma unilateral por el mandante, pero esa declaración de voluntad tiene que ser recibida y acogida por el mandatario, y cuando es un abogado tendrá que hacer las diligencias urgente aunque no acepte el mandato. En los segundos la voluntad del autor del negocio no necesita que sea recibida por ninguna otra persona. Ejemplo: el testamento.

La doctrina moderna italiana y alemana dentro de los negocios jurídicos bilaterales y plurilaterales hacen distinciones.

Los italianos distinguen atendiendo a la manera de acomodarse y estructurarse los intereses en juego, entre acuerdo y contrato. Si los intereses de las personas del negocio bilateral o plurilateral son contrapuestos o divergentes nos encontramos frente a un contrato (compraventa, permuta, arriendo, etc.). Si los intereses son coincidentes en dirección a un logro común nos encontramos frente al acuerdo. Normalmente son plurilaterales, aunque pueden ser bilaterales. Ejemplo típico: la sociedad.

Los alemanes hacen la distinción siguiente: **a)** Contrato (*Vertrag*). En el contrato se emiten declaraciones intrínsecamente diferentes, pero coinciden en la producción de un efecto jurídico (compraventa, arriendo, etc.). **b)** Actos conjuntos (*Gesamtakte*). Varias personas forman una sola parte y se unen para emitir una declaración de voluntad a fin de obtener un mismo resultado jurídico. No existe enfrentamiento entre ellos. Por ejemplo: la voluntad de dos arrendatarios de terminar con el arriendo; la decisión de los condueños de constituir una servidumbre. **c)** Acuerdos o decisiones (*Beschlusse*). Se refieren a las declaraciones de voluntad de sociedades, asociaciones o comunidades. Los que declaran la voluntad coinciden en la realización de un hecho o acto de tales entes. Ejemplo: la resolución de la asamblea de accionistas de una sociedad anónima. **d)** Convenio o convención (*Vereinbarung*). Este negocio es plurilateral y las voluntades de los declarantes no se enfrentan con intereses contrapuestos, son coincidentes o iguales (constitución de una sociedad).

Algunos autores partiendo de la distinción entre el concepto de parte (que puede ser unipersonal o pluripersonal) y de sujeto o persona reconocen la existencia de negocios unilaterales, bilaterales y plurilaterales.

Son unilaterales cuando la declaración de voluntad de una parte es suficiente para el nacimiento del negocio jurídico (testamento, renuncia de un derecho, ocupación, etc.).

Los negocios bilaterales nacen por la voluntad de dos partes (venta, arrendamiento y los contratos en general).

Los plurilaterales son obra de más de dos partes (creación de una sociedad). En estos negocios existen algunos que merecen especial atención como las convenciones o acuerdos. Característica peculiar de ellos es la existencia de un propósito común y la ausencia de intereses encontrados como en los contratos de cambio. Esto ha dado pie para sostener que la sociedad no es un contrato.

En nuestro país la sociedad puede ser convenida por dos o más personas. Algunos juristas sostienen que la sociedad anónima puede subsistir con un sólo socio si no se pide su disolución.

Albaladejo, partiendo siempre de la distinción entre partes y personas, los divide en unilaterales y plurilaterales.

Los unilaterales pueden proceder de una parte o centro de intereses formado por una persona (otorgamiento de poder, testamento y revocación etc.) o de varias personas (renuncia de varios usufructuarios al usufructo sobre la cosa común).

Los plurilaterales están constituidos por dos (bilaterales), tres (trilaterales) o más partes. Cada una de las partes pueden estar compuesta por una o varias personas. Las posiciones contrapuestas entre las partes no excluyen en algunos negocios un interés ulterior o superior (matrimonio, sociedad).

## **5. Negocios patrimoniales y negocios de Derecho de Familia**

Los negocios patrimoniales se refieren a derechos y obligaciones de carácter pecuniario o económico (venta, arrendamiento, etc.). Los negocios familiares se refieren a las relaciones del grupo familiar (matrimonio, adopción, reconocimiento de hijos, etc.).

Los de carácter patrimonial presentan las características siguientes: **a)** Están regidos por la libre negociación o contratación como norma general. Como consecuencia, las partes pueden establecer en los contratos o convenios todas las cláusulas o pactos que consideren convenientes, también pueden celebrar contratos no contemplados por la ley. **b)** Se rigen por el principio de conmutatividad, o sea, del equilibrio o equivalencia de las prestaciones de las partes. **c)** La celebración, interpretación y ejecución debe llevarse a efecto de acuerdo al principio de la buena fe. **d)** En la contratación debe existir seguridad en el tráfico jurídico, lo cual significa legitimar la adquisición frente a una titularidad aparente para que se pueda realizar con fluidez el comercio jurídico.

En cambio, en los negocios de tipo familiar no rige el principio de la autonomía negocial o contractual. La voluntad es necesaria solamente para que surja el negocio familiar, pero una vez nacido sus efectos son regulados imperativamente por la ley, lo cual significa que las partes no puedan variar tal regulación, pues tiene carácter de orden público. Tampoco las partes pueden crear otros negocios familiares diferentes a los establecidos por la ley. Los negocios familiares son típicos o nominados. De aquí que cada negocio de Derecho de Familia tenga su propia regulación, y salvo algunas excepciones, no le son aplicables las reglas de los negocios jurídicos patrimoniales. El matrimonio, por ejemplo, tiene su propia regulación, sobre su forma de celebrarlo, sobre impedimentos, nulidades, extinción, etc., y, salvo alguna disposición adecuadamente adaptable, no le son aplicables las disposiciones de los negocios patrimoniales.

No se vaya a creer que en los negocios de familia no intervienen intereses económicos. Lo que sucede es que su celebración no se hace para regular esos intereses económicos sino para establecer una relación familiar que requiere también de protección económica.

Los derechos y obligaciones provenientes de los negocios patrimoniales pueden ser objeto de transmisión o renuncia; en cambio los de familia son generalmente personalísimos y por ello son intransferibles e irrenunciables.

## **6. Negocios de atribución patrimonial y no atributivos**

Los negocios patrimoniales admiten una subdivisión en atributivos o no atributivos de un beneficio o enriquecimiento de otro patrimonio. Son atributivos aquellos que enriquecen el patrimonio de un tercero mediante la transmisión o adjudicación de un beneficio o derecho (venta, donación, arriendo, etc.) o la liberación de un gravamen o carga (remisión de una deuda, renuncia del usufruto o de una hipoteca). Son no atributivos los que no producen enriquecimiento en el patrimonio de un tercero (abandono de una cosa).

Esta distinción tiene una triple finalidad: sirve para la distinción entre negocios gratuitos y negocios onerosos; entre causales y abstractos; y como elemento para la elaboración de la doctrina del enriquecimiento sin causa.

## **7. Negocios de disposición y obligacionales**

En virtud del negocio de disposición un derecho real o personal en forma inmediata se transmite, transforma, modifica o extingue (venta de inmueble, constitución de una hipoteca sobre inmueble, cesión de un crédito, condonación de una deuda). Estos negocios se contraponen a los obligacionales, o sea, aquellos en que las partes sólo constituyen una relación obligacional.

## 8. Negocios de administración

Son aquellos negocios encaminados a la conservación, defensa y explotación económica de los bienes.

Son actos de conservación los dirigidos a la reparación y cuidado de la cosa (depósito, etc.).

Son actos de defensa aquellas acciones o actos destinados a defender las cosas de los ataques o violaciones de terceros (acciones posesorias, reivindicatorias, cobros judiciales o extrajudiciales, pagos judiciales o extrajudiciales, etc.).

Son de explotación económica aquellos que tienden a obtener un provecho o beneficio de los bienes de acuerdo al destino económico de ellos (venta de frutos de una cosecha, arrendamiento hasta por un año, etc.).

Estos actos tienen dos características: sólo se refieren a los productos de las cosas (venta de la cosecha de un inmueble); cuando se refiere a la cosa misma no la comprometen o gravan en forma duradera (arriendo hasta por un año, etc.).

El art. 3296 C. nos ayuda a aclarar cuáles son estos tipos de actos.

En contraposición a los anteriores tenemos los actos de disposición que son aquellos que exceden a los de administración porque afectan en forma permanente o duradera los bienes u objetos del negocio (venta, arrendamiento por más de un año, hipoteca, usufruto, uso, servidumbre, habitación, etc.).

Este concepto de acto de disposición es diferente al tratado en el número siete anterior. Tiene importancia para la determinación de las facultades de los representantes voluntarios o legales que sólo tienen poder de administración.

## 9. Negocio entre vivos y por causa de muerte (*mortis causa*)

Son negocios por causa de muerte aquellos que regulan una situación o relación jurídica para después de la muerte, la cual es el elemento esencial para que produzcan efectos jurídicos. Pueden existir antes de la muerte, pero no producen sus efectos. Ejemplo: el testamento. Por tal razón el testamento puede ser revocado por el testador mientras viva.

También se consideran negocios *mortis causa*: **a)** La revocación del testamento porque da pie a una nueva relación hereditaria, al producirse la muerte, diferente a la que establecía, la que puede ser intestada o bien regulada por el nuevo testamento. **b)** El contrato sucesorio, que no lo admite nuestro Código Civil<sup>2</sup>.

Por el contrario, en los negocios entre vivos no es necesaria la muerte para que el negocio produzca sus efectos (compraventa, arriendo, renuncia, etc.).

En algunos supuestos la muerte puede entrar como una modalidad para el nacimiento o extinción de ciertos derechos y obligaciones, pero el negocio es

2. Art. 2473 inc. 2 C.

siempre entre vivos (renta vitalicia, el seguro de vida, el contrato sujeto a su nacimiento o extinción a la muerte de cualquiera de las partes o de un tercero).

### **10. Negocios-condición y los propiamente tales**

Atendiendo el papel que juega la libre voluntad en el contenido y efectos del contrato se suele distinguir entre negocios-condición y los negocios propiamente tales. El estudio del negocio-condición lo han realizado principalmente los autores de Derecho Público (Duguit y Jeze).

En los primeros la voluntad crea el negocio jurídico, pero el contenido y sus efectos (derechos y obligaciones) está dado e impuesto por la ley y las partes no pueden derogarlo o alterarlo. Se presentan en el Derecho de Familia. Por ejemplo, los que celebran un matrimonio necesitan dar su voluntad, pero los derechos y obligaciones los establece e impone la ley de manera inderogable por la voluntad de los contrayentes. Estos no pueden establecer cuáles van a ser los derechos, obligaciones y condiciones del matrimonio. Como puede observarse, la ley establece e impone un sistema al cual se llega por la libre voluntad inicial.

En los segundos, las partes crean el negocio jurídico y su contenido, de tal manera que tienen libertad para establecer los derechos y obligaciones que crean conveniente. En virtud de la libre contratación que impera en nuestro Código Civil, éstos constituyen la mayoría de los negocios jurídicos y la regla general de ellos.

### **11. Declaraciones recepticias y no recepticias de voluntad**

Son recepticias aquellas dirigidas a una determinada persona (destinatario). El camino (*el iter negocial*) que conduce a la celebración del contrato supone una declaración recepticia de voluntad. Por ejemplo, el que desea vender emite una declaración de voluntad ofreciendo a otra persona los bienes que desea vender. La oferta también puede ser de compra. Las declaraciones recepticias deben contener todos los elementos del negocio jurídico, de tal manera que sólo haga falta la aceptación del otro contratante para que se perfeccione el negocio jurídico. Los elementos accidentales pueden ser determinados con posterioridad.

Las declaraciones recepticias de voluntad en la contratación se denominan oferta y aceptación

Son declaraciones no recepticias aquellas que no son necesariamente dirigidas a personas determinadas. Por ejemplo, el testamento, su revocación, el abandono de una cosa, la constitución de una fundación, la ocupación, la aceptación de una herencia, etc.

## BIBLIOGRAFIA

ALBALADEJO, Manuel. El negocio jurídico. Editorial Librería Bosh. Barcelona, España. 1959. BARESTERO, Luis Martín. De la causa en los negocios jurídicos bilaterales. Separata. RGLJ. Instituto Editorial Reus. Madrid, España. 1956. BETTI, Emilio. Ob. cit., Tomo II, p. 61 y sigts. Teoría general del Negocio Jurídico. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959. BORJA SORIANO, Manuel. Teoría general de las obligaciones. Editorial Porrúa S.A. México. 1959. p. 79 y sigts. CERTAD M., Gastón. La teoría del negocio jurídico frente a la legislación civil costarricense. Antología de textos de derecho privado. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 1985. p. 353 y sigts. COSSIO, Alfonso de. Intituciones de derecho civil I, Parte General. Derecho de Obligaciones. Alianza Editorial. Madrid, España. 1977. p. 145 y sigts. DIEZ PICAZO, Luis. GULLON, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Introducción, Derecho de las Personas, Negocio Jurídico. Vol. I. Editorial Tecnos, segunda edición. Madrid, España. 1978. p. 533 y sigts. DE LOS MOZOS, José Luis. La conversión del negocio Jurídico. Editorial Bosch. Barcelona, España. 1959. La causa jurídica del negocio jurídico. R D N, 1961. N° 33-34, p. 283. GIORGIANNI, Michele. La causa del negocio jurídico. Estudio de Derecho Italiano y comparado. RDN, 1976. N° 93 y 94. Julio-Diciembre, p. 67. GIUSSEPPE, Stolfi. Teoría del negocio jurídico. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959. HATLENHAUER, Hans. Conceptos Fundamentales del Derecho Civil. Editorial Ariel S.A. Barcelona. 1987. pag. 63 y sigts. LA CRUZ BERDEJO, José Luis. LUNA SERRANO, Agustín. RIVERO HERNANDEZ, Francisco. Elementos de Derecho Civil, I. Parte General del Derecho Civil. El Derecho Subjetivo. Vol. 3. José María Bosh Editor S.A. Barcelona, España. 1990. p. 131 y sigts. LARENZ, Karl. Bases del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1956. PEREZ VARGAS, Víctor. Los hechos jurídicos. Editorial Juricentro S.A. San José, Costa Rica. 1975. PEREZ VARGAS, Víctor. UMAÑA ROJAS, Ana Lorena. Elementos del negocio jurídico. Antología de textos de derecho privado. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 1985. pag. 367 y sigts. VAZQUEZ DE CASTRO, Jesús. La función de la voluntad en los negocios jurídicos. Revista de Derecho Español y Americano. Madrid, 1960. N° 22. Abril, Mayo, Junio, p. 149 y sigts.

## Capítulo III

### Teoría del contrato

*SUMARIO: SECCION I. IDEAS GENERALES: 1. Definición del contrato. 2. Justificación de los contratos. 3. Principio de la autonomía de la voluntad: A. Su fundamento y concepto. B. Ataques al principio. SECCION II. CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS: 1. Contratos bilaterales (sinalagmáticos) y unilaterales. 2. Contratos a título oneroso y a título gratuito. 3. Contratos consensuales, solemnes y reales. 4. Contratos conmutativos y aleatorios. 5. Contratos de libre discusión y de adhesión. 6. Contratos individuales y colectivos. 7. Contrato de ejecución instantánea y de ejecución sucesiva. 8. Contratos nominados e innominados. 9. Contratos principales y accesorios. 10. Los contratos preliminares y los precontratos. 11. Los contratos causales y abstractos. 12. Los contratos forzados. 13. Contratos en daños de terceros. 14. Contratos por personas a designar (o nombrar). SECCION III. CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS. SECCION IV. REQUISITOS DE LOS CONTRATOS: 1. Consentimiento: A. Concepto. B. Su formación. C. Requisitos de la oferta. D. Clases de ofertas. E. Vigencia de la oferta. F. La aceptación. G. Contratación entre ausentes. 2. Vicios del consentimiento: A. Error. B. Violencia. C. Dolo. 3. Objeto. 4. Causa. 5. Solemnidades. SECCION V. RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL (CULPA INCONTRAHENDO). SECCION VI. EFECTOS DE LOS CONTRATOS: 1. Principio de relatividad de los contratos. 2. Excepciones al principio de relatividad de los contratos. 3. Efectos que producen los contratos: A. Son productores de obligaciones. B. Principio de irrevocabilidad de los contratos. SECCION VII. ESTIPULACION A FAVOR DE UN TERCERO (ESTIPULACION ACTIVA): 1. Su consagración legislativa. 2. Concepto de la estipulación a favor de un tercero. 3. Casos de estipulación a favor de terceros. 4. Efectos. 5. Capacidad y determinación del tercero. 6. Naturaleza de la estipulación a favor de un tercero. SECCION VIII. CONTRATOS A CARGO DE UN TERCERO (ESTIPULACION PASIVA): 1. Su consagración legislativa. 2. Efectos. SECCION IX. INOPONIBILIDAD: 1. Concepto y su regulación. 2. Clases de inoponibilidades: A. Inoponibilidad de forma. B. Inoponibilidad de fondo. C. Inoponibilidad por la nulidad de un acto. SECCION X. INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS: 1. Concepto. 2. Sistemas de interpretación: A. Sistema de la voluntad interna. B. Sistema de la voluntad declarada. 3. Sistema adoptado por nuestro Código Civil. 4. Reglas de interpretación. SECCION XI. DISOLUCION DE LOS CONTRA-*



*TOS: 1. Causas de disolución: A. El mutuo consentimiento (resciliación). B. Causas legales.*

## Sección I

### Ideas generales

#### 1. Definición del contrato

El art. 2435 C. estima que el “Contrato es un acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o aclarar entre las mismas un vínculo jurídico”.

La doctrina distingue entre convenciones y contratos.

La convención es un acuerdo de voluntades en virtud del cual se crean, modifican y extinguen derechos.

En cambio, por el contrato se crean derechos. La convención es el género y el contrato es la especie; es decir, el contrato es una especie de convención. Así, por ejemplo, la doctrina estima que la venta, el arrendamiento, la fianza, etc., son contratos, pues tienen por finalidad crear obligaciones; por el contrario, el cumplimiento de las obligaciones (pagos, tradiciones, simples entregas materiales de las cosas), la resciliación de los contratos formados, etc., son convenciones y no contratos, pues en virtud de ellos no se crean obligaciones, sino se modifican, transmiten o extinguen las existentes.

En cambio, el art. 2435 C. considera contrato no sólo al convenio de creación del vínculo, sino al de su regulación y aclaración.

“Esta distinción entre el contrato y la convención no presenta ningún interés ni teórico ni práctico; esto explica que el legislador se haya apresurado a olvidarla en la primera ocasión”, dice Baudry Lacantinerie, citado por Ramón Meza Barros<sup>1</sup>.

En virtud del contrato se crean obligaciones patrimoniales, por lo que no cabe el uso de la palabra contrato para indicar convenios que, como el matrimonio y la adopción, crean obligaciones no patrimoniales, a pesar de que el art. 94 C. diga que el matrimonio es un contrato.

Lo que caracteriza al contrato es su bilateralidad, en cuanto es producto de un acuerdo de voluntades de dos o más personas destinadas a crear obligaciones. Una persona no puede dar nacimiento a un contrato. Necesita la voluntad de otra para crearlo. Por el contrario, en los actos unilaterales basta la voluntad de una persona (testamento, renuncia del usufructo, etc.).

No es preciso que exista una contraposición de intereses de las partes, como sostienen algunos autores, pues en la sociedad no existen intereses contrapuestos, y es un contrato, ya que, a pesar de ser distintos los intereses, las partes

---

1. **Manual de Derecho Civil. De las Obligaciones.** Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1974, p. 16.



persiguen el fin común de obtener utilidades. Debemos advertir que existe una fuerte corriente que no considera a la sociedad como un contrato.

## **2. Justificación de los contratos**

El hombre para satisfacer sus necesidades necesita entrar en negociaciones con sus semejantes mediante ventas, adquisiciones, préstamos, arrendamientos, prestación de sus servicios, etc. En esta forma, la contratación sirve de vehículo para la circulación y distribución de la riqueza.

Pero en la libertad del individuo de actuar y determinar sus actos, el contrato encuentra su justificación y fuerza obligatoria. En virtud del contrato, se afecta parte de su libertad a favor del otro contratante. Este es un problema de Filosofía del Derecho.

## **3. Principio de la autonomía de la voluntad**

### **A. Su fundamento y concepto**

Este principio parte de la idea de que las partes se encuentran en pie de igualdad al celebrar el contrato, lo que les permite pactar lo más conveniente y justo a sus intereses. Siendo, pues, el contrato producto de la voluntad de dos o más personas, actuando en absoluta igualdad, lo acordado por ellos es justo, por lo que el Estado debe permanecer al margen de la contratación; no debe intervenir. Las partes son libres para contratar, sin límites de parte del poder estatal.

El principio de la autonomía de la voluntad está consagrado en el art. 2437 C. que dice: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”.

Nuestro Código Civil es producto de la Revolución Liberal del año 1893 y como tal, consagró el principio de la autonomía de la voluntad.

En la contratación patrimonial impera el principio de la autonomía de la voluntad. No así en los contratos del Derecho de Familia. Por ejemplo, en el matrimonio sólo se tiene libertad para casarse o no, pero no pueden señalarse plazos, condiciones, etc.

En virtud de la autonomía de la voluntad las personas pueden celebrar todo tipo de contrato, regulado o no por la ley, y determinar su contenido, efectos y duración. De aquí que las leyes que rigen los contratos sean supletorias, aplicándose únicamente ante el silencio de las partes.

Pero dicho principio tiene limitaciones. El mismo artículo que lo consagra se encarga de expresar que estas limitaciones son: las leyes imperativas y prohibitivas, la moral y el orden público.

## **B. Ataques al principio**

Es posible que en la realidad no se dé la igualdad que proclama este principio, debido a que en ocasiones una de ellas es más poderosa, encontrándose la otra en desventaja, agravada, en muchas oportunidades, por la imperiosa necesidad de contratar, lo que la hace susceptible a presiones. El resultado de este contrato no puede ser justo.

Para corregir las desigualdades que en materia de contratación se pueden presentar y obtener así un resultado justo, el legislador limita el principio de la autonomía de la voluntad. Ejemplos:

a) Nuestra legislación laboral y de otros países reglamentan la contratación laboral y señalan una serie de derechos y garantías a favor de los trabajadores que son irrenunciables. Establecen también un salario mínimo, etc.

b) Las Leyes de Inquilinato (de orden público), señalan los precios de la vivienda, las causas por las cuales se puede pedir la entrega del inmueble, establecen arriendos forzosos y declaran irrenunciable los derechos que de ella se derivan, etc.

Se han dictado numerosas leyes limitativas de la libre contratación y si esta tendencia sigue, dicha libertad habrá de colapsar. No obstante, la economía de mercado principia a imponerse, lo que conducirá a reforzar la libre contratación.

En un sistema que reconoce las libertades individuales y la propiedad privada, debe existir libre contratación.

El Estado puede limitar el principio, pero lo debe hacer por causa justa y con mucha prudencia.

## **Sección II**

### **Clasificación de los contratos**

#### **1. Contratos bilaterales (sinalagmáticos) y unilaterales**

Son contratos bilaterales aquellos que producen obligaciones para las partes contratantes.

Para determinar la bilateralidad no se toma en cuenta el número de obligaciones que el contrato produce, sino el número de partes que en el momento de su formación quedan obligadas.

En cambio, es unilateral el contrato cuando una de las partes se obliga para con la otra, que no contrae obligación alguna.

Son bilaterales: la compraventa (el vendedor se obliga a entregar la cosa y responde por evicción. El comprador se obliga a pagar el precio y a recibir la cosa comprada), la sociedad, el arriendo, etc.

Son unilaterales: el comodato, el mutuo, la prenda, la fianza, el mandato gratuito.

Por ejemplo: el mutuo sólo produce obligación para el mutuuario, la que consiste en devolver las especies recibidas en mutuo.

En el comodato, el único obligado es el comodatario, quien debe conservar la cosa y restituirla al finalizar el comodato.

En la fianza, el fiador es el que se obliga a pagar si el deudor no lo hace. Pero es posible que sea bilateral, como, por ejemplo, cuando el acreedor se compromete en virtud de la fianza a rebajar intereses, a extender el plazo de la obligación, o cuando el acreedor remunera al fiador, etc., resultando, en tales supuestos, obligados el acreedor y el fiador.

Existe la posibilidad de que un contrato unilateral se convierta en bilateral por voluntad de las partes. Por ejemplo, el depósito y el mandato pueden ser bilaterales o unilaterales, según se pague o no remuneración.

En los contratos bilaterales esa convertibilidad no puede operar, ya que tal carácter se desprende de su naturaleza.

Esta clasificación se establece en los artículos 2442 y 2443 C. que dicen:

Art. 2442. “El contrato puede ser **unilateral o bilateral**, oneroso o gratuito”.

Art. 2443. “Es contrato unilateral aquel en que solamente una de las partes se obliga; bilateral, aquel en que resulta obligación para todos los contratantes”.

La clasificación tiene interés práctico, pues están sometidos a diferentes reglas:

**A.** En los contratos bilaterales la obligación de una de las partes es la causa de la obligación de la otra; en los unilaterales no sucede así. Por lo expuesto, la regla de que la mora purga la mora contemplada en la parte final del art. 1859 C., sólo es aplicable a los contratos bilaterales, pero no a los unilaterales, dada su naturaleza.

Los contratos bilaterales se deben cumplir en base al dicho popular: “dando y dando”, por lo que si a una de las partes se le exige el cumplimiento de la obligación sin que el reclamante haya cumplido su obligación, puede oponer la excepción del contrato no cumplido (*Non adimpleti contractus*).

**B.** La condición resolutoria sólo va implícita en los contratos bilaterales. No obstante, el pacto comisorio puede pactarse en el mutuo y en la renta vitalicia, de acuerdo con el art. 3646 C.

**C.** La teoría del riesgo sólo es aplicable en los contratos bilaterales.

Existen contratos que, en el momento de su nacimiento, sólo producen obligación a cargo de una de las partes; sin embargo, durante el transcurso de su existencia puede resultar obligada la otra parte. Es el caso del comodato, en el

cual el comodante debe pagar las expensas de la cosa en los términos del art. 3448 C.

El mandante, de conformidad con el art. 3337 incs. 2, 4 y 5 C., está obligado a pagar los gastos y anticipos que hizo el mandatario y a indemnizarle las pérdidas que se hayan ocasionado sin culpa suya o por causa del mandato.

Estos contratos se llaman bilaterales imperfectos y en el Derecho romano se denominaban sinalagmáticos o bilaterales imperfectos. Nuestro Código, al igual que el francés y chileno, no los reconoce.

Ossorio Morales expresa que la circunstancia de que con posterioridad a la celebración del contrato nazcan obligaciones contra quien, al contratar, no se obligó, no se desvirtúa el carácter unilateral de tal contrato, ya que esas posteriores obligaciones no nacen del contrato mismo sino *ex post factum*, de hechos ocurridos con posterioridad a su celebración. Agrega que generalmente se estima inútil crear una tercera categoría, ya que tales contratos se rigen por las reglas de los unilaterales, sin posibilidad de que les sean aplicables las de los bilaterales, por cuanto en ellos no se da la reciprocidad de obligaciones que los caracteriza<sup>2</sup>.

## 2. Contratos a título oneroso y a título gratuito

Son contratos gratuitos aquellos que sólo producen ventajas o utilidades a una de las partes, sufriendo la otra el gravamen. Por el contrario, en los onerosos ambos contratantes tienen ventajas o utilidades.

Son contratos onerosos: la compraventa, la permuta, el arrendamiento, la sociedad, el mandato remunerado, el mutuo con intereses, la transacción y la renta vitalicia<sup>3</sup>.

Son gratuitos: la donación, el comodato, el depósito, el mandato gratuito y el mutuo sin intereses.

Existen contratos unilaterales onerosos. Ejemplo: el mutuo con intereses, en cuyo caso sólo el mutuuario está obligado. Es oneroso porque mutuante y mutuuario se benefician.

Los contratos bilaterales son siempre onerosos, no así los unilaterales que pueden ser gratuitos u onerosos. Esto se explica por cuanto la gratuidad u onerosidad no es de la esencia de los contratos.

El mandato puede ser unilateral o bilateral, gratuito u oneroso. En cambio, el comodato es esencialmente gratuito; siempre es gratuito. Si se estipula precio, degenera en un arriendo de cosas. Por ejemplo: si Juan le presta su carro a Gloria y se estipula el precio de C\$500.00, no hay comodato, sino arrendamiento de cosas.

El depósito es unilateral y gratuito, pero si se estipulan honorarios se torna oneroso y bilateral.

Esta clasificación la sigue nuestro Código en los artículos 2442 y 2444 C. que dicen:

2. Ob. cit., p. 212.

3. La renta vitalicia puede ser onerosa (arts. 3625 y 3627 C.) o gratuita (art. 3628 C.).

Art. 2442 C. El contrato puede ser unilateral o bilateral, *oneroso o gratuito*.

Art. 2444 C. Es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos, y gratuito aquel en que el provecho es solamente de una de las partes.

La clasificación presenta interés práctico, pues los gratuitos y los onerosos están sometidos a diferentes reglas:

**A.** Por regla general en los contratos onerosos es indiferente la persona con quien se contrata, salvo, por ejemplo, en la transacción. Si se cree transigir con Juan y se transige con José, se puede invalidar la transacción, ya que ésta se celebró tomando fundamentalmente en consideración a la persona (Juan). Igual cosa sucede con la sociedad civil y la colectiva comercial.

En cambio, en los contratos gratuitos el error en la persona vicia el consentimiento y produce la nulidad, pues se celebran en consideración a la persona; son *intuitu personae*.

Lo expuesto está de acuerdo con el artículo 2467 C. que dice: “El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo”.

**B.** En los contratos onerosos, por regla general, el enajenante responde de la evicción (venta, permuta, sociedad, etc.); en cambio, en los contratos gratuitos, en principio, el donante no responde de la evicción<sup>4</sup>.

**C.** Para que prospere la acción pauliana contra el que adquirió del deudor a título oneroso (por ejemplo, venta) es preciso que haya sido cómplice en el fraude<sup>5</sup>. Si la adquisición fue a título gratuito, la mencionada acción prospera aunque el adquirente esté de buena fe<sup>6</sup>.

**D.** Para ser tercero registral protegido por el Registro es preciso haber adquirido a título oneroso. Al adquirente a título gratuito no lo protege el Registro<sup>7</sup>.

**E.** En los contratos onerosos el acreedor condicional trasmite su derecho a sus herederos si muere antes del cumplimiento de la condición<sup>8</sup>; en cambio, en los gratuitos no sucede lo mismo<sup>9</sup>.

Albaladejo estima como neutros aquellos que pueden ser onerosos o gratuitos como el depósito, el mandato, el mutuo y la fianza.

### 3. Contratos consensuales, solemnes y reales

Son **contratos consensuales** aquellos en que basta para su perfeccionamiento el consentimiento de los contratantes sobre los elementos esenciales del contrato, sin que sea necesaria alguna formalidad, solemnidad o entrega de la cosa. Ejemplos: la compraventa<sup>10</sup>, el mandato<sup>11</sup>, la fianza<sup>12</sup>, etc.

Son contratos solemnes aquellos en que no basta el consentimiento para su perfeccionamiento, pues se exige, además, una formalidad como el instrumento

4. Art. 2800 C.

5. Art. 2233 C.

6. Art. 2232 C.

público o privado, o la presencia de un funcionario. Ejemplos: la cesión de derechos litigiosos<sup>13</sup>, la permuta sobre bienes raíces o derechos hereditarios<sup>14</sup>, la anticresis<sup>15</sup>, el matrimonio<sup>16</sup>, etc.

Nuestro código está inspirado en el sistema consensualista o espiritualista<sup>17</sup>. Aceptada la estipulación queda perfecto el contrato, salvo que la ley exija otra formalidad; pero en todo caso se tendrá como una promesa exigible, dice el art. 2449 C.

No obstante, existen disposiciones que exigen la escritura pública o el documento privado, para la celebración de determinados actos y contratos, posponiendo así el sistema general espiritualista, afectado también por el reconocimiento de los contratos reales que exigen la entrega de la cosa y por la documentación (facturas, etc.) que acompaña al tráfico masivo de bienes de la sociedad moderna.

Como regla general, cuando se exige escritura pública en la celebración de un contrato, las partes pueden compelerse recíprocamente a llenar la forma prevista, siempre que hubiere intervenido el consentimiento y demás requisitos para su validez<sup>18</sup>. También como regla general, si se exige el documento privado para la celebración del contrato, aquél podrá ser suplido con la confesión judicial del que ha contraído la obligación correspondiente<sup>19</sup>. Como puede observarse, la escritura pública o privada no es requisito esencial para la existencia del contrato.

Entre las disposiciones que exigen la escritura pública, pero no como requisito para la existencia del contrato, ni como requisito de su perfeccionamiento, sino como forma de hacer efectivas las obligaciones, pudiendo en tales supuestos las partes compelerse a llenar la formalidad, tenemos:

- A.** El art. 153 C. que se refiere a las capitulaciones matrimoniales.
- B.** El art. 2534 C. que se refiere a la venta de inmuebles.
- C.** El art. 2722 C. que se refiere a la cesión de crédito.
- D.** El art. 2735 C. que se refiere a la cesión de derechos hereditarios y de legados de inmuebles.
- E.** El art. 3293 C. que se refiere al mandato.

7. Art. 3796 inc. 2 C.

8. Art. 1895 inc. 1 C.

9. Arts. 1895 inc. 2 y 2758 inc. 2 C.

10. Art. 2540 C. En sentencia de las 11 a.m. del 13 de Agosto de 1924, B. J., p. 4545, la Suprema declaró que la compraventa es un contrato consensual.

11. Art. 3293 C.

12. Art. 3683 C. No obstante, las fianzas judiciales son solemnes, pues deben ser calificadas por el Juez y rendidas por medio de actas ante el mismo funcionario (arts. 30 Pr. y 3655 C.) Por otra parte, la fianza que deben rendir los guardadores para garantizar los intereses del pupilo debe otorgarse en escritura pública (arts. 416 y 423 C.). La fianza para garantizar las obligaciones de los padres con relación a sus hijos en el caso de divorcio se otorga en escritura pública (art 178 C. y 1520 Pr.).

13. Art. 2743 C.

14. Art. 2749 C.

15. Art. 3900 C.

16. Arts. 94 y 95 C.

- F. El art. 3366 C. que se refiere al mandato judicial.
- G. El art. 3541 C. que se refiere al seguro.
- H. El art. 3627 C. que se refiere a la renta vitalicia.
- I. El art. 3772 C. que se refiere a la hipoteca.

No obstante, excepcionalmente existen otras disposiciones que hacen de la escritura un requisito esencial para la validez y eficacia del acto o contrato, **los que adquieren el carácter de solemnes**; a saber:

A. El art. 1479 C. que se refiere a la constitución del usufructo sobre inmuebles. El mencionado artículo dice que no valdrá si no se otorgare en instrumento público.

B. El art. 2768 C. que se refiere a la donación entre vivos de bienes inmuebles. El mencionado artículo dice que no valdrá si no es otorgada por escritura pública.

C. El art. 2743 C. que se refiere a la cesión de los derechos litigiosos. Dicho artículo dice que no se puede hacer, bajo pena de nulidad, sino por escritura pública, o por acta judicial, extendida en el respectivo expediente.

D. El art. 2774 C. que se refiere a las donaciones a título universal. Dicho artículo expresa que serán nulas si no constan en escritura pública.

E. El art. 3182 y 3183 C. que se refieren a la sociedad. Si ésta excede de cien pesos, o cuando no los excediere si se aportan inmuebles o derechos reales, se celebrará en escritura pública, requisito sin el cual será nula, según lo disponen los citados artículos.

F. El art. 3900 C. que se refiere a la anticresis. En dicho artículo se establece que, si no se constituye por escritura pública inscrita, será nula.

G. El art. 2749 C. que se refiere a la permuta. Dicho artículo expresa que cuando una de las cosas que se cambia o ambas son bienes raíces o derechos hereditarios, la permuta se perfecciona por escritura pública inscrita.

La formalidad de los anteriores actos y contratos es *ad solemnitatem*.

Por otra parte, en el Código existen disposiciones que exigen la escritura privada, pero ésta puede ser suplida por la confesión a tenor del art. 2482 C. Estos artículos son: 792, 2179, 2535, 2750, 2844, 2883, 3036, 3058, 3257, 3396, 3452 y 3731C.

En conclusión el contrato existe y puede ser probado en juicio por otros medios probatorios (confesión).

El art. 2483 C. señala algunos supuestos en que se exige el instrumento público. También en estos casos pueden exigir las partes el instrumento público y probarse en juicio el acto o contrato por otro tipo de prueba, salvo que en algunas disposiciones específicas se exija el documento como solemnidad como en la cesión de derechos litigiosos<sup>20</sup>, y la constitución del usufructo sobre inmuebles<sup>21</sup>.

17. Arts. 2448, 2449, 2540, 2541 y 2598 C.

18. Art. 2481 C.

19. Art. 2482 C.

Al consensualismo se le critica porque no invita a la reflexión y no atrae la atención de los terceros. Actualmente existe un movimiento favorable al formalismo. Es conveniente, por ejemplo, que en ciertos actos y contratos intervenga un Notario.

En cuanto al llamado de atención a los terceros la doctrina moderna ha construido un sistema de publicidad, cuyo perfeccionamiento se ha logrado en los Registros Inmobiliarios, extendiéndose actualmente a los bienes muebles registrables.

**Contratos reales** son aquellos que se perfeccionan con la entrega de la cosa. Nuestro Código admitió cuatro contratos reales: el mutuo<sup>22</sup>, el depósito<sup>23</sup>, la prenda<sup>24</sup> y el comodato<sup>25</sup>.

En Roma muchos contratos fueron reales, convirtiéndose después en consensuales. Este proceso de conversión no se ha detenido, pues la doctrina moderna ha atacado fuertemente las bases en que descansa este contrato estimando que el comodato, el mutuo y el depósito deben dejar de ser reales para convertirse en consensuales.

Los códigos de Suiza y México estiman a estos contratos como consensuales. Pero no de todos los códigos modernos han desaparecido los contratos reales. El Código Civil alemán conserva como real el mutuo y la prenda. El Código Civil de México sólo conserva la prenda como contrato real<sup>26</sup>.

La promesa de prenda y de depósito se perfeccionan por el simple consentimiento, ya que al constituir precontratos no existe todavía la entrega de la cosa. Al celebrarse el contrato prometido, ésta deberá entregarse para su perfeccionamiento<sup>27</sup>.

#### 4. Contratos conmutativos y aleatorios

En los contratos conmutativos se considera que la prestación de una de las partes es equivalente a la de la otra. Por ejemplo, en la compraventa se considera que la cosa comprada vale el precio pagado.

En estos contratos las partes, al momento de celebrar el contrato, pueden apreciar la utilidad y la pérdida que el contrato les va a reportar.

“El contrato (dice el art. 2446 C.) es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa, que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez”.

En los contratos aleatorios las partes no pueden determinar en el momento de su celebración el beneficio que les reportará el contrato, porque depende de un acontecimiento incierto. Las pérdidas y ganancias, pues, dependen de dicho

20. Art. 2743 C.

21. Art. 1479 C.

22. Art. 3392 C.

23. Art. 3459 C.

24. Arts. 3728 y 3734 C.

25. Art. 3417 C.

26. Art. 2858.

27. F. José Osuna Gómez expresa que la promesa de contrato real será meramente consensual; lo que la distinguirá del contrato prometido será precisamente la no existencia de la entrega, pues verificándose ésta pasa a perfeccionarse el préstamo, depósito o prenda (**Del Contrato Real y de la Promesa de Contrato Real**. Editorial Nascimento. Santiago, Chile, 1947, p. 181).



acontecimiento, de la suerte, dice la doctrina. Por ejemplo: Juan le compra por C\$500.00 a José los peces que han de recogerse en una red que echará al mar. Este contrato se llama compraventa de esperanza, y el ejemplo es de Pomponio.

Aunque el art. 2445 C. se puede prestar a confusión, en los contratos aleatorios el azar juega para ambos contratantes. La pérdida de uno es ganancia para el otro. Es cierto que en el contrato de seguro celebrado por empresas dedicadas al negocio del seguro se puede calcular el beneficio del conjunto de sus operaciones, basadas en las estadísticas y en la ley de los grandes números, por lo que se sostiene que el seguro no es aleatorio para el asegurador. No obstante, si se aprecia el contrato de seguro aislado del volumen de las operaciones de las empresas aseguradoras, salta a la vista el carácter aleatorio del mismo.

Esta es una subclasificación de los contratos onerosos y está contemplada en los arts. 2445 y 2446 C. Por otra parte, los contratos aleatorios están regulados por los arts. 3535 a 3652 C.

De conformidad con los arts. 2445 y 3536 C. son contratos aleatorios:

**A. El contrato de seguro**

Del seguro mercantil trata el art. 535 C.C. y sigts.

**B. El préstamo a la gruesa o riesgo marítimo**

Este contrato se rige por el Código de Comercio al cual remite el art. 3537 C.; dicho cuerpo de leyes lo regula en el art. 280 C.C. y sigts.

**C. El juego y la apuesta**

Del juego y la apuesta tratan los arts. 3607 a 3624 C.

**D. La renta vitalicia**

De la renta vitalicia tratan los arts. 3625 a 3647 C.

**E. La compra de esperanza**

De esta compra tratan los arts. 3648 a 3652 C.

La distinción no tiene la importancia que cobra en otras legislaciones en que se acepta la lesión enorme, que supone un equilibrio equitativo en las prestaciones de los contratantes. Ejemplos de lesión enorme: vender una casa con valor de C\$200,000 en C\$30,000. Vender una casa con valor de C\$100,000 en C\$600,000. En el primer supuesto, la lesión la sufre el vendedor y en el segundo el comprador. Nuestro Código vigente es producto de la Revolución Liberal de 1893, por lo que, respondiendo a esa ideología, establece en el art. 2562 C. que no hay rescisión por lesión enorme. Sería conveniente establecerla en una futura reforma, asegurando así una contratación más justa.

## 5. Contratos de libre discusión y de adhesión

Son contratos de libre discusión aquellos en los cuales se abre un debate y las partes libremente discuten su celebración y demás cláusulas. El contrato de libre discusión es el tipo normal de contrato. Por ejemplo: una persona entra en un almacén, pide que le muestren un radio, que le muestren otro, pide rebaja en

su precio, la otra le hace contrapropuesta, etc. A los contratos de libre discusión pertenece la compraventa, la sociedad, etc., cuya celebración es libremente discutida.

Por el contrario, en los contratos de adhesión no existe la posibilidad de la discusión entre las partes y se forman mediante la aceptación lisa y llana de una de ellas. En los contratos de adhesión una de las partes impone las condiciones y términos del contrato, es decir, la ley del contrato, y la otra toma la única decisión de aceptarlo o rechazarlo.

En la vida moderna se presenta con gran frecuencia este tipo de contratación: **a)** en el contrato de seguro; **b)** en los almacenes de precios fijos; **c)** en el transporte terrestre, marítimo o aéreo; **d)** en las empresas de suministro de agua y energía. Generalmente, este tipo de contrato lo utilizan las grandes empresas mercantiles e industriales en sus contrataciones masivas.

Esta clasificación presenta un doble interés: **1)** Cuando a través de los contratos de adhesión la empresa o el empresario dicta su voluntad sin los frenos de la libre competencia, el Estado puede intervenir. **2)** En los contratos de adhesión, las cláusulas oscuras o dudosas se interpretan a favor del contratante que se ha visto obligado a someterse al otro. En estos contratos la duda siempre favorece al más débil.

No faltan autores que niegan que sean verdaderos contratos, pues no encuentran en el simple hecho de la adhesión, sin previa discusión, un genuino consentimiento. No existe contrato, sino dos voluntades unilaterales e independientes entre sí.

## **6. Contratos individuales y colectivos**

Son contratos individuales aquellos que requieren para su perfeccionamiento el consentimiento unánime de las partes que lo celebran. En cambio, es contrato colectivo aquel que afecta u obliga a los miembros de un grupo o colectividad; aunque no hayan comparecido a su celebración, están obligados por el hecho de formar parte de ese grupo.

Lo que caracteriza al contrato individual no es el hecho de que lo celebran sólo dos personas, sino que sólo obliga a los que prestaron su consentimiento. En el contrato individual pueden haber varias personas. Así, por ejemplo, dos personas pueden vender un inmueble a otras dos personas; en la sociedad pueden concurrir a su celebración diez o quince personas.

Como ejemplo de contrato colectivo se puede citar el acuerdo que puede celebrar la mayoría de los acreedores con el deudor quebrado, obligando aún a los que no consintieron. Otro ejemplo que se cita es el de la convención colectiva del trabajo.

El contrato individual constituye la regla general. El contrato colectivo es excepcional.

## 7. Contratos de ejecución instantánea y de ejecución sucesiva

En los contratos de ejecución instantánea las obligaciones se cumplen de una vez en el tiempo, siendo indiferente que se cumplan en el momento de la celebración o con posterioridad. La compraventa, la permuta, son contratos de ejecución instantánea.

Por el contrario, en el contrato de ejecución sucesiva las obligaciones consisten en prestaciones periódicas o continuas. Ejemplos: el arriendo y el contrato de trabajo.

La importancia de esta clasificación se presenta bajo tres aspectos: **1)** El efecto retroactivo de la resolución sólo opera en los contratos de ejecución instantánea. En los contratos de ejecución sucesiva no obra con efecto retroactivo. La resolución de un contrato de esta naturaleza le pone término para el futuro. **2)** En los contratos bilaterales y de ejecución instantánea, si el objeto debido perece, la obligación del deudor se extingue, no así la de la otra parte. En los contratos de ejecución instantánea tiene plena aplicación la teoría de los riesgos. Por el contrario, en los de ejecución sucesiva la imposibilidad de ejecución de una de ellas extingue totalmente el contrato, o produce su modificación mientras dure el impedimento. **3)** La teoría de la imprevisión sólo se admite en los contratos de ejecución sucesiva. En los de ejecución instantánea no se admite.

## 8. Contratos nominados e innominados

Son contratos nominados los que reciben de la ley su reglamentación y denominación. Son innominados o atípicos aquellos que no están regulados por la ley, aunque tengan denominación en la práctica civil o forense.

Son contratos nominados, por ejemplo: la compraventa, regulada en el art. 2530 C. y sigts.; el arrendamiento, regulado en el art. 2810 C. y sigts.; el mandato, regulado en el art. 3293 C. y sigts.; etc.

Los contratos innominados son ilimitados. Las partes, en virtud de la libre contratación, pueden crear vínculos obligacionales que no encajan dentro de las figuras contractuales contempladas por la ley, sin más límite que el orden público y las buenas costumbres. Entre los contratos innominados que se citan se encuentra el de edición. En algunos países se cita el contrato de hospedaje como innominado, pero nuestro Código lo reglamenta dentro del contrato de arrendamiento, dedicándole 7 artículos, del 3090 al 3096 C.

En los contratos innominados, la creatividad de los contratantes y el principio de la autonomía de la voluntad adquieren gran relevancia. La Revista de Derecho Privado de Chile adelanta un catálogo de ciento cinco contratos innominados formulado por el Seminario de Derecho Privado de la Universidad de Chile, el que se publicará dando una noción de cada uno de ellos<sup>28</sup>.

Los contratos innominados se rigen por las reglas generales de los actos y contratos, por lo que pactaron los otorgantes y por las que gobiernan a los contratos nominados más semejantes, siempre que lo permitan las modalidades del innominado. Este es un caso de aplicación analógica de las reglas de los contratos nominados a los innominados.

En el Derecho romano la clasificación tiene una importancia fundamental. Sólo los contratos nominados otorgaban acción para exigir su cumplimiento. Por el contrario, los innominados o *pacta* no otorgaban acción sino en el supuesto de que la otra parte también los cumpliera.

En nuestro Código tal distinción (que por cierto no la hace) no tiene importancia práctica, por cuanto tanto los nominados como los innominados tienen fuerza obligatoria y, como consecuencia, otorgan acción para su debido cumplimiento. Vale tanto un contrato nominado como un innominado.

Responde a tales ideas el art. 2479 C. que dice: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado, sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

## 9. Contratos principales y accesorios

Son contratos principales aquellos que subsisten por sí mismos sin necesidad de otro convenio. Son accesorios cuando tienen por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación, por lo que no pueden existir sin ella.

Los contratos accesorios pueden garantizar cualquier tipo de obligación, sea ésta contractual, cuasicontractual, delictual, cuasidelictual o legal.

Los contratos accesorios, pues, garantizan el cumplimiento de una obligación principal. En la doctrina se les conoce con el nombre de cauciones. Como ejemplo de contratos accesorios tenemos: la hipoteca, la prenda, la fianza, etc.

Lo importante de esta distinción radica en determinar la extinción. Existe un aforismo que dice que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, pero no lo principal la suerte de lo accesorio.

La regla que encierra este aforismo está consagrada en el art. 1877 C. que dice: “Extinguida la obligación principal, queda extinguida la obligación accesorio, pero la extinción de la obligación accesorio no envuelve la de la obligación principal, salvo lo dispuesto para las obligaciones naturales”.

Confirmando lo expuesto, el art. 3722 C. dice: “La obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor, y por las mismas causas que las demás obligaciones”.

El art. 3862 C. dispone que “la hipoteca se acaba por la extinción total de la obligación principal sucedida por alguno de los modos designados para la extinción de las obligaciones”.

28. Año I. No. 3. Julio-Septiembre. 1966, pp. 90 y 91.

El art. 3770 C. dispone: “Se extingue el derecho de prenda: 1o. Por la extinción de la obligación principal a que accede”.

## 10. Los contratos preliminares y los precontratos

Se llaman contratos preparatorios o preliminares aquellos que sirven de medio para la celebración de otros. Son contratos de este tipo el mandato, la sociedad, etc.<sup>29</sup>

Por el precontrato se promete la celebración de un contrato. Tiene por objeto la celebración de un contrato, por ejemplo: sociedad, arriendo, etc. En nuestro Código Civil, al igual que en la mayoría, no se encuentra regulado.

En algunos se consagra en forma breve, como en el de Suiza, y en otros en forma amplia como los de México, Chile y Austria. En el Código Civil anterior se regula ampliamente, pues era el chileno puesto en vigencia en Nicaragua.

No obstante se contemplan casos aislados:

### a) La promesa de venta

Se encuentra regulada en los arts. 2541 C. y 129 del R.R.P. Sobre la naturaleza y efectos de la promesa de venta de inmuebles véase mi *Introducción al Derecho Inmobiliario Registral Nicaragüense*, p. 174 y sigts.

### b) La promesa de donación

Se acepta en los arts. 2093 inc. 5 y 2785 C.

La Corte Suprema ha sido contradictoria.

En sentencia de las 10 a.m. del 2 de Octubre de 1919, B.J., p. 2543, no acepta la promesa de donación. Por el contrario, acepta su eficacia en Cta. del 16 de Junio de 1952, B.J., P. 16308 y S. 9 a.m. del 31 de Marzo de 1959, B.J., p. 19422.

Por otra parte, los arts. 3417 inc. 2 y 3394 C. le niegan obligatoriedad a la promesa de comodato y de mutuo gratuito. Además, el art. 3394 C. debilita la promesa de mutuo.

A excepción de los supuestos en que no es permitido, por ejemplo, en el comodato, no vemos razón para que no sea aceptado con base en el principio de la libre contratación consagrado en el art. 2437 C. Por ejemplo, se pueden celebrar promesas de arriendo<sup>30</sup>, de hipoteca, de prenda, de sociedad, etc.

---

29. Fueyo Laneri sólo señala como preparatorios: el contrato de promesa de celebrar contrato, el contrato de opción, el contrato de corretaje o mediación y el contrato preparatorio de arbitraje o cláusula compromisoria. Descarta al mandato, la sociedad, la cuenta corriente, el contrato de suministro, el contrato por persona a nombrar y la compraventa con reserva del dominio (**Derecho Civil. Los Contratos Preparatorios**. Imprenta y Lito. Universo, S.A. Santiago, Chile, 2a. Edición, 1964. Tomo V. Volumen II, p. 33 y sigts.).

En el contrato de promesa debe estipularse un plazo y especificarse los elementos esenciales del contrato prometido. Como regla general, el precontrato es consensual. No obstante, si el contrato prometido fuere solemne, debe adoptar esa forma.

## 11. Contratos causales y abstractos

Todo negocio jurídico tiene una causa. No se concibe cómo una persona pueda transmitir u obligarse sin una razón para ello. Veamos qué papel juega la causa en los negocios jurídicos:

**A.** La causa puede aparecer en el acto o contrato, lo que generalmente ocurre (Ej. entregar el inmueble X en virtud de venta o donación, recibir C\$50,000 en calidad de mutuo, etc.).

**B.** Es posible que no aparezca en el negocio (pagaré o recibí C\$50,000). El art. 1872 C. dispone que aunque la causa no esté expresada en la obligación se presume que existe y es lícita, mientras el deudor no pruebe lo contrario.

Algún sector doctrinal divide los contratos en abstractos, cuando no expresan la causa, y causales cuando la expresan. Pero no radica aquí la diferencia entre los abstractos y los causales, sino en la repercusión que produce la inexistencia o ilicitud de la causa en la validez del contrato.

De acuerdo con la disposición citada existe una presunción de la existencia y licitud de la causa, trasladando la carga de la prueba al deudor que opone la inexistencia o ilicitud de la causa. El acreedor demandante no necesita probar como hecho constitutivo de la demanda la existencia y licitud de la causa. No existe propiamente abstracción con relación a la causa, ya que el demandado, de acuerdo con la mencionada disposición, puede demostrar la falta de causa o su ilicitud, destruyendo el negocio jurídico.

Cabe, pues, en nuestro Derecho una declaración o negocio en que no se exprese la causa. Este tipo de abstracción se denomina formal o procesal<sup>31</sup>. Pero no es un negocio abstracto<sup>32</sup>.

**C.** Es posible desvincular la causa de la declaración o negocio jurídico. Los negocios abstractos tienen su aplicación más importante en la trasmisión del dominio y en las promesas o reconocimiento de deuda.

Cuando el negocio jurídico es causal, la invalidez del título (venta, donación, etc.) repercute en la trasmisión del dominio, la que no se produce. El transmitente continúa siendo dueño y tiene a su favor la acción reivindicatoria contra el adquirente o terceros. Por el contrario en el contrato abstracto la trasmisión se efectúa con independencia del título causal (venta, donación, etc.), por lo que la

30. La Suprema admite la promesa de arriendo (S. 11 a.m. del 12 de Marzo de 1933, B.J., p. 8250).

31. León Hurtado sostiene que cuando sólo existen dos partes siempre debe haber una causa, no aceptando la ley el acto abstracto. Agrega que la presunción del art. 1467 lleva a un resultado semejante al de las legislaciones que dan valor al acto abstracto, ya que le resulta muy difícil al deudor probar la falta de causa. (**La Causa**. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1961, p. 47).

32. Sobre negocios abstractos ver Enneccerus. Ob. cit., Vol. II, p. 507 y sigts.

invalidez de éste no afecta la transmisión. De aquí que el transmitente pierde el dominio y lo adquiere el adquirente y los subadquirentes.

El Código Civil alemán consagra la transmisión abstracta, pero para completar el proceso de transmisión es preciso la inscripción en el Registro<sup>33</sup>.

La promesa de deuda y el reconocimiento de deuda pueden ser causales o abstractos. Cuando, por ejemplo, la promesa es causal, el promitente puede invocar la inexistencia o ilicitud de la causa frente al promisario y terceros cesionarios. Si la promesa es abstracta, ésta es válida aunque la causa sea inexistente o ilícita, por lo que el promitente no puede oponer la inexistencia o ilicitud de la causa frente al promisario y cesionario del crédito, teniendo que pagar. El promitente que pagó sin existir causa tiene una acción de enriquecimiento, no contra el cesionario que recibió el pago, sino contra el promisario.

El art. 780 del Código Civil alemán acepta la promesa abstracta. Dice así: “Para la validez de un contrato por el que se promete una prestación de tal modo que la promesa se convierta en causa de la obligación, deberá consignarse por escrito dicha promesa, a no ser que se haya prescrito otra forma”.

Nuestro Código no regula el acto abstracto. Sin embargo, se reconoce la posibilidad del negocio abstracto en las figuras jurídicas siguientes:

a) La fianza, en las relaciones del acreedor y el fiador. La obligación del fiador frente al acreedor es abstracta. La causa cuenta en las relaciones entre el deudor y fiador. Para estos es causal.

b) La delegación. La obligación del delegado con relación al delegante tiene causa. Se considera como abstracta la obligación del delegatario con el delegado.

Se citan también la letra de cambio y demás títulos valores, la carta de crédito y la estipulación a favor de un tercero.

## **12. Los contratos forzados**

Son aquellos que imponen a las personas una relación, sin su voluntad o aún contra su voluntad, relación similar a la contractual, en virtud de una ley o decisión del Estado.

Como ejemplo de estos contratos se encuentra el arrendamiento forzado de las viviendas que estando en condiciones de ser arrendadas no lo están. Si el dueño no cumple con el requerimiento de la Dirección de Inquilinato de proceder a dar en arrendamiento la vivienda, lo hará ella en su nombre. Este contrato forzado lo han contemplado algunas Leyes de Inquilinato. Estos no son verdaderos contratos.

## **13. Contratos en daños de terceros**

En virtud de este contrato se causa daño a los terceros, ya sea que ambos contratantes lo celebren con esa intención o que sólo uno de ellos haya querido

---

33. Art. 925.



hacer el daño. El daño tiene que ser una consecuencia directa e inmediata del contrato y recaer sobre un derecho subjetivo. De aquí que los actos simplemente de efectos desfavorables para los terceros en general o grupos de ellos (ejemplos: convenio entre productores desfavorable a terceros) o que se refieran a intereses no protegidos especialmente por el ordenamiento jurídico (ejemplo: convenio entre productores para fijar un precio mínimo), no son considerados como contratos en daños a terceros.

Ha sido objeto de estudio por la doctrina italiana, bajo dos aspectos diferentes: **a)** Como una consecuencia de las obligaciones de diligencia y buena fe que los contratantes deben guardar en los negocios jurídicos, tanto entre ellos como con relación a terceros. **b)** Como una excepción al principio de la relatividad de los contratos, al producir efectos contra terceros. La doctrina española se ocupa del tema en obras generales y algunos estudios especiales.

La teoría del contrato en daños a terceros y la agrupación de ellos dentro de la misma, tiene utilidad por la protección que recibe el tercero mediante la concesión de acciones.

Es conveniente señalar las diferencias de este contrato con otros similares: **a)** Con el negocio sobre patrimonio ajeno, tiene semejanzas, pero son diferentes. Este negocio consiste en que el que no es titular dispone o afecta el patrimonio ajeno. Veamos sus diferencias: ambos pueden incidir sobre un patrimonio ajeno, pero en el negocio sobre patrimonio ajeno el contrato es irrelevante frente al verdadero titular del patrimonio y válido entre las partes; en cambio el contrato en daño a terceros perjudica a éste, o sea, le es relevante. **b)** El ámbito del negocio sobre patrimonio ajeno es más amplio que el del negocio en daño a terceros, incluyendo en el primero incluso los actos que benefician el patrimonio del tercero. **c)** En el contrato a cargo del tercero, es necesario el consentimiento de éste para obligarse; en cambio en el contrato de daño no es preciso. **d)** El abuso del derecho y el contrato en daño a terceros pueden coincidir, pero este puede presentarse a pesar de que no hayan concurrido todos los requisitos del abuso. Por ejemplo, en el abuso del derecho debe concurrir el requisito de la vulneración de un interés no protegido específicamente por ley; en cambio en el contrato contra terceros se presenta también cuando existe un interés específicamente protegido por una norma legal.

Sin agotar los casos podemos citar algunos contratos en daño de terceros: la venta realizada por el heredero del depositario, que ignoraba que la cosa estaba depositada<sup>34</sup>; la adquisición a *non domino* en virtud de un contrato<sup>35</sup>; los negocios celebrados por el heredero aparente<sup>36</sup>; el que de buena fe en el pago indebido recibió una cosa cierta y determinada, y la enajena<sup>37</sup>; la cesión del crédito a un segundo cesionario sin que se haya notificado la primera cesión al deudor y la segunda sí<sup>38</sup>; los actos celebrados por el mandatario aparente<sup>39</sup>; el supuesto en que uno de los contratantes concedió al otro contratante una exclusividad de distribución y venta de productos, y violando tal convenio vuelve a concederla a un tercero; el supuesto de la doble venta de un inmueble<sup>40</sup>; los acuerdos o



convenios para boicotear a un tercero mediante abstención de contratar con él; los acuerdos en condiciones perjudiciales hechos por quienes tienen facultad para contratar (el usufructuario, el administrador, etc.).

Aunque con oposición, en el mandato con representación se admite que el representado es un tercero, pues el sujeto que emite la declaración de voluntad es el representante. El representado es parte del contrato en todo lo que se pacte dentro de los límites del mandato<sup>41</sup>. Igual solución se le da a la representación legal. En el mandato sin representación no existe duda de que el mandante es tercero.

Con relación al régimen y acción a que se sujeta el tercero no existe acuerdo en la doctrina. Veamos algunas posiciones: **a)** Un sector doctrinal sostiene que el contrato no produce efectos contra terceros, y del acto ilícito que coexiste con el contrato es de donde se genera el daño. Como consecuencia esta responsabilidad se rige por los principios de la responsabilidad aquiliana. Separa el contrato y el acto ilícito. **b)** Otro sector doctrinal partiendo del designio de las partes hace la distinción siguiente: cuando ambos contratantes se coluden para dañar a un tercero, éste puede pedir la nulidad del contrato porque su objeto es ilícito; en cambio si sólo una de las partes quiso ocasionar el daño y la otra desconoce tal propósito, lo mismo que cuando la nulidad es insuficiente para proteger los intereses lesionados, el tercero tiene acción de daño y perjuicio, regulada por la responsabilidad aquiliana.

Aunque es discutible, el tercero tiene acción declarativa para fijar simplemente la situación perjudicial o que pueda ser perjudicial (acción de accertamento). Es como una medida precautoria de acciones futuras de resarcimiento.

#### **14. Contratos por personas a designar (o nombrar)**

Este es un contrato celebrado por una persona denominada promitente y otra estipulante, en virtud del cual éste se reserva el derecho de salirse de la relación jurídica mediante la designación de un tercero que ocupará su lugar y adquirirá los derechos y obligaciones en forma originaria, como si hubiere contratado directamente con el promitente. La intervención del tercero en el negocio tiene efecto retroactivo.

En el siglo XV se usó en Florencia y después se extendió al resto de Italia, Francia y Holanda. El propósito de la creación de esta figura jurídica es demostrar que no existe doble venta y así evitar la doble imposición. También, como consecuencia, permite agilizar el tráfico jurídico y que terceros interesados en

34. Art.3494 C.

35. Art. 1768 C.

36. Art.745 Pr.

37. Art.2074 C.

38. Art.2720 C.

39. Art.3355 C.

40. Art.2575 C.

41. Arts.3310 y 3339 C.

adquirir, permanezcan ocultos por motivos personales (generalmente económicos).

Se usa con mucha frecuencia en la compraventa, pero puede aplicarse a otros contratos. El nuevo Código Civil italiano lo regula para todos los contratos, bajo el nombre de contrato por persona a designar. El nuestro no lo contempla, pero puede usarse en base al principio de libre contratación. Ya se celebra en nuestro medio.

Varias teorías y opiniones se han formulado en torno a su naturaleza jurídica o semejanza con otras figuras jurídicas típicas, lo que torna difícil el tema. Veamos las principales:

**A.** En un principio se estimó que era una simple cesión de derechos que aceptaba anticipadamente el vendedor y sólo tenía lugar antes de la tradición, pues si ésta se verificaba, el comprador adquiría el dominio de la propiedad y la designación del tercero tenía el carácter de venta.

Se necesitaba una explicación más convincente. Es cuando aparece Dumoulin, dentro de la lucha contra el feudalismo, con la teoría del mandato, para evitar que los señores feudales recibieran el impuesto de la segunda venta. Consideraba al estipulante (comprador) como mandatario del designado.

Esta tesis sólo puede explicar el supuesto del mandato sin representación (mandato oculto) con la reserva del estipulante de señalar al tercero, que al aparecer después de la designación será el mandante. Pero si no se hizo la reserva de designar el futuro adquirente, la propiedad pasa al patrimonio del estipulante y después la tendrá que transmitir a su mandante.

Tampoco explica el supuesto, a pesar de la reserva de la designación, cuando no existe un tercero conocido que haya dado instrucciones de adquirir al estipulante, porque no puede haber mandato sin mandante.

**B.** Algunos autores sostienen que es una estipulación a favor de un tercero, pero en realidad tiene diferencias fundamentales: en la estipulación a favor de un tercero, en el contrato celebrado entre el estipulante y el promitente, se designa al tercero beneficiario, en cambio en la figura estudiada es uno de los contratantes (el estipulante) el que se reserva el derecho de designar al tercero con posterioridad. En la estipulación a favor de un tercero, éste adquiere un beneficio, en cambio, en el contrato que estudiamos, el tercero adquiere derechos y obligaciones; en el contrato a favor de un tercero se crean relaciones entre tres personas: estipulante, promitente y beneficiario que aceptó el beneficio, cuando no ha existido mandato en la figura estudiada, al aceptar el tercero, excluye al estipulante y la relación jurídica se da en forma originaria, tanto antes o después de la aceptación, entre el promitente y el tercero aceptante.

**C.** Existen diferencias con el falso procurador: **a)** El falso procurador siempre actúa sin poder y el tercero puede ratificar lo actuado y asumir los derechos y obligaciones que surgen del contrato<sup>42</sup>, en cambio el estipulante en la figura que estudiamos puede actuar con mandato o sin mandato. **b)** En el contrato por persona a designar, la designación la hace el estipulante y después acepta el tercero que ya queda vinculado; en cambio en la ratificación no es necesario una

nueva voluntad del falso procurador para la ratificación porque él ya había designado al tercero (ratificante) al contratar.

**D.** También se diferencia con la gestión de negocios: **a)** Si en la figura en estudio existe mandato queda excluida la gestión de negocios, que se caracteriza por no existir mandato. **b)** En la gestión de negocios existe incompatibilidad con la facultad de contratar para sí; en cambio en la figura objeto de nuestro estudio, el estipulante si no designa al tercero dentro del plazo señalado queda vinculado al contrato.

**E.** Ciertos autores piensan que la figura objeto de nuestro estudio encierra una condición resolutoria para el estipulante y suspensiva para el tercero. Pero en realidad, el contrato no queda extinguido para el estipulante y existente para el promitente. Sólo se excluye el estipulante y el tercero aceptante asume frente al promitente los mismos derechos y obligaciones emanados del contrato. La exclusión y aceptación se dan en forma simultánea y retroactiva, por lo que no existe resolución del contrato.

**F.** Cierta doctrina se adhiere a la tesis que ve en esta figura una pluralidad contractual. Se dan dos contratos: el estipulante contrata con el promitente y con el tercero.

El contrato entre el estipulante y el promitente, está sujeto a una condición resolutoria, que consiste en el hecho de la designación del tercero por el estipulante. Como queda a su arbitrio la designación, se estimó que además es una condición protestativa.

En el contrato entre el promitente y el tercero existe una indeterminación de éste (*cum incerta persona*), pues ésta puede ser desconocida por el promitente y el estipulante o no existir, razón por la cual no se da un contrato existente (*ab initio*) con sujeto cierto, aunque sea determinable. Por tal razón se expresa que es un contrato de formación sucesiva.

### Sección III

#### Condiciones generales de los contratos

##### 1. Ideas generales

El desarrollo del capitalismo ha dado lugar a una contratación masiva en la que resulta imposible al empresario celebrar y redactar un contrato para cada operación. Esto lo ha impulsado a formular contratos impresos en donde el contratante de mayor fuerza (el empresario) impone las condiciones de la contratación. El objeto de este tipo de contratación cubre servicios básicos o necesarios en la vida moderna: luz, agua, transporte, teléfono, viviendas, automóviles, etc.

---

42. Art. 3341 C.

El contrato deja de ser la obra común de los contratantes, pues el más poderoso de ellos (el empresario) lo elabora y el otro (el más débil) lo acepta o rechaza, y cuando la necesidad se lo impone (transporte, agua, etc.) tendrá forzosamente que aceptarlo.

Esta forma de operar ha producido varias figuras jurídicas: el contrato de adhesión, las condiciones generales de la contratación y las condiciones generales de los contratos de adhesión.

## **2. Las condiciones generales de los contratos de adhesión**

Son condiciones típicas que se insertan en cada contrato de adhesión, y el cliente acepta o rechaza el contrato.

## **3. Condiciones generales de la contratación**

Estas no son cláusulas de contratos concretos. Son normas de reglamentación y regulación de todos los contratos que celebre en el futuro una empresa mercantil o industrial. Son dictadas en forma unilateral por la empresa y reciben mayor o menor publicidad.

Son anteriores a los contratos, no se insertan en ellos y existen fuera de ellos. Su valor es objeto de viva discusión. Veamos las diversas posiciones:

**A.** Algún sector doctrinal las considera como verdaderas normas jurídicas que obligan sin necesidad de conocimiento y aprobación de los terceros que contratan con la empresa. Además constituyen una fuente directa de derecho. Esta posición doctrinal no es aceptable, pues en nuestro sistema no pueden constituir una norma jurídica.

**B.** Otro sector doctrinal solamente las admite como fuente indirecta, o sea, cuando una ley o la costumbre las reconoce.

El art. 467 C.C. dispone que los depósitos de los bancos, almacenes generales, instituciones de crédito o cualquier otra compañía se regirán en primer lugar por sus estatutos, por los principios de ese Código, y por último, por las reglas aplicables a los depósitos. Se concreta a los ahorros, se remite a los estatutos y no a las condiciones generales de la contratación. La disposición es un poco vaga, pero admite que se puedan dictar normas generales de contratación en los depósitos de empresas. Por otra parte, los arts. 42 y 43 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones se concretan a los depósitos de ahorros y autoriza a regular en sus reglamentos esos depósitos de ahorro. Estas regulaciones son condiciones generales de contratación admitidas por nuestra legislación nacional para tales supuestos.

En cuanto a la costumbre el tema es debatido, pues se considera que no son normas consuetudinarias aceptadas en forma evolutiva y natural sino normas impuestas unilateralmente por la empresa y ésta no es costumbre, sino imposición.

C. Si no se reconocen ni como fuente directa ni como indirecta, sólo pueden tener valor legal por medio de un pacto contractual, en virtud del cual las partes declaran que serán aplicables al contrato.

Cuando no se integran al contrato, la parte que pretende aplicarlas debe probar que la otra las conocía y las aceptó.

Por lo expuesto, estas condiciones normalmente obligan al que las dicta y para que vinculen a terceros contratantes debe probarse que las conocían y aceptaron.

Una vez aceptadas en el contrato, tienen el mismo valor de las condiciones generales del contrato de adhesión y le son aplicables las reglas de éste.

En nuestro sistema sólo pueden tener aceptación para el supuesto de los ahorros con base en las disposiciones anteriormente citadas. El principio general es que no se aceptan, salvo por excepción en los casos expuestos.

El art. 2 de la Ley de Defensa de los Consumidores del 14 de noviembre de 1994 no permite que los contratos de adhesión remitan a textos o documentos que no formen parte del contrato a menos que estos se suministren previa o simultáneamente al deudor o sean del conocimiento público. Acepta el pacto contractual de dichas condiciones en estos últimos supuestos.

## **Sección IV**

### **Requisitos de los contratos**

#### **1. Consentimiento**

##### **A. Concepto**

El consentimiento es la aceptación del contrato y sus estipulaciones por parte de los otorgantes. Pero este consentimiento debe emanar de personas capaces. El art. 2447 C. no se refiere a la capacidad como requisito esencial del contrato. Sin embargo, el art. 2471 C. preceptúa que para que el consentimiento sea válido se necesita que el que lo manifiesta sea legalmente capaz. La persona que no tiene capacidad para contratar, no puede válidamente prestar su consentimiento.

Como regla general toda persona es capaz, salvo aquellas que la ley declare incapaces. La capacidad es la regla, la incapacidad la excepción. La incapacidad puede ser absoluta y relativa. Son incapaces absolutamente los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito o de otro modo claro o indubitable. Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales y no admiten caución. Son impúberes el varón que no ha cumplido quince años y la mujer que no ha cumplido catorce.

Son incapaces relativamente los menores adultos. Son menores adultos los varones mayores de quince y las mujeres mayores de catorce, siempre que no sean mayores de veintiuno. Estos menores pueden ser emancipados o mayorizados, pudiendo entonces regir su persona o bienes como si fueran mayores de edad.

Los menores adultos pueden celebrar actos y contratos por medio de sus representantes, pero, por excepción, la ley les permite celebrar personalmente ciertos actos o contratos, como el matrimonio que contrae la mujer mayor de dieciocho sin permiso de los padres<sup>43</sup>; el testamento otorgado por el varón mayor de quince y la mujer mayor de catorce<sup>44</sup>. También pueden administrar su peculio profesional o industrial<sup>45</sup>.

En el art. 9 C. se dispone que además de la incapacidad absoluta y relativa, existen otras que consisten en la prohibición que la ley impone a algunas personas para ejecutar ciertos actos. En realidad, estas son prohibiciones para ejercitar los actos que la ley señala.

Estas prohibiciones pueden ser absolutas; es decir, que bajo ninguna circunstancia se puede celebrar el acto o contrato. Por ejemplo, los actos prohibidos en los arts. 466 y 2565 incs. 1, 4, 5 y 6 C. La violación de estas disposiciones produce nulidad absoluta por ilicitud del objeto.

También la incapacidad especial puede referirse a una formalidad habilitante, en cuyo caso el acto o contrato está permitido, pero siempre que se llene esa formalidad. Por ejemplo los casos contemplados en los arts. 465 y 2565 inc. 2 C. La violación de estos artículos produce la nulidad relativa. En el caso del último artículo, el impedimento se elimina con la autorización del mandante de acuerdo con el art. 3312 C. que permite al mandatario adquirir lo que su mandante le ordenó vender, o recibir en préstamo lo que le ordenó colocar cuando lo autoriza a ello. Constituye un caso típico de autocontratación.

## **B. Su formación**

El proceso de formación del consentimiento se inicia con la propuesta (policitación) de una de las partes; puede haber, por ejemplo: oferta de compra u oferta de venta. Es conveniente advertir que no siempre se llega a la formación del contrato por medio de una oferta directa y aceptación posterior. Generalmente, dicha formación va precedida de tratamientos preliminares. Estos tratos se diferencian de la oferta. Sobre ellos trataremos con posterioridad.

43. Art. 100 C.

44. Art. 979 inc. 1 C.

45. Art. 7 C.C.

Hecha la oferta y aceptada por la otra parte, el contrato queda concluido, a menos que se exijan otros requisitos, como la escritura pública en las donaciones entre vivos de inmuebles, o la entrega de la cosa en el comodato.

Dicho proceso lo desarrollaremos a lo largo de estas explicaciones.

### **C. Requisitos de la oferta**

La oferta debe reunir los requisitos siguientes:

**a) Debe contener todos los elementos del contrato de tal manera que quede perfeccionado con la simple aceptación del destinatario**

No obstante, algunos elementos pueden quedar al arbitrio de un tercero o del destinatario.

**b) Tiene que ser hecha con intención de obligarse; es decir, ser seria**

La jurisprudencia francesa ha decidido que no existe oferta jurídica, por cuanto no hay intención de obligarse, por ejemplo, cuando el padre le promete al hijo un obsequio, a manera de estímulo, si sale bien en los exámenes.

**c) Que se exteriorice**

La oferta se puede exteriorizar en forma escrita o verbal, en forma expresa o tácita.

De acuerdo con el art. 2448 inc. 2 C., el consentimiento puede manifestarse de modo expreso, ya sea de palabra, por escrito, por teléfono, telégrafo o bien en forma tácita en virtud de actos o hechos que necesariamente se deduzca de ellos. Existe libertad de forma para manifestar la oferta. Pero en aquellos actos o contratos en que la forma es *ad solemnitatem*, la oferta revestirá dicha forma.

### **D. Clases de ofertas**

La oferta se puede hacer a una persona determinada o al público en general (por ejemplo, los anuncios o carteles con fijación de precios que hacen los comerciantes). La primera se denomina determinada y la segunda indeterminada.

De acuerdo con el art. 92 C. C., las ofertas indeterminadas contenidas en circulares, catálogos, notas de precios corrientes, prospectos, o en cualquier otra especie de anuncios impresos, *no son obligatorias*. Si los anuncios son dirigidos a personas determinadas (por ejemplo el envío de prospectos a personas determinadas), llevan siempre implícita la condición de que al tiempo de la demanda

no hayan sufrido las mercaderías alteración en su precio, y de que existan en el domicilio del oferente. En el primer supuesto, la oferta no tiene valor y en el segundo es muy limitada. Se estima que las ofertas a personas indeterminadas se hacen a manera de propaganda.

### **E. Vigencia de la oferta**

El destinatario debe hacer su aceptación mientras se encuentre vigente la oferta. La oferta se extingue por las causas siguientes:

#### **a) El vencimiento del plazo voluntario o legal**

El oferente puede señalar un plazo de duración de la oferta, en cuyo caso estará obligado a esperar dentro de dicho tiempo la aceptación a tenor de los arts. 2451, 2452 y 2453 C. Esta solución rige tanto para la oferta verbal o por escrito, como para la entre ausentes o presentes.

Por su parte, el art. 89 C.C. dispone que el proponente no podrá arrepentirse de su propuesta si al hacerlo se hubiere comprometido a esperar contestación o a no disponer del objeto del contrato, sino después de desechado o de transcurrido un determinado plazo.

Si el oferente no señaló plazo, la ley se encarga de determinar el tiempo de duración de la oferta.

Si las partes estuvieren presentes, la aceptación debe hacerse en el mismo acto de la propuesta, salvo que ellas acordaren otra cosa, según lo dispone el art. 2451 C.

El art. 83 C.C. dispone que para que la propuesta verbal de un negocio imponga al proponente la respectiva obligación, se requiere que sea aceptada en el acto de ser conocida por la persona a quien se dirige, y no mediando tal aceptación queda el proponente libre de todo compromiso.

Si las partes no estuvieren presentes, la oferta se tendrá por no aceptada si el destinatario no respondiere dentro de los plazos establecidos en el art. 2452 C. Mientras no se venzan dichos plazos el oferente debe mantener su oferta, según lo dispone el art. 2453 C.

Tanto dentro del plazo voluntario como dentro del legal la oferta es irrevocable y, como consecuencia, existe contrato si se produce la aceptación a pesar de haberse retirado la oferta dentro de dichos plazos, pues tal retiro carece de eficacia. Claro está que para que el contrato surja bajo estas circunstancias, es preciso que la aceptación se haga dentro de dichos plazos.

#### **b) La muerte o incapacidad del oferente**

No obstante, de acuerdo con el art. 2454 C., si al tiempo de la aceptación hubiere fallecido el proponente o se hubiere vuelto incapaz, sin que el aceptante fuere sabedor de su muerte o incapacidad, quedarán los herederos o representantes de aquél obligados a sostener el contrato. Ni la incapacidad ni la muerte



anteriores a la aceptación impiden el perfeccionamiento del contrato, siempre que el aceptante ignore tales acontecimientos. Claro está que la incapacidad tiene que ser posterior a la oferta, pues si ya existía no habrá oferta válida.

La disposición transcrita es una aplicación del principio de que la declaración unilateral de voluntad obliga al que la hace. Es una fuente de las obligaciones.

No faltan autores que sostengan que, cuando el oferente señale plazo para la aceptación, subsiste la oferta a pesar de su muerte o incapacidad y la obligación se trasmite a sus herederos, o se exige el cumplimiento del contrato al representante legal.

### c) **Por la retractación**

Sobre el valor de la oferta considerada en forma aislada, sin que haya sido aceptada, se han formulado dos doctrinas:

#### i) **La doctrina francesa**

Según esta doctrina, de la oferta no nace ningún vínculo jurídico, porque no se acepta que una persona se obligue por su sola voluntad. El vínculo nace cuando es aceptada por el destinatario. Esta es la doctrina clásica que sustenta Pothier. Las consecuencias de esta doctrina son las siguientes:

- i. a) El oferente puede revocar su oferta mientras no sea aceptada.
- i. b) Se produce la caducidad de la oferta por la muerte o incapacidad del oferente.

#### ii) **La doctrina alemana**

Por el contrario, esta doctrina mantiene el principio de que la sola oferta vincula al oferente. El art. 145 del Código Civil alemán expresa que el que proponga la conclusión del contrato estará ligado por su oferta, a no ser que haya expresado después su voluntad en contrario. Esta es una consecuencia de que dicho Código reconoce a la declaración unilateral de voluntad como fuente de las obligaciones, siendo una de sus manifestaciones la oferta.

Las consecuencias de esta doctrina son las siguientes:

- ii. a) Como regla general, la oferta no puede revocarse.
- ii. b) Por la muerte o incapacidad del oferente no se produce la caducidad de la oferta, ya que por ella nació un vínculo para aquél.

Nuestro Código sigue una posición ecléctica que para algunos es contradictoria.

El que hace una propuesta puede retirarla mientras no haya sido aceptada, salvo que se hubiese señalado plazo para la aceptación o no hubiesen transcurrido los legales, en cuyo caso no puede desligarse antes del vencimiento del plazo<sup>46</sup>. Según Brenes Córdoba, entre los arts. 1010 y 1013 (modelos de nuestros arts. 2450 y 2453 C.) existe una antinomia en la que prevalece el art. 1010.

Esta antinomia se debe a que en los mencionados artículos se establecen sistemas antitéticos: el francés, que deja en libertad al oferente para retirarla, acogida en el art. 1010; y el portugués que obliga a mantener la propuesta mientras no transcurra el término correspondiente, acogido en el art. 1013. Agrega que en el Código de Nicaragua existe el mismo problema, por cuanto los referidos artículos le sirvieron de modelo<sup>47</sup>.

## F. La aceptación

La aceptación debe reunir los requisitos siguientes:

a) Debe ser manifestada en forma pura y simple.

La aceptación modificada o bajo condición es una nueva propuesta<sup>48</sup> y como tal puede ser aceptada o rechazada por el primer oferente.

Por ejemplo: Juan le ofrece vender a Pedro el inmueble X por C\$50,000. Pedro le contesta ofreciéndoselo comprar en C\$30,000. Juan rechaza la propuesta e inmediatamente Pedro le comunica a Juan que acepta la propuesta primitiva de C\$50,000, pero éste la rechaza, por cuanto el valor del inmueble ha subido o ya tiene un mejor comprador. Este rechazo está justificado, ya que la primitiva oferta ha quedado eliminada.

b) Debe ser hecha antes de que caduque la oferta.

c) Debe exteriorizarse.

Puede manifestarse en forma escrita o verbal, expresa o tácita, según se desprende del art. 2448 C. Existe libertad de forma. Pero si el contrato es solemne, la aceptación debe hacerse en esa forma.

## G. Contratación entre ausentes

Hay contratación entre presentes cuando no existe espacio de tiempo entre la aceptación de la oferta y el conocimiento que de aquella tiene el oferente. El art. 2451 C. dispone que si las partes estuvieren presentes, la aceptación debe hacerse en el mismo acto de la propuesta, salvo que ellas acordaren otra cosa. En los contratos entre presentes la aceptación debe ser inmediata, salvo convenio en contrario. A la misma conclusión puede llegarse en la contratación mercantil, de acuerdo con el art. 83 C.C. Como consecuencia, será contrato entre presentes si la oferta hecha a un ausente es aceptada por éste personalmente. Por el contrario, si a una persona presente se le hace una oferta y ésta acepta por carta, el contrato es entre ausentes.

Los contratos celebrados por teléfono o radio se estiman entre presentes, ya que el oferente conoce de inmediato la aceptación del otro contratante. Como consecuencia, el art. 2451 C. es aplicable a los contratos así celebrados.

46. Arts. 2449, 2450, 2451, 2452 y 2453 C.

47. Ob. cit., p. 328.

48. Art. 2450 inc. 2 C.

En la contratación entre ausentes surge el problema de determinar el momento en que se forma el consentimiento. Alrededor del mismo han surgido varias teorías:

**a) La de la declaración de voluntad**

De conformidad a esta doctrina, el consentimiento se forma desde que el destinatario acepta la oferta. Desde ese momento el contrato se perfecciona y vincula a las partes.

Pero como es difícil precisar el momento en que se produce dicha aceptación, se formula una subteoría, denominada de la expedición o emisión, según la cual el contrato se perfecciona cuando el destinatario remite su respuesta, depositando la carta por correo o enviando el telegrama.

**b) Doctrina del conocimiento o información**

De acuerdo con esta teoría, el contrato se perfecciona en el momento que el oferente conoce la aceptación. No es suficiente que el destinatario acepte la oferta y la envíe. Es necesario que llegue al conocimiento del oferente.

Como esta teoría tiene el inconveniente de dejar en manos del oferente la determinación del momento en que se forma el contrato, surgió la subteoría de la recepción, según la cual el contrato se perfecciona en el momento en que la aceptación llega a poder del oferente, aunque no tenga conocimiento de la aceptación. Llegada la carta a su destino, se supone que el destinatario la leerá.

Las anteriores teorías tienen sus inconvenientes y las legislaciones se dividen, acogiendo unas la teoría de la declaración y otras la del conocimiento.

Nuestro Código Civil sigue la teoría de la declaración, según se desprende de los arts. 2449, 2450 y 2454 C.; pero en las donaciones se aplica la teoría del conocimiento, de acuerdo con el art. 2778 C.

Nuestro Código de Comercio, por el contrario, consagra la teoría de la recepción en el art. 84, pero sufre modificaciones y contradicciones en los artículos siguientes:

Art. 88 C.C. “En los *contratos unilaterales*, las promesas son obligatorias tan pronto como lleguen a *conocimiento de la parte a la cual son hechas*”.

Art. 91 C.C. “Residiendo los interesados en distintos lugares, se entenderá celebrado el contrato para todos sus efectos legales, en el de la residencia del que hubiere *aceptado la propuesta primitiva o la propuesta modificada*”.

Como puede observarse en los dos artículos transcritos, el contrato se perfecciona en el momento de la aceptación.

Por otra parte, el art. 87 C.C. responde al sistema de la declaración. De acuerdo con esta disposición, el oferente no puede revocar la oferta si ya fue aceptada por el destinatario. No lo puede hacer porque el contrato ya quedó perfecto con la aceptación. Este artículo está en pugna con el sistema de la recepción seguido por el Código de Comercio. En éste el oferente puede revocar

la oferta antes de recibir la aceptación, ya que hasta ese momento no se ha perfeccionado el contrato.

La determinación del lugar en que se ha perfeccionado el contrato tiene importancia:

i) Los Códigos que siguen el sistema de la declaración disponen que el contrato se regirá por las leyes en que fue aceptado, que es donde se perfeccionó.

A pesar de que nuestro Código de Comercio aceptó la teoría de la recepción, sujetó al contrato a las leyes del lugar de la aceptación, de acuerdo con el art. 91 C.C. que dice: “Residiendo los interesados en distintos lugares, se entenderá celebrado el contrato *para todos sus efectos legales, en el de la residencia del que hubiere aceptado la propuesta primitiva o la propuesta modificada*”<sup>49</sup>.

Por eso la Corte Suprema, en sentencia de las 11 a.m. del 9 de Mayo de 1936, B.J., p. 9298, sostiene que los contratos que se celebran por correspondencia quedan perfeccionados desde que se reciba la contestación aceptando la propuesta o las modificaciones con que ésta fue aceptada, según lo dispone el art. 84 C.C. Por manera que el contrato se rige por las leyes de donde se perfecciona el contrato, o sea, donde el proponente recibe la contestación.

Sin embargo, de acuerdo con el art. 91 C.C., si los interesados residen en distintos lugares se entenderá celebrado el contrato para todos sus efectos legales, en el de la residencia del que hubiere aceptado la propuesta primitiva o modificada.

ii) Desde que se perfecciona la compraventa los riesgos son a cargo del comprador.

iii) La prescripción principia a correr desde que se perfecciona el contrato, si no media plazo o condición.

## 2. Vicios del consentimiento

El consentimiento debe ser libre, limpio de errores, violencias y dolos. Estos perturban la libre contratación. El art. 2448, inc. 1 C. expresa que debe ser libre y claramente manifestado.

El consentimiento se debe manifestar en forma espontánea, libre de vicios. Estos vicios son: el error, el dolo y la violencia. En la doctrina algunos autores incluyen a la *lesión*, pero en nuestra legislación ésta no existe. Los mencionados vicios invalidan el contrato.

### A. Error

49. El Código Civil del Brasil acepta la teoría de la expedición, pero dispone que el contrato se reputa celebrado en el lugar en que fue propuesto.

El error puede ser de derecho y de hecho. Hay error de derecho cuando se tiene un concepto equivocado de la ley o se ignora la misma. Hay error de hecho cuando se tiene un concepto equivocado de una persona, cosa o suceso.

El error de derecho sólo produce la nulidad del contrato cuando es la causa única o principal. Así lo dispone el art. 2463 C. Ejemplo: Juan toma un seguro, compra un predio, o lo toma en arriendo, en la falsa creencia de que la ley lo obliga.

Aplicación de este principio se encuentra en el pago indebido. De acuerdo con el art. 2071 C., se puede repetir lo que se ha pagado por error de derecho.

Nuestro Código no da margen para discutir si cabe o no la nulidad de la transacción celebrada en consideración de un título nulo, si existió error de derecho, ya que, en general, el art. 2188 C. sanciona con nulidad el contrato celebrado con base en un error de derecho y el capítulo que trata de la transacción no establece una excepción a la regla y, como consecuencia, debe aplicarse a ella.

Expresa Ricci, comentando el art. 1109 del antiguo código italiano, modelo de nuestro art. 2188 C., “que entre las relaciones privadas es lícito ignorar las disposiciones legales, pero no lo es entre el individuo y la sociedad, ya que los intereses sociales prevalecen sobre los individuales. Estima que el error de derecho será la causa única o principal del contrato cuando determine por sí solo a una persona a contratar de modo que ésta no habría celebrado el contrato si no hubiese interpretado mal la disposición. Ejemplo: si una persona ignora que la ley le concede el derecho de apoyar su edificio en el de su vecino, que se encuentra a menos distancia de un metro y medio de la línea de demarcación, y a causa de tal ignorancia contrata con él pagando un tanto por la facultad de apoyar su construcción sobre la suya. En este caso, el error de derecho es la causa única del contrato, porque esa persona no hubiera contratado con su vecino si hubiera conocido la ley, por lo que el contrato puede ser impugnado de nulidad. Advierte que la ley no distingue entre error excusable o error inexcusable”<sup>50</sup>.

No todas las legislaciones establecen el error de derecho como vicio del consentimiento. Los Códigos de Chile, Uruguay, Argentina y Colombia establecen que el error de derecho no vicia el consentimiento. Otros, por el contrario, como el nuestro, sí lo establecen como vicio. Pero existen otros que nada dicen, es decir, si es o no vicio. En estos países algunos autores y la jurisprudencia lo consideran como vicio. Otros sostienen que no causa la nulidad por cuanto nadie puede alegar ignorancia de la ley.

El error de hecho es causa de nulidad cuando recae:

a) Sobre la especie del acto o contrato que se celebra. Ejemplo: Juan cree vender el inmueble “X” y Diego cree que se lo están donando. En este caso no hay ni venta ni donación.

50. Ob. cit., Tomo XIII, pp. 36 y 37.

Es el error-obstáculo. En este error no existe propiamente vicio del consentimiento, sino ausencia del consentimiento, lo que provoca una nulidad absoluta. No obstante, el art. 2455 C. habla de anulabilidad.

**b)** Sobre la identidad de la cosa específica de que se trata. Ejemplo: Juan cree comprar el inmueble “X” y Pedro vender el inmueble “H”. Aquí tampoco hay consentimiento, pues es un error-obstáculo que produce nulidad absoluta; no obstante, el art. 2455 C. habla de anulabilidad.

**c)** Sobre la sustancia o calidad esencial. Ejemplos: Juan cree comprar un anillo de oro y resulta ser de bronce (error en la sustancia). Juan compra un cuadro de Morales y resulta ser una copia del mismo, o compra un caballo peruano y resulta ser criollo, o compra una silla del siglo XIX y resulta ser de fabricación reciente, etc. (error en la calidad esencial). Se discute en la doctrina si la calidad esencial se determina con un criterio subjetivo, atendiendo la intención de la parte que sufre el error, o bien con un criterio objetivo, atendiendo no sólo la intención del contratante, sino las circunstancias que rodearon la contratación (mayor valor de la cosa, antigüedad, lugar en que se realiza el contrato, etc.)<sup>51</sup>.

**d)** Sobre la persona. La nulidad se produce cuando la persona ha sido la causa principal de la celebración del contrato, por ejemplo en la transacción<sup>52</sup>. Aquí cobra vigencia la clasificación de contratos onerosos o gratuitos. En los primeros la persona no siempre es determinante. Es determinante, por ejemplo, en la transacción. Por el contrario, en los gratuitos la persona, generalmente, es determinante (*intuitu personae*). El error en la persona puede recaer en la persona física o sus cualidades<sup>53</sup>.

Para determinar en cuáles actos jurídicos es determinante la persona, se establecen los principios siguientes:

**i)** El error en la persona en los actos de Derecho de Familia (matrimonio, reconocimiento, adopción, etc.) produce nulidad, ya que se celebran en consideración a la persona o a sus cualidades. No obstante, se discute en la doctrina si el error en las cualidades de las personas es motivo de nulidad del matrimonio. Pero prevalece la tesis de que es un vicio del consentimiento.

---

51. Expresa León Hurtado que si se compra un caballo en un criadero de caballos de carrera, la calidad esencial es que sea un caballo de carrera. Si se compra en otro sitio, el ser de carrera es accidental, aunque la intención del comprador sea igual que en el supuesto anterior, pues las circunstancias del caso priman sobre la intención. Si se padece de error en la sustancia de que está hecha la cosa, pero no en su calidad esencial, no se produce error substancial, cuando deba entenderse que la calidad y no la sustancia ha determinado a contratar. Si se compra un candelabro en un establecimiento de antigüedades, forzosamente debe entenderse que se trata de un candelabro antiguo, de modo que aunque se yerre en la sustancia (se cree que es de plata y es de otro metal semejante), no habrá error substancial, ya que en este caso prevalece la calidad sobre la materia de que está hecha la cosa. La calidad resulta de las circunstancias en que se celebre el acto. De igual modo, si se compra en una joyería un candelabro que parece de plata, por una suma apreciable, se entiende que la sustancia de que está hecho es calidad esencial y si el candelabro resulta ser de otro material, habrá error substancial. En estos ejemplos queda claro que no basta la intención para calificar la calidad esencial del objeto (**Voluntad y Capacidad en los actos jurídicos**. Editorial Jurídica de Chile, 1952, pp. 199 y 200)

52. Art. 2467 C.

Imaginémonos que Juana, distinguida miembro del Foro, se casa con Pedro, creyéndolo un destacado y culto abogado, y resulta no ser abogado y, además, tiene costumbres muy rústicas.

ii) En los actos patrimoniales es preciso distinguir si son a título gratuito o a título oneroso. En los primeros la persona es determinante; excepto en las liberalidades hechas a una multitud. Como ejemplo de estos podemos citar la donación, el mutuo sin interés, el comodato y el depósito no remunerativo.

Por el contrario, en los títulos onerosos la persona carece de importancia. Sin embargo, existen casos en que adquiere relevancia como, por ejemplo, en la transacción, arrendamiento de servicios, sociedad civil y colectiva mercantil, mutuo con interés, en el mandato, en el contrato de trabajo y en los de tracto sucesivo. En estos contratos la persona, su aptitud, honorabilidad, solvencia, etc., los torna *intuitu personae*.

Si se yerra en una cualidad determinante y no en la identidad física (encargar un cuadro a quien se estima un famoso pintor y resulta ser un mediocre) se produce error en la persona.

El error de hecho y de derecho puede recaer sobre la causa. Ejemplos: el heredero que se obliga a pagar un legado, ignorando que el testamento en virtud del cual lo hizo se revocó (error de hecho). La persona que se obliga a indemnizar creyendo erróneamente que la ley le impone una responsabilidad (error de derecho).

Los errores de cálculo no vician el consentimiento, pues a lo que dan lugar es a una rectificación<sup>54</sup>. Tampoco invalidan el consentimiento los errores en los motivos y móviles que cada una de las partes tuvieron en cuenta para celebrar el contrato<sup>55</sup>.

## B. Violencia

El consentimiento, como ya se expresó, debe ser espontáneo, por lo que la violencia para obtenerlo lo vicia, dando lugar a la nulidad del contrato.

La violencia puede ser física o moral. La primera puede consistir en darle golpes a un individuo, encerrarlo, o causarle otro daño para que preste el consentimiento. La segunda consiste en amenazas, intimidaciones, para constriñirla a que preste el consentimiento. Según parece, de conformidad con el art. 2468 C., hay violencia cuando se emplea la fuerza física, e intimidación cuando se usa la moral.

53. Díez-Picazo expresa que el Código, al hablar sobre el error en la persona, parece aludir la identidad de la persona (contratar con Ticio creyéndose hacerlo con Cayo), pero acepta que el error pueda referirse a las cualidades relevantes para el otro contratante. Como contratar con Ticio creyéndolo un experto en determinado arte (ob. cit., p. 124). Ossorio Morales sostiene que, incluso en los contratos de confianza, sólo el error en la identidad constituye error en el consentimiento, y no en las cualidades salvo que éstas repercutan en el contenido del contrato, como tomar a una persona por médico sin serlo, o a un blanqueador por pintor de retratos (Ob. cit., pp. 251 y 252).

54. Art. 2456 C.

55. Ossorio Morales expresa que quedan fuera del ámbito del contrato. El error que sobre ellos recaiga no afecta su validez. Si una persona compra una casa junto a una playa porque cree que la estancia en ella resultará beneficiosa para su salud y le resulta perjudicial, ese error sufrido en el motivo que lo determina a comprar la finca no invalida el consentimiento contractual (Ob. cit., p. 251).



La violencia debe ser grave, o como dice el art. 2468 C., hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible; hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes o en la persona y bienes del cónyuge, ascendientes o descendientes.

Para determinar la gravedad debe atenderse a la edad, sexo y condiciones de quien las sufre, según lo dispone el art. 2458 C.

Si la violencia excluye la voluntad no habrá consentimiento y el acto celebrado adolecerá de nulidad absoluta. Por ejemplo: si a Juan, por medio de violencia, se le lleva la mano para firmar el acto o contrato.

La violencia puede recaer en el contratante o bien en su cónyuge, ascendiente o descendiente, según lo dispone el art. 2464 C. Si a Juan lo amenazan con matarle a su hija si no le vende a Pedro el inmueble "X", existe violencia. El cariño que se tiene a esas personas ha inducido al legislador a extender el ámbito sobre el cual obra la violencia. Cuando se trata de otra persona se le atribuye al Juez la facultad de pronunciarse sobre la nulidad, según las circunstancias que rodean el caso<sup>56</sup>.

Por otra parte, la violencia la puede ejercer un extraño al contrato, según lo dispone el art. 2459 C.

La violencia, además de grave, debe ser injusta. Por manera que el ejercicio legítimo de un derecho o el temor reverencial no constituyen violencia.

El que amenaza a su deudor con ejercer acción ante los tribunales para que cumpla su obligación, otorgue una caución, etc., no ejecuta acto de violencia y, por lo tanto, el cumplimiento de la obligación, la caución, la transacción, etc., que resulte será válido. Claro que si con las exigencias se persigue aprovechamiento injusto, superior al legítimo, sí habrá violencia. En el temor reverencial tampoco hay violencia; así lo dispone el art. 2465 C. Este respeto se debe, por ejemplo, a los padres, jefes, etc.

### **C. Dolo**

Hay dolo, según el art. 2469 C., cuando con palabras o maquinaciones insidiosas, de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que sin ellas no hubiera hecho.

El dolo puede presentarse en la celebración del acto o contrato, en su cumplimiento o en forma extracontractual. Del primero tratan los arts. 2460, 2461, 2466, 2469, 2470 C. y otros; del segundo, los arts. 1860, 1861 C. y otros; y del último el art. 2509 C. y sigts., que se refieren a los delitos y cuasidelitos civiles. En cualquiera de estas situaciones que se presente el dolo, siempre consiste en la intención positiva de inferir injurias en la persona o propiedad de otros. Aquí nos ocuparemos del dolo como vicio del consentimiento.

---

56. Art. 2464 C.



El dolo y el error tienen algunos puntos de contacto. Por ejemplo, en uno y otro la víctima contrata con base en un error. Sin embargo, ambos difieren fundamentalmente.

En el error, el otro contratante no ha hecho nada para que se produzca el error en su contraparte. En cambio, en el dolo la otra parte provoca intencionalmente el error, mediante maniobras fraudulentas. En el error no hay procedimientos ilícitos; lo contrario sucede con el dolo, que es un acto ilícito.

El dolo, generalmente, se presenta en forma positiva. Pero también puede presentarse en forma negativa. Así por ejemplo, en el art. 541 C.C. se dispone que será nulo todo contrato de seguro:

1°. Por la inexacta declaración del asegurado, aun hecha de buena fe siempre que pueda influir en la estimación de los riesgos;

2°. Por la omisión u ocultación por el asegurado de hechos o circunstancias que hubieran podido influir en la celebración del contrato.

El contrato de seguro es de buena fe y las ocultaciones o reticencias hechas, de buena o mala fe, invalidan el contrato en los términos establecidos en el mencionado artículo.

El dolo puede ser principal (determinante) o incidental (accidental). Esta distinción la contempla el art. 2470 C. El dolo es principal cuando es obra de uno de los contratantes y sin él no se hubiera celebrado el contrato<sup>57</sup>. Hay dolo incidental cuando no reúne esos requisitos, ya sea porque procede de un tercero, ya sea porque, aun procediendo de la otra parte, no es determinante, de tal manera que se hubiere celebrado el contrato a pesar del dolo, pero en condiciones menos onerosas. En el art. 2460 C. se dice que el dolo sólo vicia el consentimiento cuando es obra de una de las partes y sin él no hubiera habido contrato. Pero seguidamente en el mismo artículo se dispone que en los demás casos el dolo sólo concede acción de daños y perjuicios. Por manera que esos demás casos se refieren al dolo que proviene de un tercero, o bien de uno de los contratantes, cuando a pesar del mismo se hubiera celebrado el contrato bajo otras condiciones (dolo no determinante). El dolo principal vicia el consentimiento y produce la nulidad del contrato. Por el contrario, el incidental no vicia el consentimiento y sólo da derecho a la indemnización de perjuicios contra la persona que lo ha fraguado o aprovechado de él, contra la primera por el valor total de los perjuicios, y contra la segunda hasta el monto del provecho reportado<sup>58</sup>.

Hay que tener presente que existen, principalmente en el comercio, ciertos halagos, ponderaciones, etc., con la finalidad de atraer al contratante; pero no se hacen con intención positiva dañosa. Son formas de promover las ventas, ya conocidas por el pueblo y toleradas por las costumbres. Desde en tiempos de los romanos, se aceptó lo que se llama el dolo bueno.

El dolo debe reunir copulativamente los requisitos siguientes:

57. Arts. 2460, 2469 y 2470 C.

58. Art. 2460 C.

**a) Debe provenir de una de las partes**

Este requisito se deduce de dos artículos:

El art. 2460 C. dice que “el dolo no vicia el consentimiento, sino cuando es obra de *una de las partes...*”.

El art. 2469 C. expresa que “hay dolo, cuando con palabras o maquinaciones insidiosas de *parte de uno de los contratantes...*”

El dolo, pues, vicia el consentimiento cuando es obra de una de las partes. *Por el contrario*, la violencia puede emanar de un tercero, a tenor del art. 2459 C.

El dolo del representante legal o voluntario vicia de nulidad el acto. También hay dolo cuando el contratante actúa como cómplice de un tercero, o conoce que la otra parte es víctima de dolo de un tercero.

Es conveniente advertir que el dolo también vicia los actos unilaterales, a pesar de que provenga de un tercero. Nuestro Código contempla, por ejemplo, el caso de la aceptación y repudiación de la herencia en el art. 1244 C.

Cuando el dolo se comete por ambas partes, se produce lo que la doctrina llama compensación del dolo; ninguna de ellas puede pedir la nulidad y, como consecuencia, el contrato no sería anulable. Los arts. 1270 y 1817 de los Códigos de España y México aceptan este criterio.

**b) Debe de ser determinante o grave**

Este requisito se deduce de tres artículos:

El art. 2460 expresa que “el dolo no vicia el consentimiento sino... *y cuando además aparece claramente que sin él no hubiere habido contrato*”.

El art. 2469 C. dice que “hay dolo cuando con palabras o maquinaciones insidiosas... es inducido el otro a celebrar un contrato *que, sin ellas, no hubiera hecho*”.

El art. 2470 C. dispone que “para que el dolo produzca la nulidad de los contratos *deberá ser grave...*”.

El dolo, pues, debe ser de tal naturaleza que sin él no se hubiera celebrado el contrato; es decir, de haberse conocido, no se hubiera contratado. Establecer cuándo es determinante es una cuestión de hecho que tiene que apreciarse en cada caso.

El dolo concede al perjudicado acción para pedir la rescisión del contrato y los daños y perjuicios si se causaron.

**3. Objeto**

Hay que distinguir entre el objeto del contrato y el objeto de la obligación.

El objeto del contrato es la obligación misma, pero como la obligación tiene su objeto, éste viene a ser el del contrato. Por ejemplo: en la compraventa, por ser bilateral, nacen obligaciones para el vendedor y comprador; el primero tiene

la obligación de entregar la cosa vendida, que es el objeto de su obligación, y el segundo entregar el precio estipulado, que es el objeto de su obligación.

Para Colin y Capitant el contrato no tiene propiamente objeto. El contrato crea obligaciones, pero son éstas las que tienen un objeto, que puede consistir en un hecho material, en un hecho jurídico o en una abstención<sup>59</sup>.

En los contratos existen tantos objetos como obligaciones hay. Si el contrato es unilateral sólo existe un objeto, si es bilateral tendría dos objetos. Del objeto tratan los arts. 2473 a 2478 C.

El objeto debe reunir los requisitos siguientes: debe ser real y posible<sup>60</sup>, determinado<sup>61</sup> y lícito<sup>62</sup>.

El objeto debe ser real y posible. Real significa que existe. Si vendo una casa que en realidad no existe, no existirá objeto. Esto no significa que no se puede contratar sobre cosas futuras, que se esperan existan, lo que está permitido por el art. 2473 C. También el art. 2566 C. permite la venta de las cosas futuras.

El objeto debe ser posible; para que el objeto sea físicamente imposible, debe existir una imposibilidad absoluta.

El objeto debe ser determinado. Sin la determinación del objeto no puede haber consentimiento. La determinación puede ser específica y genérica. Basta con la genérica, pero debe ser acompañada de una determinación en cantidad.

El objeto debe ser lícito. Hay objeto ilícito en los actos y contratos contrarios a la ley, al orden público y a las buenas costumbres.

Se pueden citar algunos casos especiales de objetos ilícitos que contempla el Código: la venta de una herencia futura<sup>63</sup> y la renuncia previa de la nulidad proveniente de la fuerza, miedo o dolo<sup>64</sup>.

#### 4. La causa

##### A. Breve referencia histórica

En el Derecho romano la causa tiene una variedad de significados y matices, sin que se haya formulado una teoría unitaria y completa. El Derecho clásico descarta la intención que induce a las partes a manifestar su voluntad. El que, por ejemplo, por contrato verbal o *estipulatio* prometía pagar, quedaba obligado a pagar aunque no expresara motivo alguno. De esta manera surgía una obligación abstracta que tenía que cumplirse con independencia de que tuviera o no causa. Lo que importaba era el cumplimiento de la forma. Esta situación engendró graves injusticias que se corrigieron a través de las condiciones *sine causa* en base de las cuales el que cumplió podía pedir la restitución al que no había cumplido la suya; el que por error pagaba sin causa podía repetir lo pagado

59. Ob. cit., Tomo III, p. 659.

60. Arts. 2474, 2476 y 2477 C.

61. Art. 2475 C.

62. Art. 2473 C.

63. Arts. 2473 y 2734 C.

64. Art. 2461 C.

(*condicio in debiti*) y si no había pagado podía pedir al juez que se le liberara de cumplirla (*condicio liberationis*); etc.

También aparece con mayor eficacia la querrela *non numeratae pecuniae*. El que oponía esta excepción negando la devolución porque no le fue entregado el dinero trasladaba la carga de la prueba al acreedor, el cual debía demostrar dicha entrega; en cambio el que entablaba una *condicio* estaba obligado a probar la falta de causa.

La noción de causa penetra con la admisión de los contratos consensuales e innominados, principalmente con estos últimos.

Fue durante la Edad Media, bajo la influencia de los canonistas, cuando comienza a tomar forma la teoría de la causa. Los canonistas le concedían valor a la palabra empeñada aunque en el pacto no se hubieran cumplido las formalidades legales. Por otra parte, sostenían que en los contratos sinalagmáticos el contratante se obliga porque tiene en mente la ejecución de la prestación del otro contratante. De aquí dedujeron, suponiendo que esa era la intención de los contratantes, una acción y una excepción: la acción resolutoria y la *exceptio non adimpleti contractus*.

Parte del Derecho moderno reconoce que la causa aparece no sólo en las obligaciones y contratos, sino en todos los fenómenos jurídicos: en el pago indebido, en el enriquecimiento sin causa, en la responsabilidad civil, en la posesión, en la tradición, etc.

Es a partir del Código de Napoleón que la causa se convierte en un elemento esencial del contrato, influenciado por Domat y Pothier. Hasta el día de hoy ésta teoría carece de precisión y claridad, lo que ha dado lugar a encendidas críticas y polémicas.

## **B. Concepción filosófica**

Dentro del campo de la filosofía se diferencian varios tipos de causas: causa eficiente, material, formal, final e impulsiva. Para explicar en forma práctica la aplicación de esta variedad de causas se toma de Aristóteles el ejemplo del escultor de la estatua de Apolo. La causa eficiente es el escultor; la material, el mármol; la formal, la figura de Apolo; la final, el dinero que procura obtener el escultor; y la impulsiva, distinta de la anterior, podría obedecer a varios motivos: hacerse famoso, aumentar su fama, superar otra estatua, el puro placer, etc.

## **C. Concepción jurídica**

La causa es la razón por la cuál el contratante se vincula con otro. El contratante puede ser inducido por muchos motivos a contratar. Pongamos un ejemplo: Juan vende a Pedro un juego de sillas por C\$20.000. La causa inmediata, próxima, final, de carácter objetivo, para Juan es el precio y para Pedro el juego de sillas. Esta causa es la misma en cada tipo de contrato. La causa remota, impulsiva y de carácter subjetiva, puede obedecer a diferentes finalidades: Juan pudo haber vendido para comprar otro juego de sillas u otro objeto, donar ese

dinero, someterse a un tratamiento médico. Pedro pudo haber adquirido para usarlas, alquilarlas, venderlas, donarlas, etc. Pueden ser diferentes en cada tipo de contrato.

Cuando son varios los vendedores y compradores habrá un mismo fin inmediato para vendedores y compradores (precio y sillas), pero la impulsiva puede ser variable atendiendo las razones personales que tuvieron los contratantes para celebrar dicho contrato.

Como puede observarse, la causa inmediata (final) está incorporada al contrato y, como consecuencia, es fácil de determinar; en cambio la causa remota (impulsiva) es difícil de determinar porque generalmente no aparece expresada en el contrato y el contratante la tiene guardada.

#### **D. Teoría clásica**

Los principales líderes de esta teoría son los juristas franceses Domat y Pothier.

Para Domat el contrato tiene un fin económico y no puramente jurídico. La causa se identifica con el fin práctico y, como consecuencia, en los contratos bilaterales la causa no es la obligación recíproca, sino el deseo de obtener la ejecución de la prestación. Incumplida la prestación, la obligación desaparece por falta de causa. Se le critica porque una obligación que nace con causa no puede convertirse posteriormente en una obligación sin causa.

Para esta teoría la causa final o inmediata es la que se tiene en cuenta. Como consecuencia en todos los contratos de un mismo tipo la causa es la misma. Por ejemplo, en la compraventa el precio y el objeto vendido. La causa, pues, tiene un carácter abstracto, objetivo e invariable dentro de cada tipo de contrato.

No se interesa sobre los motivos que indujeron a contratar (causa impulsiva o remota) y sólo atiende al fin inmediato (causa final), por lo cual se califica de abstracta. Se piensa que son personales, íntimos, lejanos al contrato y no aparecen reflejados en el mismo.

Pothier recoge las enseñanzas de Domat, les hace algunas modificaciones y parte de la tipificación bipartita de negocios en onerosos y gratuitos, abandonando la tripartita de Domat (reales, bilaterales y gratuitos).

Para determinar, dentro de la teoría clásica, la causa de los contratos, estos se agrupan en tres categorías: contratos bilaterales, contratos reales y contratos gratuitos.

##### **a) Contratos bilaterales**

En los contratos bilaterales la causa de la obligación de una de las partes se encuentra en la obligación que contrae la otra. Si el vendedor se obliga a entregar la cosa, es porque el comprador se obliga a pagar el precio. Si el comprador se obliga a pagar el precio, es porque el vendedor se obliga a entregar la cosa. Si el arrendador se obliga a entregar el inmueble, es porque el arrenda-

tario se obliga a pagar la renta; y si el arrendatario se obliga a pagar la renta, es porque el arrendador se obliga a entregar el inmueble arrendado.

#### **b) Contratos reales**

En los contratos reales la causa es la entrega de la cosa. El mutuuario se obliga a devolver el dinero porque el mutuante le entregó ese dinero. El comodatario está obligado a entregar el inmueble porque el comodante se lo entregó.

#### **c) Contratos gratuito**

En los contratos gratuitos la causa está en el *animus donandi*, en el ánimo de realizar una liberalidad, separado de los móviles. El que dona se obliga porque quiere hacer una donación. No interesan los motivos.

### **E. Los anticausalistas**

Poco tiempo después de formulada, la teoría de la causa recibió fuertes críticas. Hoy en día los autores se dividen entre causalistas y anticausalistas.

Se critica a fondo la teoría de la causa. Se dice que es falsa e inútil. Se considera falsa porque en los contratos bilaterales la obligación del uno no se considera la causa del otro, ya que ambas obligaciones nacen en el mismo instante. Con relación a los contratos reales, también se dice que es falsa porque la entrega es un requisito de formación del contrato, una formalidad. De aquí se deduce que sin la entrega no existe contrato, y no es la causa lo que falta. Con relación a los gratuitos, se dice que el *animus donandi* se llega a confundir con los motivos psicológicos. No es posible separar la intención liberal de los motivos que la han determinado, pero la teoría clásica confunde el *animus donandi* con el consentimiento.

Se dice que es inútil por cuanto los resultados prácticos deseables se pueden lograr, sin recurrir a la teoría de la causa. No tiene importancia afirmar, en los contratos reales, que si la cosa no se entrega carece de causa, pues esa entrega es un requisito de formación del contrato. En las liberalidades, la falta de intención liberal se confunde con la falta de consentimiento y la falta de consentimiento impide el perfeccionamiento del contrato. Los anticausalistas también dicen que es inútil en los contratos sinalagmáticos. Siendo la causa de la obligación la prestación (objeto) del otro contratante, la falta de causa de una de las obligaciones necesariamente implica la falta de objeto de la otra obligación.

Los anticausalistas desechan la causa como elemento del contrato y refieren la solución de los efectos del contrato a los otros elementos sustanciales (consentimiento, capacidad y objeto). Llegan a sostener que ni siquiera tiene antecedentes en el Derecho romano y que es una noción exótica.

Para los neocausalistas no existe confusión entre causa, objeto y consentimiento. El consentimiento se manifiesta al momento de la celebración del contrato, la causa en cambio, aparece también en su ejecución, pues para que el

deudor continúe obligado es preciso que se realice el resultado previsto, ya que de lo contrario no podría subsistir el vínculo por falta de causa de la obligación. El objeto es el aspecto externo del vínculo (la prestación), mientras que la causa es de carácter volitivo.

### **F. Teoría subjetiva**

Ante la insuficiencia de la teoría de la causa y las críticas penetrantes de los anticausalistas se formó un nuevo movimiento denominado neocausalista. Entre sus líderes se encuentra Josserand y Capitant.

Los neocausalistas construyen su concepción de la causa en torno a las causas impulsivas que determinan la voluntad negocial. Es una posición subjetiva que se integra con la objetiva o clásica. No se trata de destruir a ésta sino complementarla. La causa inmediata se percibe como instituto de protección al contratante y la remota (impulsiva) con la finalidad de protección social.

Es conveniente advertir que los móviles que conforman la causa impulsiva o remota deben ser determinantes para la celebración del contrato, de tal manera que de no existir no se habría celebrado.

Estos móviles determinantes vienen a constituir la causa del contrato y, como consecuencia, si son ilícitos o inmorales, será ilícita la causa, aunque en el contrato aparezca una prestación lícita.

Cierto sector doctrinal a fin de imprimir seguridad a la contratación exige que el móvil inmorales o ilícito sea conocido o presentido por el otro contratante, aunque no lo exige para los actos a título gratuito que se pueden anular a pesar de que el beneficiario ignore (buena fe) la inmoralidad o ilicitud de la voluntad del donante. Esta solución es facilitada porque el donatario no ha entregado nada a cambio de lo donado.

Es preciso, pues, distinguir entre: causa final o inmediata; causa remota o impulsiva determinante de la voluntad contractual; y los simples motivos que tuvo en cuenta el contratante pero que no fueron determinantes para la celebración del contrato. Sólo los dos primeros forman parte del concepto de causa. Existe, pues, una composición binaria de la causa: una objetiva y la otra subjetiva.

### **G. Teoría objetiva**

La causa no sólo se refiere a los contratos, sino también a todos los negocios jurídicos. El negocio jurídico es un fenómeno social cuya causa (razón o fundamento) debe buscarse en la función típica económica y social que desempeña: dar, cambiar, hacer, no hacer, poner fin a un litigio, etc. En virtud de esta teoría se explican negocios como el indirecto, el fiduciario y el simulado.

Esta tesis es seguida por el Código Civil italiano y por gran parte de la doctrina italiana.



Se le hacen las críticas siguientes: no explica cómo negocios con una función económica-social típica puedan ser afectados por la intención de las partes (donación para remunerar una unión sexual, etc.); la función económica-social no puede funcionar como causa.

## **H. Tesis sincrética**

Resulta de la fusión de la subjetiva y objetiva anteriormente expuestas, y consiste en lo siguiente:

En el negocio no sólo debe tomarse en cuenta su función, sino también los fines que persiguen las partes con la función jurídica del mismo. Dentro de una concepción unitaria la causa sería el común propósito de las partes de alcanzar la finalidad práctica respaldada por la ley. Así se explica: el negocio sin causa; el negocio con causa; el negocio con causa falsa; y el negocio con causa ilícita.

## **I. Vicios de la causa**

En la causa se pueden presentar vicios: su inexistencia, su falsedad y su ilicitud.

### **a) Inexistencia**

Se da cuando el negocio carece totalmente de causa. La sanción es la inexistencia o nulidad del negocio. Ejemplos:

**i)** Venta o mutuo en que se confiesa recibir el dinero, pero en la realidad no se ha recibido. En ambos casos si el vendedor niega posteriormente que recibió el precio o el acreedor reclama lo que no entregó, el vendedor o deudor pueden pedir la nulidad del contrato por inexistencia de la causa.

**ii)** En la simulación absoluta. En una venta simulada en forma absoluta aparece el objeto y el precio, pero no son reales. Hay causa falsa e inexistente.

**iii)** Inexistencia del acto que sirve de causa al negocio jurídico que se realiza; inexistencia de la deuda que se paga o promete pagar<sup>65</sup>; inexistencia de la deuda que se nova<sup>66</sup>; etc.

**iv)** La venta de bienes que se espera que existan y no llegan a existir.

**v)** La transacción sobre un pleito decidido por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada ignorado por los interesados o por uno de ellos<sup>67</sup>; sobre un litigio que nunca existió.

**vi)** Tomar un seguro sobre riesgo que no existe.

65. Art. 2069 C.

66. Art. 2097 C.

67. Art. 2187 inc. 2 C.



**vii)** La enajenación de un inmueble por una persona que está al borde de la muerte a cambio de alimentos de por vida.

**viii)** La compra de cosa propia<sup>68</sup>.

Puede darse la falta de causa parcial o causa insuficiente. Su consecuencia es la reducción de las prestaciones en el contrato y no su nulidad. Por ejemplo: un abogado, un médico, un ingeniero, que no realiza todo el trabajo encomendado, no puede reclamar la totalidad de sus honorarios. Tendrán que ser reducidos y esa es la sanción.

### **b) Causa falsa**

La causa es falsa cuando las partes creen equivocadamente que existe.

El contrato es nulo si la causa es falsa a menos que se pruebe que está fundada en otra verdadera y lícita. Se presenta en la simulación relativa. Por ejemplo: aparece una venta a los ojos del público (causa falsa), pero en la realidad es una donación (causa real). Esta donación puede ser lícita o ilícita. En el primer supuesto es válida y en el segundo es nula.

Para algunos autores la falta de causa y la falta errónea o falsa son una misma cosa, o en todo caso producen iguales efectos. En el ejemplo anterior de la promesa de pagar una deuda que no existe hay falta de causa, error y falsa causa.

Si la causa es falsa el acto es nulo aunque las partes por error de hecho o derecho creen que existe<sup>69</sup>.

### **c) Ilícitud de la causa**

Es ilícita la causa cuando se opone a la ley, a las buenas costumbres (inmoralidad) y a orden público<sup>70</sup>. Ejemplos: contrato en daño a terceros; contrato de arrendamiento para un lupanar; contrato para agredir o matar a un tercero; etc.

Cuando el art. 1874 C. se refiere a la ley remite a las leyes prohibitivas e imperativas, no a las dispositivas, que pueden ser modificadas o derogadas por las partes.

Las buenas costumbres son valores morales que se van formando bajo el influjo de ideales filosóficos y cristianos que inspiran a nuestra civilización. Claro está que estos valores varían en las diferentes regiones y épocas.

Los móviles inmorales deben ser determinantes de tal manera que sin ellos no se habría celebrado el contrato.

La doctrina y la jurisprudencia extranjera registran casos de nulidad de actos o contratos por ser contrarios a las buenas costumbres; a saber: toda convención que tienda a favorecer el amor libre, pero no la que tienda a reparar los daños

68. Art. 2574 C.

69. Arts. 2071 y 2765 C.

70. Arts. 1874 C.

causados a la concubina; la demanda de la concubina a la sucesión de su amante por la reparación de los perjuicios que le ha causado su muerte; el corretaje para contraer matrimonio en un principio fue declarado nulo, pero después se aceptó con la condición de que el corredor se limite a presentar a las partes, sin mencionar sus cualidades y a fijar sus honorarios prescindiendo del resultado de la gestión; los convenios en virtud de los cuales se venden influencias gubernamentales; la remuneración de un médico especialista al colega que le recomienda al cliente; la venta de la clientela de un médico a otro médico; el contrato que tiende a facilitar el cohecho; los actos que impiden la celebración libre y sin fraude de una subasta pública; los préstamos para fines inmorales como el concedido a una mujer para que huya con su amante; los actos del mandatario obrando en provecho propio; las promesas de pagar para que se cumpla una obligación existente; remunerar para que el depositario entregue el depósito; remuneración para que no se provoque un escándalo o para evitar un chantaje; remuneración del padre para que la querida deje a su hijo; remuneración a un empleado del Fisco para que liquide rápidamente un crédito al acreedor.

El orden público varía de país en país y de época en época, y es de difícil precisión. Son contrarios al orden público aquellos actos que atacan a la familia, a la libertad de comercio, del sufragio, del trabajo o de cualquier otro derecho o garantía constitucional, a la organización y competencia de los órganos estatales.

Cuando el contrato es gratuito basta que el disponente obre impulsado con propósitos ilícitos para que el acto sea ilícito. Cuando el contrato es oneroso es preciso que el propósito ilícito sea compartido por ambos contratantes. Por ejemplo, si el acreedor o deudor saben que el préstamo concedido es para la trata de blanca, el contrato es nulo por causa ilícita, pero el contrato es válido si el acreedor no sabe. Hay circunstancias en que no es necesario otros medios de prueba, pues se presume la ilicitud por las circunstancias en que se celebró el contrato. Ejemplo: préstamo concedido en una casa de juegos prohibidos.

De acuerdo con el art. 2079 C. cuando la ilicitud es común a ambos contratantes ninguno de ellos puede pedir el cumplimiento del contrato ni la devolución de lo que haya dado. Si uno de ellos es inocente, podrá reclamar lo que hubiere dado y no está obligado a cumplir lo que hubiere prometido.

#### **J. Prueba de la causa**

De acuerdo con el art. 1872 C. se presume la existencia de la causa aunque no se exprese, lo mismo que su licitud, mientras el deudor no pruebe lo contrario. Puede aparecer como una obligación abstracta, pero el deudor podría probar la falta de causa. Por ejemplo: Juan se obliga a determinada suma de dinero a favor de Pedro y no se expresa por qué se obligó. Esto es una presunción que admite prueba en contrario y no representa el reconocimiento del acto abstracto en general, pues no lo contempla nuestro Código Civil.

Cuando se expresó la causa para probar que no existe, rigen los límites establecidos para la prueba testifical en varios artículos de nuestro Código Civil.

### **K. Utilidad de la teoría de la causa**

La teoría de la causa tiene una doble utilidad: protege el interés individual del contratante mediante el juego de la equidad y la equivalencia de las prestaciones; y concede protección social mediante la moralidad y licitud de la contratación.

Ha servido a la doctrina para resolver muchas situaciones. Por ejemplo: **a)** El préstamo o entrega de dinero para un acto ilícito o la donación a una concubina para recompensarla son actos que de acuerdo con la concepción clásica de la causa son lícitos, porque la causa (recibir el dinero y el *animus donandi*) es abstracta y no se debe penetrar en las causas remotas. Pero aplicando la teoría neocausalista son ilícitos dichos actos, como lo serían cualquier otro acto o contrato contrario a la ley o a la moral. **b)** La teoría de los riesgos.

También la teoría de la causa ha servido para fundamentar la excepción de contrato no cumplido y la acción de resolución del contrato por incumplimiento. Se estima que en todos estos supuestos falta la causa, porque la causa es el deseo de obtener la ejecución de la prestación. No es sólo la promesa de una prestación, sino la consideración de que se ejecute. La causa está presente en la formación del contrato y en su cumplimiento.

En cuanto a la resolución del contrato esta tesis es combatida por la doctrina moderna, pues se considera que la causa es un elemento de la formación del contrato y, por lo tanto, su existencia no está sujeta a su ejecución. El contrato existe antes de su ejecución y prueba de ello es que el contratante puede optar por pedir su cumplimiento. El tema es polémico.

Un sector doctrinal ve en la simulación un vicio del consentimiento reflejado en una discordancia intencional entre lo declarado y querido. Pero otro sostiene que existe una voluntad real de crear la apariencia y que en verdad lo que falta es la causa.

### **L. Delimitación del concepto de causa**

Con el propósito de delimitar el concepto de causa algunos juristas distinguen entre causa de la atribución, causa de la obligación y causa del negocio jurídico.

#### **a) Causa de la atribución**

Se entiende como causa de la atribución el derecho de recibir de acuerdo con la ley un desplazamiento patrimonial. Tal derecho puede provenir de la ley o de un negocio jurídico. Por ejemplo: la atribución puede hacerse *donandi causa* o *solvendi causa* (pago del precio debido). Ahora bien, cuando tiene origen o

causa en un negocio jurídico, éste a su vez tiene su causa y si está viciada repercute en el desplazamiento patrimonial ocasionando su invalidez. También la invalidez del desplazamiento puede ser provocada por otros vicios.

Esta atribución patrimonial adquiere gran importancia en la distinción entre atribuciones abstractas y causales. En las primeras el vicio del negocio que sirve de causa a la atribución no afecta el desplazamiento patrimonial. Los negocios subyacentes al desplazamiento no le afectan. Es un sistema que otorga gran seguridad en el tráfico jurídico. En cambio en los causales, los vicios del negocio que sirven de causa a la atribución la invalidan, todo lo cual provoca inseguridad en el tráfico jurídico porque el vicio se transmite a todas las transmisiones sucesivas. El atribuyente tiene acción real para recuperar la cosa en contra de quien la tenga. Por el contrario en el negocio abstracto sólo tiene acción personal de indemnización contra el que se ha enriquecido injustamente.

#### **b) Causa de la obligación**

¿Por qué se debe? Se debe porque existe una causa reconocida por el derecho que liga al deudor. Entonces, causa de la obligación es lo mismo que fuente de la obligación. Son términos sinónimos.

#### **c) Causa del negocio**

¿Por qué se contrajo el negocio? El negocio se contrae en virtud de una causa eficiente. La causa en un negocio podría ser otro negocio anterior (negocios ejecutivos) o surgir del mismo negocio (negocios iniciales).

El negocio antecedente como causa explica: que la inexistencia del negocio inicial determina la ineficacia del negocio subsiguiente; el juego de los negocios abstractos; y la ineficacia de la transacción cuando en realidad nunca ha existido litigio.

En el negocio inicial la causa es el propósito práctico o empírico que las partes quieren obtener por su medio. El propósito común es un presupuesto básico del negocio. La causa es común a ambos contratantes. Si no existe un propósito común, la causa se confunde con el consentimiento.

El problema del negocio ilícito y del inmoral no se liga con el de la causa, sino con el de la autonomía privada, pues esos negocios quedan fuera del ámbito de ella.

### **M. Carácter relativo de la causa en la formación del contrato**

La causa no es una categoría absoluta de imprescindible necesidad en la estructura técnica del contrato. Su utilidad es que justifica su existencia, pues mediante ella se introduce la equidad y la moralidad en el contrato y alrededor de ella se solucionan muchos problemas y se explican otras muchas soluciones (la lesión, la frustración del negocio, las bases del negocio, la resolución de

contrato, la excepción de contrato no cumplido, la distinción entre negocios abstractos y causales, etc.).

Por tal razón algunos códigos como el alemán han prescindido de la causa como elemento estructural del contrato y recurren a otras figuras o medios para realizar la equidad y moralidad en el contrato (teoría del error, enriquecimiento sin causa). Con ello se dan soluciones también dadas por la teoría de la causa. Un sector doctrinal sostiene que las soluciones del Derecho alemán (presupuesto del acto jurídico, fundamento del acto jurídico) y del Derecho angloamericano (*consideration*), son una reconducción o equivalente de la teoría de la causa.

Parece ser que el paso del formalismo al consensualismo va acompañado del causalismo, pues se considera como su producto. La legitimidad y fuerza obligatoria del contrato no depende de la forma, sino de la simple voluntad de las partes, la cual no puede ser independiente de la causa. Ambas determinan la validez y licitud del contrato.

#### **N. La causa en nuestro sistema**

A primera vista los arts. 1832 y 2447 C. no reconocen a la causa como elemento esencial de las obligaciones, por cuanto forma parte del consentimiento o del objeto. Pero debemos reconocer que nuestro Código Civil no ha abandonado la teoría de la causa, pues son muchos los artículos que aluden a ella: 1872, 1873, 1874, 2097 y 3613 C.

Algunos autores distinguen entre causa eficiente, causa final y causa ocasional o impulsiva. La primera es la fuente de la obligación: contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito y la ley. La segunda es la final o inmediata e igual en los diferentes tipos de contrato (en la venta, el precio y el objeto). La tercera es el motivo remoto o personal, variable en cada persona.

#### **5. Solemnidades**

Ya hemos visto en el estudio de los contratos solemnes la posición que toma nuestro Código.

Hay solemnidades que se exigen en consideración del acto, con independencia de la persona que lo celebra; por ejemplo, el otorgamiento de escritura en la donación entre vivos de bienes inmuebles. La ausencia de estas solemnidades produce nulidad absoluta.

La libertad de forma y el espiritualismo son muy importantes para favorecer la libertad humana; pero la ausencia total de la forma puede conducir a graves perjuicios: falta de prueba y certidumbre de las relaciones jurídicas. Por tal razón existe actualmente una tendencia a introducir la forma a cierto sector comercial como carga para obtener un beneficio, y no con carácter absoluto. Tal tendencia se aprecia en el tráfico de inmuebles.

### **Sección V**

## Responsabilidad precontractual (*Culpa in contrahendo*)

Generalmente, el contrato no se perfecciona en un solo momento, pues se encuentra precedido de una serie de etapas preliminares (conversaciones, minutas, preparación de proyectos, etc.), en las cuales las partes deben actuar de buena fe, a fin de no causar perjuicios mediante la retirada injustificada o el surgimiento de un contrato imperfecto. Las partes, pues, se deben mutua lealtad. En virtud de los tratos preliminares no surge un vínculo obligatorio y las partes libremente pueden retirarse antes de que se celebre el contrato o comportarse de acuerdo a sus intereses, pero de esos tratos preliminares se derivan intereses que el Derecho debe tutelar con base en la buena fe que las partes deben observar en el proceso de contratación (tratos preliminares y celebración del contrato)<sup>71</sup>.

La *culpa in contrahendo* se refiere a la responsabilidad derivada de los tratos preliminares, se celebre o no el contrato. Fue Ihering el principal interesado en demostrar que de los tratos preliminares surge una responsabilidad, que denominó *culpa in contrahendo*. Para este jurista, la parte que no emplea en los tratos preliminares la diligencia debida incurre en culpa y, como consecuencia, la otra parte tiene acción para resarcirse, la que tiene por base una relación contractual. Para Ihering, pues, la *culpa in contrahendo* es de carácter contractual. Esta teoría ha sido fuertemente criticada, pues es insuficiente. Por ejemplo, sólo es aplicable al supuesto de que el contrato se celebre, pero no cuando no llegare a celebrarse y una de las partes en los tratos previos observó una conducta contraria a la buena fe.

Un sector doctrinal sitúa la *culpa in contrahendo* dentro de la culpa extracontractual o aquiliana, regulada en el art. 2509 C. Nuestro Código Civil no contiene una regulación expresa de esta responsabilidad, pero existen algunas disposiciones que la aceptan: 2568, 2934, 3301, 3333 inc. 1, 3457 y 3458 C. Tal responsabilidad la debemos admitir, a pesar de la falta de regulación general.

El reconocimiento de casos concretos, es una buena base para fundar una aceptación general. También podría fundarse en la culpa aquiliana o en el principio de buena fe que debe aplicarse a todo el orden jurídico.

Díez-Picazo enumera una serie de casos en que se puede plantear el problema de la responsabilidad precontractual: “El problema de la responsabilidad precontractual admite, sin embargo, una *extensión mayor y puede plantearse*

---

71. Para Avelino León Hurtado en los tratos preliminares no existe ni ánimo de obligarse ni oferta de contrato, por lo que no impone en general responsabilidad alguna. Estima aceptable el criterio francés de que la ruptura arbitraria de las conversaciones preliminares produce una indemnización de perjuicios, siempre que represente una culpa manifiesta del autor, como si acepta entrar en conversaciones conociendo de antemano que el contrato no puede perfeccionarse. El simple arrepentimiento, la aceptación simultánea y secreta con otros posibles contratantes y aun la contratación con un tercero en condiciones económicas más favorables no pueden dar lugar a indemnización alguna. Sin la prueba del dolo o la culpa no procede indemnización, pues es importante mantener en libertad absoluta y libre determinación a las partes. (**Voluntad y Capacidad en los Actos Jurídicos**, pp. 85 y 86.).

*en hipótesis muy variadas.* Por vía de ejemplo se pueden pensar las siguientes: **1º.)** Uno de los contratantes oculta al otro una circunstancia que impide la conclusión del contrato y que determina una causa de nulidad (por ejemplo, la imposibilidad originaria de la prestación, su falta de capacidad para contratar), o bien es el causante de un vicio de la voluntad sufrido por la otra parte (dolo, violencia, etc). **2º.)** Después de haberse celebrado un acuerdo verbal, que sin embargo ha de trasladarse a un documento con valor de requisito esencial para la perfección del contrato, una de las partes desiste de firmar antes de la suscripción del documento. **3º.)** Sin ningún propósito de contratar, sino sólo buscando obtener una determinada información, una persona mantiene con otra unos largos tratos para la adquisición de una finca, como consecuencia de lo cual el propietario, que por lealtad mantiene su fidelidad al trato, pierde la ocasión de vender dicha finca a un tercero; además, ha consumido en dichos tratos cien horas hábiles de trabajo personal y ha tenido que utilizar los servicios de un abogado al cual ha tenido que pagar sus honorarios. **4º.)** A mantiene con B una negociación para encargarse de la distribución en España de un nuevo producto fabricado por éste, aunque en realidad no tiene ningún propósito de celebrar tal contrato, sino que busca que C, de quien es cómplice, gane tiempo y lance antes al mercado un producto concurrente, como efectivamente ocurre. **5º.)** A inicia una negociación seria para comprar a B una partida de antigüedades; llega un determinado momento en que carece de capacidad económica para afrontar la nueva situación; no confiesa este hecho, haciendo creer a B que el contrato se firmará, aunque luego rompe las negociaciones con un fútil pretexto. Mientras, B, en la creencia de que se firmaría el contrato, ha preparado ya el transporte de las cosas y adquirido ya embalajes que no han podido ser utilizados y se han perdido. **6º.)** A, dueño de una finca, tiene informes de que el industrial B quiere establecer su empresa en la finca de C, limítrofe con la suya, pero mejor emplazada. Se pone de acuerdo con D, quien inicia unas conversaciones con C para comprar. B, entre tanto, cansado de esperar, compra la finca de A<sup>72</sup>.

El perjuicio que se indemniza en este tipo de responsabilidad es el interés negativo, o sea, los gastos y desembolsos realizados con ocasión del proyecto de contrato. No comprende el interés del cumplimiento, o sea, la utilidad que se esperaba obtener con el contrato. Usando la terminología del Código, sólo se responde del daño emergente y no del lucro cesante. Es posible que el interés negativo o de confianza sea igual al interés positivo o de cumplimiento, pero nunca superior. Por ejemplo, si el destinatario con ocasión de una oferta, pierde la oportunidad de celebrar el contrato o concluir otros con base en el derecho que se esperaba obtener del oferente.

## Sección VI

### Efectos de los contratos

72. Ob. cit., pp. 189 y 190.



## 1. Principio de relatividad de los contratos

Los contratos sólo producen efectos entre las partes contratantes y sus herederos. Este es el principio de relatividad de los contratos consagrado en nuestro Código Civil en los arts. 1836 y 2439 inc. 1 que dicen:

Art. 1836 C. “Las obligaciones que nacen de los contratos, tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”.

Art. 2439 C. “Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los celebren y sus herederos; salvo, en cuanto a estos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, ya por su naturaleza, ora por pacto o por disposición de la ley”.

Pero no sólo a los herederos afecta el contrato, sino también a los sucesores a título particular de las partes. Ejemplos: **a)** El legatario de un inmueble hipotecado por su causante, queda obligado por el contrato hipotecario; **b)** El comprador de un inmueble hipotecado, queda afectado por la hipoteca; **c)** El cesionario del crédito hipotecario, queda vinculado a lo estipulado en el crédito cedido.

La doctrina denomina a los sucesores de las partes, ya sean a título universal o particular, terceros relativos. Estos terceros entran a la relación jurídica de las partes con posterioridad a la celebración del contrato.

De acuerdo con el art. 2439 C., la regla general es que los contratos producen efectos con relación a los herederos de las partes contratantes; pero esta misma disposición preceptúa en forma excepcional que los herederos no quedarán afectados si los derechos y obligaciones no son transmisibles, ya por su naturaleza, ya por disposición de la ley, o ya por pactos de los contratantes, pues no existen inconvenientes para que las partes convengan que el contrato sólo producirá efecto respecto de ellos.

En nuestro Código Civil existen una serie de artículos que establecen la extinción del contrato por la muerte de uno de los contratantes:

**A.** De acuerdo con el art. 2038 C. la facultad para recibir el pago por el acreedor *no se trasmite a los herederos del diputado*, salvo que así lo haya expresado el acreedor.

**B.** De acuerdo con el art. 3066 C. el contrato para la construcción de una obra se resuelve por la muerte del artífice o empresario.

**C.** De acuerdo con el art. 3129 C. por la muerte del colono se extingue la aparcería al fin del año agrícola corriente.

**D.** De acuerdo con el art. 3285 inc. 3 C. la muerte de cualquiera de los socios provoca la extinción de la sociedad, salvo que se estipule que siga con los herederos del difunto o con los restantes socios<sup>73</sup>.

**E.** De acuerdo con el art. 3345 inc. 5 C. la muerte del mandante o mandatario provoca la terminación del mandato.

**F.** De acuerdo con el art. 3444 C. el comodato terminará por la muerte del comodatario cuando se hizo en consideración a éste, o cuando sólo el comodatario, por su profesión, podía usar la cosa prestada.



De acuerdo con el art. 41, inc. b) CT, el contrato individual de trabajo termina por la muerte del trabajador, o del patrón cuando traiga como consecuencia precisa la terminación de la empresa.

Los otros terceros son los absolutos, personas completamente extrañas al contrato: no han sido partes contratantes, ni han entrado con posterioridad en relaciones con las partes. No les afecta las obligaciones derivadas del contrato. Respecto a ellos, el contrato es *res inter alios acta*.

## 2. Excepciones al principio de relatividad de los contratos

Existen contratos que producen efectos con relación a personas que no han intervenido en su celebración. Por ejemplo: la convención colectiva de trabajo, pues afecta a los obreros de una empresa, aunque no hayan intervenido en su celebración; la estipulación a favor de un tercero; y el contrato a cargo de un tercero.

## 3. Efectos que producen los contratos

### A. Son productores de obligaciones

En nuestro derecho los contratos son productores de obligaciones. No obstante, el contrato de compraventa transmite la propiedad<sup>74</sup>. En el Derecho francés los contratos traslativos (venta, permuta, donación, etc.) crean obligaciones y transmiten la propiedad. Dentro de esta corriente se encuentra el Código italiano de 1942.

### B. Principio de irrevocabilidad de los contratos

El contrato legalmente celebrado es una ley para las partes contratantes, y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales (resolución, nulidad, simulación, revocación por fraude pauliano). Esto quiere decir que las partes deben cumplir con las obligaciones que derivan del contrato, sin que ninguna de ellas unilateralmente puede modificarlo o extinguirlo. Si se celebra una venta, el vendedor no puede arrepentirse; por el contrario, debe cumplir con su obligación. El art. 2438 C. dispone que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. Excepcionalmente se puede extinguir el mandato mediante la revocación o renuncia unilateral<sup>75</sup>; asimismo, se pueden terminar unilateralmente el arriendo sin plazo (desahucio)<sup>76</sup>, las donaciones entre vivos por causa de la ingratitud (revocación)<sup>77</sup>, y la sociedad civil y colectiva mercantil en virtud de renuncia<sup>78</sup>.

73. De acuerdo con el art. 173 C.C. las sociedades colectivas comerciales se extinguen por las mismas causas de las civiles, por lo que se les aplica el art. 3285 inc. 3 C.

74. Art. 2530 C.

No obstante, los contratos no sólo obligan a lo que se expresa en ellos, sino a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hace nacer de la obligación según la naturaleza de ésta<sup>79</sup>.

## Sección VII

### Estipulación a favor de un tercero (Estipulación activa)

#### 1. Su consagración legislativa

La estipulación a favor de un tercero está regulada en nuestro Código Civil en los arts. 2489 a 2492 C., que forman parte del Capítulo III, Título VII, Libro III, que trata sobre la eficacia de los contratos. El art. 2489 C. expresa que la estipulación hecha a favor de tercero es válida.

La consagración de esta figura representa una innovación con relación al Derecho romano y al Código de Napoleón. En el primero no se podía contratar a favor de un tercero, ya que rigurosamente se aplicaba la regla de que los contratos sólo producen efecto entre las partes contratantes. En el art. 1119 del Código francés se preceptúa que en nombre propio no se puede estipular, sino para sí mismo, pero el art. 1121 establece como excepción la estipulación a favor de un tercero cuando constituye la condición de una estipulación que se hace para sí mismo o de una donación que se hace a otro. No obstante, la jurisprudencia francesa ha interpretado con amplitud la excepción del art. 1121, aceptando la estipulación a favor de un tercero en todo caso, convirtiendo en letra muerta la prohibición del art. 1119.

Los códigos modernos consagran la estipulación a favor del tercero: el alemán<sup>80</sup>, el italiano de 1942<sup>81</sup>, el suizo de las obligaciones<sup>82</sup> y el peruano<sup>83</sup>.

#### 2. Concepto de la estipulación a favor de un tercero

Hay estipulación a favor de un tercero cuando uno de los contratantes, llamado promitente, se obliga a realizar una prestación a favor de un tercero.

En la estipulación a favor de un tercero intervienen tres personas: el estipulante, el promitente y el tercero o beneficiario. Los dos primeros son partes del contrato de donde surge el derecho.

Para que exista estipulación a favor de tercero es preciso que éste se convierta en acreedor de la prestación y no en un simple destinatario de la misma.

75. Art. 3345 incs. 3 y 4 C.

76. Arts. 2958 C. y 1429 Pr. y sigts.

77. Art. 2793 C.

78. Arts. 3285 inc. 4 C. y 173 C.C.

79. Art. 2480 C.

Por ejemplo, cuando en la compraventa se pacta que el vendedor entregue la cosa comprada a un tercero que la recibe como representante del comprador o por su cuenta. La doctrina denominada a estos contratos en que el tercero es un simple destinatario: falsos contratos a favor de terceros, o contratos impropios a favor de terceros.

La estipulación a favor de un tercero tiene por causa el interés del estipulante que puede consistir en una liberalidad (*causa donandi*), en cumplir con una obligación preexistente (*causa solvendi*), o en recibir una contraprestación (*causa credendi*).

De la estipulación a favor de un tercero se puede derivar derechos personales o reales a favor del tercero.

### 3. Casos de estipulación a favor de terceros

a) El contrato de seguro de vida es un contrato a favor de un tercero (beneficiario).

b) El seguro de accidente contra daños a terceros es un contrato a favor de un tercero.

c) La donación *mortis causa* con carga es una estipulación a favor de un tercero.

Se estima por la doctrina que, en general, la promesa que hace una persona a otra de pagarle a su acreedor no es contrato a favor de un tercero. Dice Von Tuhr: “Así, por ejemplo, si el tío promete al sobrino pagarle sus deudas, sólo quiere entenderse con el sobrino, sin tener nada que ver los acreedores”<sup>84</sup>.

Con relación a la diferencia entre la delegación imperfecta y la estipulación a favor de tercero, Alessandri y Somarriva dicen: “La diferencia es muy sutil: se refiere al momento en que le nace el derecho al acreedor para exigir el pago de parte del delegante, en otros términos, en el momento en que le nace a Pedro el derecho para exigirle a Juan que le pague los 100. Porque si consideramos que es estipulación a favor de otro, el derecho nacería inmediatamente de celebrado el contrato entre estipulante y promitente, a virtud de la creación directa del derecho a favor de tercero. En cambio, en la delegación imperfecta este derecho sólo le va a nacer al delegatario cuando acepte a Juan por deudor. Es cuestión de tiempo”<sup>85</sup>.

Pero se considera como contrato a favor de tercero cuando el comprador de un inmueble se obliga a pagar al acreedor hipotecario el monto del crédito. También se considera como contrato a favor de un tercero el pacto en virtud del

80. Arts. 328 a 335.

81. Arts. 1411 y 1412.

82. Arts. 111 y 112.

83. Arts. 1345 a 1347.

cual el comprador se compromete a respetar el arriendo a favor del tercero (arrendatario).

#### 4. Efectos

La estipulación a favor del tercero produce los efectos siguientes:

A. El tercero adquiere un crédito del promitente, cuyo cumplimiento puede demandar.

Como el tercero adquiere del promitente, no tiene por qué preocuparse por los derechos que hayan adquirido los sucesores o acreedores del estipulante. Ni los acreedores del estipulante tienen prenda general sobre el derecho del tercero, ni sus sucesores lo adquieren, pues nunca ha estado en el patrimonio del estipulante. Por ejemplo, el monto del seguro no pasa a los herederos del asegurado, sino a los beneficiarios (terceros).

El art. 2492 C. expresa que después de la aceptación del tercero, el promitente está obligado directamente para con él a ejecutar su promesa, y el derecho del tercero queda asegurado con las mismas garantías que el estipulante pactó. Es posible que el estipulante sea fiador del cumplimiento u otorgue garantía hipotecaria con el mismo fin.

Antes de la aceptación, las partes (estipulante y promitente) pueden de común acuerdo disolver el contrato o modificarlo.

No obstante, de conformidad con el art. 2491 C. “Si la obligación que se había estipulado en favor del tercero pudiere por su naturaleza ser *ejecutada en favor del estipulante* sin perjuicio del promitente, *lo será en favor del estipulante*, si la estipulación fuere revocada o no aceptada por el tercero.

Pero si una obligación no pudiere ser cumplida en favor del estipulante, sino con perjuicio del promitente, o si de un modo absoluto no pudiere ser traspasada de la persona del tercero a otra, el estipulante, en el primer caso, sólo podrá aprovecharse del beneficio de la carga teniendo cuenta del perjuicio que sufra el promitente, y en el segundo caso, la revocación o no aceptación aprovechará únicamente al promisor”.

El artículo transcrito permite al estipulante pedir el cumplimiento de la obligación, y al promitente (en su caso), aprovecharse del derecho, en el supuesto de revocación o no aceptación del tercero.

Expresa Brenes Córdoba: “Mientras no haya sobrevenido la aceptación, el estipulante tiene la facultad de revocar el derecho acordado y de conservarlo para sí, siempre que no exista perjuicio para el promitente. Igual atribución, pero con la misma salvedad, le corresponde cuando el tercero rehusa aceptar.

84. Ob. cit., Tomo II, p. 201.

85. **Curso de Derecho Civil. Fuente de las Obligaciones.** Editorial Nascimento. Santiago de Chile, 1942, p. 282.

Cuando la obligación para ser cumplida en provecho del estipulante hubiere de perjudicar al que se comprometió en favor del tercero, será preciso hacer la reparación necesaria al exigirse el cumplimiento, a efecto de evitar el perjuicio.

Pero si tomada en cuenta la especialidad del derecho estipulado para el tercero, sólo a éste fuere aprovechable, en caso de que no lo acepte o fuere revocado, una u otra cosa tan sólo favorecerá al promitente por llegar a ser la estipulación del todo ineficaz para cualquiera otra persona. Así sucedería si habiéndose convenido entre promitente y estipulante, que aquel estableciera un derecho de habitación sobre determinado inmueble en beneficio de un tercero, éste rehusará aceptarlo, pues en atención a que debido a la especial naturaleza jurídica semejante derecho caducaría, porque nadie otro que el instituido como habitador estaría capacitado para ejercitarlo, y nadie más que el promitente sería susceptible de aprovecharlo<sup>86</sup>.

El estipulante también tiene derecho a constreñir al promitente a que cumpla con la obligación, particularmente cuando sea un medio de ejecutar una obligación previamente constituida; asimismo, podrá pedir la resolución del contrato cuando el promitente no cumpla con lo pactado. Por el contrario, el tercero no tiene acción para pedirle al estipulante el cumplimiento de la obligación.

**B.** El estipulante puede revocar la estipulación mientras no haya sido aceptada por el tercero. La aceptación puede ser expresa o tácita.

Si el tercero muere antes de la aceptación, sus herederos la pueden aceptar. Dice Brenes Córdoba: “Para que el derecho se consolide en favor del tercero reteniéndolo irrevocablemente para sí, se requiere que él explícita o implícitamente muestre su asentimiento. La aceptación que sobrevenga se retrotrae en sus efectos al día del contrato. De esto resulta que la muerte del tercero ocurrida después de celebrado el acuerdo y antes de aceptar, no priva a sus sucesores de los beneficios de la estipulación en caso de que quieran aceptarla como representantes del fallecido<sup>87</sup>.”

Díez-Picazo sostiene que el tercero adquiere el derecho antes de la aceptación, pues ésta juega su papel sólo en orden a la limitación del poder de revocar la estipulación. De no ser así, si el tercero fallece antes de la aceptación no transmitiría derecho alguno a sus herederos, lo que no parece admisible<sup>88</sup>.

Si muere el estipulante antes de la aceptación del tercero, pueden sus herederos revocar la estipulación. Esta solución es discutida, pues algunos autores se inclinan por la contraria.

## **5. Capacidad y determinación del tercero**

No es necesario que el tercero tenga capacidad de ejercicio, basta que tenga capacidad de goce, ya que no es parte del contrato. Se puede estipular a favor de un incapaz.

Se acepta por la doctrina que el tercero pueda ser determinado en el momento de la estipulación o con posterioridad. También se admite que el tercero pueda ser una persona de existencia futura.

## **6. Naturaleza de la estipulación a favor de un tercero**

Tres teorías han tratado de dar explicación a esta figura jurídica: la de la oferta, la de la gestión de negocios y la de la creación directa del derecho en favor del tercero.

La primera estima que el derecho se radicaría primero en el patrimonio del estipulante y luego éste lo pasaría al tercero en virtud de un nuevo contrato. La segunda estima que el estipulante es un gestor de negocios con respecto al tercero.

No podemos aceptar ninguna de las dos primeras. La primera, por cuanto el tercero adquiere directamente el derecho, y la aceptación es más bien para evitar la revocación. La segunda, por cuanto el agente oficioso actúa a nombre de otra persona; en cambio, en la estipulación el estipulante celebra el contrato en su carácter personal, sin asumir ninguna representación.

La teoría más aceptable es la tercera. Por la voluntad de los contratantes el tercero adquiere el derecho. Esta teoría ha sido completada mediante la explicación de que el promitente se obliga con respecto al tercero por su declaración unilateral de voluntad.

## **Sección VIII**

### **Contratos a cargo de un tercero (Estipulación pasiva)**

#### **1. Su consagración legislativa**

La promesa del hecho ajeno o contrato a cargo de un tercero está regulado en los arts. 2484 a 2488 C. El art. 2485 C. expresa que la promesa del hecho de un tercero, cualquiera que sea el objeto del contrato, obliga al que la hace, con tal que ella aparezca con el carácter de contrato. El hecho del tercero puede consistir en dar, hacer o no hacer. Ejemplos: que Juan le venda su automóvil; que Pedro le pinte un cuadro; que José no venda cosméticos.

#### **2. Efectos**

86. **Tratado de las Obligaciones y Contratos.** Librería Lehmann. San José, Costa Rica, 1936, pp. 346 y 347.

87. Ob. cit., p. 346.

88. Ob. cit., p. 275.

**A.** El tercero no se encuentra obligado al hecho mientras no ratifique. El tercero no puede ser deudor en virtud de un contrato celebrado por dos extraños, en el cual no ha sido parte.

**B.** Una vez ratificado, el promitente queda liberado de responsabilidad, aunque el tercero no cumpla, pues su obligación consiste en que el tercero acepte y no envuelve la garantía de ejecución del hecho prometido. Es posible que el promitente pueda ser fiador de la ejecución, pero tal cosa es un pacto que se agrega al contrato, independiente de la promesa.

**C.** De conformidad con el art. 2486 C., cuando el tercero se niega a ratificar el contrato el promitente deberá:

- a) Ejecutar la obligación, si está en su poder hacerlo; o
- b) Indemnizar al acreedor de los daños y perjuicios, si no puede ejecutarla.

La Corte Suprema sostiene que la promesa del hecho ajeno constituye una obligación de hacer: el promitente se obliga a procurar la ratificación del tercero. Si éste ratifica, el promitente queda liberado; si el tercero rehusa ratificar, entonces la obligación de hacer queda incumplida y el promitente será responsable de los daños y perjuicios<sup>89</sup>.

Se sostiene por la doctrina que la ejecución del hecho por parte del promitente es facultativa, viéndose solamente como un medio para liberarse de los daños y perjuicios.

**D.** Mientras el tercero no ratifique, el promitente puede sustituirlo en todos los derechos y obligaciones que resulten del contrato, salvo que la prestación sólo pueda ser cumplida por el tercero<sup>90</sup>. Ejemplo: la promesa de que un famoso artista pinte un cuadro.

**E.** La ratificación tiene efectos retroactivos. El art. 2488 C. preceptúa que la ratificación retrotrae los efectos del contrato entre las partes contratantes al día en que éste se verificó; pero con respecto a terceros, los producirá desde el día de la ratificación.

## Sección IX

### Inoponibilidad

#### 1. Concepto y su regulación

Un contrato es inoponible cuando carece de eficacia respecto de terceros. El acto es válido entre las partes, pero no tiene efecto respecto a terceros.

Esta teoría juega con relación a los terceros relativos, excluyendo a los sucesores a título universal. También juega con relación a los acreedores de las partes, etc.

La teoría de la inoponibilidad no está regulada expresamente en el Código Civil, pero existen algunos artículos diseminados en este cuerpo de leyes que contienen casos particulares de inoponibilidad.

## 2. Clases de inoponibilidades

La inoponibilidad puede tener lugar por la omisión de requisitos de forma o de fondo.

### A. Inoponibilidad de forma

Dentro de ésta se encuentran las que se producen por falta de publicidad y las que resultan por la falta de fecha cierta.

La inoponibilidad por falta de publicidad se presenta en los casos siguientes:

#### a) Por la falta de inscripción de los títulos inscribibles

Los títulos sujetos a inscripción que no estén inscritos en el Registro no producen efectos respecto de tercero<sup>91</sup>. Ejemplo: Juan vende a Pedro el inmueble X que se encuentra inscrito en el Registro. Pedro no inscribe su adquisición y Juan vuelve a vender el inmueble X a Diego, que no sabe de la primera venta (buena fe) e inscribe su adquisición. Juan hipoteca a favor de Pedro el inmueble X que se encuentra inscrito en el Registro. Pedro no inscribe su hipoteca y Juan vuelve a hipotecar la finca X a favor de Diego, quien ignora la existencia de la primera hipoteca (buena fe) e inscribe la otorgada a su favor. Ni la venta o hipoteca son oponibles a Diego. En el primer caso, no se puede inscribir la venta a favor de Pedro, y Diego adquiere el dominio del inmueble X. En el segundo caso, la hipoteca a favor de Pedro se inscribe, pero será de segundo grado, pues la de Diego obtendrá el primer grado.

Tampoco le son oponibles a los terceros las demandas o embargos no anotados en el Registro<sup>92</sup>.

#### b) Por falta de la notificación de la cesión de un crédito

Si la cesión no se notifica al deudor, es inoponible a éste y a los terceros. De aquí que el deudor que paga antes de ser notificado o de haber aceptado la cesión, hace un buen pago. En esas mismas condiciones, el acreedor del cedente puede embargarle el crédito<sup>93</sup>.

#### c) Inoponibilidad por falta de fecha cierta

El art. 2387 C. establece los casos en que un documento privado tiene fecha cierta respecto de terceros.

### B. Inoponibilidad de fondo

89. S. 11:30 a.m. del 21 de diciembre, 1934, B.J., p. 8860.



**a) La causada por contratos celebrados en fraude de los terceros**

Los contratos fraudulentos no le son oponibles a los terceros. De aquí que un sector doctrinal estime a la acción **pauliana** como un ejemplo de este tipo de inoponibilidad. En cambio, otro sector opina que es una acción de nulidad.

**b) La provocada por la clandestinidad**

Se cita a la simulación. El contrato oculto no es oponible a terceros, pero para estos es válido el que se presenta al público.

**c) La que resulta por la lesión de derechos adquiridos**

De acuerdo con el art. 74 C. si después de dieciséis años de ausencia o de haber cumplido el ausente setenta años de edad, reapareciere éste o se presentaren ascendientes o descendientes suyos, percibirán los bienes existentes en el estado en que se hallaren, o aquellos porque se hubieren permutado, o el precio que los herederos y demás interesados hubieren recibidos por las enajenaciones hechas después y, por lo tanto, las hipotecas y ventas que se hubieren hecho serán mantenidas y respetadas.

Se estima que existe inoponibilidad del testamento que no respeta las asignaciones forzadas y, por lo tanto, los asignatarios pueden ejercer la acción de reforma del mismo, a fin de que se cumpla con la asignación forzada<sup>94</sup>. Nuestras asignaciones forzadas son: la porción conyugal y los alimentos<sup>95</sup>.

**C. Inoponibilidad por la nulidad de un acto**

Se cita como ejemplo de esta inoponibilidad el caso del matrimonio putativo. El matrimonio putativo produce iguales efectos que el válido, a pesar de ser nulo, cuando existiere buena fe en uno o en ambos cónyuges. Si el marido estuviere de mala fe, para éste es nulo el matrimonio y los hijos serán siempre legítimos, pues esa nulidad les es inoponible. El art. 107 C. expresa: “El matrimonio declarado nulo, si fue contraído de buena fe, produce efectos civiles, lo mismo respecto de los cónyuges que respecto de los hijos, aun cuando hayan nacido antes del matrimonio, si fueren reconocidos con anterioridad a su anulación.

Si únicamente uno de los cónyuges hubiere procedido de buena fe, el matrimonio no produce efectos civiles más que en su favor y en el de sus hijos.

Las donaciones o promesas que por causa de matrimonio se hayan hecho por el otro cónyuge, al que casó de buena fe, subsistirán no obstante la declaración de la nulidad del matrimonio”.

---

90. Art. 2487 C.

## Sección X

### Interpretación de los contratos

#### 1. Concepto

El contrato, junto con sus cláusulas y modalidades, surge como el resultado de dos o más declaraciones de voluntad concordantes. Pero es posible que no se hayan explicado con claridad y, en consecuencia, se presenta la necesidad de determinar lo que realmente quisieron los contratantes.

Interpretar un contrato es averiguar el sentido y alcance de las declaraciones que lo integran.

#### 2. Sistemas de interpretación

Es posible que la voluntad declarada en el contrato discrepe con la voluntad real o interna de los contratantes; surge entonces el problema de la interpretación.

¿Pero cuál de las dos situaciones debe prevalecer? ¿La voluntad interna o la declarada?

En torno a esta determinación surgen dos teorías: la de la voluntad interna o real y la de la voluntad declarada.

##### A. Sistema de la voluntad interna

Se denomina también subjetivo o individual. En este sistema prevalece la voluntad real, la querida por las partes, sobre la declarada.

##### B. Sistema de la voluntad declarada

En este sistema, para interpretar el contenido del contrato hay que atenerse exclusivamente a lo declarado o exteriorizado por los contratantes, con independencia de que concuerde con el querer interno.

#### 3. Sistema adoptado por nuestro Código Civil

Nuestro Código Civil se inspira en el sistema de la voluntad real. Así se desprende del art. 2496 C. que dice: “Si los términos de un contrato son claros

---

91. Arts. 3816, 3937 y 3948 C.

y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido natural de sus cláusulas.

Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes prevalecerá sobre aquellas”.

#### **4. Reglas de interpretación**

Nuestro Código establece una serie de reglas de interpretación de los contratos, siguiendo en esto al francés, que tomó la técnica de Pothier. Por el contrario, existen otros Códigos que no hacen tal regulación, dejando a los tribunales en libertad para interpretarlos.

Sobre la interpretación de las leyes el Código establece pocas reglas en el Título Preliminar.

##### **A. La intención de los contratantes**

El elemento intencional prevalece en la interpretación de los contratos. El espíritu está sobre la palabra. El art. 2496 C., anteriormente transcrito, dispone que si de los términos del contrato no hay duda, se estará al sentido natural (literal) de sus palabras. Pero si existe discordancia entre las palabras y el querer de los contratantes, prevalecerá éste sobre aquéllas.

En materia testamentaria también se atiende preferentemente a la intención del testador. El art. 978 C. expresa que, en caso de duda sobre la interpretación de una disposición testamentaria, se practicará lo que estuviere más en armonía con la intención del testador, conforme al contexto del testamento.

Para juzgar la intención de los contratantes deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato<sup>96</sup>.

Los proyectos de contratos, las minutas, los contratos precedentes, las conductas interpretativas, la persona que redacta el texto, la situación económica y social de las partes, son elementos de importancia para averiguar la intención de las partes.

##### **B. Aplicación restrictiva de los términos del contrato**

En el art. 2498 C. se preceptúa que cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberá entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar. La anterior regla encuentra aplicación particular en el art. 2195 C., que se refiere a la transacción.

92. Arts. 54 del R.R.P. y 1718 Pr. S. 9 a.m. del 11 de noviembre de 1913, B. J., p. 254; S. 12 m. del 10 de mayo de 1934. B.J., p. 8616; S. 12 m. del 14 de junio de 1934, B. J., p. 8652; S. 12 m. del 27 de mayo de 1948, B.J., p. 14249; S. 11 a.m. del 30 de octubre de 1936, B. J., p. 9447.

93. Art. 2724 C.

### **C. La cláusula que diere lugar a diversos sentidos**

El art. 2499 C. expresa que si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto.

### **D. Interpretación armónica**

El art. 2500 C. expresa que las cláusulas de los contratos deberán interpretárselas unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.

### **E. Las palabras con relación a la naturaleza y objeto del contrato**

El art. 2501 C. expresa que las palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato.

### **F. La interpretación en base a la costumbre**

El art. 2502 C. expresa que el uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en estos la omisión de las cláusulas que de ordinario suelen establecerse.

### **G. Interpretación de cláusulas oscuras**

De conformidad con el art. 2503 C., la interpretación de las cláusulas oscuras no deberán favorecer a la parte que hubiere ocasionado la obscuridad.

En los contratos de adhesión, el oferente sería el contratante que provocaría la obscuridad, en el supuesto que existiere.

### **H. Interpretación de los ejemplos**

El art. 2504 C. preceptúa que cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por sólo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extiende.

### **I. Imposibilidad de resolver las dudas**

El art. 2505 C. expresa: “Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquellas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán

94. Art. 1222 C. y sigts.

95. Art. 1197 C. y sigts.

en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses.

Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayeren sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención de los contratantes, el contrato será nulo”. En este último inciso, se contempla la nulidad por falta de consentimiento de los contratantes.

## Sección XI

### Disolución de los contratos

#### 1. Causas de disolución

Los contratos pueden disolverse o extinguirse: por el mutuo consentimiento de los contratantes y por causas legales. El art. 2479 C. expresa que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado, *sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*.

##### A. El mutuo consentimiento (resciliación)

Las mismas partes que celebraron el contrato lo pueden disolver. Esta forma de disolver el contrato se denomina por la doctrina resciliación.

La resciliación no tiene efecto retroactivo, y como consecuencia: **a)** los derechos constituidos con anterioridad a la resciliación deben ser respetados. Ejemplo: Juan vende a Pedro el inmueble X y éste lo hipoteca a José. Si Juan y Pedro dejan sin efecto la venta, la hipoteca a favor de José subsiste; **b)** si el título fue traslativo de dominio (venta), tendrá que hacerse una nueva transmisión para que regrese el dominio al primitivo adquirente. En el caso anterior, Pedro tendría que transmitirle el dominio a Juan.

La Corte Suprema ha dicho que en la resolución del contrato de compraventa hay transmisión de dominio y, en consecuencia, existe obligación de pagar los respectivos impuestos<sup>97</sup>. Aquí la Corte confunde la resolución con la resciliación, a la que se refiere la consulta evacuada.

No debe confundirse la resciliación con la resolución y rescisión, pues existen diferencias fundamentales entre ellas. La resciliación tiene por causa la voluntad de los contratantes y supone un contrato válido. La rescisión y la resolución tienen una causa legal. La resciliación no tiene efecto retroactivo; en cambio, la rescisión y resolución tienen efectos retroactivos.

No obstante, como ya expresamos anteriormente, hay contratos que se pueden disolver por la voluntad de una de las partes: el mandato (revocación o renuncia), el arriendo (desahucio), la sociedad civil y colectiva mercantil (renun-

cia), la donación *inter vivos* por la ingratitud (revocación) y el contrato de trabajo (preaviso).

### **B. Causas legales**

Las causas legales de disolución de los contratos son:

#### **a) La resolución**

La produce el evento de la condición resolutoria, ya sea expresa o tácita.

#### **b) La nulidad y rescisión**

De ellas tratamos en los modos de extinguir las obligaciones, por lo que nos remitimos a ese capítulo.

#### **c) La muerte de una de las partes**

Ya señalamos anteriormente, al tratar sobre el principio de relatividad de los contratos, los casos de extinción de los contratos por muerte de uno de los contratantes, por ejemplo, el mandato.

#### **e) El plazo extintivo**

Es causa legal de extinción del contrato el vencimiento del plazo, cuando se ha celebrado por un plazo determinado. El arriendo, la sociedad, el comodato, se disuelven por el plazo extintivo.

## **BIBLIOGRAFIA**

- ABELIUK, MANASEVICH, René. **Las obligaciones**. Tomo I. pags 50-144. Editorial Jurídica de Chile. Impresores: Editorial Nomos. Impreso en Colombia. 1993. ALBALADEJO, Manuel. **Derecho Civil II. Derecho de obligaciones. Los contratos en particular y las obligaciones no contracuales**. Volumen Segundo. Novena edición. José María Bosch Editor S.A. Barcelona. 1994. ALBALADEJO, Manuel. **El negocio jurídico**. Editorial Librería Bosch. Barcelona, España. 1958. ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit., Tomo IV, p. 15 y sigts. ALVAREZ SUAREZ, Ursicino. **Los orígenes de la contratación escrita**. A A.M.M. Ob. cit., 1948. Tomo IV, p. 11 y sigts. AYON, Alfonso. **Contrato sobre herencia futura**. Revista de Derecho. Managua 1936. No. 1. Enero, p. 3 y sigts. BAUDRIT CARRILLO, Diego. **Derecho civil IV. Vol. I. Teoría general del contrato**. 2º. ed. Editorial Juricentro. San José, Costa Rica, 1990. BAUDRIT CARRILLO, Diego, **Los Contratos Traslativos del Derecho Privado: Principios jurisprudenciales**. Editorial Juricentro. San José, Costa Rica, 1984. BETTI, Emilio. Ob. cit., Tomo II, p. 61 y sigts. **Teoría general del Negocio Jurídico**. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959. BONET, Ramón Francisco. **Los contratos a favor de terceros**. A.A.M.N. Ob. cit., 1961. Tomo XII, p. 211 y sigts. BORJA SORIANO, Manuel. Ob. cit., Tomo I, p. 129 y sigts. BREBBIA, Roberto H. **Contrato de adhesión**. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo IV, P. 247 y sigts. BRENES CORDOBA, Alberto. Ob. cit., p. 313 y sigts. 96. Art. 2497 C.

CASAFONT ROMERO, Pablo. **Ensayos de Derecho Contractual**. Editorial Lehmann. San José, Costa Rica, 1968. CASTAN TOBEÑAS, José. Ob. cit., Tomo III, p. 429 y sigts. CASTRO BRAVO, Federico de. **Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes**. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1975. **La promesa de contrato**. Madrid, 1950. CERDA GIMENO, José, **En torno a la formación del contrato. (Comentarios a la obra de A. Ravazzoni: “La formazione del contratto: I le fasi del procedimento”)**. R.C.D.I. Madrid, 1973. No. 497, p. 905 y sigts. CLARO SOLAR, Luis. Ob. cit., Tomo X. Vol. I, p. 566 y sigts. COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H. Ob. cit., Tomo III. p. 594 y sigts., p. 603 y sigts., p. 623 y sigts. COLMO, Alfredo. Ob. cit., p. 29 y sigts. CONTER GIMENEZ, Eduardo. **Contrato a título gratuito**. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo IV, p. 158; **Contrato Aleatorio**. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo IV, pp. 169 y 170. COSIO, Alfonso de. Ob. cit., p. 244 y sigts. CRUZ, Fernando. Ob. cit., Tomo III, p. 87 y sigts., p. 420 y sigts. DASSEN, Julio. **Contratos a favor de terceros**. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1960. D’ELIA, Rosa M., y JUVENAL RONCHETTI, Nestor. **Tipicidad y atipicidad contractual**. R. N. Buenos Aires, Argentina, 1972. No. 826. Mayo-Junio, p. 611. DE LOS MOZOS, José Luis. **La conversión del negocio Jurídico**. Editorial Bosch. Barcelona, España, 1959. **La Causa Jurídica del Negocio Jurídico**. R.D.N., 1961. No. 33-34, p. 283. DIEGO, Felipe Clemente. Ob. cit., Tomo II, p. 88 y sigts. DIEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., Vol. I, p. 85 y sigts. p. 97 y sigts., **Interpretación de testamento y validez de contratos**. R.C.D.I., Madrid, 1969. No. 471, p. 363 y sigts. ENNECCERUS, Ludwig. Ob. cit., Vol. I. p. 138 y sigts. FARINA, Juan M. **Contrato bilateral**. Enciclopedia Jurídica Omeba, Ob. cit., Tomo IV, pp. 171 y 172. **Contrato unilateral**. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo IV, pp. 603 y 604. FUEYO LANERI, Fernando. **Derecho Civil. Los contratos en particular y demás fuentes de las obligaciones**. Editorial Universo, S.A. Santiago de Chile, 1964. Tomo V. Vol. I y II. GARCIA GOYENA, Florencio D. Ob. cit., p. 515 y sigts. GAUDEMET, Eugene. Ob. cit., p. 37 y sigts. GIORGI, Jorge. Ob. cit., Vol. III, p. 21 y sigts. GIORGIANNI, Michele. **La causa del negocio jurídico. Estudio de Derecho Italiano y comparado**. R.D.N., 1976. No. 93 y 94. Julio-Diciembre, p. 67. GIOSSEPPE, Stolfi. **Teoría del negocio jurídico**. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959. GOLDSTEIN, Mateo. **Contrato conmutativo**. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo IV, P. 242 y sigts. **Contratos Consensuales y Reales**. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo IV, p. 637 y sigts. **Contratos de ejecución sucesiva e instantánea**. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo IV, p. 648 y sigts. GUTIERREZ y GONZALEZ, Ernesto. Ob. cit., p. 180 y sigts. HERNANDEZ GIL, Antonio. Ob. cit., p. 226 y sigts. JOSSERAND, L. **Los móviles en los actos jurídicos de Derecho Privado. Teología jurídica**. Editorial José M. Cajica, Jr. Puebla, Pue. México, 1946. LACRUZ BERDEJO, José Luis. LUNA SERRANO, Agustín. DELGA-



DO ECHEVERRIA, Jesús. y RIVERO HERNANDEZ, Francisco. **Derecho de Obligaciones. Teoría general del contrato.** Volumen Segundo. Segunda Edición. José María Bosch Editor, S.A. Barcelona. España. 1987. LACRUYZ BERDEJO, José Luis. SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asis. Luna Serrano, Agustín. DELGADO ECHEVERRIA, Jesús. RIVERO HERNANDEZ, Francisco. **Derecho de Obligaciones. Contratos y cuasicontratos. Volumen tercero.** Segunda edición. José María Bosch Editor, S.A. Barcelona, España. 1986. LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos.** Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1956. LA LAGUNA, Enrique. **La función negocial de la promesa de venta.** R.C.D.I., Madrid, 1969: No. 470, p. 53 y sigts. GOMEZ DE LA SERNA, Pedro D. y MONTALVAN, Juan Manuel. Ob. cit., Tomo II, p. 176 y sigts. LA TORRE, Enrique C. **Del error de hecho y del error de derecho. Memorias y discursos universitarios sobre el Código Civil Chileno.** Editorial Imprenta de los Debates. Santiago de Chile, 889, p. 1 y sigts. LEON HURTADO, Avelino. **La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos.** Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1952. LOZANO, Godofredo E. **Contrato a título oneroso.** Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo IV, P. 159 Y SIGTS. MANRESA y NAVARRO, José María. Ob. cit., Tomo VIII, p. 610 y sigts. MARIN PEREZ, Pascual. **Las crisis del contrato.** Separata. R.G.L.J. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1964. MARTIN-BALLESTEROS, Luis. **De la causa en los negocios jurídicos contractuales.** Separata. R.G.L.J. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1956. MARTIN BERNAL, José Manuel. **La causa, “el interés” y la equidad en la estipulación a favor del tercero.** R.D.N. 1978. No. 101-102. Julio-Diciembre, p. 172 y sigts. MAZEAUD, Henri. MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean. Ob. cit., 2a. parte. Vol. I, p. 65 y sigts. MEJIA MORENO, Luis. Ob. cit. p. 210 y sigts. MESSINEO, Francesco, Ob. cit., Tomo IV, p. 433 y sigts. MEZA BARROS, Ramón. Ob. cit., p. 15 y sigts. MORENO QUESADA, Bernardo. **La oferta de contrato.** R.D.N., 1956, No. 12, 13, 14, p. 107 y 213. MORO LEDESMA, Sebastián. **El precontrato.** R.C.D.I, Núm. 109, enero 1934, p. 1 y sigts., p. 81 y sigts. R.C.D.I., Núm. 110, febrero 1934, p. 81 y sigts. R.C.D.I. Núm. 111, marzo 1934, p. 161 y sigts. R.C.D.I., Núm. 112, abril 1934, p. 245 y sigts. R.C.D.I., Núm 113, mayo 1934, p. 401 y sigts. R.C.D.I. Núm. 117, septiembre 1934, p. 650 y sigts. NART FERNANDEZ, Ignacio. **Notas sobre los contratos a favor de tercero.** A.A.M.N., Ob. cit., 1950. Tomo V, p. 449 y sigts. OSSORIO Y FLORIT, Manuel. **Contrato sinalagmático.** Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo IV, p. 590 y sigts. OSSORIO MORALES, Juan. Ob. cit., p. 198 y sigts., p. 208 y sigts., p. 236 y sigts. OSUNA GOMEZ, F. José. **Del contrato**

97. Cta. del 17 de agosto de 1963, B.J., p. 615.



**real y de la promesa de contrato real.** Editorial Nacimiento. Santiago de Chile, 1947. PALACIO P., H. Gustavo. Ob. cit., p. 347 y sigts. PEREZ MULET, Juan Luis. **Clasificaciones de los contratos. Arrendamiento de obras o arrendamiento de servicios.** R.C.D.I., Madrid, 1966, No. 452, p. 119 y sigts. **La Oferta de contrato y su aceptación.** R.C.D.I., Madrid, 1966. No. 455, p. 999 y sigts. PESCIO V., Victorio. **Manual de Derecho Civil. Teoría General de los actos jurídicos y Teoría General de la prueba.** Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1948. Tomo II, p. 21 y sigts. PIZARRO, Néstor A. **Contrato.** Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo IV, p. 120 y sigts. PORRAS IBÁÑEZ, Pedro. **La causa.** R.D.N., 1962. No. 37-38, p.141 y sigts. POTHIER, R.J. Ob. cit., p. 11 y sigts. PRADA GONZALEZ, José María de. **La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos.** A.A.M.N., Ob. cit., 1968. Tomo XVI, p. 257 y sigts. PUIG BRUTAU, José. Ob. cit., Tomo I. vol. II, p. 69. RICCI, Francisco. Ob. cit., Tomo XIII, p. 11y sigts. RISOLIA, Marco Aurelio. **Capacidad y contrato.** Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1959. RODRIGUEZ ADRADOS, Antonio. **Algunos aspectos de la lex commissoria.** R.C.D.I., Madrid, 1968. No. 464, p. 49 y sigts. RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. ob. cit., p. 73. **En torno al negocio indirecto y figuras jurídicas afines.** Separata de la Revista de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, 1949. RUGGIERO DE, Roberto. Ob. cit., Tomo II. Vol. I, p. 250 y sigts., p. 271 y sigts. SALVAT M., Raymundo. Ob. cit., Tomo I. **Fuentes de las obligaciones.** p. 15 y sigts. SANCHEZ VELASCO, Hipólito. **Contrato de promesa y promesa de contrato.** A.A.M.N., Ob. cit. 1952. Tomo VI, p. 489 y sigts. SANTOS BRIZ, Jaime, Ob. cit., Tomo III, p. 241 y sigts., p. 299 y sigts. SILVA, Armando V. **Contratos nominados e innominados.** Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo IV, p. 677 y sigts. SOTO NIETO, Francisco. Ob. cit., Tomo II, p. 327 y sigts. SPOTA, Alberto G. **Tratado de Derecho Civil. Hechos y actos jurídicos.** Editorial Depalma. Buenos Aires, 1968. Tomo I. Vol. 3. STIGLITZ, Rubén. **Objeto, causa y frustración del contrato.** Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1992. TERRAZA MARTORELL, Juan. **Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad o imposibilidad en su ejecución.** Editorial Bosch. Barcelona, España, 1951. TRABUCCHI, Alberto. Ob. cit., Tomo II, p. 163 y sigts., p. 178 y sigts., p. 198 y sigts. VALENCIA ZEA, Arturo. Ob. cit., Tomo III, p. 59 y sigts. VALET GOYTISOLO, Juan. **Contrato de compraventa a favor de persona a determinar.** A.A.M.N., Editorial Reus. Madrid, 1954. Tomo VIII, p. 557. VALVERDE y VALVERDE, Calixto. Ob. cit., Tomo III, p. 226 y sigts. VARGAS PACHECO, José María. **Doctrina general del contrato.** Editorial Juricentro. San José, Costa Rica. 19884. VASQUEZ BOTE, Eduardo. **Algunas consideraciones sobre los contratos aleatorios del código civil.** RCDI. Madrid, 1969, No. 471, p. 351 y sigts. VAZQUEZ DE CASTRO, Jesús. **La función de la voluntad de los negocios jurídicos.** Revista de Derecho Español y Americano. Madrid, 1960. No. 22. Abril, Mayo, Junio, p. 149 y sigts. VELEZ, Fernando. Ob. cit., Tomo VI, p. 4 y sigts. TUHR, Von A. Ob. cit., Tomo I, p. 101 y sigts.







## Capítulo IV

### Los cuasicontratos

*SUMARIO: 1. Su regulación legal. 2. Su concepto y crítica. 3. Fundamento. 4. Su enumeración.*

#### 1. Su regulación legal

Nuestro Código Civil en el Título VII, Libro III, Tomo II, que trata de los contratos, le dedica a los cuasicontratos el Capítulo V, compuesto de tres artículos (del 2506 al 2508), siguiendo la concepción romana de considerar el cuasicontrato semejante al contrato.

No obstante, ninguno de los cuatro cuasicontratos enumerados en el art. 2508 C., es regulado en dicho capítulo, sino en otros del Código<sup>1</sup>.

#### 2. Su concepto y crítica

El art. 2506 C. define el cuasicontrato como un acto voluntario y lícito del cual resulta una obligación respecto de un tercero o una obligación recíproca entre las partes.

sobre las características del cuasicontrato se ha dicho que es un acto voluntario, lícito y no convencional.

Cuando se expresa que es voluntario, se desea distinguir el cuasicontrato de la ley como fuente de las obligaciones. Se dice que es lícito para distinguirlo del delito y cuasidelito, que son hechos ilícitos. Por último, se expresa que no es convencional para diferenciarlo del contrato.

Esta forma de ver o de definir el cuasicontrato pretende distinguir el cuasicontrato de las otras fuentes de las obligaciones.

Planiol, entre otros, ha criticado esta concepción del cuasicontrato. Opina que el cuasicontrato no es un hecho voluntario, ya que con frecuencia resulta obligada una persona que no ha manifestado su voluntad. Por ejemplo: en el pago indebido, el que recibe el pago debe devolverlo, aunque es evidente que no ha existido voluntad de hacerlo, más bien al recibirlo deseaba quedarse con el dinero; en la agencia oficiosa la persona cuyos negocios se administraron puede resultar obligada sin que haya manifestado su voluntad.

Por otra parte, Planiol expresa que no es voluntario, ya que el autor del hecho no es el obligado, sino la otra persona que con el hecho se enriquece. De

1. Artos del 1692 al 1714 C; del 2069 al 2079 C y del 3372 al 3389 C.

aquí que el deudor de la obligación cuasicontractual no ha querido ser tal deudor, no ha manifestado voluntad para tal cosa, por lo que su obligación sólo puede considerarse como una obligación legal. También dice Planiol que no son hechos lícitos. Con esto no quiere decir que el acto generador del cuasicontrato sea en sí ilícito, sino que el enriquecimiento que produce es ilícito porque es sin causa, de donde se deriva la obligación de quien lo recibe, que resulta obligado en el cuasicontrato.

La tesis de Planiol no ha sido aceptada por todos los juristas. Sin embargo, se considera por la mayor parte de los autores modernos que la noción del cuasicontrato carece de razón y debe suprimirse de los Códigos, estimándose las obligaciones que producen como obligaciones derivadas de la ley. Los Códigos de Alemania y Suiza siguen este criterio.

El cuasicontrato, como fuente de las obligaciones, ha llegado a su fin. Tiende a desaparecer de los Códigos modernos.

### 3. Fundamento

Los autores han discutido con amplitud el tema del fundamento del cuasicontrato. Se conocen varias opiniones, que estiman que:

**A.** En el cuasicontrato hay una voluntad presunta del que se obliga. Entre los autores que siguen esta doctrina se encuentran Ricci y Laurent. Tal criterio no ha tenido gran aceptación, ya que es posible que en muchos casos se obligue a un incapaz. En tal supuesto, sería absurdo presumir una voluntad de quien no es capaz de manifestarla.

**B.** Existe una voluntad o consentimiento tácito. A esta tesis se le puede aplicar la misma crítica de la anterior: no puede haber consentimiento en quien es incapaz de prestarlo. Por otra parte, al hablarse de consentimiento estamos frente a un contrato, pues el consentimiento puede expresarse en forma expresa o tácita.

**C.** El cuasicontrato tiene su fundamento en la equidad. La equidad es la fuente de donde nace la obligación. Se critica esta opinión por ser demasiado amplia y no específica, ya que todo el orden jurídico tiene que estar basado en la equidad.

**D.** La obligación que resulta del cuasicontrato nace de la ley. Se considera que esta opinión peca por el mismo defecto de la anterior, pues en el fondo todas las obligaciones nacen de la ley. Esta tesis es cierta en parte.

**F.** El cuasicontrato tiene su fundamento en el enriquecimiento sin causa. La ley trata de evitar a través del cuasicontrato, en un buen número de casos, un enriquecimiento ilegítimo.

### 4. Su enumeración

El art. 2508 C. señala como cuasicontratos la agencia oficiosa, la administración de la cosa común, la guarda voluntaria y el pago indebido.

Según se desprende del mencionado artículo, la lista que establece no es taxativa y deja la posibilidad de que existan otros. En dicho artículo se dice que “a esta clase de obligaciones pertenece, *entre otras*, la agencia oficiosa...”.

Por ejemplo: en el art. 3504 C. se dispone que “el depósito necesario de que se hace cargo un adulto que no tiene la libre administración de sus bienes, pero que está en su sana razón, *constituye un cuasicontrato* que obliga al depositario sin la autorización de su representante legal”.

## BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit., Tomo IV, p. 804 y sigts. BETTI, Emilio. Ob. cit., Tomo II, p. 119 y sigts. BORJA SORIANO, Manuel. Ob. cit., Tomo I, p. 392 y sigts. BRENES CORDOBA, Alberto. Ob. cit., p. 353. CLARO SOLAR, Luis. Ob. cit., Tomo X. Vol. I, p. 588 y sigts. COLMO, Alfredo. Ob. cit., p. 29 y sigts. COSIO, Alfonso de. Ob. cit., p. 284 y sigts. CRUZ, Fernando. Ob. cit., Tomo III, p. 431 y sigts. DIEGO, Felipe Clemente de. Ob. cit., Tomo II, p. 389 y sigts. GAUDEMET, Eugene. Ob. cit., p. 295 y sigts. GIORGI, Jorge. Ob. cit., Volumen V, p. 14 y sigts. GUTIERREZ y GONZALEZ, Ernesto. Ob. cit., p. 419 y sigts. MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean. Ob. cit., 2a. parte. Volumen II, p. 452 y sigts. MEZA BARROS, Ramón. Ob. cit., p. 17 y sigts. PARODI, Daniel Ignacio. **Cuasicontrato. Enciclopedia Jurídica Omeba.** Ob. cit., Tomo V, p. 149 y sigts. POTHIER, R.J. Ob. cit., p. 71. PUIG BRUTAU, José. Ob. cit., Tomo I. Vol. II, p. 69. RICCI, Francisco. Ob. cit., Tomo XIII, p. 107 y sigts. RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Ob. cit., Tomo V, p. 231. RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. Ob. cit., p. 74 y sigts. RUGGIERO, Roberto. Ob. cit., Tomo II, Vol. I, p. 528 y sigts. SANTOS BRIZ, Jaime. Ob. cit., Tomo III, pp. 54 y 55. SELVA, Buenaventura. Ob. cit., p. 427 y sigts. VALVERDE Y VALVERDE, Calixto D. Ob. cit., Tomo III. p. 764 y sigts. VELEZ, Fernando. Ob. cit., Tomo VIII, p. 335.

## Capítulo V

### Pago indebido

*SUMARIO: 1. Generalidades. 2. Requisitos del pago indebido: A. Pago de una prestación. B. Que no exista la obligación. C. Que se pague por error. 3. Casos en que no es admisible la acción de repetición. 4. Prueba del pago indebido. 5. Efectos de la acción de repetición. 6. Los terceros adquirentes. 7. Jurisprudencia*

#### 1. Generalidades

Quien paga por error lo que no debe tiene derecho a reclamar lo pagado a quien se le pagó. En el pago indebido, el que pagó (*solvens*) sufre un empobrecimiento sin causa y el que recibe el pago (*accipiens*) experimenta un enriquecimiento sin causa. Nacen, pues, del pago indebido: *un derecho* de reclamar lo pagado, para el que hace el pago; y *una obligación* de devolver lo recibido, para el que lo recibe. Esta obligación que surge del pago indebido la explica nuestro Código por medio del cuasicontrato.

En el pago indebido existe un enriquecimiento sin causa, razón por la que muchos expositores y legislaciones lo contemplan dentro de esta figura.

Existe acción de repetición no sólo cuando se paga la totalidad de lo no debido, sino cuando se paga más de lo debido a causa de error numérico. El art. 2076 C. dispone también que es pago indebido la entrega de una cantidad *mayor o menor* de lo que se adeuda por un error numérico, que no ha sido rectificado. Los anotadores, con razón, no le encuentran explicación al art. 2076 C. al permitir la acción de repetición cuando se paga menor cantidad a la debida.

La Suprema ha dicho que existe pago indebido si se paga una cuenta en la cual figura un pagaré por mayor valor que el verdadero<sup>1</sup>.

#### 2. Requisitos del pago indebido

Son tres los requisitos constitutivos del pago indebido, a saber: pago de una prestación; que no exista la obligación; y que se pague por error<sup>1</sup>.

##### A. Pago de una prestación

El primer requisito es que se pague por error la prestación. Esta puede ser de dar, hacer y no hacer.

1. S. de las 9 a.m. del 18 de marzo de 1957, B.J., pág. 18468.



Se sostiene que no es preciso que se pague la misma cosa que se crea deber, pues se puede repetir en la dación en pago.

### **B. Que no exista la obligación**

El segundo requisito exige que no exista la obligación al momento de hacerse el pago.

Se considera que no existe la obligación cuando nunca ha existido, cuando existió pero se ha extinguido, o cuando aún no ha nacido.

#### **a) Cuando nunca ha existido la obligación**

Es posible que nunca haya existido la obligación. Ejemplo: Juan pagó a Diego C\$100, sin que nunca haya sido deudor por suma alguna.

#### **b) Cuando existió la obligación, pero se extinguió**

En este supuesto la obligación existió, pero quedó extinguida antes de hacerse el pago. Ejemplos: el pago hecho por el heredero de la obligación contraída por el causante, si anteriormente había sido cancelada por otro de los coherederos. Se concede acción al heredero para repetir lo que pagó, pues ya había pagado anteriormente el otro coheredero. También se concede acción de repetición al heredero que pagó una deuda o entregó un legado con base en un testamento nulo o revocado.

#### **c) Cuando aún no ha nacido la obligación**

Puede repetirse si se paga una obligación que aún no ha nacido. Ejemplo: mientras esté pendiente la condición suspensiva el deudor no está obligado a pagar y si lo hace puede repetir.

El art. 1892 inc. 2 C. dice: “Todo lo que se hubiere pagado antes de efectuarse la condición suspensiva, podrá repetirse mientras no se hubiere cumplido”.

El art. 2079 inc. 1 C. expresa: “Los pagos efectuados por una causa futura que no se ha realizado, o por una causa que ha dejado de existir, o los que han tenido lugar, en razón de una causa contraria a la ley, al orden público, o a las buenas costumbres, o los que han sido obtenidos por medios ilícitos, pueden ser repetidos”.

Por el contrario, si se paga antes de cumplirse el plazo no se podrá repetir. El art. 1898 C. dice: “Lo que anticipadamente se hubiere pagado en las obligaciones a plazo, no se podrá repetir.

Si el que pagó, ignoraba cuando lo hizo, la existencia del plazo, tendrá derecho de reclamar del acreedor los intereses o los frutos que éste hubiere percibido de la cosa.

Esta regla no se aplica a los plazos que tienen el valor de condiciones”.

Los anotadores señalan las excepciones que los autores formulan al art. 1898 C.: “**a)** El caso en que se comprendieron en el capital también los intereses, y por lo tanto éstos se hubieren pagado por el tiempo en que el deudor hubiere debido tener, pero no tuvo en realidad, el disfrute del capital; **b)** Si lo que se pagó anticipadamente lo fue por efecto de un error que fue consecuencia del dolo del acreedor; y **c)** cuando el pago se hizo por persona incapaz de enajenar”.

### C. Que se pague por error

El último requisito es que el pago se haya hecho por error, es decir, en la creencia de estar obligado. El error puede ser tanto de hecho como de derecho. Ejemplos: Juan paga a Pedro C\$85,000, a pesar de que con anterioridad había pagado (error de hecho). Juan paga al Fisco C\$50,000 creyendo que existe una ley que le obliga pagar dicha cantidad en concepto de impuesto, pero en realidad no existe tal ley que establezca dicho impuesto (error de derecho). También existe error de derecho cuando el contribuyente paga más de lo exigido por la ley, por lo que puede repetir por el exceso.

El art. 2069 C. dice: “El que por error de hecho o de derecho, verifique un pago, puede repetir lo pagado, si prueba que no debía.

Sin embargo, cuando una persona a consecuencia de un error suyo ha pagado una deuda ajena, no tendrá derecho de repetición contra el que a virtud del pago ha suprimido o cancelado de buena fe un título necesario para el cobro de su crédito; pero puede intentar contra el deudor las acciones del acreedor”.

Si no existe error hay donación. El art. 2765 C. dispone de que hace donación el que paga a sabiendas lo que en realidad no debe. Este artículo dice: “No hace donación a un tercero el que a favor de éste se constituye fiador o constituye una prenda o hipoteca; ni el que exonera de sus obligaciones al fiador, o remite una prenda o hipoteca, mientras está solvente el deudor, pero hace donación el que remite una deuda, o el que paga a sabiendas, lo que en realidad no debe”.

La Corte Suprema ha dicho que no existe error si el actor dice que no tenía ninguna relación jurídica con el reo, pues de ello se deduce que sabía que el pago era indebido<sup>2</sup>.

La Corte Suprema ha dicho que existen casos de pago indebido sin que haya error y por causa no realizada o ilicitud de la obligación: “Considerando siempre la contrademanda, tiene en cierto modo razón el recurrente al decir, que la repetición por pago indebido cabe cuando existe error de hecho o de derecho por parte del *solvens* al tenor del artículo 2069 C.; sin embargo, tanto la doctrina como la ley, autorizan en muchos casos la repetición de lo indebido fundándose en motivos diversos, que no son los que generalmente caracterizan la acción de pago indebido, sino otros provenientes de la equidad y la justicia que deben intervenir en todo acto jurídico; por ejemplo, el pago que se hace por el mandatario, fuera de los límites del mandato, si el mandante no quiere ratificarlo; el pago bajo condición de no hacer una

2. S. de las 11:45 a.m. del 18 de Febrero de 1957, B.J., pág. 18442.

cosa dada, siempre que esta cosa sea más tarde hecha por el que lo recibió. Por consiguiente, estos y otros casos, dan lugar a la acción de pago indebido, tanto por causas no realizadas, como por ilicitud de la obligación o por causas contrarias al orden público o a las buenas costumbres. Los fundamentos de este derecho, dice Giorgi en su obra “Teoría de las obligaciones”, Tomo V, hay que buscarlos en los principios generales del derecho, los cuales, sobre este propósito, conservándose fieles a las máximas de los juriconsultos romanos, no hacen más que sancionar y fortificar cánones de equidad y de moral, respaldados en todos los tiempos por doctrinas y prácticas forenses. En nuestra legislación tenemos disposiciones fundamentadas de tales principios; y así vemos, que el art. 2079 C. establece, que pueden repetirse los pagos hechos por una causa futura que no se ha realizado o los que han tenido lugar por una causa contraria a la ley, a la moral y a las buenas costumbres o el orden público; o bien que hubiese sido obtenida por medios ilícitos, pues en estos casos, la obligación se considera sin causa. También puede verse el art. 1784 C., que declara sin ningún efecto la obligación fundada en causa ilícita, considerando como tal, la contraria a la ley, al orden público o a la moral, pudiendo repetirse lo pagado cuando la culpa está de parte de quién recibe; y por último, se encuentra también los artículos 3618 y 3619 C., que autorizan para repetir lo pagado por deuda de juego, cuando ha habido dolo o fraude de parte de quien gana. Todos estos motivos de repetición de lo pagado, constituyen el derecho de repetición de lo indebido, sin causa o con causa ilícita, o torpe. En todos ellos, por supuesto, no es necesario que exista el error del *solvens*, como en el pago indebido contemplado en el art. 2069 C. anteriormente citado. Es obvio, dice el mismo Giorgi, que el que pagó sabiendo que nada debe, no puede alegar ninguna causa ni utilizar ningún pretexto para reclamar después lo pagado, y no tiene más posibilidad para salvar sus derechos, si los considera lesionados, que pedir la nulidad del acto si cabe; empero, el que pagó creyendo por cualquier motivo que debía y resulta que no es tal deudor, es claro que entonces tiene la acción para reclamar lo indebido. Ahora, cuando se trata de pago hecho por causa torpe o ilícita o sin causa, añade, el hecho de la repetición no es menos evidente, porque la ley no puede proteger las consecuencias jurídicas de un hecho ilícito y contrario a sus tutelares sanciones. En estos casos pues, el *solvens* no tiene necesidad de probar error, pero, deberá en su lugar, justificar que pagó en vista de causas no existentes, torpe o ilícitas y fuera de estas diferencias, las mismas reglas regulan a la una y a la otra especie de repetición con respecto a los efectos que de ella se derivan (Tomo I, de la pág. 193 a la 205)<sup>3</sup>.

### 3. Casos en que no es admisible la acción de repetición

Es posible que una persona haya pagado y que no se le conceda acción para la repetición. Se presentan varios casos en que se niega la acción de repetición, a saber:

3. S. 10 a.m. del 9 de diciembre de 1946, B.J., pág. 13707.

**A.** Cuando se paga a sabiendas de que no se debe, en cuyo caso hay donación, de conformidad con el art. 2765 C.

**B.** Cuando se paga una obligación puramente natural de las enumeradas en el art. 1840 C.

El art. 1840 C. dice: Las obligaciones naturales no confieren derechos para exigir su cumplimiento; pero cumplidas, autorizan para retener lo que se ha recibido en razón de ellas.

Tales son:

**a)** Las contraídas por personas que teniendo suficiente juicio y discernimiento, son, sin embargo, incapaces de obligarse según las leyes, como los menores adultos, no declarados mayores.

**b)** Las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción.

**c)** Las que proceden de actos que le faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles, como la de pagar un legado, impuesto por un testamento que no se ha otorgado en la forma debida.

**d)** Las que no han sido reconocidas en juicio por falta de prueba.

Para que no pueda pedirse la restitución en virtud de estas cuatro obligaciones, es necesario que el pago se haya hecho voluntariamente por el que tenía la libre administración de sus bienes.

**C.** Cuando a consecuencia de un error se ha pagado una deuda ajena, si el que recibe el pago (*accipiens*) en virtud del mismo ha suprimido o cancelado de buena fe un título necesario para el cobro de su crédito, pero podrá intentar contra el deudor las acciones del acreedor<sup>4</sup>.

En la doctrina se señala como caso en que no se permite la repetición cuando se paga atendiendo un deber moral o de decoro, como cuando una persona da alimentos a otra persona en la creencia de que está obligado legalmente.

#### **4. Prueba del pago indebido**

De conformidad con el art. 2069 inc. 1 C. al que ejercita la acción de repetición le corresponde la carga de la prueba, o sea, tiene que probar el pago indebido. El que paga en forma indebida tiene que probar:

**A.** Que hizo un pago para extinguir una obligación.

**B.** Que la obligación no existía al tiempo de hacer el pago.

La Corte suprema ha dicho que para que prospere la acción de pago indebido es necesario establecer la identidad de la deuda pagada para justificar después su extinción anterior o su ilegalidad<sup>5</sup>.

**C.** Que se hizo por error.

La Corte Suprema dijo que de conformidad con el art. 2069 C. son necesarias tres condiciones para que prospere la demanda: **a)** existencia de un pago; **b)** que el pago sea indebido; y **c)** que el pago haya sido hecho por error<sup>6</sup>.

4. Art. 2069 inc. 2 C.

5. S. 10 a.m. del 28 de octubre de 1946, B.J., pág. 13659.

6. S. 11:45 a.m. del 18 de febrero de 1957, B.J., pág. 18442.

Si el demandado confiesa el pago, el actor debe probar que no era debido; pero si aquél lo niega, corresponde al actor probarlo, y probado se presumirá indebido<sup>7</sup>.

La Corte Suprema ha dicho que:

**A.** Cuando se niega la demanda y sus fundamentos, no se está negando el pago y, por lo tanto, no existe la presunción de que es indebido conforme al art. 2072 C.; lo que se está negando es que el pago sea indebido<sup>8</sup>.

**B.** Si el demandado confiesa que recibió el café del demandante, pero para exportarlo por cuenta de éste, no prospera la acción de repetición. El demandado debe dar cuentas al actor<sup>9</sup>.

**C.** No se debe acoger la acción de pago indebido si el actor no prueba el pago negado por el reo de conformidad con el art. 2072 C<sup>10</sup>.

**D.** La confesión del demandado de que recibió el dinero, pero como comisión de una venta es indivisible, ya que se refiere a un mismo hecho y no constituye excepción; en consecuencia, el demandante debe probar que el pago es indebido<sup>11</sup>.

**E.** Si el demandado confiesa el pago, corresponde al demandante probar que era indebido<sup>12</sup>.

Se estima, generalmente, que de la prueba de la no existencia de la obligación resulta probado el error, por lo que no es preciso probar en forma especial dicho error.

## 5. Efecto de la acción de repetición

Demostrado el pago indebido, el demandado debe devolver las cosas que recibió y, de no ser posible, su equivalente en dinero.

La extensión de la obligación del *accipiens* depende de su buena o mala fe.

### A. Buena fe del *accipiens*

El que de buena fe recibe una cantidad indebida de dinero o cosa fungible, está obligado a restituir otro tanto, sin intereses<sup>13</sup>.

El que ha recibido de buena fe una cosa cierta y determinada, debe restituirla en especie, si existe; pero no responde de las desmejoras o pérdidas, aunque hayan sido ocasionadas por su culpa, sino en cuanto se haya hecho más rico<sup>14</sup>.

No está obligado a devolver los frutos percibidos durante su posesión de buena fe de acuerdo con las reglas generales<sup>15</sup>. No obstante, desde que sabe que el pago fue indebido se somete a todas las obligaciones del poseedor de mala fe<sup>16</sup>.

7. Art. 2072 C.

8. S. 10 a.m. del 5 de febrero de 1937, B.J., pág. 9829.

9. S. 12 m. del 25 de marzo de 1938, B.J., pág. 10109.

10. S. 9 a.m. del 17 de enero de 1946, B.J., pág. 13742.

11. S. 11:45 a.m. del 18 de febrero de 1957, B.J., pág. 18442.

12. S. 9:45 a.m. del 22 de abril de 1965, B.J., pág. 114.

13. Art. 2073 inc. 1 C.

14. Art. 2073 inc. 3 C.

15. Art. 1743 C. y sigts.

16. Art. 2073 inc. 4 C.

El que de buena fe vende la cosa cierta y determinada que se le dio como debida, es sólo obligado a restituir el precio de venta y a ceder las acciones que tenga contra el comprador que no lo haya pagado íntegramente<sup>17</sup>.

### **B. Mala fe del accipiens**

El que ha recibido de mala fe una cantidad de dinero o cosas fungibles, debe los intereses o frutos desde el día de pago<sup>18</sup>.

Hay mala fe cuando se recibe a sabiendas de que la deuda no existe. Si lo que se ha recibido es una cosa cierta y determinada debe restituir los frutos y responde de las pérdidas, desmejoras y daños, y, en general, se somete a las obligaciones del poseedor de mala fe<sup>19</sup>.

Si de mala fe hizo la venta a un tercero es obligado como todo poseedor que dolosamente ha dejado de poseer<sup>20</sup>.

## **6. Los terceros adquirentes**

El que pagó lo que no debía no puede perseguir la especie poseída por un tercero de buena fe a título oneroso; pero tendrá derecho para que el tercero que la tiene por cualquier título gratuito se la restituya, si es reivindicable y existe en su poder.

Las obligaciones del donatario que restituye son las mismas que las del causante<sup>21</sup>.

## **7. Jurisprudencia**

Cuando el demandado confiese el pago y alega una imputación diferente a la que pretende el actor, quien prueba la falsedad de la imputación, queda el hecho del pago, el cual debe considerarse como sin causa<sup>22</sup>.

## **BIBLIOGRAFIA**

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit., Tomo IV, p. 817 y sigts. BETTI, Emilio. Ob. cit., Tomo II, p. 128 y sigts. BORJA SORIANO, Manuel. Ob. cit., Tomo I, p. 375 y sigts. BRENES CORDOBA, Alberto. Ob. cit., p. 187 y sigts. COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H. Ob. cit., Tomo III, pp. 940-941. COLMO, Alfredo. Ob. cit., p. 467 y sigts. COSIO, Alfonso de. Ob. cit., p. 287 y sigts. FLORIS MARGADANT. S., Guillermo. **Pago de lo indebido**. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo

17. Art. 2074 inc. 1 C.

18. Art. 2073 inc. 2 C.

19. Art. 1743 C. y sigts.

20. Art. 2074 inc. 2 C.

21. Art. 2075 C.

22. S. de las 12 m. del 6 de agosto de 1943, B.J., Pág. 12098.

XXI, p. 382 y sigts. GAUDEMMENT, Eugene. Ob. cit., p. 305 y sigts. GIORGI, Jorge. Ob. cit., Volumen V, p. 116 y sigts. GUTIERREZ y GONZALEZ, Ernesto. Ob. cit., p. 427 y sigts. MACHADO, José Olegario. Ob. cit. Tomo II, p. 607 y sigts. MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean. Ob. cit., 2a. parte. Vol II, p. 456 y sigts. PALACIO P., H. Gustavo. Ob. cit., p. 290 y sigts. PUIG BRUTAU, José. Ob. cit., Tomo II, Vol. II, p. 619 y sigts. RICCI, Francisco. Ob. cit., Tomo XIII, p. 120 y sigts. RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Ob. cit., Tomo V, p. 245 y sigts. RUGGIERO, Roberto de. Ob. cit., Tomo II, p. 540 y sigts. SANTOS BRIZ, Jaime. Ob. cit., Tomo III, p. 63 y sigts. SELVA, Buenaventura. Ob. cit., pp. 429 y 430. TRABUCCHI, Alberto. Ob. cit., Tomo II, p. 229 y sigts. VELENCIA ZEA, Arturo. Ob. cit., Tomo III, p. 323 y sigts. VALVERDE y VALVERDE N, Calixto. Ob. cit., Tomo III, p. 773 y sigts. VELEZ, Fernando. Ob. cit., Tomo VIII, p. 348 y sigts.

## Capítulo VI

### Agencia oficiosa o gestión de negocios

*SUMARIO: 1. Regulación legal. 2. Concepto. 3. Elementos constitutivos de la gestión de negocios: A. Intervención voluntaria en negocios ajenos. B. Que se trate de negocio o negocios ajenos. C. Animo de obligar al interesado. D. Ausencia de mandato y obligación legal. E. Ausencia de prohibición del interesado. 4. Obligaciones del gestor. 5. Obligaciones del dueño. 6. Relaciones del gestor con los terceros. 7. Caso de conexión. 8. Caso de los alimentos y gastos funerarios. 9. La agencia oficiosa en material procesal. 10. La doctrina moderna y la gestión de negocios. 11. Jurisprudencia.*

#### 1. Regulación legal

En el Tomo II, Libro III, Título XVI, del Código Civil, que trata del contrato de mandato, se le dedica a la agencia oficiosa el capítulo VI (del art. 3372 al 3389). Del mandato se deriva el cuasicontrato de agencia oficiosa, según la concepción romana.

#### 2. Concepto

La gestión de negocios es la administración voluntaria que una persona hace en el negocio o negocios de otra, sin el mandato de ésta. La gestión se hace por oficiosidad a fin de evitarle un daño o para provocarle un lucro. Por ejemplo: si un pariente o persona conocida se ausenta del país, sin dejar administrador de sus negocios, se puede intervenir oficiosamente ejecutando los hechos y actos necesarios para el funcionamiento de los mismos. Se actúa, pues, sin mandato y sin que exista obligación legal de administrar bienes ajenos, como sucede con el guardador.

El art. 3372 C., dispone que “bajo el nombre de mandato oficioso o de gestión de negocios, se comprende todos los actos que por oficiosidad y sin mandato expreso, sino sólo presunto, desempeña una persona a favor de otra que está ausente e impedida de atender a sus cosas propias”.

La gestión de negocios no puede servir de pretexto para invadir un patrimonio ajeno. Deben darse todas las condiciones indispensables para que una



persona pueda encontrarse en la imposibilidad de administrar su negocio o negocios. El distinguido jurista colombiano Arturo Valencia Zea, dice:

“El principio del estado de necesidad nos suministra el criterio para indicar el contenido y alcance de la gestión de negocios ajenos. Si ocurre ese estado, habrá lugar a la gestión, pues no siempre una persona está autorizada, sin más ni más para realizar una usurpación en el patrimonio de otra; ni tampoco podrá valer la consideración de que al beneficiado le serán convenientes tales actuaciones, por ejemplo, proceder a vender unos animales con la esperanza de producirle al dueño una ganancia; estas intromisiones es necesario prohibirlas, pues son antijurídicas.

En estado de necesidad los hombres deben auxiliarse mutuamente; mas este auxilio mutuo que constituye una obligación moral, debe facilitar el ordenamiento jurídico con ciertos requisitos y, por lo tanto, despojar de su carácter antijurídico la intromisión en la esfera del derecho ajeno exonerando al gestor del deber de indemnizar y otorgándole, además, una pretensión al pago de los gastos hechos por él. Por otro lado, tiene que proteger en lo posible al dueño del negocio contra las intervenciones perjudiciales, aunque sean hechas con buen propósito”<sup>1</sup>.

El art. 3372 C. estima que en la gestión de negocios hay un mandato presunto y supone que el interesado se encuentra ausente o impedido de atender a sus propios negocios.

La gestión de negocios puede abarcar uno o varios negocios y referirse tanto a derechos patrimoniales como extrapatrimoniales. Además, puede operar sobre actos o hechos jurídicos.

### **3. Elementos constitutivos de la gestión de negocios**

Son cinco los elementos o requisitos para que exista la gestión de negocios: intervención voluntaria en negocios ajenos; que se trate de negocios ajenos; ánimo de obligar al interesado; ausencia de mandato y de obligación legal; y ausencia de prohibición del interesado.

#### **A. Intervención voluntaria en negocios ajenos**

Si la administración proviene de la ley (guarda) o del encargo del interesado (mandato) no existe agencia oficiosa.

#### **B. Que se trate de negocio o negocios ajenos**

La agencia oficiosa se puede referir a uno o varios negocios, a menos que se produzca una división, en cuyo caso existen varios cuasicontratos. La gestión puede recaer sobre actos jurídicos o materiales. Ejemplos: restablecer un cuadro, reparación personal de una casa, contratar a otra para que la repare, buscar

1. Ob. cit., Tomo IV, p. 417.

2. Art. 3388 C.

asistencia del médico en casos urgentes, cuidar a un animal ajeno, alimentar a un extraño<sup>2</sup>, etc. Los negocios deben ser ajenos. No puede haber gestión oficiosa en negocios propios, aunque se crean que son ajenos.

Es posible que una persona crea realizar un negocio propio, pero en realidad es ajeno. En este caso el gestor sólo tiene derecho a ejercitar la *actio de in rem verso*, o sea, a reclamarle al dueño lo que efectivamente le enriqueció. Tal cosa se presentarán, por ejemplo, en la venta de cosa ajena.

La solución expuesta no tiene una regulación general, como en otras legislaciones<sup>3</sup>, pero existe en nuestro Código Civil el art. 3494 que es una aplicación específica del principio expuesto.

Creo que a esa norma se le puede dar aplicación amplia o general. Dicho artículo dice: El heredero del depositario que de buena fe haya vendido la cosa que ignoraba ser depositada, sólo está obligado a restituir el precio que hubiese recibido o a ceder sus acciones contra el comprador en el caso de que el precio no se le haya pagado”.

Por el contrario, si el que realiza el acto sabe que la cosa es ajena, como el depositario que vende la cosa ajena, sabiendo tal situación, fuera de la responsabilidad penal, deberá los daños y perjuicios. Responde por el valor de las cosas o negocios y no solamente por lo que efectivamente recibió.

El error en la persona no tiene importancia. Si Juan cree administrar los bienes de Pablo y en realidad administra lo de José, siempre existirá gestión oficiosa.

### **C. Animo de obligar al interesado**

Debe existir ánimo de obligar al interesado y, como consecuencia, que le reembolse los gastos. El *animus donandi* habrá que probarlo.

### **D. Ausencia de mandato y obligación legal**

La gestión de negocios debe ser voluntaria, sin que medie mandato u obligación legal.

La ratificación de la gestión produce los mismos efectos que producirá el mandato<sup>4</sup>.

### **E. Ausencia de prohibición del interesado**

Si el interesado se opone a la gestión no habrá gestión, pero el gestor tendrá derecho a reclamar la utilidad obtenida por aquél.

La solución expuesta no se encuentra regulada expresamente por nuestro Código, como sucede con el chileno que en su artículo 2291 rechaza la gestión en el supuesto aludido.

3. Art. 2310 del Código Civil colombiano.

4. Art. 3374 C.

No obstante, dicha solución se ajusta a la idea que campea en el art. 3372 C. de que en la agencia oficiosa hay un mandato presunto. Si se produce el rechazo no puede haber mandato real ni presunto.

Si la gestión no tiene éxito el gestor está obligado a pagar los daños y perjuicios a tenor del art. 3381 C.

#### 4. Obligaciones del gestor

En primer lugar, el gestor está obligado a concluir la gestión que principió, a menos que el dueño o interesado disponga otra cosa<sup>5</sup>. El gestor es responsable con relación al dueño<sup>6</sup>. A su costa deberá reponer las cosas en el estado en que se hallaban, indemnizando al dueño de los perjuicios que sufra por su culpa, si éste desaprueba la gestión<sup>7</sup>.

En el supuesto de que las cosas no puedan ser restablecidas a su estado primero, y los beneficios exceden a los perjuicios, unos y otros serán de cuenta del dueño<sup>8</sup>.

Si los beneficios no exceden a los perjuicios, podrá el dueño obligar al gestor a tomar todo el negocio por su cuenta exigiendo de él la indemnización debida<sup>9</sup>.

El que se mezcla en negocios de otro contra su voluntad expresa, es responsable de todos los daños y perjuicios, aun accidentales, si no se prueba que éstos se habrían realizado aunque no hubiera intervención del gestor<sup>10</sup>.

Cuando el gestor delegare en otra persona responderá de los actos del delegado, sin perjuicio de la obligación directa de éste para con el propietario del negocio<sup>11</sup>.

Cuando fueren dos o más los gestores responderán solidariamente<sup>12</sup>.

El gestor responde del caso fortuito cuando acometa operaciones arriesgadas que el dueño no tuviere costumbre de hacer, o cuando hubiere pospuesto el interés de éste al suyo propio<sup>13</sup>.

El gestor se encuentra obligado a emplear los cuidados de un buen padre de familia. No obstante, las circunstancias que lo hayan determinado a hacerse cargo de la gestión pueden autorizar al Juez para moderar la condenación en daños y perjuicios ocasionados por su falta o negligencia<sup>14</sup>.

El gestor o gestores están obligados a dar cuenta exacta y fiel de sus actos, así como de las cantidades recibidas y gastadas<sup>15</sup>.

#### 5. Obligaciones del dueño

5. Art. 3384 C.

6. Art. 3373 C.

7. Art. 3376 C.

8. Art. 3378 C.

9. Art. 3379 C.

10. Art. 3381 C.

11. Art. 3386 inc. 1 C.

12. Art. 3386 inc. 2 C.

13. Art. 2073 inc. 1 C.

14. Art. 2073 inc. 3 C.

15. Art. 3383 C.

16. Art. 3374 C.

Si existe ratificación de la gestión, ésta producirá los mismos efectos del mandato<sup>16</sup>. El dueño contrae las mismas obligaciones del mandante. Este debe cumplir con sus obligaciones con independencia del resultado de la gestión, sin perjuicio de las responsabilidades por culpa o dolo del gestor. Con la ratificación surge el mandato.

Aunque no hubiere ratificado expresamente la gestión ajena, el dueño de bienes o negocios que aprovechare las ventajas de la misma será responsable de las obligaciones contraídas en su interés e indemnizará al gestor los gastos necesarios y útiles que hubiere hecho y los perjuicios que hubiere sufrido en el desempeño de su cargo. La misma obligación le incumbirá cuando la gestión hubiera tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente y manifiesto, aunque de ello no resultare provecho alguno<sup>17</sup>.

Cuando el gestor se mezcla en negocios ajenos contra la voluntad del dueño, y éste quiere aprovecharse de la gestión tendrá lugar lo dispuesto en el art. 3374 C<sup>18</sup>.

Si el dueño del negocio tuviere conocimiento de la gestión y no se opusiere a ella antes de que termine, se entenderá que la consiente; pero no estará obligado para con el gestor, sino hubiere provecho efectivo<sup>19</sup>.

## **6. Relaciones del gestor con los terceros**

El gestor es responsable respecto de aquellos con quienes contrató en nombre del dueño<sup>20</sup>. Si el tercero con que trató está de buena fe, su obligación es igual a la que tiene con el dueño que desapruueba la gestión, según el art. 3376 C<sup>21</sup>.

## **7. Caso de conexión**

Si el gestor se mezcla en negocios ajenos, por hallarse éstos de tal modo conexos con los suyos que no podría tratar unos sin otros, quedará como socio de aquél cuyos asuntos gestionare al par que los suyos. En este caso el interesado sólo queda obligado en proporción de las ventajas que obtuviere<sup>22</sup>.

## **8. Caso de los alimentos y gastos funerarios**

Si una persona extraña paga los alimentos y los gastos funerarios tiene derecho a repetir lo pagado en contra del obligado a dar alimentos. El art. 3388 C. dice: “Cuando sin conocimiento del obligado a prestar alimentos, los diese un

---

17. Art. 3375 C.

18. Art. 3382 C.

19. Art. 3380 C.

20. Art. 3373 C.

21. Art. 3377 C.

22. Art. 3385 C.

extraño, éste tendrá derecho a reclamarlos de aquél, a no constar que los dio por oficio de piedad y sin ánimo de reclamarlos.

Los gastos funerarios proporcionados a la calidad de la persona y a los usos de la localidad deberán ser satisfechos, aunque el difunto no hubiere dejado bienes, por aquellos que en vida habrían tenido la obligación de alimentarle”.

José María Manresa y Navarro dice: “Es decir: que el nuevo cuerpo legal en la disposición citada, establece respecto de esa forma de gestión una presunción *juris tantum*, la de que se dieron los alimentos con el propósito de exigir su reembolso, otorgando, en su consecuencia, al que los prestó, el derecho al reintegro y por virtud de ese derecho la acción personal correspondiente contra el obligado a dar dichos alimentos: presunción que, como todas las de su clase, admite prueba en contrario, que en el presente caso es la de haberse prestado los alimentos por oficio de piedad y sin ánimo de reclamarlos”<sup>23</sup>.

Calixto Valverde y Valverde dice: “Los gastos de entierro y funeral de igual modo que los de alimentos, por razones que no son del caso ahora exponer, pesan sobre aquellas personas ligadas por vínculo de parentesco inmediato con el difunto, en el caso de que éste no tenga bienes; si un extraño toma sobre sí tal obligación, es justo que deba ser reintegrado por aquellas personas directamente obligadas, y la ley presume que el que los pagó lo hizo con ánimo de reclamarlos, porque si los hubiera satisfecho por oficio de piedad, aunque esto requiere prueba, entonces, según dice el precepto legal, no son reembolsables”<sup>24</sup>.

## 9. La agencia oficiosa en materia procesal

En materia judicial también se acepta la gestión de negocios. En casos graves y urgentes, calificados por el juez, se acepta que una persona sin poder obre en beneficio de otra dentro de un juicio. El art. 71 parte final Pr. dice: “Podrá, sin embargo, admitirse en los casos graves y urgentes, calificados por el Juez o Tribunal, la comparecencia al juicio de una persona que obre sin poder, en beneficio de otra, con tal que ofrezca garantía de que el interesado aprobará lo que se hubiere obrado en su nombre. El Juez o Tribunal calificará la garantía ofrecida”.

El gestor debe expresar las causas por las cuales no comparece el interesado y, además, ofrecer la fianza correspondiente. Rendida la fianza y convencido el Juez sobre la legitimidad de las causas, autorizará la intervención del agente en el juicio. Desde ese momento comienza su representación. De aquí que no sean válidas las actuaciones que realice en el juicio antes de su autorización, salvo las concernientes a la misma.

La Corte Suprema dijo que:

23. Ob. cit., Tomo XII, p. 608.

24. Ob. cit., Tomo III, p. 773.

25. S. 11 a.m. del 19 de octubre de 1919, B.J., p. 2555.

26. S. 12 m. del 11 de mayo de 1920, B.J., p. 2902.

**A.** El agente oficioso en asuntos judiciales debe obrar sin poder, por pura oficiosidad de su parte, nada más que en casos graves y urgentes calificados por el Juez o Tribunal y con el ofrecimiento de la garantía de que el poderdante presunto aprobará lo que se hubiere hecho en su nombre<sup>25</sup>.

**B.** Es improcedente el recurso interpuesto por el agente oficioso antes de que el Juez o Tribunal lo haya tenido como tal<sup>26</sup>.

**C.** El carácter representativo del gestor comienza desde que para ello lo autoriza el Tribunal y sólo desde entonces es que está facultado para gestionar por el ausente<sup>27</sup>.

**D.** No es eficaz la mejora que hace un gestor oficioso que no ha sido tenido como tal por el Juez o Tribunal<sup>28</sup>.

**E.** Es ineficaz el recurso interpuesto por un gestor oficioso antes de ser autorizado, ya que con ésta comienza el carácter representativo del gestor<sup>29</sup>.

**F.** Debe declararse de oficio la nulidad de todo lo actuado por la Sala y firme la sentencia de primera instancia, si la apelación fue interpuesta por un agente oficioso que no había sido autorizado por el Juez<sup>30</sup>.

**G.** Carece de eficacia la mejora hecha por un agente oficioso antes de ser tenido como tal<sup>31</sup>.

No todas las personas pueden representar a otra como agente oficioso. Lo pueden hacer los que pueden representar como apoderados. De conformidad con el art. 3 de la Ley de Procuradores de 9 de octubre de 1897 sólo podrán representar a otras personas en juicio:

1°. Los Abogados

2°. Los Notarios

3°. Los parientes del poderdante dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad legítima.

4°. Los que de conformidad con la ley obtengan el título de procurador judicial.

La Corte ha dicho que:

**A.** El gestor oficioso en los Tribunales de Justicia debe ser titulado<sup>32</sup>.

**B.** Las disposiciones sobre la agencia oficiosa no modifican las referentes a la representación en juicio por abogados, procuradores, etc., establecidas en la Ley de octubre de 1897; y que pueden representar en juicio como agentes oficiosos los que pueden representar como apoderado<sup>33</sup>.

Se sostiene que la agencia oficiosa sólo cabe en juicios y no en medidas prejudiciales, por cuanto el art. 71 Pr. se refiere a juicios. El distinguido jurista nicaraguense Aníbal Solórzano Reñazco cita una sentencia de la Sala de lo Civil

27. S. 11:30 a.m. del 27 de marzo de 1925, B.J., p. 5024.

28. S. 12 m. del 27 de mayo de 1925, B.J., p. 5028.

29. S. 9:14 a.m. del 14 de octubre de 1925, B.J., p. 5285.

30. S. 11:30 a.m. del 3 de agosto de 1926, B.J., p. 5625.

31. S. 10 a.m. del 30 de junio de 1950, B.J., p. 15133.

32. Cta. 1 de junio de 1918, B.J., p. 200.

33. Cta. 15 de abril de 1959, B.J., p. 19714.

34. **Código de Procedimiento Civil de Nicaragua. Comentado y Concordado y con Jurisprudencia Nacional y Extranjera.** Editorial Unión, 1974, Tomo I, p. 179.

de la Corte de Apelaciones de Masaya, de las 11:30 a.m. del 27 de septiembre de 1947, en la que se declaró que la agencia oficiosa cabe en las medidas prejudiciales, como en la absolución de posiciones, por ser de gran trascendencia para la resolución del asunto principal. También cita el B.J., p. 3194, en que se sostiene lo contrario, es decir, que no cabe en las medidas prejudiciales<sup>34</sup>.

## **10. La doctrina moderna y la gestión de negocios**

La doctrina moderna propugna por la supresión de la figura del cuasicontrato. Los partidarios de esta tendencia sostienen que la agencia oficiosa es un acto unilateral de voluntad. Jossesan expresa que es un acto jurídico unilateral en su formación y sinalagmático en sus efectos.

## **11. Jurisprudencia**

Dice la Suprema:

“Por lo expuesto opina el Tribunal Supremo que en la frase “impedido de atender a sus cosas propias” (art. 3372 C.), debe entenderse que el legislador, inspirándose en móviles de elevada justicia, ha querido que se comprenda al que lo está, bien por enfermedad o bien por incapacidad, y que ésta puede tener por causa la impubertad o la demencia; y como consecuencia lógica forzoso es concluir que bajo la denominación de agencia oficiosa se encuentran comprendidos los actos que por oficiosidad desempeña una persona a favor de otra que está ausente o impedido, por enfermedad o incapacidad, de atender a sus cosas propias, sin tener quien pueda representarlo legalmente, puesto que si lo tiene se convertirá su gestión en una usurpación del mandato conferido a otro por la parte, por la ley o el Juez en su caso...” “la gestión oficiosa cuando se trate de un impúber o demente sólo cabe, se repite, cuando carecen de representante legal o éste se encuentra también impedido de atender los negocios de su pupilo, es decir, cuando las necesidades del cuidado de los bienes, o personas del incapaz requieren atención oportuna para evitarle perjuicios inminentes en su persona o bienes, y carecen en ese momento de quien lo pueda representar legalmente, como sucedería, por ejemplo, si se tratara de suministrar alimentos a él o a sus animales, o de los gastos funerarios, caso de muerte, etc., casos en que no se requiere aprobación posterior para que la gestión surta sus efectos. Arts. 3375 y 3388 C. Cuando la gestión sea de otra naturaleza, ha de ser necesaria la aprobación de los actos del gestor por el guardador que después se le nombre, para que surta efectos”<sup>35</sup>.

35. S. 11 a.m. del 2 de abril de 1940, B.J., p. 10882.

## BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit., Tomo IV, p. 822 y sigts. BETTI, Emilio. Ob. cit., Tomo II, p. 124 y sigts. BORJA SORIANO, Manuel. Ob. cit., Tomo I, p. 383 y sigts. BRENES CORDOBA, Alberto. Ob. cit., p. 516 y sigts. COSIO, Alfonso de. Ob. cit., p. 291 y sigts. ENNECCERUS, Ludwig. Ob. cit., Vol. II, p. 341 y sigts. GIORGI, Jorge. Ob. cit., Vol. V, p. 31 y sigts. GUTIERREZ y GONZALEZ, Ernesto. Ob. cit., p. 432 y sigts. HERNANDEZ GIL, Antonio. Ob. cit., p. 256. LARENZ, Karl. Ob. cit., Tomo II, p. 341 y sigts. MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean. Ob. cit., 2ª. parte. Vol. II, p. 471 y sigts. MOSCATI, Enrico. **Concepción real y concepción patrimonial del enriquecimiento sin causa en el sistema de los artículos 2037 y 2038 del Código Civil Italiano.** R.C.D.I., Madrid, 1979. No. 535. Noviembre-Diciembre, p. 1245 y sigts. **Apuntes históricos-reconstructivos acerca de la pretendida contraposición entre el pago indebido objetivo y subjetivo.** R.C.D.I., Madrid, 1979. No. 532. Mayo-Junio, p. 557 y sigts. **Pago indebido subjetivo y mecánica de la relación obligatoria.** R.C.D.I., Madrid, 1980 No. 541. Noviembre-Diciembre, p. 1357 y sigts. PUIG BRUTAU, José. Ob. cit., Tomo II. Vol. II, p. 641 y sigts. RICCI, Francisco. Ob. cit., Tomo XIII, p. 110 y sigts., p. 473 y sigts. PIERT, Georges y BOULANGER, Jean. Ob. cit., Tomo V, p. 231 y sigts. ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Gestión de negocios. Enciclopedia Jurídica Omeba.** Ob. cit., Tomo XIII, p. 232 y sigts. RUGGIERO, Roberto de. Ob. cit., Tomo II. Vol. I, p. 531 y sigts. SELVA, Buenaventura. Ob. cit., p. 428. TRABUCCHI, Alberto. Ob. cit., Tomo II, p. 225 y sigts. VALVERDE y VALVERDE, Calixto D. Ob. cit., Tomo III, 767 y sigts. VELEZ, Fernando. Ob. cit., Tomo VIII, p. 336 y sigts.



## Capítulo VII

### Enriquecimiento sin causa

*SUMARIO: 1. Ideas generales. 2. Nuestro Código Civil y el principio de enriquecimiento ilegítimo. 3. Aplicación general del principio. 4. Elementos de la acción de enriquecimiento sin causa: A. Enriquecimiento o aumento de un patrimonio. B. Empobrecimiento de otro patrimonio. C. Que el enriquecimiento no tenga causa legítima. 5. Efectos de la acción de enriquecimiento sin causa. 6. De la naturaleza de la acción de enriquecimiento sin causa y de su ejercicio. 7. Enriquecimiento por causa ilícita. 8. Enriquecimiento por falta de resultado. 9. La protección de los terceros y el enriquecimiento indebido.*

#### 1. Ideas generales

La persona, a través de su trabajo, industria, renta que le produce su capital, o donaciones que recibe, experimenta un incremento de su patrimonio. El enriquecimiento que recibe la persona en la forma indicada tiene como fundamento un título legítimo de adquisición (causa) y, como consecuencia, es lícito. El principio de enriquecimiento injusto tiene prohibido que una persona se enriquezca, produciendo el empobrecimiento en el patrimonio de otra, sin un título legítimo de adquisición. Por ejemplo: el pago indebido.

La persona empobrecida goza de la acción denominada *actio de in rem verso*, dirigida a reparar el empobrecimiento.

El principio del enriquecimiento ilegítimo tiene su origen en el Derecho romano.

#### 2. Nuestro Código Civil y el principio de enriquecimiento ilegítimo

Nuestro Código Civil, siguiendo en ésto al Código de Napoleón, no reguló el principio del enriquecimiento sin causa en forma general. Existen otros Códigos que formulan el principio en forma expresa. El art. 812 del Código Civil alemán dice: «Quien obtiene algo sin causa jurídica por la prestación de otro o de cualquier otra forma a costa del mismo, está obligado para con él a la restitución. Esta obligación existe igualmente si la causa jurídica desaparece después o si no produce el resultado perseguido con una prestación según el contenido del negocio jurídico.

Como prestación vale también el reconocimiento de la existencia o de la no existencia de una relación obligatoria realizada por el contrato».

Los arts. 813 a 822 de dicho código regulan los casos principales de enriquecimiento y la forma de hacer la restitución.

El art. 2041 del Código Civil italiano de 1942 dice: “Quien, sin una justa causa se ha enriquecido en daño de otra persona está obligado, dentro de los

límites del enriquecimiento, a indemnizar a esta última de la correlativa disminución patrimonial.

Cuando el enriquecimiento tenga por objeto una cosa determinada, aquel que le ha recibido está obligado a restituirla en especie, si existe en el momento de la demanda”.

Existen algunas manifestaciones del principio en varios artículos:

**A.** El que percibe los frutos está obligado a pagar los gastos hechos por un tercero para su producción, recolección y conservación<sup>1</sup>.

**B.** El propietario del suelo que hiciera, por sí o por otro, plantaciones u obras con materiales ajenos, debe pagar su valor y los daños y perjuicios, si hubiere actuado de mala fe. También el dueño de los materiales tendrá derecho a retirarlos sólo en el caso de que la obra construida no sufra menoscabo, o sin que por ello perezcan las plantaciones, construcciones y obras ejecutadas<sup>2</sup>.

**C.** El dueño del terreno en que se edificare, sembrare o plantare de buena fe, tendrá derecho a hacer suya la obra, siembra o plantación, previa a la indemnización establecida en los artículos 629 y 635, o a obligar al que fabricó o plantó, a pagarle el precio del terreno, y al que sembró, la renta correspondiente<sup>3</sup>.

**D.** El que ocupó la herencia de buena fe no responde de las enajenaciones y deterioros, sino en cuanto le hayan hecho más rico<sup>4</sup>.

**E.** El pago lo puede hacer cualquier persona y el que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiere pagado, salvo que lo hubiere hecho contra su propia voluntad, en cuyo caso podrá repetir del deudor aquello en que le hubiere sido útil el pago<sup>5</sup>.

**F.** El pago que se haga a un incapaz para administrar sus bienes, será válido en cuanto se hubiere convertido en su utilidad. También será válido el hecho a un tercero en cuanto se hubiere convertido en utilidad del acreedor<sup>6</sup>.

**G.** El que recibe de buena fe una cantidad indebida debe restituir otro tanto, más los intereses o frutos desde el día del pago si fuese de mala fe<sup>7</sup>.

**H.** En la nulidad producida por la incapacidad de una de las partes, la otra solamente tendrá derecho a que se le restituya lo que hubiere dado o pagado con motivo del acto o contrato en cuanto ello haya aprovechado al incapaz<sup>8</sup>.

**I.** La sociedad es responsable para con el socio, tanto por las sumas que éste gasta en provecho de ella, como por las obligaciones que contrae de buena fe en negocios de la sociedad y por los riesgos inherentes a la administración que desempeña<sup>9</sup>.

**J.** La sociedad no es responsable de las obligaciones que hubiere contraído un socio no autorizado para usar la firma social, salvo que la obligación se hubiere

---

1. Art. 624 C.

2. Art. 629 C.

3. Art. 630 C.

4. Art. 1300 C.

5. Art. 2010 C.

6. Art. 2015 C.

7. Art. 2073 C.

8. Art. 2212 C.

9. Art. 3239 C.

convertido en provecho de la sociedad, en cuyo caso la responsabilidad se limitará a la cantidad concurrente con el beneficio que hubiere reportado la sociedad<sup>10</sup>.

**K.** El socio administrador no obliga a la compañía sino cuando al celebrar un contrato emplea la firma social, a no ser que pruebe que el contrato ha cedido a favor de la sociedad<sup>11</sup>.

**L.** Si al que pertenece el negocio tuviere conocimiento de la gestión y no se opusiere a ella antes de que termine, se entenderá que la consiente; pero no estará obligado para con el gestor, sino hubiere provecho efectivo<sup>12</sup>.

**M.** El incapaz que aceptó el depósito puede oponer la excepción de la nulidad del contrato si se le demanda por daños y perjuicios, pero debe restituir la cosa depositada, si la conserva en su poder, o el provecho que hubiere recibido de su enajenación<sup>13</sup>.

**N.** Cuando son dos o más los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, el que de ellos la haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le corresponde satisfacer.

Si alguno de ellos resultare insolvente, la parte de éste recaerá sobre todos en la misma proporción.

Para que pueda tener lugar lo expuesto, es preciso que se haya hecho el pago en virtud de demanda judicial, o hallándose el deudor principal en estado de concurso o quiebra<sup>14</sup>.

**Ñ.** El tercer poseedor tiene derecho a llevarse las mejoras necesarias si con ello no se causa perjuicio al bien hipotecado o a que se le pague con el mayor valor que hubiese adquirido en razón de ellas.

Respecto a las mejoras útiles o voluntarias podrá llevárselas igualmente como las necesarias o podrá pedir que se le paguen con el producto del valor de la cosa hipotecada una vez satisfecho el acreedor<sup>15</sup>.

La accesión respecto a inmuebles o muebles es rica en casos de enriquecimiento injusto o ilegítimo.

### **3. Aplicación general del principio**

La doctrina moderna considera el enriquecimiento sin causa una fuente general de obligaciones. El principio del enriquecimiento sin causa tiene aplicación general. Se aplica aunque el caso no lo contemple y no lo sancione expresamente la ley, siempre, por supuesto, que exista un enriquecimiento sin causa. El enriquecimiento sin causa es un principio general del derecho que los Jueces o Tribunales deben aplicar de conformidad al art. 443 inc. 3 Pr. que dice:

10. Art. 3272 C.

11. Art. 3279 C.

12. Art. 3380 C.

13. Art. 3457 C.

14. Art. 3718 C.

15. Art. 3850 C.

«Los Jueces y Tribunales no pueden en ningún caso dejar de resolver a las partes sus pretensiones. Cuando a juicio de ellos no haya ley que prevea el caso o duden acerca de la aplicación del derecho, observarán las siguientes reglas:

3°. En defecto de las dos reglas precedentes, se resolverá la cuestión *por los principios generales del derecho* o por lo que dicte la razón natural».

#### **4. Elementos de la acción de enriquecimiento sin causa**

Son tres los elementos generalmente aceptados: **a)** enriquecimiento o aumento de un patrimonio; **b)** empobrecimiento de otro patrimonio; **c)** que el enriquecimiento no tenga causa legítima.

##### **A. Enriquecimiento o aumento de un patrimonio**

El aumento del patrimonio puede consistir en la adquisición de derechos reales, de crédito, inmateriales, etc., o en el aumento del derecho, como sucede en la accesión.

El incremento del patrimonio también puede consistir en la disminución del pasivo como cuando se cancela una deuda (positivo). Hay enriquecimiento también cuando se evita un gasto que obligadamente se tiene que realizar (negativo). Se piensa que hay enriquecimiento cuando se evita un acontecimiento por cuyo efecto se destruiría un elemento activo del patrimonio.

Un sector doctrinal sostiene que no sólo hay enriquecimiento cuando la ventaja es de carácter patrimonial, sino también cuando es de orden moral o intelectual. Los autores franceses citan como ejemplo el caso del profesor que no puede dirigirse contra el padre o tutor, y quien bien puede reclamarle al pupilo por haberlo enriquecido moral e intelectualmente.

El enriquecimiento se puede producir de tres maneras:

**a)** Mediante la transmisión de la ventaja que una persona hace a otra; poniéndose así en relación los patrimonios del enriquecido y del empobrecido a través de sus manifestaciones de voluntad. Esta forma o clase de enriquecimiento se denomina voluntaria, directa o inmediata. Se presenta en los negocios de disposición de créditos, propiedades o posesiones, o en la constitución de derechos reales como usufructo, servidumbre, prenda o hipoteca. También tiene lugar cuando una persona beneficia a otra por medio de sus cosas; derechos o trabajo. Ejemplos: permitir el uso de una cosa, la autorización para dar en garantía un crédito, mejorar el patrimonio mediante su trabajo, etc.

**b)** Mediante el enriquecimiento que se le procura a otra, sin que exista por medio la declaración de voluntad del enriquecido y empobrecido. Ejemplos: pago de deuda ajena sin autorización del deudor, la agencia oficiosa, etc. Esta clase de enriquecimiento se denomina mediato o involuntario. No existe un acuerdo de voluntades entre el enriquecido y el empobrecido.

Es posible que el enriquecimiento se haga mediante el acto del enriquecido. Se cita como ejemplo el caso del dueño de una casa que después de terminado

el contrato de arriendo pone el mismo negocio que el arrendatario tenía en el local arrendado, aprovechándose de la clientela.

c) Mediante el enriquecimiento que se hace en forma mediata o inmediata, por medio del trabajo o patrimonio de un tercero diferente al empobrecido y al enriquecido. Ejemplos: encargar a una persona para que le procure una ventaja a un tercero, o bien le transfiera un derecho o asuma una deuda.

### **B. Empobrecimiento de otro patrimonio**

El empobrecimiento de un patrimonio debe ser la causa del enriquecimiento del otro. Debe existir una relación de causalidad: el empobrecimiento del uno es la causa determinante del enriquecimiento del otro. El enriquecimiento puede resultar de la traslación de bienes o mediante el trabajo o servicios del empobrecido.

Es posible que el enriquecimiento no produzca un empobrecimiento actual, sino posterior. Ejemplo: el que utiliza una obra ajena y es demandado por las utilidades. Se ha limitado al titular de la obra la posibilidad de obtener el valor de su derecho.

### **C. Que el enriquecimiento no tenga causa legítima**

El elemento esencial del principio es la falta de causa o licitud del enriquecimiento.

Cuando el enriquecimiento es lícito, causado, no entra en juego el principio. Ejemplos: cuando una persona cumple a favor de otra la prestación debida (*causa solvendi*); cuando se entrega a otra persona dinero en mutuo, que adquiere la obligación de devolverlo (*causa credendi*); cuando una persona recibe la donación de otra (*causa donandi*). En todos estos casos, pues, hay un enriquecimiento lícito, causado. Por el contrario hay enriquecimiento ilegítimo cuando no puede fundarse en una de las causas indicadas.

Se señalan los siguientes supuestos de enriquecimiento ilegítimo:

#### **a) Por invalidez o inexistencia de la causa eficiente**

Ejemplos: el pago indebido y la inexistencia del contrato.

#### **b) Por falta de la causa final**

Ejemplos: los pagos realizados a un acreedor falso.

#### **c) Por mejoras y servicios**

En estos supuestos no existe una entrega voluntaria.

Ejemplos: las mejoras en cosas ajenas y la agencia oficiosa.

#### **d) Por el hecho del enriquecimiento de un tercero o por un acontecimiento involuntario**

En estos supuestos no interviene la voluntad del empobrecido.

Se comprende aquí cualquier ventaja del patrimonio ajeno.

### **5. Efectos de la acción de enriquecimiento sin causa**

La acción de enriquecimiento sin causa *actio de in re verso* tiene por objeto obligar al enriquecido a que devuelva lo que representa el enriquecimiento.

El enriquecido debe la misma ventaja recibida. Si recibió la propiedad debe retransmitir dicha propiedad. Si se trata de la constitución de derechos reales debe cancelarlos, entregándose la cosa a su dueño. Si son derechos de garantía también deben cancelarse. Cuando el aprovechamiento consiste en un derecho de crédito debe transmitirse al empobrecido. Si son derechos de autor o de propiedad industrial deben regresarse las ganancias que produjo el derecho y, además, el enriquecido debe abstenerse de seguirlos explotando. Cuando no es posible devolver el mismo derecho, debe regresarse lo que recibió por el derecho o lo que valga.

También la acción de enriquecimiento sin causa se puede dirigir contra el monto recibido en concepto de indemnización de la cosa o derecho por su daño o destrucción. No obstante, si el enriquecido asegura la cosa, el empobrecido debe pagar el valor del seguro, pues la acción de enriquecimiento sin causa no pueden ser fuente de otro enriquecimiento ilegítimo.

Es posible que el enriquecimiento sea inferior al empobrecimiento o bien que el enriquecimiento sea superior al empobrecimiento. En el primer supuesto, la indemnización se ordenará por el valor del enriquecimiento. No hay condena por mayor valor. En el segundo supuesto, la indemnización se decretará hasta el valor del empobrecimiento, pues la acción de enriquecimiento, no puede ser fuente de otro enriquecimiento.

En la solución de los dos supuestos anteriores priva la idea de que la acción de enriquecimiento sin causa no puede ser fuente de ventaja para el empobrecido y de perjuicios para el enriquecido.

Existen dos momentos en que se puede determinar el monto del enriquecimiento: el momento en que se produce el enriquecimiento y el momento en que se entabla la acción. La generalidad de los autores toman en cuenta al segundo momento. Como consecuencia, si la cosa ha desaparecido sin provecho para el enriquecido carece de objeto la acción, o sea, se extingue la pretensión. No obstante, se reconocen ciertas excepciones: cuando el enriquecido obtiene una ventaja de mala fe; cuando la prestación recibida es contraria al orden público y buenas costumbres; cuando el enriquecimiento indebido resulta por la no realización de la causa o caducidad de la misma.

### **6. De la naturaleza de la acción de enriquecimiento sin causa y de su ejercicio**

Es una acción personal y subsidiaria. Como acción personal sólo puede dirigirse contra el enriquecido y sus herederos, y no contra el tercer poseedor de

lo que constituye la ventaja o provecho. Cuando hay varios enriquecidos la acción se dirige contra todos ellos, pero no existe solidaridad. Se estima por los autores, la jurisprudencia de ciertos países y algunos códigos que esta acción es subsidiaria, o sea, que sólo puede ejercitarse si no existe otra acción para obtener la reparación.

El art. 2402 C. del Código italiano de 1942 dice: “La acción por enriquecimiento no puede proponerse cuando el perjudicado puede ejercer alguna otra acción para hacerse indemnizar el perjuicio sufrido”.

Del carácter señalado de dicha acción se desprende las consecuencias siguientes:

**A.** No procede la acción de enriquecimiento cuando existe acción especial para resarcirse del perjuicio.

**B.** No procede la acción de enriquecimiento, si ya no puede ejercerse la otra acción por su prescripción o renuncia.

Para justificar el carácter subsidiario de la acción se parte de la idea de que se regula con la finalidad de completar el orden jurídico y no con el propósito de reemplazar las acciones expresamente establecidas o para suplir la negligencia de los que dejan prescribir sus acciones.

## **7. Enriquecimiento por causa ilícita**

De conformidad con el art. 2079 incs. 1 y 2 C., podrá repetirse lo que se paga en cumplimiento de un contrato cuyo objeto es la comisión de un delito o bien es contrario a las buenas costumbres, siempre que el que haga el pago se encuentre de buena fe. En este caso el pago no se hace para que se cometa el delito o se realice una actividad contraria a las buenas costumbres.

En cambio, si la actividad delictual es común a ambos contratantes no cabe la repetición de lo que se haya pagado para que se realice el acto ilícito o contrario a las buenas costumbres. Hay en este supuesto una actividad ilícita común, un acuerdo para causar el mal.

Véase la nota al art. 2211 C. en la que nuestros anotadores tratan de armonizar este artículo con el art. 2079 C.

## **8. Enriquecimiento por falta de resultado**

El resultado debe estar fijado en el acto o contrato. Son resultados especiales y no generales de los contratos.

La doctrina señala los casos siguientes:



A. Cuando se entrega un recibo esperando un pago o la entrega de un dinero en calidad de mutuo.

B. Cuando se produce la caducidad del fin, como cuando la aseguradora paga el seguro en virtud del robo del carro asegurado y con posterioridad se recupera dicho vehículo.

C. Cuando alguien ofrece comprar mercadería y remite el precio, sin que se le envíen las mercaderías. También cabe cuando alguien entrega dinero en espera de obtener un arrendamiento.

## 9. La protección de los terceros y el enriquecimiento indebido

Con la finalidad de garantizar el tráfico jurídico el derecho protege a los terceros adquirentes de buena fe contra las acciones de los verdaderos titulares. En tales supuestos una persona dispone del patrimonio ajeno, bajo determinadas circunstancias que crean una situación de apariencia e inducen a los terceros de buena fe a contratar.

Cuando se presenta un conflicto de éstos, el verdadero titular del derecho, ante la imposibilidad de proceder contra el tercero de buena fe protegido por la ley, tiene a su favor la acción de enriquecimiento sin causa, la que dirigirá en contra del que dispuso de sus bienes.

## BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit., Tomo IV, p. 809 y sigts. ARIAS RAMOS, José. **En torno a la génesis del enriquecimiento sin causa.** AAMN. Ob. cit., 1950, Tomo II, p. 9 y sigts. BETTI, Emilio. Ob. cit., Tomo II, p. 147 y sigts. BORJA SORIANO, Manuel. Ob. cit., Tomo I, p. 369 y sigts. COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H. Ob. cit., Tomo III, p. 947 y sigts. COLMO, Alfredo. Ob. cit., p. 467 y sigts. DIEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., Vol. I, p. 73 y sigts. ENNECCERUS, Ludwig. Ob. cit., Vol. II, p. 566 y sigts. GAUDEMMENT, Eugene. Ob. cit., p. 312 y sigts. GIORGI, Jorge. Ob. cit., Vol. VI, p. 24 y sigts. GOLDSTEIN, Mateo. **Enriquecimiento sin causa.** Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo X, p. 361 y sigts. GUTIERREZ y GONZALEZ, Ernesto. Ob. cit., p. 418 y sigts. HERNANDEZ GIL, Antonio. Ob. cit., p. 262 y sigts. LACRUZ BERDEJO, José Luis. **Notas sobre el enriquecimiento sin causa.** R.C.D.I., Madrid, 1969. No. 472, p. 569 y sigts. LARENZ, Karl. Ob. cit., Tomo II, p. 513 y sigts. MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean. Ob. cit., 2ª. parte. Vol. II, p. 493 y sigts. PALACIO P., H. Gustavo. Ob. cit., p. 89 y sigts. PUIG BRUTAU, José. Ob. cit., Tomo II. Vol. II, p. 603 y sigts. RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Ob. cit., Tomo V, p. 257 y sigts. SALVAT M., Raymundo. Ob. cit., Tomo IV, p. 343 y sigts. SANTOS BRIZ, Jaime. Ob. cit., Tomo III, p. 56 y sigts. TRABUCCHI, Alberto. Ob. cit., Tomo II, p. 228. VALENCIA ZEA, Arturo. Ob. cit., Tomo III, p. 308. TUHR, Von, A. Ob. cit., Tomo I, p. 299 y sigts., p. 316 y sigts.





# *Tercera Parte*

## **Clasificación de las Obligaciones**

### **Capítulo I**

#### **Obligaciones civiles y naturales**

*SUMARIO: 1. Su origen. 2. Concepto. 3. Naturaleza y fundamento. 4. Reglamentación de las obligaciones naturales y legislación comparada. 5. Clasificación: A. Las que provienen de actos nulos o anulables. B. Las que provienen de obligaciones prescritas. C. Las que no han sido reconocidas en juicio por falta de prueba. 6. Efectos: A. Autorizan a retener el pago. B. Se pueden novar. C. Se pueden caucionar. D. Se pueden convertir en civiles. E. No se extingue la obligación cuando se declara sin lugar la demanda contra el naturalmente obligado. F. No se pueden compensar. 7. No es taxativa la lista del art. 1840 C.*

#### **1. Su origen**

Su origen se remonta hasta el Derecho romano. En Roma se distinguía entre ciudadanos y peregrinos. Sólo los primeros podían contraer obligaciones civiles, pero con posterioridad se les concedió a los peregrinos la potestad de contraer obligaciones naturales. Algo similar ocurrió con los *capitis diminutios*, los que en un principio no podían contraer obligaciones civiles.

En el Derecho moderno no existe la *capitis diminutio*, ni la mencionada diferencia entre extranjeros y ciudadanos, pero a pesar de ello se mantiene la institución como un factor de moralización de las relaciones jurídicas, aunque no faltan autores que propugnan por su abolición de los Códigos, dejando su exigencia, pago y no repetición, dentro del campo de la moral y el honor.

## **2. Concepto**

Son obligaciones civiles aquellas que conceden acción para exigir su cumplimiento. Por el contrario, las obligaciones naturales no otorgan acción para exigir su cumplimiento, pero una vez cumplidas autorizan a retener lo pagado<sup>1</sup>. Tampoco pueden ser objeto de compensación.

## **3. Naturaleza y fundamento**

Dos teorías se han desarrollado con distintos fundamentos y alcances en torno a este tema.

La primera, denominada teoría clásica, considera que la obligación natural encierra un verdadero vínculo jurídico, a la cual la ley le ha negado acción para su cumplimiento. La obligación natural tiene todos los efectos de la civil, excepto el derecho de acción, lo que constituye la única diferencia.

Es una obligación diferente a la obligación moral y en lo único que coinciden es en no otorgar acción para su cumplimiento, pero se diferencian en que en la moral no existe determinación de los sujetos (todos nos encontramos obligados), ni del objeto (se pueden dar cosas y cantidades según nuestra conciencia). La obligación natural, pues, es una obligación jurídica diferente de la obligación moral, y si no se le concede acción es por causas especiales. La obligación moral se encuentra fuera de las regulaciones jurídicas.

Esta teoría responde a la tesis de que sólo son naturales las obligaciones contempladas por la ley, y que tienen su origen, o bien en obligaciones perfectas que han perdido requisitos y, como consecuencia, no conservan todos sus efectos; o bien en obligaciones imperfectas que no han podido tener esos efectos. Entonces se distinguen tres tipos de obligaciones: las civiles, las naturales y las morales.

Dentro de esta teoría algunos autores tratan de explicar la obligación natural recurriendo a la doctrina que distingue entre deuda y responsabilidad. En la obligación natural existe la relación de deuda, pero falta la relación de responsabilidad, o sea, existe un deudor que debe cumplir con la obligación y un acreedor con expectativa de recibir y retener lo pagado, pero no tiene el derecho de dirigirse contra el patrimonio del deudor para satisfacer su interés o su equivalente económico. Se critica esta tesis por cuanto también está excluida de la obligación natural la acción declarativa del derecho del acreedor o sea, el acreedor no puede pedir a los tribunales que simplemente declaren su derecho.

---

1. Arts. 1839 y 1840 inc. 1 C.

Para la segunda teoría, las obligaciones naturales no son sino deberes morales o de conciencia. Uno de sus líderes es Ripert. En virtud de esta teoría el ámbito de aplicación de las obligaciones naturales se extiende considerablemente. La jurisprudencia francesa, por ejemplo, ha sentado la tesis de que existe obligación natural cuando se obliga no por liberalidad, sino por causas de honor o de conciencia y, en general, en cualquier supuesto de un fuerte vínculo moral que autorice a no repetir lo pagado o entregado.

#### **4. Reglamentación de las obligaciones naturales y legislación comparada**

Nuestro Código Civil, al igual que el chileno, argentino, colombiano, etc., reglamenta ampliamente las obligaciones naturales, en el Libro III, Título I, Capítulo II.

El Código de Napoleón, en el capítulo dedicado al pago, sólo contiene una disposición, el art. 1235 que niega acción para repetir lo pagado al que cumpla una obligación natural, pero no la define. Esta parquedad permite que la jurisprudencia y la doctrina amplíen el campo de acción de las obligaciones naturales, contribuyendo así a la moralización del Derecho junto con otras instituciones, como la teoría del abuso del derecho.

El Código Civil alemán no reconoce expresamente la existencia de las obligaciones naturales, pero las coloca dentro de los deberes morales cuyo pago no puede repetirse. Así lo establece en el art. 814, ubicado en el capítulo del enriquecimiento injusto. También se refiere en otras disposiciones a pagos no repetibles por obligaciones en que no cabe acción para su cumplimiento.

El Código Civil italiano de 1942, las consagró expresamente bajo la rúbrica de obligaciones naturales. El art. 2034 establece como obligaciones de esta naturaleza el cumplimiento de deberes morales y sociales. Les niega acción y solamente les concede como efecto la irrepitibilidad, por lo que pueden ser convertidas a civiles, compensadas, novadas y en general extinguidos por otros medios.

El Código de Bello y los otros que le siguen en esta materia (Nicaragua, Argentina, Colombia, etc.) las regulan expresamente y en forma extensa.

Como puede observarse, la obligación natural no ha sido abandonada por los Códigos modernos, y hoy más que nunca se necesita de esa inyección de moralidad en ellos.

#### **5. Clasificación**

Las obligaciones naturales se pueden clasificar de la manera siguiente: las que provienen de actos nulos o anulables, las que provienen de obligaciones prescritas y las que no han sido reconocidas en juicio por falta de pruebas.

### A. Las que provienen de actos nulos o anulables

A estas obligaciones naturales se refiere el art. 1840 incs. 1 y 2, segunda parte C. De conformidad con el inc. 1 son obligaciones naturales las contraídas por personas que, teniendo suficiente juicio y discernimiento, son sin embargo incapaces de obligarse, según la ley, como los menores adultos no declarados mayores.

Este inciso se refiere a los relativamente incapaces, pues con relación a los absolutamente incapaces (dementes, impúberes, los sordomudos que no saben darse a entender por escrito) el art. 2472 C. dispone que sus actos no producen ni aún obligaciones naturales y no admiten caución.

Quedan excluidas las obligaciones relativamente nulas por error, dolo o violencia.

Es importante advertir que la nulidad relativa del acto celebrado por el incapaz puede ser ratificada o saneada por el tiempo, en cuyo supuesto la obligación se torna civil.

Para que exista obligación natural es preciso que se haya declarado judicialmente la nulidad<sup>2</sup>, porque si se paga total o parcialmente la obligación antes de la declaración judicial de la nulidad, lo que se produce es una ratificación de la nulidad de conformidad con el art. 2206 C. y, en consecuencia, se paga una obligación civil, conservando el acreedor en el supuesto de pago parcial acción para recobrar el resto de una obligación civil.

Cuando se paga después de declarada la nulidad se paga una obligación natural.

Es importante advertir que de acuerdo con los arts. 2015 y 2212 C. la nulidad del contrato sólo concede acción al acreedor para pedir la devolución de lo dado o pagado en cuanto haya aprovechado al menor o incapaz. Si no obtuvo provecho y no se encontraren los bienes del menor (dilapidación, etc.) surge para éste una obligación natural de conformidad con el art. 1840 inc. 1 C.

De conformidad con el art. 1840 inc. 3 C., son obligaciones naturales “las que proceden de actos al que faltan las solemnidades que la ley exige para que

---

2. El tema es sumamente polémico y las opiniones están bien divididas. Somarriva, Meza Barros, Claro Solar y otros sostienen que existe obligación natural antes y después que se declare la nulidad. Alessandri, Salvat y otros afirman que existe obligación natural hasta que se declara la nulidad (Alessandri y Somarriva, Ob. cit., Tomo III, p. 130, Salvat. Ob. cit., Obligaciones en general, Tomo I, p. 279 y sigts. Meza, Barros, Ob. cit., p. 38 y sigts.).

produzcan efectos civiles, como la de pagar un legado impuesto por un testamento que no se ha otorgado en la forma debida”.

La expresión “acto” está tomada como equivalente a acto unilateral o manifestado por una sola persona. No comprende pues, a los contratos. Pero no faltan autores, como Meza Barros<sup>3</sup> y Claro Solar<sup>4</sup>, que opinan que la expresión acto es genérica, comprensiva de los unilaterales y bilaterales.

La disposición se contrae a la nulidad procedente de la falta de solemnidades, por lo que si el acto es nulo por otra causa no hay obligación natural (error, dolo, violencia, incapacidad, etc.), tampoco se aplica cuando la forma es *ad probationem*, pues se puede suplir y exigir el cumplimiento de las obligaciones.

Para este supuesto no se necesita que esté declarada la nulidad para que exista la obligación natural<sup>5</sup>.

### **B. Las que provienen de obligaciones prescritas**

De conformidad con el inc. 2 del art. 1840 C. son obligaciones naturales las civiles extinguidas por prescripción.

El acto o contrato nace válido, perfecto, pero el transcurso del tiempo lo afecta en su eficacia. Lo que produce la prescripción es la extinción de la acción. Por eso se dice que la prescripción, más que un modo de extinguir obligaciones, es una forma de extinguir la acción, ya que deja en el fondo una natural.

Se necesita declaración judicial previa de la prescripción para que surja la obligación natural, pues constituye una excepción que la opone el que con ella se beneficia y el juez no la puede acoger de oficio. No faltan autores que sostienen lo contrario.

### **C. Las que no han sido reconocidas en juicio por falta de prueba**

De conformidad con el inc. 4 del art. 1840 C. son obligaciones naturales las que no han sido reconocidas en juicio por falta de prueba. Ejemplo: José le presta a Manuel C\$10,000 en forma verbal. José demanda a Manuel para el pago, pero el Juez o Tribunal rechazan la acción porque Manuel no confesó la deuda y la prueba testimonial que se presentó no se aceptó para probar una obligación del monto reclamado. Si posteriormente Manuel le paga a José, se cumple la obligación y, como consecuencia, Manuel no tendrá acción para repetir lo pagado<sup>6</sup>.

3. Ob. cit., p. 40.

4. Ob. cit., Tomo X, p. 34.

5. Cfr. Meza Barros y Alessandri y Somarriva (Ob. cit., p. 40. Ob. cit., Tomo III, p. 40).

Se requiere para este caso que exista sentencia en que conste que el acreedor perdió por no haber probado la obligación y no por otra causa.

Este inciso no comprende a los actos solemnes, en los cuales las solemnidades son requisitos esenciales para la validez del acto.

## **6. Efectos**

Las obligaciones naturales producen los efectos siguientes: autoriza al acreedor a retener el pago; se pueden novar; se pueden caucionar; y no extinguen la obligación cuando se declara sin lugar la demanda contra el naturalmente obligado.

### **A. Autorizan a retener el pago**

Es el principal efecto que producen las obligaciones naturales. Con base en este efecto las define el art. 1840 C. Este efecto lo confirma el art. 2070 C., que expresa que no se puede repetir lo que se ha pagado para cumplir una obligación puramente natural.

Ejemplo: si Pedro en la minoría de edad contrae un préstamo a favor de Domingo y lo paga al llegar a ser mayor, está cumpliendo con una obligación natural y no puede repetir lo entregado, pues el art. 1840 C. autoriza al acreedor a no devolver. Por otra parte, el art. 2071 C. dispone que se podrá repetir aun lo que se ha pagado por error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni siquiera una obligación puramente natural. La obligación natural es suficiente causa para el pago. No hay pago indebido al cumplirse una obligación natural.

De conformidad con la parte final del art. 1840 C. para que no pueda repetirse el pago es preciso que éste se haya hecho voluntariamente por el que tenía la libre administración de sus bienes. A esto hay que agregarle que el pago debe hacerse de acuerdo con la ley. El pago es voluntario cuando se manifiesta libremente sin vicios del consentimiento (error, dolo o violencia). Si existe alguno de estos vicios no hay pago voluntario. El que pagó debe probarlos.

---

6. Para Uribe Holguín sólo este caso es de obligación natural. Los otros no son de obligaciones naturales, sino de civiles: en los supuesto de nulidad e incapacidad por el pago se verifican ratificaciones y en el supuesto de la prescripción el pago implica su renuncia. Además en estos casos se concede acción al acreedor y excepción al deudor, lo que es contrario a la obligación natural. En la natural el deudor se defiende alegando la falta de acción y no con una excepción (Ob. cit., p. 72). Para Pérez Vives el pago en estos negocios es civil y no obedece a los principios de las obligaciones naturales. En los casos de nulidad existe una ratificación con el pago y si surge la inexistencia no la podrá perfeccionar. En la prescripción existe renuncia, y en las por falta de prueba existe un reconocimiento civil de la deuda (Ob. cit., Vol II, p. 10 y sigts.).

No faltan autores que exigen, además, que la persona que paga tenga plena conciencia que paga una obligación natural, pues si piensa que está pagando una civil puede repetir. Este criterio no es exacto, pues el art. 2071 C. permite repetir lo pagado por error de derecho, siempre que el pago no tenga por fundamento una obligación natural.

Por otra parte, el pago tiene que hacerse por quien tenga la libre administración de sus bienes. Se requiere capacidad libre y plena. Si Juan, en su minoría de edad, contrae deuda con Pedro, es preciso que Juan pague siendo ya mayor de edad.

La ejecución parcial de una obligación natural no la convierte en civil. Así lo dispone el art. 1843 C., que dice: “La ejecución parcial de una obligación natural no le da el carácter de obligación civil; tampoco el acreedor puede reclamar el pago de lo restante de la obligación”.

### **B. Se pueden novar**

Las obligaciones naturales se pueden novar. Ejemplo: Alberto, menor de edad, contrae deuda con Silvio. Por convenio posterior Alberto es sustituido por Manuel. Existe novación y, como consecuencia, se extingue la obligación de Alberto y se sustituye por la de Manuel.

El tema no es pacífico. Nuestro Código Civil ni rechaza ni permite expresamente la novación de la obligación natural, como sucede con el chileno,<sup>7</sup> entre otros. Tal circunstancia ha dado pie para que algunos piensen que no cabe la novación, aunque reconocen que es posible por convenio convertir la obligación natural en civil, pero le niegan el carácter novatorio a dicho convenio.

### **C. Se pueden caucionar**

De conformidad con el art. 1844 C. las fianzas, hipotecas, prendas y cláusulas penales, son válidas, pudiendo pedirse el cumplimiento de estas obligaciones accesorias.

El acreedor se puede dirigir en contra el patrimonio del fiador o hipotecante. El fiador simple no puede invocar el beneficio de excusión, porque lógicamente el acreedor no puede dirigir su acción en contra del deudor.

### **D. Se pueden convertir en civiles**

---

7. Art. 1630.



Se pueden convertir en civiles mediante convenio o reconocimiento y hasta novarse. En Francia, en donde la obligación natural tiene un fundamento moral, la doctrina y la jurisprudencia en forma dominante la aceptan. Pero en nuestro sistema, en donde la obligación natural es una obligación desvirtuada o degenerada, el tema es discutible. Algunos sostienen, por ejemplo, que si se nova la obligación natural queda extinguida y nace una civil. Es posible, si el efecto de la obligación es saneable, pero la promesa de pago se confunde con el saneamiento y debe reunir sus requisitos (confirmación de la nulidad relativa y renuncia de la prescripción y la cosa juzgada). No cabe en la nulidad absoluta, incluyendo por objeto ilícito; tampoco en las deudas de juego.

**E. No se extingue la obligación cuando se declara sin lugar la demanda contra el naturalmente obligado**

La sentencia no afecta a la obligación natural, ésta seguirá siendo natural y si el deudor paga ya no puede repetir. Lo expuesto lo confirma el art. 1842 C. que dice: La sentencia judicial que rechaza la acción intentada contra el naturalmente obligado, no extingue la obligación natural.

Si el deudor es absuelto por cuanto se demostró que la obligación es natural y después paga, habrá cumplido con una obligación natural y, como consecuencia, no podrá repetir lo pagado.

**F. No se pueden compensar**

Esto es así porque no son exigibles. El art. 2140 inc.3 C. exige como tercer requisito de la compensación la exigibilidad de las obligaciones.

**7. No es taxativa la lista del art. 1840 C.**

Un sector doctrinal sostiene que no es taxativa la lista de las obligaciones naturales contempladas en el art. 1840 C., pues existen otros casos en los que, al no permitirse la acción, dan pie para asimilarlos por sus efectos a las obligaciones naturales, a saber:

**A.** De acuerdo con el art. 3618 C. el que paga voluntariamente deudas de apuestas de juego no puede repetir lo pagado, aunque el juego sea de la clase de los prohibidos.

**B.** De acuerdo con los arts. 92 y 93 C., los esponsales no producen obligación ante la ley, por lo que en virtud de ellos no puede exigirse la celebración del matrimonio, ni demandar los daños y perjuicios causados, o la multa que se

hubiere pactado. No obstante, si se pagó la multa, no habrá acción para reclamarla.

C. De acuerdo con el art. 3403 C., si el mutuario hubiere pagado intereses que no estaban estipulados, no está obligado a continuar pagándolos en adelante; pero no tendrá derecho de repetir lo pagado ni imputarlos al capital.

D. De acuerdo con el art. 2079 inc. 2 C. si el objeto del contrato constituye un delito o un hecho contrario a las buenas costumbres, común a ambos contratantes, ninguno de ellos tendrá acción para reclamar el cumplimiento de lo convenido ni la devolución de lo que haya dado<sup>8</sup>.

Aunque es muy discutible, se pueden reconocer en general otras obligaciones naturales distintas a las consagradas en el art. 1840 C. y a los casos especiales contemplado en la ley anteriormente señalados, provenientes de los deberes morales y sociales dignos de protección a juicio del Juez. En la doctrina y jurisprudencia extranjera se aceptan los casos siguientes: en el supuesto de daños y perjuicios indirectos; cuando no haya existido culpabilidad de parte del autor del daño; las obligaciones del padre de establecer a sus hijos por causa del matrimonio o en virtud de la profesión que ejerzan; promesa de alimentos a los hijos naturales o a extraños por oficio de piedad; la de alimentos a parientes a los cuales la ley no les otorga derecho para pedirlos; las donaciones remuneratorias por ciertos servicios (médicos, etc.).

## BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit., Tomo III, p. 23 y sigts. BETTI, Emilio. Ob. cit., Tomo II, p. 167 y sigts. BORJA SORIANO, Manuel. Ob. cit., Tomo II, p. 221 y sigts. BRENES CORDOBA, Alberto. Ob. cit., p. 33 y sigts. BUSSO, Eduardo B. Ob. cit., Tomo III, p. 331 y sigts. CASTAN TOBEÑAS, José. Ob. cit., Tomo III, p. 106 y sigts. CLARO SOLAR, Luis. Ob. cit., Tomo X. Vol. I, p. 112 y sigts., p. 122 y sigts. COLMO, Alfredo. Ob. cit., p. 4 y sigts., p. 54 y sigts. COSIO, Alfonso de. Ob. cit., pp. 203-204. CRUZ, Fernando. Ob. cit., Tomo III, pp. 7 y 8. CHAMOLES DE MAZER, Nora R. **Obligaciones naturales**. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo XX, p. 715 y sigts. DIEGO, Felipe Clemente de. Ob. cit., Tomo II, pp. 79-80. GARCIA GOYENA, Florencio D. Ob. cit., p. 548 y sigts. GIORGI,

8. La irrepeticibilidad es un efecto de las obligaciones naturales. De aquí que es muy peligroso buscar una obligación natural en todo supuesto en que no se permite repetición, porque existen algunos casos en que no se permite y no existe obligaciones naturales. Uno de estos es del art. 2079 inc. 2 C.

Jorge. Ob. cit., Vol. I, p. 30 y sigts. GUTIERREZ y GONZALEZ, Ernesto. Ob. cit., p. 49 y sigts., p. 793 y sigts. LACRUZ BERDEJO, José Luis. **Estudios de Derecho Civil. Las obligaciones naturales.** Editorial Bosch. Barcelona-España, 1958. p. 163 y sigts. MACHADO, José Olegario. Ob. cit., Tomo II, p. 179 y sigts. MANRESA y NAVARRO, José María. Ob. cit., Tomo VIII, p. 119 y sigts. MAZEAUD, Henri., MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean. Ob. cit., 2ª parte. Vol. I, p. 18 y sigts. MEJIA MORENO, Luis. Ob. cit., p. 57-58. MEZA BARROS, Ramón. Ob. cit., p. 24 y sigts. OSSORIO MORALES, Juan. Ob. cit., p. 34 y sigts. PALACIO P., H. Gustavo. Ob. cit., p. 229 y sigts., p. 258. PEREZ VIVES, Alvaro. Ob. cit., Vol. III, p. 1 y sigts. POTHIER, R.J., Ob. cit., p. 113 y sigts. PUIG BRUTAU, José. Ob. cit., Tomo I. Vol. II, p. 97. RICCI, Francisco. Ob. cit., Tomo XIII, p. 165 y sigts. RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Ob. cit., Tomo V, p. 284 y sigts. RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. Ob. cit., p. 103 y sigts., p. 129 y sigts. SALVAT M., Raymundo. Ob. cit., Tomo I, p. 267 y sigts. SANTOS BRIZ, Jaime. ob. cit., Tomo III, p. 69 y sigts., p. 109 y sigts. SELVA, Buenaventura. Ob. cit., p. 273. URIBE-HOLGUIN, Ricardo. **Las obligaciones meramente naturales.** Ob. cit., p. 71 y sigts. VAZQUEZ BOTE, Eduardo. **Sobre el artículo 1.901 del Código Civil y la obligación natural.** R.C.D.I., 1975. No. 509, p. 891 y sigts. VELEZ, Fernando. Ob. cit., Tomo VI, p. 73 y sigts.

## Capítulo II

### Obligaciones a Plazo

*SUMARIO: 1. Modalidades de las obligaciones. 2. El plazo. 3. Clasificación de los plazos: A. Plazos voluntarios, legales y judiciales. B. Plazos suspensivos y extintivos (resolutorios). C. Plazos determinados e indeterminados. D. Plazos expresos y tácitos. E. Plazos ordinarios y esenciales. F. Plazo inicial. G. Supuestos especiales. 4. Extinción del plazo: A. Vencimiento. B. Renuncia. C. Caducidad. 5. El modo.*

#### 1. Modalidades de las obligaciones

Las obligaciones, como regla general, producen sus efectos en forma inmediata, sin restricciones. Estas son las obligaciones puras o simples. No obstante, es posible que las partes sujeten a un hecho el ejercicio, cumplimiento, constitución o extinción de la obligación. Estas son las obligaciones sujetas a modalidad.

Las obligaciones puras y simples no dejan de tener tal carácter por el hecho de que no se hayan cumplido coetánea o inmediatamente a su nacimiento, pues el art. 1900 C. expresa que si no tuviere señalado plazo la obligación debe ejecutarse inmediatamente, salvo que las leyes hayan señalado plazo (plazos legales), como por ejemplo: el mutuo sin plazo sólo es exigible después de noventa días<sup>1</sup>; el arriendo de ganado sin plazo se presume que dura tres años<sup>2</sup>; en el contrato de obras sin plazo, lo fija el Juez<sup>3</sup>. Existen otros casos como pueden verse en los arts. 1105, 1900, 1971 y 2966 C.

Es importante señalar que cierto sector doctrinal considera lo contrario, pues si la obligación pura y simple no se cumple en el momento de su nacimiento, se le ha concedido al deudor tácitamente un plazo que fijará el Juez. El art. 1900 C., citado no concede en todo caso el plazo tácito en defecto del pactado. Se da cuando de la naturaleza de la obligación y de las circunstancias que rodean el caso se deduce que se ha querido conceder y nada más. Establece expresamente que si la obligación no señalare plazo debe ejecutarse inmediatamente.

Es conveniente advertir que a la expresión modalidades de las obligaciones se le ha dado tres alcances: Uno lato, en virtud del cual obligaciones modales son todas las clases y formas en que se presentan las obligaciones, es decir, las diferentes clasificaciones que hacemos de ellas (civiles y naturales, de dar, hacer

1. Art. 3409 C.

2. Art. 3158 C.

3. Arts. 3055 y 3060 C.

y no hacer, etc.). Otro, menos amplio, entiende por modalidad no sólo lo que afecta a la existencia o cumplimiento de la obligación (plazo, condición y modo), sino también otras complicaciones que afectan el objeto (obligaciones alternativas y facultativas, denominadas de objeto múltiple) y los sujetos (solidaridad, mancomunidad e indivisibilidad) de la obligación, denominadas obligaciones con pluralidad de sujetos. Por último, en un sentido estricto, sólo son modalidades el plazo, la condición y el modo.

Dentro del segundo criterio se ha formulado otro un poco más amplio que considera como modo el plazo, la condición, el modo o cargo, las arras, la cláusula penal, la mancomunidad, la solidaridad, la indivisibilidad, las obligaciones alternativas y facultativas.

Normalmente se considera como modalidad: el plazo, la condición y el modo<sup>4</sup>. Se pueden encontrar en todos los actos jurídicos: contratos y testamentos. El plazo y la condición se pueden pactar en todo tipo de relación jurídica y no sólo en la obligacional: hipoteca condicional<sup>5</sup>, dominio condicional<sup>6</sup>, en los derechos del que está por nacer<sup>7</sup> en los derechos hereditarios. De aquí que en algunos códigos y proyectos se regule al tratar de los actos jurídicos en general. Su campo de acción se encuentra en los actos patrimoniales y no en los del Derecho de Familia.

## 2. El plazo

El plazo es un acontecimiento futuro y cierto del cual dependen la exigibilidad o extinción de la obligación.

El plazo y la condición guardan ciertas semejanzas: **a)** son acontecimientos futuros; **b)** modifican los efectos de las obligaciones.

Pero difieren fundamentalmente en que la condición es un acontecimiento incierto, en cambio el plazo es cierto, debe llegar forzosamente.

## 3. Clasificación de los plazos

Los plazos se pueden clasificar de la manera siguiente: voluntarios, legales y judiciales; suspensivos y extintivos; determinados e indeterminados; expresos y tácitos; ordinarios y esenciales; plazo inicial; y plazos o supuestos especiales.

### A. Plazos voluntarios, legales y judiciales

El plazo voluntario o convencional es el que acuerdan las partes en el contrato. Bien puede también emanar, en su caso, de la voluntad unilateral (testamento). Los plazos convencionales son frecuentes.

4. El Código argentino sólo reconoce a estos tres como modalidad. En otros sistemas sólo son reconocidas como modalidad la condición y el plazo.

5. Art. 3794 C.

6. Art. 2680 C. y sgts.

7. Art. 170 C.

El plazo es legal cuando resulta expresamente establecido en la ley, surge en defecto del señalado por los contratantes. Son muchos los plazos legales, entre otros, pueden citarse los establecidos en los arts. 430, 2966, 3158 C. y 489 C.C.

Los judiciales son aquellos que señala el Juez debidamente autorizado por la ley. Se pueden citar como ejemplo los autorizados en los arts. 1243, 1326, 1971, 3060 y 3410 C.

Nuestro Código Civil no consagró el plazo de gracia. Este lo concede el Juez al deudor que por justas causas no puede cumplir en tiempo y forma sus obligaciones, aunque se oponga a ello el acreedor. No debe confundirse con las leyes moratorias que dilatan el cumplimiento de las obligaciones, las cuales son dictadas por el órgano legislativo correspondiente frente a catástrofes nacionales (terremotos, inundaciones, etc.).

Algunos Códigos lo consagran, como, por ejemplo, el francés, que lo regula en los arts. 1244 y 1184 inc. 3.

Los anotadores, en comentario al art. 1900 C., confirman que en nuestro Código Civil no existe plazo de gracia y agregan que, en general, el Juez no puede señalar plazos para el cumplimiento de una obligación ni ampliar o restringir los ya establecidos, salvo en los casos de los artículos que enumeran.

## **B. Plazos suspensivos y extintivos (resolutorios)**

Es plazo suspensivo el que suspende el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de la obligación. Sólo a él se refiere el art. 1896 C. inc. 1., C., cuando dice que la obligación para cuyo cumplimiento se ha señalado un día cierto sólo será exigible cuando el día llegue. Ejemplo: Juan le presta a Pedro C\$50.000, los que devolverá dentro de cinco meses. José le vende a Diego el inmueble X por C\$100.000 que se los pagará dentro de cinco meses. El derecho de Juan y José para pedir las sumas debidas queda en suspenso durante cinco meses.

El plazo no impide el nacimiento de la obligación, como la condición suspensiva, solamente difiere su cumplimiento, pero la obligación existe desde la celebración del acto.

El plazo suspensivo se diferencia de la condición suspensiva en que ésta suspende el nacimiento de la obligación, mientras que aquél aplaza su ejecución. Por eso en el art. 1897 C. se expresa que “el término estipulado en las obligaciones difiere de la condición en que no suspende la obligación y sólo retarda su cumplimiento”.

Como consecuencia de lo anterior, “lo que anticipadamente se hubiere pagado en las obligaciones a plazo, no se podrá repetir”<sup>8</sup>. Por el contrario, en el art. 1892 inc. 2 C. se preceptúa que “todo lo que se hubiere pagado antes de efectuarse la condición suspensiva, podrá repetirse mientras no se hubiere cumplido”.

8. Art. 1898 inc. 1 C.

Si paga el deudor a plazo no puede repetir lo pagado, por cuanto cumple con una obligación existente; pero no puede repetir porque implica una renuncia tácita del plazo. En cambio, si paga el deudor antes de cumplirse la condición suspensiva, está cumpliendo una obligación que no existe, y que puede no llegar a existir.

Es conveniente advertir que, de acuerdo con el art. 1898 inc. 2, “si el que pagó ignoraba cuando lo hizo la existencia del plazo, tendrá derecho a reclamar al acreedor los intereses o los frutos que éste hubiere percibido de la cosa”. En el Código Civil de Argentina el que paga ignorando el plazo puede repetir lo pagado<sup>9</sup>. Se estima que el deudor ha pagado por error y no es justo privarle de un derecho que no ha deseado renunciar.

Para estudiar los efectos del plazo suspensivo es preciso distinguir si se encuentra pendiente o vencido.

Pendiente el plazo produce los efectos siguientes:

**a)** Antes del vencimiento del plazo no se puede exigir judicialmente el cumplimiento de la obligación, porque precisamente el efecto del plazo consiste en aplazarlo. **Este es el efecto fundamental del plazo.**

**b)** Lo que se paga antes del vencimiento no se puede repetir. Como ya lo expresamos, este efecto está contemplado en el art. 1898 inc. 1 C.

**c)** Por regla general, pendiente el plazo suspensivo no corre la prescripción<sup>10</sup>.

**d)** Pendiente el plazo las obligaciones no pueden ser compensadas, porque no son actualmente exigibles<sup>11</sup>.

**e)** No existe inconveniente para que el acreedor, pendiente el vencimiento, pueda transmitir su derecho o darlo en garantía<sup>12</sup>.

Cumplido el plazo produce los efectos siguientes: **a)** la obligación se torna exigible; **b)** principia a correr la prescripción; **c)** se puede operar la compensación legal.

El plazo es extintivo cuando por él se extingue un derecho. Se le estima como un modo de extinguir las obligaciones: pone límite a la obligación y la extingue. Ejemplos: Juan y Pedro constituyen una sociedad con duración de cinco años. Vencidos éstos se extingue la sociedad. José da a Manuel en comodato el inmueble X por el plazo de dos años. Vencidos los dos años se extingue. Juan arrienda una casa para un establecimiento comercial a Pedro por dos años. Vencido el plazo se extingue el arriendo.

Nuestro Código Civil no reglamenta el plazo extintivo. Los arts., 1896 y 1897 C. se refieren al suspensivo. No obstante, existen varias disposiciones diseminadas en el Código Civil con relación a los contratos en que puede aplicarse: arts. 2820, 2904, 2917, 2918, 2925, 2965, 3227, 3285 inc. 1, 3345 inc. 2, 3404, 3409, 3410, 3412, 3415, 3429, 3583, 3636, 3658 y 3922.

9. Art. 571.

10. Art. 924 C.

11. Art. 2140, segunda parte, inc. 1C.

12. Art. 1903 C.

### C. Plazos determinados e indeterminados

De conformidad con el art. 1896 inc. 1 C. el plazo debe ser cierto, pues el incierto se convierte en condición, ya que de conformidad con el inc. 2 del mencionado artículo, si la incertidumbre consiste en si ha de llegar o no el día, la obligación es condicional.

El plazo es cierto, pues forzosamente ha de llegar, no existe incertidumbre de si ha de llegar o no el día; pero es posible que se conozca o no la época de su verificación. Si se conoce la época en que ocurrirá el hecho futuro el plazo será determinado: el 24 de diciembre de 1989. El plazo es indeterminado cuando se sabe que el hecho ocurrirá, pero no se sabe cuando: la muerte de Pedro<sup>13</sup>.

### D. Plazos expresos y tácitos

Es expreso el plazo cuando se establece en términos explícitos. Son tácitos los sobreentendidos, dada la naturaleza del negocio. En el art. 1900 C. se establece que “si la obligación no señalare plazo debe ejecutarse inmediatamente; pero si de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, el Juez sumariamente fijará la duración de aquél, salvo los casos especialmente establecidos por la ley”. Si Juan compra mercaderías en Costa Rica, implícitamente existe un plazo para que lleguen al país. Los arts. 3055 y 3060 C. se refieren a plazos tácitos.

### E. Plazos ordinarios y esenciales

En el ordinario se fija el momento en que debe cumplirse la obligación, pero no se excluye la posibilidad de que pueda cumplirse transcurrido ese tiempo. Por el contrario, en el plazo esencial los contratantes o el testador señalan un espacio de tiempo en el cual o dentro del cual y solamente en ese espacio y no después, puede cumplirse o realizarse la obligación (Ejemplo: poder para apelar, lo cual debe hacerse dentro de tres días y no después, por ser perentorio, la entrega del traje de boda de la novia antes del día de la boda y no después, etc.).

---

13. Ossorio Morales llama ciertos a los determinados, calificándolos de términos determinados, e inciertos a los indeterminados, pero advierte que la incertidumbre del término sólo se refiere al cuándo, pero no al si, pues si existe incertidumbre sobre si el hecho llegará o no a producirse, habrá condición y no término, de acuerdo con el art. 1125, modelo de nuestro art. 1896 C. (Ob. cit., p. 97). Para Colín y Capitant el término es cierto cuando se ha fijado un día del calendario (ejemplo: 1 de enero próximo) o un acontecimiento que debe realizarse en una época fija: el día de tal fiesta, de tal aniversario. El término es incierto cuando va unido a un acontecimiento cuya realización aunque cierta, se verificará en un momento que todavía no se conoce. Ejemplo: os pagaré la cantidad a la muerte de Pablo. Agrega que el plazo incierto difiere de la condición. En la condición existe incertidumbre en punto a saber si el acontecimiento ocurrirá y cuándo ocurrirá; en el término incierto, por el contrario, la incertidumbre sólo existe en punto a saber cuando se verificará el acontecimiento (Ob. cit., Tomo III, p. 399).



## F. Plazo inicial

Cuando el término es inicial no se suspende el nacimiento del derecho, sino su ejecución hasta que llegue el día<sup>14</sup>. Ejemplo: el contrato de suministro, de arriendo, etc., que se celebra el día 11 de julio para que entre en vigencia el día 10 de diciembre del mismo año.

Durante su pendencia el deudor tiene deberes de diligencia y conservación de la cosa debida y el acreedor tiene derecho de pedir las y ceder su derecho. Durante pende el término el acreedor no puede exigir el cumplimiento de la obligación: entrega de la cosa arrendada u ofrecida en el suministro.

## G. Supuestos especiales

Aunque no con mucha frecuencia se presentan algunos supuestos especiales. Por ejemplo, cuando se pacta que el deudor fijará el momento del cumplimiento de la obligación (*cum volueris*) o cuando quiera el deudor. Con relación a este pacto se han formulado dos soluciones o sistemas.

En el primero, seguido por los Códigos de Austria y Sajonia, se distingue entre obligaciones de carácter personal y no personal.

En virtud de que la obligación personal sólo la puede cumplir el deudor, los tribunales le señalaran un plazo para su cumplimiento. Por el contrario, si no es personal y, por lo tanto, puede ser cumplida por él y sus herederos, se respetaría su decisión de señalar el momento del pago, y si al momento de su muerte no lo ha hecho, la obligación se torna exigible en contra de sus herederos. Por este sistema se respeta lo pactado en el contrato y se reduce la intervención de los tribunales en la contratación.

En el segundo, se deja en todo caso a los tribunales de justicia la fijación del plazo, dejado a la voluntad del deudor, sin distinguir entre las diversas clases de obligaciones. Nuestro Código Civil acepta este pacto y sigue esta última solución en el art. 1900 inc. 2 C. Es evidente en este sistema la intervención del juez en la regulación del contrato y la tutela a favor del acreedor.

Este pacto tiene un notable parecido con la condición puramente potestativa, y hasta sin razón se ha llegado a decir que es una condición de esa naturaleza, pero en realidad son diferentes. En la condición puramente potestativa la existencia de la obligación depende de la voluntad del deudor, y de aquí que el legislador no la permita declarando la nulidad de la obligación. Por el contrario en esta especie de término no existe duda sobre la existencia de la obligación y la voluntad del deudor de cumplirla. No obstante, se deja únicamente a la voluntad del deudor el momento preciso de su cumplimiento. Es muy posible que por cuestiones de redacciones oscuras se confundan ambos pactos. Tal duda se resolverá a favor del deudor, disponiendo que existe un plazo, en virtud de que en caso de duda se resuelve a favor de éste.

14. Para algún sector doctrinal, mientras el plazo llega no existe una verdadera obligación, sino una fase preparativa de ella o un estado de expectativa tutelado.

Otro pacto especial es el que permite al deudor pagar o cumplir cuando pueda (*cum potueris*). No es cuando quiera, sino cuando pueda. No lo contempla nuestro Código Civil, pero se acepta, en primer lugar, en virtud de la libre contratación y, en segundo lugar, si se acepta el anterior que es lo máximo en amplitud, no hay razón para no admitir el presente. Es más, en el beneficio de competencia, en la cesión de bienes y en la quiebra, se conceden plazos para pagar cuando el deudor mejore de fortuna.

Le toca a los tribunales señalar el momento en que el deudor puede pagar por haber mejorado de fortuna.

Es conveniente advertir que no se trata de una condición potestativa (mucho menos meramente potestativa), sino de un plazo, pues el nacimiento de la obligación no se subordina al hecho de que pueda pagar el deudor. Lo que queda sujeto a ese hecho futuro e incierto es el momento en que puede cumplirse la obligación.

#### **4. Extinción del plazo**

Son tres las formas de extinguirse el plazo: el vencimiento, la renuncia y la caducidad.

##### **A. Vencimiento**

Es la forma frecuente de extinguirse el plazo, y no ofrece mayores problemas. Se produce al llegar el día de su extinción, por lo que dedicaremos nuestra atención a las otras dos causas.

##### **B. Renuncia**

Intimamente relacionada con la renuncia está la cuestión de determinar a favor de quién está fijado el plazo. Renuncia al plazo aquella persona a favor de la cual se ha establecido.

Existen varios sistemas en el Derecho Comparado:

**a)** Sistema que lo presume establecido a favor del deudor. Lo siguen los Códigos Civiles de Francia<sup>15</sup>, Alemania<sup>16</sup> y otros. Es el generalmente admitido y parte del supuesto de que lo más corriente es que el plazo se establezca a favor del deudor.

**b)** El sistema que presume establecido el plazo a favor de ambas partes (acreedor y deudor). Es el sistema que sigue nuestro Código en el art. 1899 C., cuyo modelo es el art. 570 del Código de Argentina, que a su vez tomó el sistema del Código de Prusia.

15. Art. 1187.

16. Art. 271.

Las consecuencias prácticas son diferentes en cada sistema. En el primer sistema el deudor puede pagar antes del vencimiento del plazo, pues a favor de él fue establecido. En el segundo sistema ni el deudor puede pagar antes del vencimiento del plazo, ni el acreedor puede exigir su cumplimiento, pues el plazo se ha establecido a favor de ambos. Por otra parte, si el plazo fuere establecido a favor del acreedor, podrá éste exigir el pago en cualquier tiempo, pero el deudor no podría pagar antes del vencimiento del plazo. Este es otro sistema que no tiene aceptación.

El art. 1899 C. dice: “Siempre que en las obligaciones se designe un plazo, se presume establecido en beneficio del acreedor y del deudor, a no ser que al tenor de aquellas o de otras circunstancias, resultare haberse puesto en favor del uno o del otro. El pago no podrá hacerse antes del plazo, sino de común acuerdo”.

Conforme a la disposición transcrita, el plazo, como regla general, se establece a favor del acreedor y del deudor, salvo que del acto o contrato resulte establecido a favor de uno u otro (convenio) o que el objeto de la obligación así lo imponga.

Estas dos excepciones están comprendidas en dicho artículo cuando dice: “... a no ser que a tenor de aquellas o de otras circunstancias, resultare haberse puesto a favor del uno o del otro...”

En el mutuo con interés el art. 3412 C. confirma la regla general, pues establece el plazo a favor del deudor y acreedor. Dice así: “Aun antes del término estipulado podrá pagar el mutuario toda la suma prestada, salvo que se hayan pactado intereses”.

Se establece a favor del deudor para evitar que el acreedor exija la obligación, y a favor del acreedor para que gane sus intereses durante el plazo pactado. Sólo por el consentimiento del deudor y acreedor puede renunciarse al plazo.

Por el contrario, otros artículos del Código Civil se apartan de la presunción del art. 1899, y establecen el plazo a favor de una de las partes. Tal cosa sucede con el depósito y el comodato.

Con relación al primero, el art. 3480 C. dice: “El depositario debe restituir la cosa depositada en cualquier tiempo en que la reclame el deponente, aunque al constituirse el depósito se haya fijado el plazo y éste no hubiere llegado”.

Con relación al segundo, el art. 3445 C. dice: “Si antes de llegado el plazo concedido para usar de la cosa prestada, sobreviene al comodante alguna imprevista y urgente necesidad de la misma cosa podrá pedir la restitución de ella al comodatario”.

Si el mutuo es sin interés el plazo es a favor del mutuario, según se desprende del art. 3412 C.

### **C. Caducidad**

La caducidad es el vencimiento anticipado del plazo para evitarle perjuicio al acreedor. De acuerdo con el art. 1901 C., son causas de caducidad las siguientes:

a) La insolvencia del deudor después de contraída la obligación, salvo que garantice la deuda. Esta caducidad la confirma el art. 2270 C.

El art. 3679 C. le concede al acreedor que no exigió fianza al celebrarse el contrato, el derecho de exigirla al deudor si después de celebrado el contrato se hiciera insolvente o trasladare su domicilio a otro departamento.

b) La falta de otorgamiento al acreedor de las garantías a que estuviere comprometido el deudor.

Es frecuente que el acreedor, debido a la precaria solvencia del deudor, no se encuentre dispuesto a conceder plazo, a menos que el acreedor otorgue garantía o prometa otorgarla por lo que es lógico que caduque el plazo si no se cumplió lo prometido.

Responde a tal criterio lo dispuesto en el art. 3749 C. que dice: “Si el deudor no diere prenda después de haberse pactado esta condición, o si se negare a entregar o a completar la que se le pida conforme al artículo anterior, se reputará terminado el plazo del contrato, y el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la obligación principal y los daños y perjuicios que le hubiere irrogado”.

c) Cuando por actos propios hubieren disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito o fuerza mayor desaparecieren, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras.

La misma justificación que en el caso anterior existe para dar por vencido el plazo. En el anterior existe una promesa de caucionar, en el presente la caución fue concedida, pero con posterioridad sufrió disminución o desapareció.

Algunos otros artículos del Código Civil regulan el reemplazo o mejora de la garantía: 2271, 3749, 3780 y 3838.

Es posible que las partes de común acuerdo estipulen otras causas de caducidad diferentes a las anteriores. (Falta de pago de una mensualidad, embargo en bienes del deudor, etc.). Dice Colmo: “Cumple observar que en todos esos textos se trata de caducidad legal, si bien por interpretación de la presunta voluntad del acreedor. Y es evidente que por acuerdo de partes pueden crearse muchos otros supuestos de caducidad. Entre ellos el más común es éste: si el deudor (del precio de una compra, de un préstamo, etc.) se atrasa en el pago, de uno o más de los períodos convenidos de capital o aún de intereses, el acreedor puede reclamar el crédito íntegro aunque el término diste de hallarse vencido. Pero eso debe ser expreso. La caducidad es como una pena civil, por donde no puede ser admitida por vía meramente presuntiva o interpretativa”<sup>17</sup>.

La Corte Suprema de Justicia acepta la caducidad producida por falta de pago de los intereses<sup>18</sup>.

17. Ob. cit., p. 201.

18. S. 9 a.m. del 21 de Diciembre de 1934, B.J., p. 8844.

## 5. El modo

Generalmente el modo afecta a las asignaciones testamentarias o a las donaciones entre vivos. No es usual emplearlo en las obligaciones. De aquí que nuestro Código Civil no lo regule en las obligaciones, sino dentro de las asignaciones testamentarias.

En el modo se da algo a una persona para que se aplique a un fin. Es una carga. El art. 1100 C. dice: “Si se asigna algo a una persona para que lo tenga por suyo con la obligación de aplicarlo a un fin especial, como el de hacer ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas, esta aplicación es un modo y no una condición suspensiva. El modo, por consiguiente, no suspende la adquisición de la cosa asignada”. Por ejemplo: fundar un colegio, una biblioteca, etc.

Si el deudor modal no cumple con la carga del modo no se pierde la asignación. El beneficiado con el modo sólo tiene derecho a pedir su cumplimiento. No obstante, el testador puede establecer la cláusula resolutoria para el supuesto de incumplimiento<sup>19</sup>.

La cláusula resolutoria no va sobrentendida en el modo. Esta cláusula produce los efectos siguientes:

**A.** El asignatario pierde la asignación.

**B.** El favorecido con la asignación tiene derecho a una parte proporcionada del objeto.

**C.** El resto del valor de la cosa asignada acrecerá a la herencia, si el testador no hubiese ordenado otra cosa<sup>20</sup>.

---

19. Art. 1101 C.

20. Art. 1107 C.

El modo presenta diferencias con la condición:

A. La condición suspensiva suspende la adquisición del derecho; el modo no.

B. Si no se cumple la condición se extingue el derecho; por el contrario en el modo no, sólo que exista cláusula resolutoria.

C. La condición no puede cumplirse por equivalencia; en cambio el modo sí, de acuerdo con el art. 1104 C.

## BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRVIA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit., Tomo III, p. 101 y sigts. BORJA SORIANO, Manuel. Ob. cit., Tomo II, p. 35 y sigts. BUSSO, Eduardo B. Ob. cit., Tomo III, p. 552 y sigts. CASTAN TOBEÑAS, José. Ob. cit., Tomo III, p. 191 y sigts. CLARO SOLAR, Luis. Ob. cit., Tomo X, Vol. I, p. 263 y sigts. COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H. Ob. cit., Tomo III, p. 401 y sigts. COLMO, Alfredo. Ob. cit. p. 184 y sigts. COSIO, Alfonso de. Ob. cit., p. 211 y sigts. CRUZ, Fernando. Ob. cit., Tomo III, p. 14 y sigts. DIEGO, Felipe Clemente de. Ob. cit., Tomo II, p. 84. ESCOBAR RIFFO, Francisco. **Síntesis del Derecho Civil**. Editorial Universitaria, S.A. Santiago de Chile. 1958. Tomo I, p. 171 y sigts. GARCIA GOYENA, Florencio D. Ob. cit., p. 562 y sigts. GAUDEMET, Eugene. Ob. cit., p. 103 y sigts. GIORGI, Jorge. ob. cit., Vol. IV, P. 405 y sigts. GOMEZ DE LA SERNA, Pedro de y MONTALBAN, Juan Manuel D. Ob. cit., Tomo II, p. 198. GUTIERREZ y GONZALEZ, Ernesto. Ob. cit., p. 697 y sigts. MACHADO, José Olegario. Ob. cit., Tomo II, p. 265 y sigts. MANRESA y NAVARRO, José María. Ob. cit., Tomo VIII, P. 158 y sigts. MAZEAUD Henri, MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean. Ob. cit., 2ª. parte. Vol. III, p. 284 y sigts. MEJIA MORENO, Luis. Ob. cit., p. 73 y sigts. MEZA BARROS, Ramón. Ob. cit., p. 103 y sigts. OSSORIO MORALES, Juan. Ob. cit., p. 96 y sigts. PALACIO P., H. Gustavo. Ob. cit., p. 68 y sigts. PEREZ VIVES, Alvaro. Ob. cit., Vol. III, p. 21 y sigts., p. 327. PUIG BRUTAU, José. Ob. cit., Tomo I, Vol. II, p. 141 y sigts. REVET NAVARRO, Antonio. **Los términos de gracia en el cumplimiento de las obligaciones**. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1975. RICCI, Francisco. Ob. cit., Tomo XIII, p. 197 y sigts. RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Ob. cit., Tomo V, p. 360 y sigts. RODRIGUEZ BUSTAMANTE, Lino. Ob. cit., p. 184 y sigts. ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Derecho Civil Mejicano**. Editorial Cultura, T.G., S.A. México. 1952. Tomo V, Vol. III, p. 468 y sigts. SALVAT M., Raymundo. Ob. cit., Tomo I, p. 600 y sigts. SANTOS BRIZ, Jaime. ob. cit., Tomo III, p. 117 y sigts. SELVA, Buenaventura. Ob. cit., p. 276 TALENTO AMATO, Carlos P. **Obligaciones a plazo**. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo XXII, p. 365 y sigts. URIBE-HOLGUIN, Ricardo. **Condiciones que deben cumplirse a término**. Ob. cit., p. 117 y sigts. VALVERDE y VALVERDE, Calixto D. Ob. cit., Tomo III, p. 151 y sigts. VELEZ, Fernando. Ob. cit., Tomo VI, p. 119 y sigts.

## Capítulo III

### Obligaciones condicionales

*SUMARIO: 1. Concepto y características de la condición. 2. Modo de cumplir las condiciones. 3. Clasificación de las condiciones: A. Expresas y tácitas. B. Positivas y negativas. C. Determinadas e indeterminadas. D. Posibles e imposibles. E. Lícitas e ilícitas. F. Potestativas, casuales y mixtas. G. Suspensivas y resolutorias. 4. Efectos de las condiciones: A. Estados en que se pueden encontrar las condiciones: a) Pendientes; b) Cumplidas; c) Fallidas. 5. Efectos de la condición suspensiva: A. Pendiente. B. Fallida. C. Cumplida. D. Retroactividad de la condición. 6. Efectos de la condición resolutoria: A. Clases de condiciones resolutorias. B. Condición resolutoria ordinaria: a) Concepto; b) Efectos: i) Pendiente; ii) Fallida; iii) Cumplida. C. Condición resolutoria tácita: a) Su regulación y fundamento; b) Su aplicación especial en varios artículos del Código Civil; c) No opera de pleno derecho; d) Efectos; e) Se concede al contratante diligente; f) Aplicación a los contratos unilaterales; g) Condiciones para su procedencia; h) Diferencias con la condición ordinaria. 7. El pacto comisorio: A. Concepto y regulación. B. No opera de pleno derecho. C. El pacto comisorio puede estipularse en cualquier contrato. D. Efectos. E. No cabe en la venta de muebles. F. Efectos del aplazamiento del pago del precio con relación a terceros. G. Prescripción de la condición resolutoria tácita y del pacto comisorio. H. Plazo del pacto comisorio. I. Diferencias con la condición resolutoria tácita. 8. Pacto comisorio con cláusula ipso iure.*

#### 1. Concepto y características de la condición

Las obligaciones condicionales están reguladas en el Capítulo IV, Título I, Libro III del Código Civil.

El art. 1878 inc. 1 C. expresa que la obligación es condicional cuando su existencia o resolución depende de un acontecimiento futuro e incierto.

De la anterior disposición se desprende que la condición se caracteriza por dos circunstancias: futureidad e incertidumbre. Por eso se define la condición

---

1. Según Colmo el hecho puede ser de cualquier naturaleza: físico (una lluvia, una granizada, etc.), humano (un nacimiento, la llegada de un barco, la terminación de una guerra, etc.), y dentro de este último, individual o social, nacional o internacional. Más aún; puede no ser jurídico. Tal pasa en los ejemplos citados. Lo sería cuando entrañase el consiguiente valor: si A realiza tal compra, si B efectúa este pago, etc. (Ob. cit., p. 149).



como un hecho futuro e incierto del cual depende la existencia o resolución de un derecho<sup>1</sup>.

Si la condición se refiere a un hecho pasado o presente, no existe condición, aunque sea ignorado por las partes al celebrar el contrato. Puede acontecer que el hecho pasado haya sucedido o no. En el primer caso la obligación es pura y simple. En el segundo caso no hay obligación. Lo expuesto resulta de aplicar el art. 1088 C. que se refiere a las asignaciones testamentarias. Creo que es aplicable, pues todas las disposiciones relativas a las asignaciones testamentarias son aplicables en cuanto no pugnen con lo dispuesto en las obligaciones condicionales.

Las disposiciones que regulan a una son aplicables a la otra en cuanto no se opongan a las reglas especiales. En el art. 1087 inc. 2 C. se dispone que las asignaciones testamentarias se sujetan a las obligaciones condicionales con las modificaciones de los artículos que las regulan especialmente.

Juan le compra a Diego treinta vaquillas siempre que en su inventario encuentre menos de doscientas. Si existen menos de doscientas la venta es pura y simple. Si existen más de doscientas no hay venta. Pedro le vende a José el inmueble X si ayer la temperatura subió a más de treinta grados. Si subió a más de treinta grados hay venta pura y simple. Si no subió a más de treinta grados no hay venta. Te vendo el inmueble X si Juan es médico. Si es médico hay venta pura y simple. Si no es médico no hay venta.

El art. 1181 del Código francés se aparta de la solución expuesta, pues se considera condición al suceso ya acaecido, pero aún ignorando por las partes, sin que se suspenda el nacimiento del derecho. No obstante, la doctrina estima que una obligación así constituida no es condicional.

Lo que caracteriza a la condición es la incertidumbre de la realización del hecho. Puede acontecer o no acontecer. No se puede prever con certidumbre. La incertidumbre caracteriza a la condición y la distingue del plazo. De aquí que la muerte de una persona sea un plazo. El día de la muerte llegará (día cierto), pero no se sabe cuándo (plazo indeterminado)<sup>2</sup>.

El art. 1896 C. dispone que la obligación para cuyo cumplimiento se ha señalado un día cierto sólo será exigible cuando el día llegue. Si la incertidumbre consiste en si ha de llegar o no el día, la obligación es condicional.

No obstante, si a la muerte se le agregan otras circunstancias de realización problemática, será condición. Si Juan muere antes del 7 de diciembre de 1981. Si José muere de cáncer.

---

2. Ossorio Morales sostiene que el hecho ha de ser incierto en cuanto al sí, es decir, en cuanto si ha de producirse o no (te daré cien pesos cuando termines la carrera de abogado, hecho que puede o no tener lugar). Si sólo es incierto en cuanto al cuándo, es decir, si sabiéndose con seguridad que ha de producirse, lo único que queda incierto es el momento en que se producirá, no se trata de una condición, sino de un término (pagaré el precio si Ticio muere, hecho que seguramente ocurrirá, aun cuando existe incertidumbre de cuándo ocurrirá). (Ob. cit., p. 90).



## 2. Modo de cumplir las condiciones

Toda condición debe cumplirse de la manera que las partes han querido o entendido verosímilmente que lo fuere, dice el art. 1886 C. Por otra parte, no debe cumplirse por equivalencia (Doy a Pedro C\$10.000 si se recibe de abogado, y Pedro se recibe de médico).

El cumplimiento de la obligación no es exigible si no se verifica totalmente el hecho en que consiste. No puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional, sino verificada la condición totalmente, así lo dispone el art. 1892 inc. 1 C.

## 3. Clasificación de las condiciones

A las condiciones podemos agruparlas en la clasificación siguiente: expresas y tácitas; positivas y negativas; determinadas e indeterminadas; posibles e imposibles; lícitas e ilícitas; potestativas, casuales y mixtas; suspensivas y resolutorias.

### A. Expresas y tácitas

Expresa es la que resulta de la voluntad de los otorgantes. Tácita es, por ejemplo, la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo estipulado, que va siempre implícita en los contratos bilaterales a tenor del art. 1885 C.

### B. Positivas y negativas

La condición positiva consiste en que suceda un hecho; ir a México; tener un hijo; graduarse de abogado. La condición negativa consiste en que no suceda el hecho: no ir a México; no tener un hijo; no graduarse de abogado<sup>3</sup>.

### C. Determinadas e indeterminadas

Es determinada cuando si ha de suceder el hecho, se sabe cuándo: ir a Europa antes de dos años; casarse con María antes de dos años.

Es indeterminada cuando se ignora si el hecho sucederá y cuándo: ir a Europa; casarse con María.

---

3. Colin y Capitant expresan que la condición es positiva o afirmativa cuando el efecto del acto está subordinado a la realización de un acontecimiento previsto. Ejemplo: os compro vuestra casa si me caso dentro de un año. Es negativa cuando, por el contrario, el acto sólo debe producir su efecto si el acontecimiento no se realiza. Ejemplo: os vendo mi casa si no me caso dentro de un año (Ob. cit., Tomo III, p. 338).

#### D. Posibles e imposibles

La condición es posible cuando el hecho que constituye es físicamente posible que se realice: si vas a Honduras.

La condición es imposible cuando el hecho en que consiste no puede acontecer de acuerdo con las leyes de la naturaleza física: tocar el cielo con el dedo; trazar un triángulo sin ángulos; contar los granos de arena del mar; beberse el agua del lago Cocibolca; comerse doscientas libras de carne en un día, etc.

Es necesario, dice Pothier, para que una condición sea válida y pueda suspender la obligación, que sea la condición de una cosa posible, lícita y que no sea contraria a las buenas costumbres<sup>4</sup>.

El art. 1880 C. se aparta de la doctrina general, de la solución dada por otros códigos y de varias disposiciones que establecen que las obligaciones y contratos deben tener un objeto posible lícito, lo mismo que una causa lícita<sup>5</sup>. Dicho artículo establece que toda condición imposible, y las contrarias a las leyes o buenas costumbres, se tiene por no puesta.

Esta solución no debe ser aceptada, pues las condiciones imposibles o ilícitas anulan la obligación, de acuerdo con los arts. 2474 y 2476 C., pero es preciso hacer la distinción siguiente: si es positiva y suspensiva anula la obligación (te vendo el inmueble X si vas al Sol); si es negativa y resolutoria se tiene por no puesta (te doy en comodato el inmueble X hasta el día que toques el cielo con los dedos).

En materia de asignaciones testamentarias y donaciones entre vivos, en cambio, la condición imposible y la ilícita se tienen por no puestas y en nada perjudican al heredero, legatario y donatario, aún cuando se disponga lo contrario por el testador y el donante, de acuerdo con los arts. 950 inc. 2 y 2784 C. Por el contrario, el art. 1104 C. dispone que, si el modo es por su naturaleza imposible o inductivo a hecho ilegal o inmoral, no valdrá la disposición.

La diferencia de trato ha dado lugar a inquietudes en la doctrina, ya que no se presentan argumentos sólidos para hacer tal distinción, por lo que muchos autores piensan que el criterio que debe dominar es el que rige en materia de las obligaciones, porque someter a un acto o contrato a una condición imposible es en realidad no querer dicho acto o contrato. Agregan que la explicación solamente es de carácter histórico.

Según Colmo, la imposibilidad no tiene por qué ser absoluta, objetivamente necesaria. Una desproporción evidente entre el medio y el fin puede establecerla perfectamente: doy cien pesos con la condición de que se realice un viaje a Europa o de que se haga un túnel entre Buenos Aires y Montevideo, etc. Ni el viaje, ni el túnel son absolutamente imposibles. Todo es asunto de medios: tiempo, recursos económicos y científicos, etc. Pero si los cien pesos son el medio de

4. Ob. cit., p. 119.

5. Arts. 1874, 2211 inc. 1, 2437 inc. 3, 2474 y 2478 C.

6. Ob. cit., p. 155.

tales fines, la desarmonía es tan palmaria que la dificultad se convierte en obstáculo y en una perfecta imposibilidad<sup>6</sup>.

### E. Lícitas e ilícitas

Son ilícitas las condiciones que consisten en hechos prohibidos por la ley o contrarios a las buenas costumbres: si matas a Juan. Estas condiciones, como expuse anteriormente, anulan la obligación.

Son lícitas las que no se oponen a la ley ni van contra la moral, el orden público y las buenas costumbres: si te graduas.

### F. Potestativas, casuales y mixtas

El art. 1879 inc. 2 C., dispone que es potestativa la condición, cuando depende de la voluntad de una de las partes (acreedor o deudor). Ejemplo de potestativa del deudor: te vendo mi carro Ford si decido venderlo. Ejemplo de potestativa del acreedor: te pago 100 córdobas si me limpias la casa.

La condición es casual, dice el art. 1879 inc. 1 C., cuando depende enteramente del acaso. Ejemplo: si mueres antes de diciembre de 1983; si el volcán Santiago deja de echar humo.

La condición es mixta, dice el art. 1879 inc. 2. C., cuando depende a un mismo tiempo de la voluntad de una de las partes contrayentes y de la voluntad de un tercero o del acaso. Ejemplo: si tú y Juan van a Miami (depende de una de las partes y de un tercero).

La condición puramente potestativa no es válida. A ella se refiere el art. 1881 C., que dice: “La obligación contraída bajo una condición que la hace depender de la pura voluntad de aquel que se ha obligado, es nula”. Ejemplo: te vendo mi carro si quiero<sup>7</sup>.

De la disposición transcrita se deduce que la nulidad sólo se refiere a la condición puramente potestativa del deudor, por lo que es válida la puramente potestativa del acreedor. Por ejemplo: **a)** La venta a prueba o al gusto (te vendo vino si te gusta). El art. 2581 inc. 2 C. dice: “Si se estipula que se vende a prueba, se entiende no haber contratado mientras el comprador no declara que le agrada la cosa de que se trata, y la pérdida, deterioro o mejora pertenece entre tanto al vendedor”. **b)** La promesa de venta unilateral: te prometo vender por C\$50.000 el inmueble X si tu deseas comprarlo. **c)** El pacto de retroventa: vendo a Juan el inmueble X por C\$60.000, pero me reservo el derecho de recuperar dicho inmueble mediante la restitución del precio recibido. El art. 2676 C. dice: “Venta con pacto de retroventa, es la que se hace con la cláusula de poder el vendedor

7. Según Colin y Capitant la condición puramente potestativa por parte del deudor no anula la obligación cuando es resolutoria. En caso de contrato este es puro y simple; las obligaciones creadas por él nacen inmediatamente, pero cada una de las partes se reserva el derecho de resolverlo cuando quiera (Ob. cit., Tomo III, pp. 382 y 383). Meza Barros opina en igual forma (Ob. cit., p. 59).

recuperar la cosa vendida entregada al comprador, restituyendo a éste el precio recibido, con exceso o disminución”.

### **G. Suspensivas y resolutorias**

Es suspensiva, dice el art. 1878 inc. 2 C., la condición que hace depender la obligación de un acontecimiento futuro e incierto. La existencia de la obligación y del derecho correlativo se subordinan a un hecho futuro e incierto. Ejemplo: te doy en arriendo el inmueble X si te casas con María.

Es resolutoria, dice el art. 1878 inc. 3 C., cuando verificándose reponen las cosas en el estado que tenían, como si la obligación no se hubiere contraído. En esta condición la obligación ha nacido, pero su extinción se somete a un acontecimiento futuro e incierto. Mientras la condición no se cumpla produce todos sus efectos como si fuere simple. Ejemplo: Juan da en arriendo el inmueble X a Pedro hasta que éste se vaya a México<sup>8</sup>.

En la doctrina se estima que en el fondo sólo hay una condición, la suspensiva. La condición que es suspensiva para uno, es resolutoria para el otro. El acto bajo condición resolutoria no es condicional, es puro y simple, lo condicional es la resolución. La condición suspensiva pone en suspenso el nacimiento de la obligación y su resolución. Ejemplo: el derecho del comprador, en la resolución de la venta por falta de pago, se extingue en virtud de una condición resolutoria; pero esta misma condición opera en forma suspensiva para el vendedor, ya que una vez cumplida recuperará la cosa vendida, derecho que se encuentra en suspenso mientras pende la condición.

## **4. Efectos de las condiciones**

### **A. Estados en que se pueden encontrar las condiciones**

#### **a) Pendientes**

---

8. Para Colin y Capitant la condición es suspensiva cuando tiene por objeto la creación de una relación de derecho (daré 10,000 francos si os casáis, aseguro mi inmueble y el asegurador se obliga a indemnizarme, si es destruido por un incendio). La obligación está en suspenso. La condición es resolutoria cuando tiene por objeto la extinción de un vínculo de derecho (os doy 10,000 francos, pero la donación será resuelta si fallecéis antes que yo). El vínculo de derecho se formó inmediatamente y produce sus efectos como si fuera puro y simple, pero su desaparición está subordinado a la llegada del hecho previsto (Ob. cit., p. 380). Para Colmo es suspensiva o resolutoria la condición según que el hecho condicional haga adquirir o resolver un derecho. Señala como ejemplos de la suspensiva: compraré el vino si me gusta. A será mi heredero si a mi fallecimiento ha logrado un título universitario. En estos casos la manifestación de que el vino me gusta, me hace adquirir la calidad de comprador y al dueño la calidad de vendedor. Y el logro del título universitario por parte de A le hace adquirir la calidad de heredero. Como ejemplos de la resolutoria señala los siguientes: compro esta casa, pero si después de un mes de la compra encuentro otra de precio más acomodado, la venta quedará resuelta; o bien dono esta casa a A, mas la donación quedará resuelta si éste no cumple con la obligación que le impongo, de que levante en el plazo de un año un monumento a mi memoria. En ambos casos el cumplimiento del hecho condicional resuelve el derecho ya adquirido por el comprador (y por el vendedor, claro está) o por el donatario (Ob. cit., pp. 149 y 150).

La condición está pendiente cuando no se ha realizado el hecho en que consiste: si Juan se gradúa de abogado, y lleva dos años de estudios. Pendiente la condición se encuentra en suspenso la adquisición del derecho, si la condición es suspensiva. Por el contrario, si la condición es resolutive lo que se suspende es la extinción del derecho.

### **b) Cumplidas**

La condición está cumplida cuando se realiza el hecho en que consiste. Juan se gradúa de abogado. Cumplida la condición nacerá el derecho, si es suspensiva; si es resolutive, se extinguirá.

### **c) Fallidas**

La condición está fallida cuando no se verifica el hecho, si es positiva, o se verifica, si es negativa. Si falla la condición y ésta es suspensiva, no se forma la obligación. Si falla la condición y es resolutive, se consolida la obligación.

Para saber cuándo está cumplida o fallida la condición, es preciso hacer la distinción siguiente:

**i)** Si la condición es positiva y se señaló un plazo para la realización del hecho, se estimará cumplida si el acontecimiento sucede dentro del plazo: si Juan va a México antes del 24 de diciembre de 1988, y efectivamente Juan va a México el 7 del mencionado mes y año. Por el contrario, si el hecho no sucedió dentro del plazo señalado, se estima fallida la condición: pasó el 24 de diciembre de 1988 y Juan no fue a México. También falla la condición cuando se sabe de manera cierta que el hecho no se va a verificar: si Juan se gradúa de médico antes de los veinticinco años y Juan fallece a los veinte sin haberse graduado.

**ii)** Si la condición es positiva y no se ha señalado plazo, se puede cumplir en cualquier tiempo. Se encuentra fallida (no cumplida) si en cualquier tiempo se tiene la certeza que el acontecimiento no sucederá: si te casas con María, y ésta se muere.

**iii)** Si la condición es negativa y se ha fijado un plazo, se juzgará cumplida si transcurre el plazo sin que el acontecimiento suceda: que Juan no cabalgue en el caballo Lucero durante dos años, y transcurren los dos años sin que Juan cabalgue en el mencionado caballo; o bien cuando sea cierto que no se verificará el hecho, aun cuando no se haya vencido el plazo: muere Lucero antes de los dos años. Si no se ha fijado el plazo no se tiene por cumplida, sino cuando es cierto que el acontecimiento no ha de cumplirse: si no cabalgas Lucero, y éste muere. La condición negativa está fallida cuando el acontecimiento sucede: Juan cabalga el caballo Lucero. Si hay plazo, dentro del plazo; si no lo hay, en cualquier momento.

La condición se tiene por cumplida cuando el obligado bajo condición, impide su cumplimiento<sup>9</sup>. Ejemplo: José da C\$10.000 a Pedro si se casa con Rosa; y José, para impedir su cumplimiento, mata a Rosa.

## 5. Efectos de la condición suspensiva

### A. Pendiente

Pendiente la condición suspensiva, impide el nacimiento del derecho y de la obligación correlativa, por cuanto la obligación depende de un acontecimiento incierto. No obstante, el vínculo existe y el acreedor tiene un germen de derecho, un derecho imperfecto.

De lo expuesto se deducen las circunstancias siguientes:

a) Mientras la condición esté pendiente no se puede exigir el cumplimiento de la obligación. Dice el art. 1892 Inc. 1 C.: “No puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional, sino verificada la condición totalmente”.

b) El deudor no está obligado a cumplir la obligación y, como consecuencia, puede repetir lo pagado. Así lo establece el art. 1892 inc. 2 C.: “Todo lo que se hubiere pagado antes de efectuarse la condición suspensiva, podrá repetirse mientras no se hubiere cumplido”. Ejemplo: doy C\$10.000 si Juan va a México, y le pago antes del viaje. Existe en este caso un pago de lo no debido. Pero si se cumple la condición con posterioridad al pago, ya no cabe repetir.

c) Mientras esté pendiente la condición no empieza a correr la prescripción. Una vez cumplida sí empieza a correr. Así se desprende del art. 924 C., que dice: «Por lo general, el término para la prescripción de acciones, comenzará a correr desde el día en que la obligación sea exigible».

Ya se dijo que el acreedor condicional tiene un germen de derecho, lo que se manifiesta de la manera siguiente:

i) Pendiente la condición, el acreedor puede ejecutar todos los actos que tiendan a conservar sus derechos<sup>10</sup>. Estas medidas conservatorias tienden a cautelar el derecho eventual del acreedor. El legislador no las ha enumerado, pero podrían ser medidas tales como: el inventario, la fianza, el depósito. Queda al criterio del Juez conceder estas medidas. Existen varios artículos del Código Civil que contemplan este derecho:

Art. 1132 inc. 2 C.: “El legatario, bajo una condición suspensiva o de un término incierto, puede antes de llegar el término o la condición, ejercer los actos conservatorios de su derecho”.

Art. 2680 inc. 1 C.: “Mientras pendiese la condición, ni el vendedor tiene obligación de entregar la cosa vendida, ni el comprador de pagar el precio, y sólo tendrá derecho para exigir las medidas conservativas”.

---

10. Art. 1891 C.

Art. 3835 C.: “Si lo estuviere a una condición suspensiva, el acreedor puede pedir que los fondos se depositen, si los acreedores posteriores no prefieren darle una fianza hipotecaria de restituir el dinero recibido por ellos, en el caso que la condición llegue a cumplirse”.

En la doctrina se discute si el acreedor condicional puede ejercitar la acción pauliana, la acción subrogatoria o indirecta y la de simulación. Un sector doctrinal piensa que dichas acciones deben concederse a los acreedores a término y condicionales, en primer lugar, porque representan medidas conservativas y, en segundo lugar, los arts. 1870 y 2226 C., que se refieren a las dos primeras, no hacen distinción entre acreedores simples y condicionales. Otros, distinguen si el acreedor está sujeto a una condición resolutoria o suspensiva. Al primero le conceden dichas acciones, por cuanto tiene un derecho ya formado, pero no al segundo que solamente tiene un germen de derecho.

ii) Si fallece el acreedor estando pendiente la condición, se trasmite el derecho a sus herederos. El art. 1895 C. dice: “El derecho del acreedor que falleciere en el intervalo entre el contrato condicional y el cumplimiento de la condición, se trasmite a sus herederos, y lo mismo sucede con la obligación del deudor.

Esta regla no se aplica a las asignaciones testamentarias, ni a las donaciones entre vivos”.

Ejemplo: José vende el inmueble X a Diego, si Pedro es electo Diputado. Fallece Diego antes de cumplirse la condición y el germen de derecho pasa a sus herederos. Si Pedro es electo diputado los herederos de Diego tienen un derecho puro y simple. Si muere José antes de cumplirse la condición, la obligación pasa a sus herederos.

Conviene insistir que de acuerdo con el artículo anteriormente transcrito, la obligación condicional es transmisible: José da C\$10.000 a Raúl, si Pedro se recibe de abogado. Si José fallece antes de cumplirse la condición, la obligación pasa a sus herederos.

Como puede verse, tanto el lado activo como el pasivo de la obligación condicional es transmisible de acuerdo con el artículo anteriormente transcrito.

La regla expuesta no se aplica, como hemos visto en el art. 1895 inc. 2 C., a las asignaciones testamentarias, ni a las donaciones entre vivos. Esto tiene su explicación por las razones siguientes: las donaciones y asignaciones testamentarias son actos *instiuto personae*; el asignatario debe existir al abrirse la sucesión y cumplirse la condición<sup>11</sup>. Igual sucede con las donaciones<sup>12</sup>.

El art. 1895 inc. 2 C. sienta una regla que debe interpretarse en su justo alcance. El derecho del acreedor de una donación o asignación testamentaria no se trasmite a sus herederos; en cambio se trasmite la obligación.

Ejemplo: Juan dona a José C\$10.000, si su número es premiado en la lotería. Si José fallece antes que Juan no trasmite nada a sus herederos, porque es

11. Arts. 977 incs. 1 y 2, 1091 inc. 2 y 1155 C.

12. Art. 2758 inc. 2 C.



preciso que exista al tiempo de cumplirse la condición. Por el contrario, si Juan fallece, sus herederos deben cumplir la obligación.

Si la cosa perece o se deteriora pendiente la condición, de conformidad con el art. 1882 C. se observarán las reglas siguientes:

- **Si la cosa perece enteramente sin culpa del deudor**, la obligación se reputa no contraída. En este supuesto el contrato se frustra, no hay contrato. Ejemplo: Juan le vende a José su carro Ford si se casa con María, y antes del casamiento se destruye el carro. Ni Juan está obligado a entregar el carro, ni José el precio de la venta. En este caso el riesgo lo soporta el deudor.

- **Si la cosa perece enteramente por culpa del deudor**, éste queda obligado para con el acreedor al pago del precio y de los daños. En este supuesto la obligación subsiste, pero cambia de objeto: el precio y los daños. Esta regla se indica en el art. 2166 inc. 1 C.

- **Si la cosa se deteriora sin culpa del deudor**, el acreedor debe recibirla en el estado en que se encuentre, sin disminución de precio.

- **Si la cosa se deteriora por culpa del deudor**, el acreedor tiene derecho de resolver la obligación, o de exigir la cosa en el estado en que se encuentre, además del pago de los daños.

## **B. Fallida**

Si falla la condición suspensiva, no logra formarse el derecho del acreedor, se pierde la expectativa. Como consecuencia: se extinguen las medidas conservativas, si el acreedor las había solicitado; puede el deudor repetir lo pagado pendiente la condición; las enajenaciones que hubiese hecho el deudor quedan consolidadas.

## **C. Cumplida**

Cumplida la condición nace el derecho y la obligación correlativa, por lo que el acreedor puede demandar el cumplimiento de la obligación; no se podrá repetir lo pagado pendiente la condición; principia a correr la prescripción, pues se torna exigible la obligación.

## **D. Retroactividad de la condición**

Cumplida la condición, retrotrae sus efectos al día en que la obligación ha sido contraída, dice el art. 1890 C.

Cumplida la condición suspensiva se considera que el derecho del acreedor nació, en forma pura y simple, desde la celebración del contrato. Si falla la condición se estima que no han existido derecho y obligación. Equivale a que el contrato no se haya concluido.

Cumplida la condición resolutoria se estima que la obligación nunca ha existido. El acto está resuelto desde el día de su celebración. Fallida la condición



se considera que el acto nació puro y simple, sin estar sujeto a condición. Se produce la consolidación del acto.

La retroactividad tiene las aplicaciones siguientes:

**a)** La transmisión del derecho y de la obligación correlativa condicional tiene explicación mediante el efecto retroactivo de la condición cumplida.

Si el derecho sólo existiera desde el momento de cumplirse la condición, no se puede explicar la transmisión del derecho y de la obligación. No se puede transmitir lo que no se tiene, o a lo que no se está obligado.

**b)** Se resuelven las enajenaciones o gravámenes que hubiese hecho el deudor pendiente la condición. Ejemplo: le doy mi casa a Juan, si se casa con María; cumplida la condición (Juan se casa con María), las enajenaciones o gravámenes que hubiere hecho quedarán resueltos. Se parte del hecho de que no ha tenido derecho desde la celebración del acto.

**c)** Si se realiza el pago pendiente la condición y después se cumple, ya no cabe la repetición.

**d)** Si una ley posterior modifica el contrato condicional, no lo puede afectar, pues ya existe un derecho adquirido.

El art. 3794 C. aplica el efecto retroactivo a la hipoteca en la forma siguiente: “La hipoteca puede constituirse bajo cualquier condición y desde un día cierto, o hasta un día cierto, o por una obligación condicional. Otorgada bajo condición suspensiva o desde día cierto, no tendrá valor sino desde que se cumpla la condición o desde que llegue el día; pero cumplida la condición o llegado el día, será su fecha la misma en que se hubiere tomado razón de ella en el Registro de la Propiedad. Si la hipoteca fuere por una obligación condicional, y la condición se cumpliera, tendrá un efecto retroactivo al día de la convención hipotecaria”.

Los juristas chilenos ven en los arts. 1490 y 1491 (modelos de nuestros arts. 1893 y 1894 C.) excepciones al principio de la retroactividad a favor de los terceros de buena fe. Las enajenaciones subsisten en manos de los terceros de buena fe. Otro caso de excepción está contemplado en el art. 1884 C.

## **6. Efectos de la condición resolutoria**

### **A. Clases de condiciones resolutoria**

La condición resolutoria puede ser de tres clases: condición resolutoria ordinaria, condición resolutoria tácita y el pacto comisorio.

### **B. Condición resolutoria ordinaria**

#### **a) Concepto**

Consiste en un hecho futuro e incierto que no sea el incumplimiento de la obligación. Ejemplo: te vendo mi casa, pero quedará sin efecto la venta cuando te gradúes de abogado.

La condición resolutoria ordinaria opera de pleno derecho. El derecho se extingue *ipso jure*, sin necesidad de demanda, sentencia y poner en mora al deudor. El Juez que conoce del conflicto sobre su cumplimiento solamente constata que ya se extinguió el contrato. El suyo, dice Alessandri, es el papel que le corresponde al médico en presencia de un cadáver<sup>13</sup>, lo cual significa que la sentencia es declarativa y no constitutiva de la resolución. Por eso en la doctrina se sostiene que se produce una resolución contractual (originada en la voluntad de las partes), en oposición a la resolución judicial que se da en la condición resolutoria tácita.

Pertencen a esta especie de condición: el pacto de retroventa, el pacto de reventa, el *pactus displicentiae* y todos los pactos resolutorios establecidos por las partes.

#### **b) Efectos**

Para el estudio de los efectos de la condición resolutoria es preciso averiguar el estado en que se encuentra: pendiente, fallida o cumplida.

##### **i) Pendiente**

La condición resolutoria no impide el nacimiento del derecho y el acto produce sus efectos como si fuera puro y simple. Como consecuencia, el acreedor puede demandar el cumplimiento de la obligación y, si el título es traslativo, el adquirente se hace dueño de la cosa. La incertidumbre consistirá si el acto subsistirá o se extinguirá por el evento de la condición.

Al acreedor se le conceden medidas conservativas. Por ejemplo, el art. 2681 inc.1 C. dice: “Cuando la condición fuere resolutoria, la compra y venta tendrá los efectos siguientes: 1º. El vendedor y comprador quedarán obligados como si la venta no fuere condicional, y si se hubiere entregado la cosa vendida, el vendedor, pendiente la condición, sólo tendrá derecho a pedir las medidas conservatorias de la cosa”.

Por otra parte, el art. 3834 C. dice: “Si el crédito estuviere sometido a una condición resolutoria, el acreedor puede pedir una colocación actual, dando fianza de restituir la suma que se le asigne, en el caso del cumplimiento de la condición”.

##### **ii) Fallida**

Si la condición falla, el acreedor o adquirente consolida su derecho. El acto pasa a ser puro y simple. Por ejemplo: Juan le vende a Pedro el inmueble X, y si éste se casa con María quedará extinguida la venta. Si muere María antes del

13. Ob. cit., p. 73.

14. Art. 1878 inc. 3 C.

casamiento falla la condición y la venta quedará firme, como si fuera simple, sin ninguna condición.

### iii) Cumplida

Cumplida la condición, se reponen las cosas en el estado que tenían, como si la obligación no se hubiere contraído<sup>14</sup>. Con relación a las partes, el cumplimiento de la condición resolutoria produce los efectos siguientes:

#### - Debe restituirse lo que se recibe

El art. 1883 C. expresa que cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición, a menos que ésta haya sido puesta en favor del acreedor exclusivamente, en cuyo caso podrá éste si quiere, renunciarla; pero será obligado a declarar su determinación si el deudor lo exigiere.

#### - No existe obligación de devolver los frutos

El art. 1884 C. dispone que verificada la condición resolutoria no se devolverán los frutos percibidos en el tiempo intermedio, salvo que la ley, el testador, el donante o los contratantes, según los varios casos, hayan dispuesto lo contrario.

Cumplida la condición resolutoria produce efecto retroactivo y, como consecuencia, el deudor debería devolver los frutos percibidos durante estuvo pendiente la condición; pero dicho artículo establece una limitación a la retroactividad, pues autoriza al deudor a no devolver los frutos.

Con relación a terceros produce los efectos siguientes: si se declara la resolución y la cosa no ha sido enajenada no existe problema, pues debe devolverse al acreedor. Pero si ya fue enajenada, surge un conflicto de intereses entre el acreedor de la cosa y el tercero. En estricto derecho, el tercero resultaría afectado por la resolución del contrato, según el principio que dice: «resuelto el derecho del causante, se resuelve el derecho del causahabiente».

Ejemplo: Juan vende a Pedro el inmueble X, con la condición de que quedará resuelta la venta y devolverá dicho inmueble si se recibe de médico. Pedro vende el inmueble a Carlos. Al recibirse Pedro de médico queda extinguido su derecho y, como consecuencia, debe extinguirse el derecho de Carlos. A ello contribuye también el principio de la retroactividad de la condición.

Sin embargo, los artículos 1893 y 1894 C. sólo afectan a los terceros de mala fe. De acuerdo con los mencionados artículos es preciso distinguir entre bienes muebles e inmuebles.

### - Bienes muebles

El art. 1893 C. expresa: “Si el que debe una cosa mueble a plazo, o bajo condición suspensiva o resolutoria, la enajena, no habrá derecho de reivindicarla contra terceros de buena fe”.

Se sostiene que el artículo transcrito, a pesar de no hacer distinción, se refiere a las ventas hechas por los que tienen o poseen una cosa mueble bajo condición resolutoria, excluyendo la suspensiva, pues ésta impide, en su estado de pendencia, el nacimiento del derecho. No puede vender el que tiene sólo un germen del derecho.

Debe advertirse que el art. 2684 C. prohíbe el pacto comisorio en la venta de muebles, lo que viene a limitar el juego del art. 1893 C.

### - Bienes inmuebles

El art. 1894 C. expresa: «Si el que debe un inmueble bajo condición lo enajena, o lo grava con hipoteca o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen, sino cuando la condición constaba en el título respectivo inscrito o bien otorgado por escritura pública también inscrita».

Se sostiene que el artículo transcrito se refiere a las ventas hechas por los que tienen o poseen una cosa inmueble bajo condición resolutoria, excluyendo la suspensiva, pues ésta impide, en su estado de pendencia, el nacimiento del derecho. No puede vender quien tiene sólo un germen de derecho.

No comparto el anterior criterio, ya que el art. 1894 C. no distingue entre condición resolutoria y suspensiva. Para una mejor comprensión de su alcance es preciso relacionar su juego con el Registro.

Los arts. 1894, 2666, 3950 incs. 2 y 3, 3958 inc. 2 C., y los arts. 8 incs. 2, 3 y 15 R.R.P. permiten la inscripción de los actos sujetos a una condición suspensiva o resolutoria<sup>15</sup>. Tanto el que transmite como el que adquiere bajo una condición suspensiva o resolutoria puede enajenar con posterioridad su derecho. El Registro anuncia la situación de ambas titularidades y el adquirente no puede alegar ignorancia de ellas. Las adquisiciones de estos terceros son inscribibles<sup>16</sup>.

Por otra parte, si la condición no consta en el Registro no puede afectar a los terceros de buena fe que reúnan todos los requisitos para ser protegidos por el Registro.

---

15. En el sistema alemán en el Registro sólo consta el acuerdo real de transmisión y el acto causal sujeto a una condición suspensiva o resolutoria sólo entra al Registro con fines de garantía, por medio de una anotación preventiva.

16. Roca Sastre acepta que el transmitente y el adquirente bajo condición suspensiva puedan enajenar sus derechos pero se niega a aceptar la inscripción de la enajenación que de su expectativa hace el adquirente. Agrega que teóricamente nada se opone a admitirla, pero advierte que no está prevista la inscripción y que complicaría a gran escala la claridad de los libros del Registro.

### **C. Condición resolutoria tácita**

#### **a) Su regulación y fundamento**

El hecho futuro e incierto de que depende la condición resolutoria tácita es el incumplimiento de la obligación. Esta condición es negativa y simplemente potestativa. Va implícita en los contratos bilaterales, por lo que no es necesaria pactarla; de aquí que se denomine tácita.

La regula el art. 1885 C., que dice: «La condición resolutoria va siempre implícita en los contratos bilaterales para el caso de que uno de los contrayentes no cumpliera su obligación.

En este caso, el contrato no se resuelve de pleno derecho. La parte respecto de la cual no se ha ejecutado la obligación, tiene la elección, o de obligar a la otra a la ejecución del contrato, si es posible, o de pedir su resolución además del pago de los daños y perjuicios en ambos casos».

En el Derecho romano esta condición no funcionaba en forma implícita. Existía la *lex comisoria*, una cláusula en virtud de la cual se resolvía el contrato por falta de cumplimiento. Fue el Derecho francés que la creó, subentendiéndola.

La condición resolutoria tácita se funda en la equidad. El legislador al presumirla, interpreta las presuntas voluntades de las partes.

Los causalistas, liderados por Capitant, explican su fundamento basados en la teoría de la causa. En los contratos bilaterales la causa de la obligación de una de las partes es la obligación de la otra. El vendedor se obliga a entregar la cosa porque el comprador se obliga a entregar el precio, por lo que si una parte no cumple, le falta la causa a la obligación de la otra, lo que da pie a la resolución del contrato. La explicación causalista ha sido duramente cuestionada. Se hacen las críticas siguientes:

**i)** La condición resolutoria se funda en razones de equidad, pues si un contratante no cumple es natural que el legislador autorice al otro para terminar el contrato;

**ii)** El art. 1885 C. no sólo autoriza la resolución del contrato, sino también su cumplimiento, lo que equivale a aceptar que existe la causa, pues de otra forma se estaría cumpliendo una obligación sin causa;

**iii)** Entre las obligaciones de los contratantes existe una interdependencia, que es el fundamento para pedir la resolución si uno de los contratantes no cumple.

#### **b) Su aplicación especial en varios artículos del Código Civil**

La condición resolutoria tácita tiene aplicación especial en los artículos siguientes:

---

17. Nota al artículo 2665 C.

i) 2751, 2752 y 2753 C. que se refieren a la permuta.

ii) 2933, 2935, 2940 y 2942 C. y sigts. que se refieren al arrendamiento.

En este contrato se usa el término rescisión como sinónimo de resolución. Aquí actúa viendo el futuro.

iii) 3228 y 3284 C. que se refieren a la sociedad.

iv) 3645 C. que se refiere a la renta vitalicia. El art. 3646 C., que regula la renta vitalicia no autoriza a demandar la resolución del contrato por falta de pago de las prestaciones, salvo que se haya estipulado el pacto comisorio. El mencionado artículo constituye una excepción al art. 1885 C., pues a pesar de ser la renta vitalicia un contrato bilateral no se resuelve por la causa expuesta, sino se estipula el pacto comisorio; es preciso, pues, el pacto comisorio.

Los anotadores del Código, doctores Cuadra Zavala, Argüello Vargas y Carlos Morales, observan que los artículos 2597 y 2665 C., tomados del Código de Argentina, ponen restricciones al derecho de resolución en el contrato de compra-venta, no respondiendo así al sistema del artículo 1885 C., inspirado en el sistema francés, diferente al argentino en donde no se subentiende la condición resolutoria, debiendo estipularse el pacto comisorio<sup>17</sup>. El art. 1204 del Código Civil argentino, que desecha a la condición resolutoria tácita, ha sido recientemente reformado aceptando dicha condición (Ley 17.711).

Para que funcione la acción resolutoria tácita, el incumplimiento debe ser de las obligaciones principales (las que constituyen el objeto principal del contrato) y no de las accesorias.

El cumplimiento parcial no excluye el ejercicio de la acción resolutoria, pero es negada cuando lo que falta por ejecutar es muy pequeño, pues sería injusto afectar bajo estas circunstancias a una de las partes del contrato. En este último caso basta una indemnización al demandante. Así lo exige la buena fe en la ejecución de los contratos. La doctrina y jurisprudencia moderna se pronuncia a favor de esta solución, lo mismo que el art. 1455 del Código Civil italiano de 1942, al expresar que «el contrato no puede resolverse si el incumplimiento de las partes tiene escasa importancia, teniendo en cuenta los intereses de la otra parte», y el Código Civil alemán en el art. 325. Debemos reconocer que el tema es discutido, pues no faltan autores que niegan la acción por el incumplimiento parcial.

En el art. 2685 C., que reglamenta la venta con pacto comisorio, se establece que si vencido el plazo del pago, el vendedor recibiere solamente una parte del precio, sin reserva del derecho a resolver la venta, se juzgará que ha renunciado este derecho. Esta disposición es excepcional, por lo que no termina con la regla general de que el cumplimiento parcial no excluye el ejercicio de esta acción.

La doctrina admite la tesis de que incumplimiento defectuoso produce un incumplimiento resolutorio. El Tribunal Supremo de España, por sentencia del 16 de enero de 1930, declaró la resolución de la venta de unas máquinas de moler harina que no eran aptas para mover las piedras y cuyas correas no eran a propósito debido a la humedad del molino.

### c) No opera de pleno derecho

La condición resolutoria tácita no opera de pleno derecho. La resolución la decreta la sentencia judicial. El art. 1885 inc. 2 C. expresamente dice: “Que en este caso el contrato no se resuelve de pleno derecho”. Dos razones se invocan para ello:

i) Si la condición resolutoria produjera de pleno derecho la resolución del contrato, la suerte de éste quedaría al capricho o arbitrio de las partes, concretamente de la que incumplió. Sería suficiente no cumplir un contrato para resolverlo.

ii) Si el contratante puede pedir el cumplimiento del contrato es porque tiene vigencia y no se ha extinguido por el incumplimiento.

Como consecuencia de que no opera de pleno derecho, el deudor demandado puede cumplir en cualquier estado del juicio antes de que la sentencia que acoge la resolución haga tránsito a cosa juzgada. Si el acreedor rehúsa el pago, puede ser consignado. Su validez se juzga de acuerdo a las reglas del pago, y el deudor tendrá que pagar los intereses o daños del retardo o mora.

Si el contrato es a plazo y se han pactado cuotas periódicas, basta pagar la cuota vencida, a menos que se haya convenido que por el incumplimiento de una cuota será exigible todo el crédito.

El derecho a pedir la resolución es renunciable. El acreedor puede pedir sólo la resolución y no los perjuicios, pero no puede pedir los perjuicios sin pedir la resolución, pues ésta es un presupuesto esencial para pedir los perjuicios, los que vienen a ser accesorios de la resolución.

### d) Efectos

La parte que ha cumplido la obligación tiene un derecho alternativo para demandar el cumplimiento del contrato o su resolución, en ambos casos con indemnización de daños y perjuicios. Para que tenga lugar la resolución es preciso que se demande judicialmente y la acoja el Juez por sentencia. No basta la interpelación judicial.

Se puede ejercitar en forma subsidiaria, y así se evita el problema que ha dividido a la doctrina en torno a si escogida una acción y no acogida judicialmente, se puede ejercitar la otra en un juicio posterior. La doctrina y jurisprudencia moderna han aceptado el juicio posterior.

La autoridad judicial no tiene facultades para fijar un plazo dentro del cual cumpla el deudor su obligación. Diferente sistema sigue el Código francés, que en el art. 1184 dice: “La resolución debe ser demandada ante la justicia y puede acordarse al demandado un plazo según las circunstancias”.

18. Art. 1859 C., parte final

19. S. 10 a.m. del 24 de septiembre de 1925. B.J., p. 5246.

20. S. 10 a.m. del 6 de agosto de 1915, B.J., p. 869.; S. 10:50 a.m. del 20 de agosto de 1915, B.J., p. 879.

### e) Se concede al contratante diligente

La acción resolutoria se concede al contratante diligente, es decir, al que ha cumplido o se allana a cumplir, en contra del contratante que no ha cumplido su obligación culposamente. En los contratos bilaterales ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple, empieza la mora para el otro<sup>18</sup>. Esta norma está contenida en el aforismo: la mora purga la mora.

La Corte Suprema expresa que para pedir la resolución de un contrato es preciso probar que quien la pide ha cumplido sus obligaciones.<sup>19</sup> Si el demandante no cumple o no se allanó a cumplir no puede pedir la resolución o cumplimiento del contrato y el otro contratante demandado puede oponerle la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*).

La Corte Suprema ha dicho que es procedente la resolución de la compraventa aunque no se haya pagado íntegramente el precio, y en este supuesto los frutos recibidos se compensarán con los intereses de la parte del precio pagado, devolviéndose únicamente la parte de los frutos proporcional a la parte no pagada<sup>20</sup>.

Es posible que el demandante tenga justificación de no haber cumplido: cuando no lo hizo para protegerse del incumplimiento del otro contratante y opuso la excepción del contrato no cumplido y después pide la resolución del contrato, o cuando de acuerdo con la ley o el convenio el contratante demandado debe cumplir primero.

Si existe incumplimiento culpable de ambos contratantes no cabe la resolución del contrato según doctrina del Tribunal Supremo español, que concede la acción al que cumplió la obligación o la dejó de cumplir ante el incumplimiento del otro contratante. La jurisprudencia argentina permite la resolución cuando los contratantes culpables piden la resolución, doctrina que ha recibido críticas. La solución más justa y práctica es la francesa, seguida por sentencia del Tribunal de Chile, que dejan al criterio del Juez o Tribunal declarar o no declarar la resolución de acuerdo con la equidad.

### f) Aplicación a los contratos unilaterales

Se discute en la doctrina la aplicación de la condición resolutoria tácita a los contratos unilaterales. Si aplicamos el art. 1885 C., en su interpretación estricta, el problema estaría resuelto, pues este artículo se refiere expresamente a los contratos bilaterales.

No faltan autores, como, por ejemplo, Colin y Capitant, que opinan que el principio de equidad justificativo del art. 1184 del código francés que contempla la condición resolutoria tácita, se extienda a los contratos unilaterales, en el sentido de que el acreedor de un contrato de este género, cuando no haya sido

21. Ob. cit., Tomo III, pp. 781 y 782.



pagado tendrá derecho a reclamar la restitución de la prestación que haya hecho al deudor, con ocasión o en vista de dicho contrato<sup>21</sup>.

El art. 3429 C., que se refiere al comodato (contrato unilateral), contempla la resolución, fundándose en el incumplimiento por parte del deudor. Dice el citado artículo: “El comodatario no puede hacer otro uso de la cosa, que el que se hubiere expresado en el contrato; y a falta de convención expresa, aquel a que está destinada la cosa, según su naturaleza o costumbre del país. En caso de contravención, el comodante puede exigir la restitución inmediata de la cosa prestada, y la reparación de los perjuicios”.

### **g) Condiciones para su procedencia**

De acuerdo con lo expuesto haré un apretado resumen de las condiciones de procedencia de la acción para fines didácticos y prácticos. Estas condiciones son: **i)** Que se refiera el cumplimiento a contratos bilaterales, salvo los casos legales en que cabe en los unilaterales y la opinión que se tenga para extenderla a este tipo de contrato. **ii)** Que el demandante haya cumplido o se allane a cumplir (contratante diligente). **iii)** Que el contratante demandado no haya cumplido por su culpa, total o parcialmente, y este incumplimiento se refiera a obligaciones principales.

El derecho de resolución queda excluido cuando se ha renunciado expresa o tácitamente. Tiene carácter privado y no público, lo cual permite su renuncia.

También queda excluido cuando, a falta de convenio expreso sobre la renuncia, ésta debe entenderse por las circunstancias que rodean el caso. Por ejemplo, cuando el vendedor sabe que la cosa que entregó en virtud de la venta es para transformarla o emplearla en una obra o con el fin de revenderla.

### **h) Diferencias con la condición ordinaria**

Podemos señalar las diferencias siguientes:

**i)** La condición ordinaria opera de pleno derecho desde que ocurre el hecho y sin necesidad de sentencia judicial; por el contrario, en la tácita el contrato subsiste a pesar del incumplimiento y se necesita una sentencia que lo resuelva.

**ii)** Como consecuencia de lo expuesto, en la condición ordinaria las partes no le pueden dar vida o cumplimiento al contrato ya resuelto por la ocurrencia del hecho, y cualquier actividad en este sentido haría surgir un nuevo acto, diferente al resuelto; en cambio en la tácita el deudor puede pagar en cualquier tiempo antes de que la sentencia que declare la resolución pase en autoridad de cosa juzgada, enervando así la acción del acreedor. Asimismo el acreedor puede pedir su cumplimiento, conservando, pues, su opción de resolución o cumplimiento.

**iii)** La ordinaria puede ser invocada por cualquiera de los contratantes y los terceros; en cambio, la que proviene de la tácita solo puede ser invocada por el contratante diligente, o sea, el que cumplió o se allana a cumplir el contrato.

iv) En la ordinaria no existe derecho a la indemnización, en cambio existe en la tácita.

## 7. El pacto comisorio

### A. Concepto y regulación

El pacto comisorio es la cláusula en virtud de la cual se estipula la resolución del contrato por el incumplimiento de las obligaciones contraídas. Es la condición resolutoria pactada, expresa. Por causas históricas se encuentra regulada en el contrato de compraventa, ya que en el Derecho romano se trataba junto al mismo.

Dice el art. 2666 C.: “Si el contrato de compra y venta fuere de un inmueble, la resolución por no haberse pagado el precio no da derecho al vendedor contra terceros poseedores, sino cuando en el instrumento público inscrito conste la condición resolutoria de que, no pagándose el precio por el comprador, quedará sin efecto la venta. Este pacto llámase comisorio”.

El expuesto es denominado pacto comisorio simple, en el cual no se expresa que el contrato queda resuelto *ipso iure*. Existe otro pacto en el que se dispone que el contrato quedará resuelto *ipso iure*, aunque muchos Códigos no lo contemplan. Existen pues, varios tipos de condiciones resolutorias: la ordinaria, la tácita, el pacto comisorio simple y el pacto comisorio con la cláusula de extinción *ipso iure*. El art. 1879 del Código chileno lo contempla, pero le concede al comprador veinticuatro horas posteriores a la demanda para poder pagar.

### B. No opera de pleno derecho

El pacto comisorio simple no opera de pleno derecho, pues de conformidad con el art. 2668 C. no le priva al acreedor del derecho de elegir entre la resolución y el cumplimiento. Si el contratante conserva el derecho de pedir el cumplimiento del contrato, es porque no se ha resuelto de pleno derecho.

### C. El pacto comisorio puede estipularse en cualquier contrato

La ubicación del pacto comisorio en el contrato de compraventa, justificada por razones históricas, no es obstáculo para que se estipule en cualquier contrato. La Corte Suprema de Justicia ha dicho que el pacto comisorio cabe en todos los contratos, como también en la promesa de venta, porque las disposiciones de la venta, de conformidad con el art. 2541 C. *in fine* son aplicables a la promesa de venta<sup>22</sup>.

---

22. S. 10:35 a.m. del 8 de septiembre de 1975. B.J., p. 234.

#### D. Efectos

Los efectos están contemplados en el art. 2685 C., que dice: “La venta con pacto comisorio tendrá los efectos siguientes:

1. Si hubo plazo determinado por el pago del precio, el vendedor podrá demandar la resolución del contrato, desde el día del vencimiento del plazo, si en ese día no fuere pagado el precio.

2. Si no hubiere plazo, el comprador no quedará constituido en mora de pago del precio, sino después de la interpelación judicial.

3. Puede el vendedor a su arbitrio demandar la resolución de la venta, o exigir el pago del precio. Si prefiere este último expediente, no podrá en adelante demandar la resolución del contrato.

4. Si vencido el plazo del pago el vendedor recibiere solamente una parte del precio, sin reserva del derecho a resolver la venta, se juzgará que ha renunciado este derecho”.

El estudio más amplio de estos efectos corresponde al curso de los contratos. Se refieren a la venta.

#### E. No cabe en la venta de muebles

El art. 2684 C. dispone que si la venta fuera con pacto comisorio se reputará hecha bajo una condición resolutoria y que es prohibido ese pacto en la venta de cosas muebles. Esta prohibición no se explica, ya que se admite la resolución de la compraventa, sea de mueble o de inmueble, en los arts. 2587 y 2595 C.

En los Códigos Civiles modernos no existe tal prohibición. Además se han promulgado leyes especiales que regulan la venta de muebles con reserva de dominio, inscribiéndose la operación en Registros especiales.

#### F. Efectos del aplazamiento del pago del precio con relación a terceros

De conformidad a los arts. 10 y 11 R.R.P. si en una venta, por ejemplo, se conviene que el precio será pagado a plazo, se dejará constancia de esa circunstancia en el Registro. Vencido el plazo, el vendedor, de conformidad con los arts. 1885 y 2662 C., puede exigir el cumplimiento del contrato mediante la entrega del precio debido (*actio venditi*) o la resolución de la venta exigiendo la devolución de la cosa vendida (*condictio causa data, causa non secuta*), más los daños y perjuicios.

Estas acciones no perjudican a los terceros adquirentes, por cuanto es personal, para que trascienda a terceros la acción de cobro del precio debe estar garantizada por hipoteca; y la acción resolutoria debe estar garantizada por pacto

23. Cta. del 13 de julio de 1961, B.J., p. 20781.

24. Art. 905 C.

comisorio, conforme al art. 2666 C. que dice: “Si el contrato de compraventa fuere de un inmueble, la resolución por no haberse pagado el precio no da derecho al vendedor contra terceros poseedores, sino cuando en el instrumento público inscrito conste la condición resolutoria de que, no pagándose el precio por el comprador, quedará sin efecto la venta. Este pacto se llama pacto comisorio”.

En pocas palabras, estas dos acciones para que trasciendan a terceros deben estar garantizadas: la del cobro del precio con una hipoteca; y la resolutoria con el pacto comisorio. No obstante, la Corte Suprema de Justicia, apartándose del citado artículo 2666 C., dijo que el pacto comisorio expreso o *tácito* es una condición resolutoria y *constituye gravamen que pesa sobre el inmueble*<sup>23</sup>.

### **G. Prescripción de la condición resolutoria tácita y del pacto comisorio**

No existe un término especial de prescripción para las acciones derivadas de la condición resolutoria tácita establecida en el art. 1885 C., por lo que, por norma general, prescriben a los diez años.

No obstante, en el art. 2662 C., que regula la resolución de la venta por el incumplimiento del pago del precio, se establece el plazo de tres años para pedir la resolución de la venta, contados desde el día del contrato, sujetando a la prescripción ordinaria a la acción para exigir el pago del precio, o sea, a la decenal<sup>24</sup>.

En el art. 2666 C. se considera pacto comisorio a la condición resolutoria de que no pagándose el precio por el comprador quedará sin efecto la venta y el art. 2667 C. dispone que prescribe en el tiempo fijado en el art. 2662 C., pero en este artículo existe dos plazos: uno de tres, que regula la prescripción de la acción resolutoria por incumplimiento del pago del precio; otro de diez años, que regula la prescripción para pedir el pago del precio. Evidentemente que la remisión que hace el art. 2667 C. es al plazo de tres años, pues parte de que para el art. 2666 C. pacto comisorio es la resolución de la venta por incumplimiento del pago del precio. Por otra parte, al reconocerse en el art. 2668 C. que el pacto comisorio no le priva al vendedor del derecho de elegir entre la resolución y el pago del precio, se está reconociendo que el Código define el pacto comisorio partiendo del incumplimiento del comprador.

Como conclusión de lo expuesto podemos establecer las reglas siguientes:

**a)** Por regla general las acciones derivadas de la condición resolutoria tácita, reguladas en el art. 1885 C., prescriben a los diez años<sup>25</sup>.

**b)** Las acciones derivadas de la condición resolutoria tácita por incumplimiento del pago del precio en la compraventa prescriben de la manera siguiente:

25. Idem.

26. Idem.

27. S. 11 a.m. del 23 de agosto de 1926, B.J., p. 5668.

en tres años la concedida para pedir la resolución y en diez años para pedir la entrega del precio.

c) Las acciones derivadas del pacto comisorio estipulado en la compraventa prescriben de la manera siguiente: en diez años la concedida para pedir la entrega del precio y en tres años para pedir la resolución del contrato.

Por otra parte, como los arts. 2666 y 2667 C. son especiales, no se aplican a otros supuestos, por lo que si el pacto comisorio se estipula haciéndolo funcionar por falta de la entrega de la cosa objeto de la venta, o se estipula en otros contratos diferentes a la venta, la prescripción se regirá por la prescripción ordinaria<sup>26</sup>, o sea, la decenal.

La Corte Suprema ha dicho que el plazo de prescripción establecido en el art. 2208 C., para la rescisión, no se aplica a la resolución que se rige por las reglas generales<sup>27</sup>.

#### **H. Plazo del pacto comisorio**

El art. 2667 C. expresa que el pacto comisorio prescribe en el tiempo fijado en el art. 2662 C., y que las partes no podrán estipular un plazo mayor.

Como hemos explicado, en el mencionado artículo existen dos plazos: el de diez años para pedir la entrega del precio y el de tres años para pedir la resolución. El art. 2667 C. se refiere a este último plazo, pues nuestro Código en el art. 2666 C. define el pacto comisorio partiendo del incumplimiento del comprador. El plazo mayor que se puede estipular en el pacto comisorio es de tres años.

#### **I. Diferencias con la condición resolutoria tácita**

Son pocas las diferencias con el pacto comisorio simple que hemos desarrollado anteriormente: tienen diferentes plazos de prescripción; la condición resolutoria tácita no es oponible a los terceros registrales, en cambio el pacto comisorio es oponible a los terceros cuando se ha registrado.

### **8. Pacto comisorio con cláusula *ipso iure***

Este pacto, según nuestra jurisprudencia y un fuerte sector doctrinal, produce la resolución del contrato de pleno derecho, al igual que en la condición resolutoria ordinaria. Como consecuencia: no cabe pedir su cumplimiento y el deudor no puede cumplir. Pero es permitido que se estipule a favor del acreedor la facultad de pedir el cumplimiento.

La Corte Suprema sostiene que las partes pueden pactar la extinción *ipso iure* del contrato: "... no tiene nada de contrario a las leyes ni al orden público, el pacto que las partes celebran de que en caso de incumplimiento de las obligaciones de una de las partes, el contrato bilateral se resuelve *ipso iure*, sin necesidad de recurrir a la justicia y sin que sea requerido el pronunciamiento

28. S. 9 a.m. del 25 de junio de 1935, B.J., p. 8993.

judicial, esto es, que las partes pueden celebrar lícitamente el pacto comisorio explícito, que tiene la eficacia de operar la resolución del contrato de pleno derecho. No son aceptadas las objeciones de que ese pacto deje a una parte sin derecho de defensa, ni de que el plazo del contrato quede al arbitrio de la otra. Tratándose de un contrato de arrendamiento, el arrendador puede pedir la restitución sin necesidad de que se declare la resolución en el juicio ordinario, como había resuelto la Sala”<sup>28</sup>.

## BIBLIOGRAFIA

ALBALADEJO GARCIA, M. **Condición, término y modo**. RDN. 1957. No. 17-18, p. 45. ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit., Tomo II, p. 54 y sigs. BOFFI BOGGERO, Luis María. **Obligaciones condicionales**. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo III, p. 675 y sigs. BORJA SORIANO, Manuel. Ob. cit., Tomo II, p. 146 y sigs. BRENES CORDOBA, Alberto. Ob. cit., p. 73 y sigs. BUSSO, Eduardo B. Ob. cit., Tomo III, p. 450 y sigs., p. 506 y sigs., p. 526 y sigs. CASTAN TOBEÑAS, José. Ob. cit., Tomo III, p. 178 y sigs. CLARO SOLAR, Luis. Ob. cit., Tomo X, Vol. I, p. 73 y sigs. COLMO, Alfredo. Ob. cit., p. 519 y sigs. COSIO, Alfonso de. Ob. cit., p. 204 y sigs. CRUZ, Fernando. Ob. cit., Tomo III, p. 10 y sigs. DIEGO, Felipe Clemente de. Ob. cit., Tomo II, p. 81 y sigs. ESCOBAR RIFFO, Francisco. Ob. cit., Tomo I, p. 165 y sigs. FARINA, Juan M. **El pacto comisorio**. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. 1961. FERNANDO CANTOS, José Luis. **La resolución de los contratos por causa de incumplimiento**. Editorial Reus. Madrid. 1960. GATICA PACHECO, Sergio. **De la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato**. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1959. GAUDEMET, Eugene. Ob. cit., p. 453 y sigs. GIORGI, Jorge. Ob. cit., Vol. IV, p. 306 y sigs. GUTIERREZ y GONZALEZ, Ernesto. Ob. cit., Vol. IV, p. 680 y sigs. GOMEZ DE LA SERNA, Pedro de. y MONTALBAN, D. Juan Manuel. Ob. cit., Tomo II, pp. 196-197. LATORRE, Enrique C. Ob. cit., p. 184 y sigs. MACHADO, José Olegario. Ob. cit., Tomo II, p. 204 y sigs. MANRESA Y NAVARRO, José María. Ob. cit., Tomo VIII, p. 129 y sigs. MASNATTA, Héctor. **Excepción de incumplimiento contractual**. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1967. MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean. Ob. cit., 2ª. parte, Vol. III, p. 290 y sigs. MEJIA MORENO, Luis. Ob. cit., p. 59 y sigs. MEZA BARROS, Ramón. Ob. cit., p. 53 y sigs., p. 70 y sigs. MOSCO, Luigi. **La resolución de los contratos por incumplimiento**. Editorial Dux, Ediciones y publicaciones, S.A., Barcelona, España. NEGRI, Héctor. **Pacto Comisorio**. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo XXI, p. 245 y sigs. OSSORIO MORALES, Juan. Ob. cit., p. 90 y sigs. PALACIO P.H. Gustavo. Ob. cit., p. 65 y sigs. PEREZ VIVES, Alvaro. Ob. cit., Vol. III, p. 37 y sigs., p. 60 y sigs. POTHIER, R.J. Ob. cit., p. 117 y sigs. PUIG BRUTAU, José. Ob. cit., Tomo I, Vol. II, p. 121 y sigs. RICCI, Francisco. Ob. cit., Tomo XIII, p. 165 y sigs. RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Ob. cit., Tomo V, p. 295 y sigs. RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. Ob. cit., p. 175 y sigs. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Ob. cit., Tomo V, Vol. III, p. 451 y sigs. ROVIRA JAEN, Francisco Javier. **La condición resolutoria y el registro de la propiedad**. RCDI. Madrid, 1967.

## Capítulo IV

### Obligaciones de dar, hacer y no hacer

*SUMARIO: 1. Consagración legal de esta clasificación. 2. Obligaciones de dar. 3. Obligaciones de hacer. 4. Obligaciones de no hacer. 5. Importancia de la distinción. 6. Obligaciones positivas y negativas.*

#### 1. Consagración legal de esta clasificación

Nuestro Código Civil no le dedica a esta clasificación un capítulo especial, como lo hizo con las divisibles e indivisibles, etc., pero la acepta y regula en diferentes disposiciones dispersas en dicho cuerpo de leyes: arts. 1830, 1845, 1846, 1847, 1848, 1849, 1850, 2102, 2103, 2164, 2174 y otros. Por otra parte, el Código de Procedimiento Civil consagra procedimientos ejecutivos para exigir el cumplimiento de las obligaciones de dar, hacer y no hacer<sup>1</sup>.

#### 2. Obligaciones de dar

La obligación de dar es la que tiene por objeto la trasmisión del dominio o la constitución de un derecho real.

En nuestro sistema la compraventa transmite el dominio<sup>2</sup>, por lo que la obligación de transmitir dicho dominio queda cumplida en virtud del perfeccionamiento del contrato<sup>3</sup>. No obstante, como la obligación de dar envuelve a la de conservar<sup>4</sup> y entregar la cosa<sup>5</sup>, el vendedor cumple totalmente con su obligación entregando la cosa vendida para que el comprador la pueda disfrutar.

El comprador adquiere la propiedad y tiene a su favor acciones reales y personales. Tiene acción real para reclamar la cosa en poder de quien se en-

1. Arts. 1684 Pr. y sigts., 1814 Pr. y sigts.

2. Arts. 2530 y 2540 C.

3. Colin y Capitant expresan que en el mismo acto en que el deudor se obliga a transmitir la propiedad o a constituir un derecho real (a dar), se realiza la trasmisión o constitución. De aquí que la obligación de dar, en principio, es cumplida tan pronto nace, salvo que estuviera afectada por un plazo. No obstante, reconocen que hay casos en que el contrato no produce la trasmisión del dominio, sino la obligación de entregar o determinar las cosas para que se produzca en ese momento la trasmisión del dominio de ellas, como cuando aquel se refiere a cosas futuras o consideradas únicamente in genere, tantos sacos de harina de primera clase, etc. (Ob. cit., Tomo III, pp. 20 y 21). Gaudemet, al suponer el caso de la venta de un cuerpo cierto, dice que el contrato mismo que crea la obligación de transmitir la propiedad, ejecuta esa obligación (Ob. cit., p. 32.).

4. Art. 1845 C.

5. Art. 1847 inc. 1 C.



cuentre y personal para pedir el cumplimiento del contrato (entrega del objeto) o su resolución<sup>6</sup>.

Un sector doctrinal considera que existe cumplimiento de una obligación de dar, tanto si la entrega de la cosa se hace al acreedor que adquiere o adquirirá el dominio o un derecho real sobre la misma, como cuando adquiere la tenencia o uso (arrendamiento, comodato, depósito, etc.). El art. 574 del Código Civil de Argentina dice: “La obligación de dar es la que tiene por objeto la entrega de una cosa mueble o inmueble, con el fin de constituir sobre ella derechos reales o de transferir solamente el uso o la tenencia o de restituirla a su dueño”.

Expresa Colmo: “Como se observa, puede tener como fin; constituir un derecho real (en el usufructo, en las servidumbres prediales que suponen posesión de la compraventa, etc.), o transferir el uso (locación, comodato, etc.), o transferir la tenencia (depósito), o restituirla a su dueño (por parte del tenedor: locatario, usufructuario, depositario, comodatario, etc., una vez terminado el respectivo contrato)”<sup>7</sup>.

No obstante, un fuerte sector doctrinal está de acuerdo en que la entrega en cualquiera de las dos formas expresadas, constituye una obligación de hacer, pues consiste en la ejecución de un hecho.

Para Colin y Capitant la obligación de hacer puede ser un hecho material, como el hecho de un contratista de construir una casa, o un hecho jurídico, como el hecho, por parte del arrendador o del vendedor, de transmitir al arrendatario o al comprador la posesión de la cosa arrendada o vendida<sup>8</sup>.

Para Juan Ossorio Morales las obligaciones de dar, hacer y no hacer, en la vida práctica se ofrecen, por lo general, mezcladas en una sola obligación, de suerte que la obligación de dar lleva, por lo general, aneja la obligación de una prestación de hacer (conservar diligentemente hasta el momento de la entrega), como igualmente muchas prestaciones de dar (así por ej.: la obligación del mandatario de cumplir un encargo, que es un hacer, implica la entrega al mandante de cuanto haya recibido en virtud del mandato)<sup>9</sup>.

Cuando la cosa fuere indeterminada o genérica, el acreedor podrá pedir que se cumpla la obligación a expensas del deudor<sup>10</sup>, es decir, que se adquiera y se entregue al acreedor.

La obligación de dar cosas determinadas o específicas, como ya lo expresamos en parte, abarca las obligaciones siguientes: **a)** El obligado a dar está obligado a entregar la cosa debida<sup>11</sup>; **b)** El obligado a dar está obligado a conservar la cosa debida con la diligencia de un buen padre de familia<sup>12</sup>; **c)** El obligado ha de entregar la cosa con todos sus accesorios, aunque no se hayan

6. Arts. 1847 inc. 1 y 1885 C.

7. Ob. cit., p. 210.

8. Ob. cit., Tomo III, p. 21.

9. Ob. cit., pp. 51 y 52.

10. Art. 1847 inc. 2 C.

11. Art. 1847 inc. 1 C.

12. Art. 1845 C.

13. Art. 1848 C.



mencionado<sup>13</sup>; **d)** El obligado a dar también está obligado a entregar los frutos que la cosa haya producido desde que nació la obligación de entregarla<sup>14</sup>.

### **3. Obligaciones de hacer**

La obligación de hacer consiste en la ejecución de un hecho diferente de la transmisión de la propiedad o la constitución de un derecho real.

Puede consistir en un hecho material (construir un edificio, pintar un cuadro, hacer una operación quirúrgica, etc.), o en un hecho jurídico (entregar la cosa arrendada o dada en comodato, obligarse a otorgar un contrato, o sea la promesa de contrato, etc.).

### **4. Obligaciones de no hacer**

La obligación de no hacer consiste en que el deudor se abstenga de realizar algo que de lo contrario podría lícitamente hacer. Puede consistir en un no dar o en un no hacer. Ejemplos: prohibiciones de enajenar, no cantar en el Teatro Rubén Darío, etc. De esta clase de obligación es la que contrae el socio de una sociedad colectiva de no explotar por cuenta propia el ramo de la industria en que gira la sociedad, y la de los directores de la sociedad anónima de no ejercer personalmente comercio o industria iguales a los de la sociedad.

### **5. Importancia de la distinción**

**A.** Cada una produce particulares efectos y se sujetan a diferentes regímenes. Por ejemplo:

**a)** En las obligaciones de dar la persona del deudor tiene escasa importancia. De aquí que pueda pagar un tercero distinto del deudor<sup>15</sup>; en cambio en las obligaciones de hacer, el acreedor no podría ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero cuando la calidad y circunstancias de la persona del deudor se hubieren tenido en cuenta al establecer la obligación<sup>16</sup>.

**b)** La obligación de dar generalmente se cumple en especie, pudiendo el acreedor recurrir a los tribunales para pedir la entrega de la cosa cierta; en cambio en la obligación de hacer generalmente el incumplimiento se traduce en el pago de la indemnización de daños y perjuicios, a menos que el acreedor pida la ejecución del hecho por un tercero a expensas del deudor, ya que no se puede ejercer violencia contra la persona.

**c)** En las obligaciones de dar y hacer es preciso el requerimiento del acreedor, para que exista la mora a tenor del art. 1859 C.; en cambio en las obligaciones de no hacer no es preciso el requerimiento, pues, de acuerdo con

14. Art. 1846 C.

15. Art. 2110 C.

16. Art. 2013 C.

el art. 1855 C., el acreedor tendrá derecho de pedir los perjuicios e intereses que le trajere la ejecución del hecho.

**B.** Las reglas y procedimientos para pedir la ejecución forzada varían en cada una de ellas.

## 6. Obligaciones positivas y negativas

Es positiva la que sujeta al deudor a una actividad y negativa la que impone una abstención.

Esta clasificación en poco difiere de la que nos ocupa, por lo que no le abrimos un capítulo especial. Son positivas las de dar y hacer. Son negativas las de no hacer.

## BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit., Tomo II, p. 27 y sigts. ALTERINI, Atilio Aníbal. **Obligaciones de hacer.** Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo XX, p. 697 y sigts. ALTERINI, Atilio Aníbal y ALTERINI, Jorge Horacio. **Obligaciones de dar cosas ciertas y obligaciones de dar cosas inciertas.** Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo XX. p. 740 y sigts. BRENES CORDOBA, Alberto. Ob. cit., p. 236 y sigts. CASTAN TOBEÑAS, José. Ob. cit., Tomo III, p. 151 y sigts. CLARO SOLAR, Luis. Ob. cit., Tomo XI, Vol. II, p. 671 y sigts. COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H. Ob. cit., Tomo III, p. 20 y sigts. COLMO, Alfredo. Ob. cit., p. 210 y sigts. p. 242 y sigts. COSIO, Alfonso de. Ob. cit., p. 225 . DIEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., Vol. I, p. 436 y sigts. GAUDEMET, Eugene. Ob. cit., pp. 372-373. MACHADO, José Olegario. Ob. cit., Tomo II, p. 276 y sigts., p. 344 y sigts. MESSINEO, Francesco. Ob. cit., Tomo IV, p. 36 y sigts. MEZA BARROS, Ramón. Ob. cit., p. 24 y sigts. OSSORIO MORALES, Juan. Ob. cit., p. 51 y sigts. PALACIO P., H. Gustavo. Ob. cit., p. 233 y sigts., pp. 241-242. PEREZ VIVES, Alvaro. Ob. cit., Vol. III, p. 156 y sigts., p. 162 y sigts., p. 226 y sigts. POTHIER, R.J., Ob. cit., p. 107. PUIG BRUTAU, José. Ob. cit., Tomo I, Vol. II, p. 129 y sigts. RICCI, Francisco. Ob. cit., Tomo XIII, p. 297 y sigts. RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino, Ob. cit., p. 130 y sigts. SALVAT M., Raymundo. ob. cit., Tomo I, p. 301 y sigts. p. 456 y sigts., p. 475 y sigts. SANTOS BRIZ, Jaime. Ob. cit., Tomo III, p. 69 y sigts. VALENCIA ZEA, Arturo. Ob. cit., Tomo III, p. 6 y sigts. VALVERDE Y VALVERDE, Calixto D. Ob. cit., Tomo III, p. 70 y sigts. URIBE-HOLGUIN, Ricardo. **La estructura legal de la obligación de dar.** Ob. cit., p. 251 y sigts. YAGUEZ, Angel. **Servidumbre negativa y obligaciones de no hacer.** R.C.D.I. Madrid. 1976. No. 514. p. 621 y sigts.

## Capítulo V

### Obligaciones con pluralidad de objeto

*SUMARIO: 1. Clasificación. 2. Obligaciones de simple objeto múltiple. 3. Obligaciones alternativas: A. Concepto. B. A quien corresponde la elección. C. Los riesgos. D. Su importancia. 4. Obligaciones facultativas: A. Concepto. B. Efectos. 5. Paralelo entre las obligaciones facultativas y alternativas.*

#### 1. Clasificación

Las obligaciones pueden tener un solo objeto o prestación, que es lo normal. A estas obligaciones también se les denominan simples.

También las obligaciones pueden tener objeto plural. En las obligaciones con pluralidad de objeto podemos hacer la distinción siguiente: obligaciones de simple objeto múltiple, obligaciones alternativas y obligaciones facultativas.

#### 2. Obligaciones de simple objeto múltiple

En esta obligación se deben varias cosas simultáneamente, de tal suerte que el acreedor puede exigir las todas y el deudor en esa forma debe cumplir su obligación, sin que se pueda obligar al acreedor a recibir una de las cosas separadamente. Ejemplo: Juan le vende a Pedro un automóvil y un televisor por C\$70,000. Esta obligación también es denominada conjuntiva<sup>1</sup>.

#### 3. Obligaciones alternativas

##### A. Concepto

Son aquellas en que se deben varias prestaciones, pero el obligado puede quedar liberado ejecutando una de ellas. Todas las prestaciones forman parte de la obligación, pero con el cumplimiento de una se exonera el deudor<sup>2</sup>. Se distinguen por el empleo de la conjunción “o”: un automóvil o un tractor.

1. Expresa Ossorio Morales: “erá por ejemplo, obligación conjuntiva la que consiste en entregar un automóvil y 100.000 pesetas” (Ob. cit., p.44). Colin y Capitant expresan: “La obligación conjuntiva es la que obliga al deudor a realizar acumulativamente varias prestaciones, extinguiéndose solamente por el cumplimiento de todas. Por ejemplo: os debo 1.000 francos y un caballo” (Ob. cit., Tomo III, p. 414 y 415).
2. Ossorio Morales expresa que en las prestaciones debidas alternativamente el deudor sólo tiene que cumplir con una de ellas, quedando liberado así totalmente de la obligación (Ob. cit., p. 44.). Colin y Capitant expresan que la obligación alternativa es la que obliga al deudor solamente a realizar una de las dos o más prestaciones previstas y se extingue por la realización de una u otra. Os debo 1.000 francos o un caballo (Ob. cit., Tomo III, p. 415).

Las prestaciones debidas pueden ser de la misma o diferente naturaleza, sean de dar, hacer o no hacer<sup>3</sup>.

El art. 1904 C. dice que el obligado alternativamente a diversas prestaciones, debe cumplir por completo una de éstas. A los legados alternativos se aplican las mismas normas de las obligaciones alternativas<sup>4</sup>.

Carecen de la importancia que tenían en el Derecho romano. No obstante se presentan fundamentalmente en las cláusulas generales en las ofertas al público y en los contratos de adhesión. En general facilitan la contratación y conceden comodidades a amplios sectores de la población: pasajes para recorrer la ruta que escoja el usuario, oferta de tarifas de diferentes precios. Algunas obligaciones la ley las regula en forma alternativa como la de dar alimentos en la casa o en forma de pensión.

## **B. A quién corresponde la elección**

De conformidad con el art. 1905 C. la elección le corresponde al deudor. Esta preferencia responde al principio de que en caso de duda las obligaciones deben interpretarse a favor del deudor. No obstante, el deudor no tendrá derecho de elegir las prestaciones imposibles, ilícitas o que no hubieran podido ser objeto de la obligación, por lo que si sólo son dos las debidas, la obligación se torna en simple<sup>5</sup>.

De la regla de que la elección corresponde al deudor se derivan las consecuencias siguientes:

a) El deudor se libera cumpliendo íntegramente una de las prestaciones estipuladas, no pudiendo obligar al acreedor a recibir parte de una y de otra<sup>6</sup>.

b) El acreedor no puede demandar el pago de una prestación determinada, salvo que a él le corresponda la elección. El acreedor debe demandar las prestaciones bajo la forma alternativa en que se le deben<sup>7</sup>. La elección, ya sea hecha por el deudor o el acreedor, en su caso, no producirá efecto hasta que fuere notificada a la otra parte<sup>8</sup>. No se señala en el Código la forma de hacerse la notificación, por lo que puede hacerse en cualquier forma, pero debe procurarse hacerla en forma judicial o notarial<sup>9</sup>. Generalmente, se hace por el acreedor

---

3. Según Ossorio Morales la obligación alternativa puede consistir tanto en entregar una cosa u otra, como entregar una cosa o prestar un servicio, o en prestar un servicio u otro, etc., o bien en optar entre diversas formas de realizar una misma prestación: por ejemplo, pagar 10.000 pesetas en Madrid o en Bilbao; o pagar en moneda española o extranjera (Ob. cit., p. 44 ).

4. Art. 1121 C.

5. Arts. 1905 inc.2 y 1909 C.

6. Art. 1904 C.

7. Art. 1906 C.

8. Art. 1907 C.

9. Ossorio Morales expresa que esta elección, como todas las declaraciones de voluntad para las que no se exige la forma expresa, puede hacerse también tácitamente, y, por consiguiente, se entenderá realizada la elección por el deudor por el hecho de efectuar u ofrecer una de las prestaciones, con lo cual implícitamente expresa su decisión de elegirla; y por el acreedor, por el hecho de aceptar o reclamar una de las prestaciones (Ob. cit., p. 45).

mediante la demanda correspondiente, y por el deudor en virtud de oferta real o consignación.

Hecha la notificación, la obligación deja de ser alternativa, y sus efectos son los de la simple<sup>10</sup>. Este proceso se denomina concentración. La obligación es simple también: **a)** si una de las dos cosas prometidas no podía ser objeto de la obligación<sup>11</sup>; y **b)** si pereciere una de las cosas prometidas o no pudiere ya entregarse, aun cuando esto suceda por culpa del deudor<sup>12</sup>. Después de notificada o aceptada la elección no cabe su revocación. Antes sí.

El Código Civil sólo regula la elección del deudor o del acreedor, pero no contempla la elección referida a un tercero. Creo que es posible esa forma de elección, pero es conveniente advertir que un buen sector doctrinal opina que en tal caso la obligación se torna condicional. Sin embargo, existen autores que aceptan ese tipo de elección, como por ejemplo, Antonio Hernández Gil<sup>13</sup> y Francisco Ricci quien dice:

“Esta doctrina no puede, a nuestro juicio, aceptarse con el sentido absoluto con que se enuncia. Ciertamente que la intención de los contratantes puede hacer depender la existencia de la obligación del hecho del tercero llamado a ejercitar la elección, y en este caso la obligación es condicional; por lo que si el tercero no puede o no quiere elegir la obligación no existe, por faltar la condición. Pero también es cierto que las partes pueden tener una intención distinta, cual es la de que la obligación sea cierta desde el momento en que se contrae sin hacerla depender en modo alguno del cumplimiento de una condición determinada y designar al tercero para la elección al objeto de tutelar los derechos de las partes haciendo que se proceda a aquella con criterios informados en la rectitud y equidad. Dada, pues, esta intención en las partes, ¿cómo puede sostenerse que han querido estipular una obligación condicional? La obligación en esta hipótesis conserva su verdadero carácter de alternativa; y si el tercero no puede o no quiere hacer la elección, creemos que puede hacerla la autoridad judicial, respetándose así la intención de las partes, manifestada en sentido de que la elección debe hacerse según la equidad y teniendo en cuenta los intereses de ambos”<sup>14</sup>.

### C. Los riesgos

Para determinar a quién corresponden los riesgos, es preciso hacer la distinción siguiente:

**a)** Cuando perecen todos los objetos o se hagan imposibles todas las prestaciones:

10. Art. 1912 primera parte C. Ossorio Morales expresa que mediante la elección, la obligación alternativa se concentra y deja de ser alternativa. Agrega que también se produce concentración sin necesidad de elección, cuando todas las prestaciones inicialmente previstas, menos una, se hacen imposibles, pues en tal caso el deudor sólo puede cumplir la que sea realizable y no tiene facultad de elegir (Ob. cit., p. 45).

11. Art. 1909 C.

12. Art. 1910 inc. 1 C.

13. **Derecho de obligaciones**. Ob. cit., pp. 146 y 147.

14. **Derecho Civil**. Ob. cit., Tomo XIII, pp. 213 y 214.

i) Sin culpa del deudor, éste queda liberado de la obligación.

ii) Si es por culpa del deudor es preciso distinguir:

—Si la elección corresponde al deudor, deberá indemnizar los daños y perjuicios, los que se fijarán tomando por base el valor de la última cosa que hubiere desaparecido o el del servicio que últimamente se hubiere hecho imposible<sup>15</sup>.

De acuerdo con el art. 1910 inc. 3 C., si hubieren perecido ambas cosas y el deudor tuviere culpa respecto de una de ellas, debe pagar el precio de la última que haya perecido.

—Si la elección corresponde al acreedor, tendrá derecho sobre el precio de cualquiera de ellas<sup>16</sup>.

b) Cuando perecen sólo algunos de los objetos o se hace imposible alguna prestación, es preciso distinguir:

i) Si existe caso fortuito, el deudor cumplirá con la que queda, si eran dos, o con cualquiera de las restantes si fueren varias, a elección del deudor o del acreedor, en su caso.

ii) Si interviniera culpa del deudor es necesario distinguir:

Si la elección corresponde al deudor cumplirá con la restante o restantes; y si la elección corresponde al acreedor, podrá este reclamar cualquiera de las que subsistan o el precio de la desaparecida<sup>17</sup>.

#### **D. Su importancia**

Se sostiene que este tipo de obligación tiene importancia, por cuanto:

a) Facilita la contratación.

b) Sirve de garantía al acreedor, pues si perece alguna de las cosas debidas aun por causas no imputables al deudor, puede hacerse efectivo su crédito en las restantes.

c) Le concede al deudor la posibilidad de contratar, a pesar de la duda que tenga sobre la conveniencia de pagar con alguna de las prestaciones, si a él le corresponde la elección.

d) Favorece al deudor, si le corresponde la elección, en el sentido de que si perece una de las cosas por su culpa, podrá pagar con la restante o restantes.

### **4. Obligaciones facultativas**

#### **A. Concepto**

Obligación facultativa es la que tiene por objeto una cosa determinada, pero concediéndose al deudor la facultad de pagar con esa cosa o con otra que se

15. Art. 1911 C.

16. Art. 1912 regla 3 C.

17. Art. 1912 regla 2 C.

designa<sup>18</sup>. Ejemplo: José debe un automóvil, pero se reserva el derecho de cumplir la obligación pagando con un tractor.

En la obligación facultativa sólo una cosa se debe, en el ejemplo anterior el automóvil, el cual es el objeto de la obligación. Pero al llegar el momento del pago, el deudor, a su elección, puede pagar con el automóvil o con el tractor.

En los arts. 1915 y 1919 C. se habla de prestación principal y accesoria. Se considera principal la específicamente debida (en el ejemplo, el automóvil); y accesoria, la otra con que se puede pagar (en el ejemplo, el tractor).

De aquí que la nulidad del acto jurídico por motivo del objeto de la prestación accesoria no induce nulidad en cuanto a la obligación principal, de acuerdo con el art. 1918 C. Por otra parte, de conformidad con el art. 1919 C., no tendrá influencia alguna sobre la obligación principal, ni la pérdida o deterioro de la cosa, ni la imposibilidad del hecho o de la omisión que constituye el objeto de la prestación accesoria. Debemos también sostener que la nulidad de la obligación principal anula a la accesoria.

En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se tendrá por alternativa<sup>19</sup>.

El Código Civil de Napoleón no se ocupó de las obligaciones facultativas; no obstante los autores reconocen la importancia de estas obligaciones. El nuestro le dedica ocho artículos, del 1913 al 1920.

Se sostiene que estas obligaciones generalmente provienen de los testamentos, pues en materia contractual son escasas, ya que se suponen que llevan una desventaja para el acreedor.

## B. Efectos

En la obligación facultativa existe solamente un objeto debido, de donde resultan las consecuencias siguientes:

a) El acreedor sólo puede demandar la cosa debida, en el ejemplo, el automóvil<sup>20</sup>.

b) Si la cosa debida perece sin culpa del deudor, el acreedor no tiene derecho para pedir cosa alguna, pues la obligación se ha extinguido<sup>21</sup>.

18. Art. 1913 C. Para Ossorio Morales las obligaciones facultativas se caracterizan porque en ellas el deudor sólo debe una prestación, pero puede cumplir la obligación realizando en su lugar una prestación distinta, previamente establecida. Por ejemplo: si una persona se obliga a entregar una cosa, pero se pacta que si al momento de cumplir no quiere entregarla, puede entregar en su lugar una determinada cantidad de dinero. El acreedor sólo está facultado para exigir la prestación debida, pero el deudor puede liberarse cumpliendo otra. Por eso se dice que en estas obligaciones existe una sola prestación en la obligación y dos en el cumplimiento (una res est in obligatione, duae autem in facultate solutione) (Ob. cit., pp. 46 y 47). Colin y Capitant expresan que la obligación facultativa es la que sólo tiene un objeto, pero el deudor puede liberarse realizando otra prestación. Ejemplo: os lego tal casa, pero mi heredero podrá, si lo prefiere, liberarse pagando 20.000 francos (Ob. cit., Tomo III, p. 415).

19. Art. 1920 C.

20. Art. 1914 C.

21. Idem.



## 5. Paralelo entre las obligaciones facultativas y alternativas

**A.** En la obligación facultativa el acreedor sólo puede pedir la cosa debida; en la alternativa no puede pedir determinadamente una de las cosas debidas, salvo que a él le corresponda la elección.

**B.** En la obligación facultativa la elección pertenece siempre al deudor, en la alternativa puede ser del deudor o del acreedor.

**C.** Para determinar la naturaleza de la obligación facultativa, por ejemplo, si es divisible o indivisible, se toma en cuenta únicamente la obligación principal, pues de acuerdo con el art. 1915 C. la naturaleza de la obligación facultativa se determina únicamente por la prestación principal que forma el objeto de ella; en la obligación alternativa la naturaleza de la prestación se determina una vez hecha la elección<sup>22</sup>.

## BIBLIOGRAFIA

ALESSADRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit., Tomo III, p. 123 y sigts. BOFFI BOGGERO, Luis María. **Obligaciones alternativas**. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo XX, p.674 y sigts. BORJA SORIANO, Manuel. Ob. cit., Tomo II, p.381 y sigts. BRENES CORDOBA, Alberto. Ob. cit., p. 53 y sigts. CASTAN TOBEÑAS, José. Ob. cit., Tomo III, p. 142 y sigts. CLARO SOLAR, Luis. Ob. cit., Tomo X. Vol. I, p. 303 y sigts., p. 339 y sigts. COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H. Ob. cit., Tomo III, p. 404 y sigts. COSIO, Alfonso de. Ob. cit., p. 237 y sigts. CRUZ, Fernando. Ob. cit., Tomo III, pp. 18-19. DIEGO, Felipe Clemente de. Ob. cit., Tomo II, pp. 75-76. ENNECERUS, Ludwig. Ob. cit., Vol I, p. 101 y sigts. GARCIA GOYENA, Florencio. Ob. cit.,p. 565 y sigts. GAUDEMET, Eugene. Ob. cit.,pp. 456-457. GIORGI, Jorge. Ob. cit., Vol IV, p. 433 y sigts. GUTIERREZ y GONZALEZ, Ernesto. Ob. cit.,p. 710 y sigts. ITSIGSOHN de FISCHMAN, María E. **Obligaciones facultativas**. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo I. Apéndice, pp. 505-506. GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, D. Juan Manuel. Ob. cit., Tomo II, p. 199. MACHADO, José Olegario. Ob. cit., Tomo II. p. 356 y sigts. p. 371 y sigts. MANRESA y NAVARRO, José María. Ob. cit.,Tomo VIII, p. 175 y sigts. MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León y MAEAUD, Jean.Ob. cit., 2a. parte. Vol III, p. 307. MEJIA MORENO, Luis. Ob. cit., p. 78 y sigts. MESSINEO, Francisco. Ob. cit., Tomo IV, p. 425 y sigts. MEZA BARROS, Ramón. Ob. cit., p. 121 y sigts. ORTEGA OSORNO, Alfonso. **Obligaciones alternativas**. Editorial El Espectador. Masaya, Nicaragua, 1942. OSSORIO MORALES, Juan. Ob. cit., p.43 y sigts. PALACIO P., H. Gustavo. Ob. cit., p. 243 y sigts. PEREZ VIVES, Alvaro. Ob. cit., Vol.III, p. 82 y sigts. PUIG BRUTAU, José.Ob. cit., Tomo I. Vol. II, p. 207 y sigts. RICCI, Francisco. Ob. cit., Tomo XIII, p. 208 y sigts. RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Ob. cit., Tomo V, p. 280 y sigts. RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. Ob. cit.,p. 140 y sigts. SALVAT M., Raymundo. Ob. cit., Tomo I, p.480 y sigts. SANTOS BRIZ, Jaime. Ob. cit., Tomo III, p. 102 y sigts. SELVA, Buenaventura. Ob. cit., p. 277. TRABUCCHI, Alberto. Ob. cit., Tomo II, p. 21 y 22. VALENCIA ZEA, Arturo. Ob. cit., Tomo III, p. 14 y sigts. VALVERDE y VALVERDE, Calixto D. Ob. cit., Tomo III, p. 54 y sigts. , p. 64 y sigts. VELEZ, Fernando. Ob. cit., Tomo VI, p. 128 y sigts.

22. Art. 1958 C.



## Capítulo VI

### Obligaciones de género y específicas (Especie o cuerpo cierto)

*SUMARIO: 1. Determinación del objeto. 2. Obligaciones de género. 3. Obligaciones específicas (de especie o cuerpo cierto). 4. Paralelo entre las obligaciones de género y específicas.*

#### 1. Determinación del objeto

El objeto de la obligación debe ser determinado, pues sólo así es posible que exista consentimiento. Sin determinación no se puede saber qué le debe el deudor al acreedor.

La determinación puede ser general, no señalando todos los caracteres del objeto que lo distinguen perfectamente. Existe una determinación incompleta. Estas son las obligaciones de género. Ejemplo: una vaca, un caballo, cuatro fanegas de frijoles<sup>1</sup>.

En cambio, si las cosas se determinan en forma perfecta, señalando sus caracteres peculiares que las hacen inconfundibles, la determinación es específica. Estas son las obligaciones específicas o de especie o cuerpo cierto. Ejemplo: El caballo Lucero, el automóvil marca Toyota, chasis 50207, motor 3780, placa 3840, etc<sup>2</sup>.

#### 2. Obligaciones de género

El art. 1921 C. define las obligaciones de género: “Obligaciones de género son aquellas en que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado”.

No es suficiente que se determine la clase de género de la cosa debida, pues debe ir acompañada de una determinación en cantidad. No se puede deber simplemente vino, pues el deudor podría cumplir entregando una gota. Es preciso que se señale la cantidad: diez litros de vino.

1. Según Ossorio Morales en las obligaciones genéricas la cosa debida se encuentra, en principio, objetivamente indeterminada, y sólo se determina por su número, peso o medida, con referencia al género a que pertenece (por ejemplo, un caballo, cien pesos, cien sacos de trigo recio), de suerte que el deudor puede cumplir entregando cualesquiera cosa del género convenido, en la cantidad pactada (Ob. cit., p. 41).
2. La determinación puede ser hecha al momento de celebrarse el contrato y entonces estamos en presencia de una obligación específica. También puede hacerse antes de la entrega, por así acordarlo los contratantes, entonces la obligación genérica se transforma en una de cuerpo cierto.

En las obligaciones de género no se debe una cosa individualizada, se debe un individuo de cierta clase, por lo que se deducen las consecuencias siguientes:

**A.** El acreedor no puede pedir del deudor determinadamente ningún individuo del género debido<sup>3</sup>. El deudor cumple la obligación entregando cualquier individuo del género, con tal que sea una calidad a lo menos mediana<sup>4</sup>.

**B.** La pérdida de algunas cosas del género no extingue la obligación<sup>5</sup>. “El género no perece”, dice un aforismo. Es difícil que todo el género desaparezca, pero si tal cosa sucede se extingue la obligación<sup>6</sup>.

**C.** El deudor puede enajenar o destruir las cosas genéricas, sin que el acreedor pueda oponerse a ello, mientras subsistan otras para el cumplimiento de lo que debe<sup>7</sup>.

A las obligaciones de género se le dedica el capítulo VIII, Título I, del Libro III, del Código Civil, dándole la categoría de una clase de obligaciones. También se refieren, entre otros, a las obligaciones de género los arts. 1847 inc. 2 y 2020 C. Por otra parte, en los arts. 1119, 1120 y 1126 C. y sus concordantes se regulan los legados de género, que son obligaciones provenientes del testamento a cargo de los herederos.

Hay autores, como José Puig Brutau, que refieren estas obligaciones a las de dar<sup>8</sup>; en cambio, Antonio Hernández Gil las hace extensivas a las obligaciones de hacer: “La categoría de las obligaciones genéricas se presenta normalmente a propósito de las prestaciones de dar. Pero nada se opone a que también tengan como objeto las obligaciones genéricas, prestaciones consistentes en hacer. En diversos contratos de obras y servicios, relativos a la realización de trabajos meramente materiales, pueden haber obligaciones genéricas recayentes sobre prestaciones de hacer. Se da vida a una obligación genérica de esta clase si se

3. Art. 1922 C.

4. Idem.

5. Art. 1923 C. En la doctrina los autores reconocen las obligaciones de género limitado, en la que si perece la cosa sin culpa del deudor se extingue la obligación, resultando suavizado así el principio de que el género no perece. Para Ossorio Morales son aquellas en las que la referencia al género no es total, sino que resulta circunscrita a sólo una parte del mismo, por circunstancias de lugar, tiempo, calidad, etc. (*genus limitatum*), como, por ejemplo, la obligación de entregar cien kilos de trigo del que existe actualmente en mi granero, o del que mi finca produzca este año, etc. En tales casos, si aquella parte delimitada del género con el que la obligación habrá de cumplirse, perece sin culpa del deudor, se produce la extinción de la obligación, aunque sigan existiendo cosas del género pactado, por ejemplo, trigo (Ob. cit., p. 42). De acuerdo con el art. 2580 C., la venta de una cosa de las que suelen venderse a peso, cuenta o medida, pero señalada de modo que no pueda confundirse con otra porción de la misma cosa, como todo el trigo contenido en cierto granero, será de cuerpo cierto y, como consecuencia, corresponde el riesgo al comprador. Por el contrario, si la venta se hace de una parte indeterminada, como diez fanegas de trigo de las contenidas en cierto granero, la venta es de género y, como consecuencia, el riesgo lo tiene el vendedor.

6. Según Ossorio Morales, el género no perece, y sólo excepcionalmente podrá extinguirse la obligación, liberando al deudor por la pérdida de la cosa, en el caso de perecer todo el género, supuesto raro en la práctica, pero que puede pensarse como posible, como sería, por ejemplo, en el caso de una obligación de entregar acciones de una determinada sociedad anónima, que hubiese sido disuelta y liquidadas todas sus acciones (Ob. cit., pp. 41 y 42). En cambio, dice Arturo Valencia Zea, la circunstancia de que al deudor de un género se le destruyan uno o varios, no indica que la obligación se extinga, pues siempre podrá conseguir en el comercio uno o varios. (Ob. cit., Tomo III, p. 12).

7. Art. 1923 C.

8. Ob. cit., Tomo I, Vol. II, p. 253.

concerta con una empresa el mantenimiento de un local en condiciones de salubridad o la modernización de la vivienda, etc., también, a veces, la prestación de ciertos servicios profesionales se pacta a imagen de las obligaciones genéricas, como, por ejemplo, algunos igualatorios médicos»<sup>9</sup>.

### **3. Obligaciones específicas (de especie o cuerpo cierto)**

Obligaciones específicas son aquellas en que se debe un individuo determinado de un género determinado: El caballo Lucero. El Código no les dedica un capítulo, como a las genéricas, pero varias disposiciones del mismo se refieren a ellas, entre otros, los arts. 1847 inc. 1, 1848 y 2019 C.

Las partes, al individualizar perfectamente el objeto debido, lo hacen con el propósito de que la obligación sea cumplida mediante la entrega de dicho objeto, sin poderlo substituir por otro<sup>10</sup>. En virtud de lo expuesto, ni el acreedor puede pedir otra cosa diversa de la debida, ni el deudor pagar con otra que la substituya. El deudor debe conservar la cosa con la diligencia de un buen padre de familia<sup>11</sup>.

Estas obligaciones también se denominan de especie o cuerpo cierto, que es la expresión usada por los códigos y autores de Chile y Colombia.

### **4. Paralelo entre las obligaciones de género y específicas**

**A.** En las obligaciones específicas el acreedor puede pedir la cosa determinada, objeto de la obligación; en las de género no puede pedir cosa determinada del género debido.

**B.** El deudor de una obligación de género cumple su obligación entregando las cosas del género debido, de calidad media; en las específicas, entregando el objeto debido.

**C.** Si la cosa específica perece fortuitamente se extingue la obligación, quedando liberado el deudor; en cambio, en las obligaciones de género no se extingue la obligación, quedando obligado el deudor, pues el género no perece.

**D.** La transmisión del dominio del cuerpo cierto se produce al tiempo de celebrarse la venta o acto transmisivo, en cambio la transmisión del dominio de las cosas genéricas se realiza desde su individualización (identificación, entrega, etc.).

9. Ob. cit., p. 131.

10. Arts. 1847, 1848 y 2019 C.

11. Art. 1845 C.

## BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit., Tomo III, p. 115 y sigts. CASTAN TOBEÑAS, José. Ob. cit., Tomo III, p. 157 y sigts. CLARO SOLAR, Luis. Ob. cit., Tomo X. Vol. I, p. 346 y sigts. COLMO, Alfredo. Ob. cit., p. 281 y sigts. COSIO, Alfonso de. Ob. cit., p. 226 DIEGO, Felipe Clemente de. Ob. cit., Tomo II, p. 74. DIEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., Vol. I, p. 483. ENNECCERUS, Ludwig. Ob. cit., Vol. I, p. 30 y sigts. GAUDEMET, Eugene. Ob. cit., pp. 372-373. HERNANDEZ GIL, Antonio. Ob. cit., p. 128 y sigts. LARENZ, Karl. Ob. cit., Tomo I, p. 161 y sigts. MESSINEO, Francisco. Ob. cit., Tomo IV, p. 29. MEZA BARROS, Ramón. Ob. cit., p. 117 y sigts. OSSORIO MORALES, Juan. Ob. cit. p. 40 y sigts. PALACIO P., H. Gustavo. Ob. cit., p. 236. PEREZ VIVES, Alvaro. Ob. cit., Vol. III, p. 160 y sigts. PUIG BRUTAU, José. Ob. cit., Tomo I, Vol. II, p. 235 y sigts. RODRIGUEZ, ARIAS-BUSTAMANTE, Lino. Ob. cit., p. 134 y sigts. RUGGIERO, Roberto de. Ob. cit., Tomo II. Vol. I, pp. 45-46. SANTOS BRIZ, Jaime. Ob. cit., Tomo III, pp. 73-74. SELVA, Buenaventura, Ob. cit., p. 278. VALENCIA ZEA, Arturo. Ob. cit., Tomo III, p. 11. VELEZ, Fernando. Ob. cit., Tomo VI, p. 138 y sigts. TUHR, Von A. Ob. cit., Tomo I, p. 41 y sigts.

## Capítulo VII

### Obligaciones con pluralidad de sujetos

*SUMARIO: 1. Clasificación. 2. Obligaciones mancomunadas: A. Concepto. B. Las obligaciones mancomunadas como la regla general. C. Efectos. 3. Obligaciones indivisibles: A. Generalidades. B. Sistema de nuestro Código Civil. C. Diferentes casos de divisibilidad e indivisibilidad: a) Obligaciones de dar; b) Obligaciones de hacer; c) Obligaciones de no hacer; d) Obligación de entregar; e) Obligación de constituir una servidumbre; f) Obligaciones alternativas; g) Obligaciones hipotecarias y prendarias. D. Efectos de la indivisibilidad. E. Paralelo entre las obligaciones indivisibles y solidarias: a) Semejanzas; b) Diferencias. F. Crítica. 4. Obligaciones solidarias: A. Concepto. B. Clasificación. C. Caracteres de la solidaridad: a) Pluralidad de sujetos; b) Unidad de la prestación; c) Divisibilidad del objeto; d) Pluralidad de vínculos; e) Debe ser expresa. D. Fuentes de la solidaridad: a) La convención; b) El testamento; c) La ley. E. Solidaridad activa: a) Fuentes: i) La convención; ii) El testamento; b) Características; c) Efectos: i) Efectos entre deudor y acreedores; ii) Efectos entre acreedores. F. Solidaridad pasiva: a) Concepto; b) Importancia; c) Características; d) Efectos: i) Efectos entre acreedor y codeudores solidarios; ii) Efectos entre codeudores solidarios; iii) Insolvencia de uno de los codeudores. G. Extinción de la solidaridad: a) Causales de extinción: i) La muerte de un codeudor; ii) La renuncia. 5. Jurisprudencia.*

#### 1. Clasificación

Normalmente la relación obligacional se constituye entre dos personas: un deudor y un acreedor. Excepcionalmente se forma la obligación entre varios sujetos activos o pasivos.

La pluralidad puede ser originaria cuando nace con la obligación y derivada cuando el sujeto activo o pasivo es sustituido por otros (varios herederos por la muerte del acreedor o deudor, cesión de crédito a varias personas, etc.)

Las obligaciones con pluralidad de sujetos se pueden dividir en: obligaciones mancomunadas, obligaciones solidarias y obligaciones indivisibles.

Según parece, la mancomunidad es la forma más antigua, aparece ya en las Doce Tablas. La regla del art. 1924 C. resulta de la aplicación de los principios de la comunidad de derechos y de la regla de que, en caso de duda, debe decidirse a favor del deudor.

No obstante, como veremos más adelante, la solidaridad tiene un gran auge y tiende a convertirse en la regla general, como sucede en nuestro Código de Comercio.

## 2. Obligaciones mancomunadas

### A. Concepto

La mancomunidad puede ser de acreedores, de deudores o mixta (de acreedores y deudores, de muy rara aplicación). Es mancomunada la obligación cuando cada acreedor sólo puede exigir del deudor la parte que le corresponde en el crédito y cada deudor sólo está obligado a pagar su parte en la deuda<sup>1</sup>. La mancomunidad puede ser inicial o sobrevenida (muerte del acreedor o deudor que deja varios herederos).

### B. Las obligaciones mancomunadas como la regla general

Tal regla resulta del art. 1924 C., que dice: “La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación, no implica que cada uno de aquellos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. **Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria**”.

La mancomunidad supone que la obligación sea divisible, pues si es indivisible, la indivisibilidad de la obligación se impone, sujetándose a sus reglas especiales.

### C. Efectos

En el art. 1929 C. se establece el efecto fundamental de la mancomunidad. Dice así: “Si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo 1924 no

1. Para Ossorio Morales son obligaciones mancomunadas (llamadas también parciarias) aquellas en que el crédito o la deuda se divide en tantas relaciones obligatorias distintas cuanto son los cotitulares. Si tres personas tienen un crédito mancomunado, o una deuda mancomunada, de 150, cada uno de ellos tiene un crédito, o una deuda, de 50. Cada acreedor sólo tiene derecho a 50, y cada deudor sólo debe 50 (Ob. cit., p. 60); para Colin y Capitant la obligación es mancomunada cuando tiene diversos deudores o acreedores, con la particularidad de que la obligación se divide entre los diversos sujetos de tal modo que cada acreedor sólo puede reclamar su parte del crédito y cada deudor sólo puede ser perseguido por su parte de deuda. Agregan que la muerte del acreedor o del deudor son las causas frecuentes de estas obligaciones. A partir de la muerte del acreedor ya no hay un solo crédito, sino tantos créditos distintos como herederos. Si, por ejemplo, el crédito es de 3.000 francos y el acreedor deja tres herederos por partes iguales, cada uno de ellos se convierte a partir de la muerte en acreedor por la cantidad de 1.000 francos. Cada uno de estos créditos es absolutamente independiente de los otros, y cada acreedor debe perseguir al deudor por su propia cuenta. Si el deudor de 3.000 francos muere dejando tres hijos, la deuda se divide de pleno derecho entre estos últimos, y cada uno de ellos se convierte en deudor de 1.000 francos. El crédito único que existía en favor del acreedor se encuentra reemplazado por tres créditos de 1.000 francos cada uno, y estos tres créditos son absolutamente independientes, hasta el punto de que, si uno de los herederos es insolvente, el acreedor no puede pedir a los otros el pago de lo que no ha podido cobrar del primero (Ob. cit., Tomo III, pp. 417 y 418).

resultare otra cosa, **el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintas unas de otras**<sup>2</sup>.

Como puede observarse, técnicamente se construye con una pluralidad de créditos con objetos distintos (cuota de la prestación), aunque formalmente se presenta como una sola obligación.

Como consecuencia de lo expuesto resulta:

**a) En la mancomunidad de acreedores (mancomunidad activa)**

**i)** Cada acreedor sólo puede demandar su parte en el crédito. No obstante, pueden conjuntamente todos los acreedores demandar al deudor por el pago total de la obligación mediante la acumulación de sus pretensiones de conformidad con el art. 834 Pr.

**ii)** La reclamación de cada acreedor solamente interrumpe la prescripción y constituye en mora al deudor en la parte del crédito de que es titular. Por ejemplo, si el coacreedor A interrumpe la prescripción con respecto al deudor, sólo él puede invocarla y no los otros coacreedores B y C. Si A constituye en mora al deudor, no por eso estará en mora con relación a los acreedores B y C.

**iii)** La suspensión de la prescripción a favor de uno de los acreedores no aprovecha a los otros. Por ejemplo, si el acreedor A es menor de edad, la prescripción se suspende a su favor, pero no a favor de sus coacreedores B y C que son mayores de edad<sup>3</sup>.

**iv)** La cosa juzgada, la novación, la confusión<sup>4</sup>, la compensación, la remisión, etc. sólo afectan a la parte del crédito del acreedor con quien se realizaron estas figuras.

**b) En la mancomunidad de deudores (mancomunidad pasiva)**

**i)** El deudor sólo está obligado a pagar su parte o cuota, sin perjuicio de que el acreedor pueda acumular otras acciones en contra del deudor demandado, de conformidad con el art. 834 Pr.

**ii)** La interrupción de la prescripción que hace el acreedor en contra de uno de los deudores, sólo contra ese deudor se produce y no contra los otros codeudores.

**iii)** Si uno o varios de los codeudores fueren insolventes los otros codeudores no están obligados a satisfacer la parte de deuda que a aquellos correspondía<sup>5</sup>.

2. Según Colin y Capitant los créditos llamados mancomunados y las deudas mancomunadas son, en realidad, créditos y deudas distintas, separados, teniendo cada uno su vida propia, independiente, pero que han nacido de un solo y mismo hecho jurídico (Ob. cit., Tomo III, p. 419).

3. Este mismo principio se aplica a las obligaciones solidarias. Por ejemplo, si se suspendió a favor de un acreedor solidario, sólo respecto a él se suspende. Esto se debe a que las causales de suspensión son de carácter personal.

4. El art. 2160 C. contempla este afecto y constituye una aplicación específica del principio señalado en el art. 1929 C.

5. Art. 1963 C.

6. Art. 1964 C.

iv) La suspensión de la prescripción respecto de uno de los deudores de la obligación no aprovecha ni perjudica a los otros acreedores y deudores<sup>6</sup>.

v) La mora de uno de los codeudores no perjudica a los otros. Por ejemplo, si el codeudor A es moroso, no por eso lo son sus codeudores B y C.

vi) La cosa juzgada contra uno de los deudores no afectan a los otros codeudores.

vii) La extinción de la obligación de uno de los deudores se realiza con independencia de las obligaciones de los otros codeudores. De aquí que la novación, remisión, confusión, etc. entre el deudor y el acreedor, sólo afecta a la parte de crédito en que opera.

El régimen de la mancomunidad mixta es un poco más complejo y resulta de la aplicación conjunta y armónica de las reglas de la mancomunidad activa y pasiva.

### 3. Obligaciones indivisibles

#### A. Generalidades

El estudio de estas obligaciones se ha estimado complicado y difícil, de tal modo que en el siglo XVII, el eminente jurista Dumoulin, llamado el príncipe de los juristas franceses de su época, publicó una obra titulada *Extricatio Labyrinthi dividui et individui* (Desenredo del laberinto de lo divisible e indivisible). Para no extraviarse en ese laberinto Dumoulin estableció las reglas fundamentales, que llama claves e hilos (diez claves y tres hilos). Expresaba que no existe en el océano del derecho un mar más agitado, más profundo, más peligroso.

La doctrina de Dumoulin fue resumida por Pothier, pasando posteriormente al Código Civil francés. En este sistema se distingue la división física de la intelectual. Un caballo, por ejemplo, no puede ser divisible físicamente, pero sí intelectualmente, por lo que cada vendedor podría cumplir entregando al acreedor su parte indivisa. Por otra parte, admite tres clases de indivisibilidad: indivisibilidad absoluta, indivisibilidad de la obligación e indivisibilidad de pago. Esta división la hace Pothier, siguiendo a Dumoulin<sup>7</sup>.

#### a) Indivisibilidad absoluta

La indivisibilidad absoluta resulta de la naturaleza de las cosas. La prestación no puede dividirse, por lo que no es posible estipularse o prometerse en

7. Ob. cit., pp. 175 y 176.



partes. Por ejemplo: la obligación de conceder una servidumbre de tránsito, no se concibe una constitución o ejecución parcial. Se transita sobre toda la vía o no se transita.

### **b) Indivisibilidad de la obligación**

En esta clase de indivisibilidad el objeto de la obligación es divisible, pero la intención de las partes contratantes hace indivisible la obligación. Se cita como ejemplo la construcción de una casa o un barco. Se cumple la obligación de construir una casa, construyendo totalmente la casa y no partes de la misma.

### **c) Indivisibilidad de pago**

Es la que concierne al pago de la obligación y no a la obligación misma. La cosa debida es divisible.

Ejemplo: Juan debe a Pedro C\$20.000 y se estipula que si Juan fallece la obligación podrá reclamarse enteramente a sus herederos. Sólo opera al lado pasivo y no al activo.

La divisibilidad o indivisibilidad cobra interés cuando existe pluralidad de acreedores o deudores, ya sea originaria o derivada.

Si hay un solo acreedor y un solo deudor la teoría de la indivisibilidad no es aplicable. El deudor debe cumplir íntegramente su obligación, por lo que carece de importancia si la obligación es divisible o indivisible. El art. 1959 C. dispone que las obligaciones divisibles, cuando hay un solo acreedor y un solo deudor, deben cumplirse como si fueren obligaciones indivisibles. El acreedor no puede ser obligado a recibir pagos parciales, ni el deudor a hacerlos.

Vélez Sarfields expresa que las obligaciones no se distinguen en divisibles e indivisibles sino cuando son muchos los acreedores o los deudores. Habiendo un solo acreedor y un solo deudor, la obligación por divisible que sea, debe siempre tener una ejecución íntegra sin ser jamás susceptible de pagos parciales<sup>8</sup>.

## **B. Sistema de nuestro Código Civil**

Nuestro Código Civil tomó esta concepción sobre la indivisibilidad del codificador argentino. Vélez Sarfields, que siguiendo en esta materia a Savigny y Freitas, consagró una serie de disposiciones que enumeran los diversos casos de divisibilidad e indivisibilidad.

---

8. Colin y Capitant expresan que cuando sólo hay un acreedor y un deudor, la cuestión no ofrece interés, pues la obligación debe cumplirse siempre como si fuera indivisible (Ob. cit., Tomo III, p. 443). Para Colmo esto es consecuencia de un punto de vista que nada tiene que ver con la indivisibilidad de la prestación y de la correspondiente obligación, sino con el pago de la obligación, por lo que el art. 673 del código argentino (modelo de nuestro art. 1959 C.) debe estar en el título del pago. Agrega que tampoco tiene que ver con la obligación mancomunada, por cuanto ésta supone complejidad en los sujetos de la obligación (Ob. cit., p. 312).

De acuerdo con el art. 1953 C. la divisibilidad o indivisibilidad depende de la prestación. Dice así: “Las obligaciones son divisibles cuando tienen por objeto, prestaciones susceptibles de cumplimiento parcial. **Son indivisibles, si las prestaciones no pudieren ser cumplidas sino por entero**”.

Por otra parte, la única división que se admite es la física o material, no tomando en cuenta la intelectual. Ahora bien, para que la obligación sea divisible no es suficiente que la prestación sea divisible materialmente. Se requiere, además, que no pierda su valor o destino económico.

Nuestro Código Civil también admite la indivisibilidad convencional, la cual resulta de haberse pactado el cumplimiento total de la obligación a pesar de ser la prestación divisible. La autonomía de la voluntad fundamenta esa solución. Se clasifica en expresa o tácita, dependiendo de que se pacte expresamente o resulte de la forma en que se estipuló la prestación.

Por lo expuesto, existen dos tipos de indivisibilidad: la natural y la convencional. La primera resulta exclusivamente del carácter indivisible del objeto y la segunda de la voluntad expresa o tácita, que opera sobre objeto divisible.

### C. Diferentes casos de divisibilidad e indivisibilidad

#### a) Obligaciones de dar

El art. 1955 C. dispone que las obligaciones de dar son divisibles, cuando tienen por objeto entregas de sumas de dinero o de otras cantidades, o cuando teniendo por objeto la entrega de cosas inciertas no fungibles, comprenden un número de ellas de la misma especie, que sea igual al número de acreedores o deudores o a su múltiplo.

De conformidad a la disposición transcrita la obligación de dar es divisible:

**i)** Cuando tiene por objeto la entrega de dinero o de otras cantidades, por ejemplo, la de pagar C\$5.000, la obligación de entregar cincuenta libras de frijoles, etc.

**ii)** Cuando teniendo por objeto cosas inciertas no fungibles, comprende un número de ellas de la misma especie, que sea igual al número de acreedores o deudores o a su múltiplo. Por ejemplo: entregar cuatro caballos a dos acreedores.

Por el contrario, las obligaciones de dar son indivisibles:

**i)** Cuando tienen por objeto cosas de cuerpo cierto. El art. 1965 C. dispone que toda obligación de dar un cuerpo cierto es indivisible.

**ii)** Cuando tengan por objeto cosas inciertas no fungibles y el número de ellas no coincide con el número de acreedores o deudores. Por ejemplo: cuatro caballos a tres acreedores.

---

9. La obligación de dar, en esta doctrina, es comprensiva no sólo de la obligación de transmitir el dominio y constituir derechos reales, sino también de la obligación de entregar el uso o tenencia o restituir al dueño.

Vélez Sarfields destaca que en el caso del art. 699 del Código Civil argentino, modelo de nuestro art. 1965 C., no se trata de la obligación de género que tenga por objeto una sola cosa, sino la que tenga por objeto un número de cosas que comprenda al número de acreedores.

Se considera en la doctrina que el art. 1965 C. es aplicable a todos los supuestos de dar un cuerpo cierto o se trate de transferir el dominio, uso o tenencia o restituirla a su dueño<sup>9</sup>.

Vélez Sarfields se separó de la doctrina romana y francesa que establece la divisibilidad en la obligación de dar un cuerpo cierto<sup>10</sup>.

### **b) Obligaciones de hacer**

En principio, las obligaciones de hacer son indivisibles, según se desprende del art. 1966 C. al disponer que son igualmente indivisibles las obligaciones de hacer, con excepción de las comprendidas en el artículo 1956 C.

El art. 1956 C. dice: “Las obligaciones de hacer son divisibles cuando tienen por objeto la prestación de hechos determinados solamente por cierto número de días de trabajo, o cuando consiste en un trabajo dado, según determinadas medidas expresadas en la obligación, como la construcción de un muro estipulada por metros; pero cuando la construcción de una obra no es por medida, la obligación es indivisible”.

Como he expresado, en principio, las obligaciones de hacer son indivisibles. Así, por ejemplo, la obligación de construir una casa, de escribir un libro, hacer un cuadro, componer una ópera, etc. Para la conclusión de cualquiera de éstas obras es preciso ir agotando etapas, pero la obligación será cumplida hasta que esté construida la casa, escrito el libro, el cuadro hecho, etc.

La construcción de una casa, dice Vélez Sarfields, es un hecho divisible cuando se considera como un hecho susceptible de cumplirse sucesivamente o por partes. Pero en la obligación de construir una casa se mira menos el hecho transitorio de la construcción, que el resultado final y permanente, la casa a construir. Una casa no existe como tal sino por la reunión de todas las partes que la forman. Por lo tanto, la construcción es indivisible desde que viene a ser objeto de una obligación.

También cita como ejemplo la obligación de entregar un terreno destinado según la intención de las partes, para una construcción que exige la totalidad del terreno. Estima que, aunque un terreno considerado en sí mismo es divisible, cesa

10. Colin y Capitant expresan que apenas se encuentran ejemplos de indivisibilidad en las obligaciones de dar, es decir, de transmitir la propiedad o un derecho real, pues un derecho de este género siempre es susceptible de división, aunque recaiga sobre objeto que materialmente no pueda ser divisible. Ejemplo: la venta de una casa, de un caballo, indiviso entre varias personas. La venta engendra una obligación para cada propietario de transmitir al comprador el derecho indiviso que tiene en la cosa (su mitad, cuarta parte, etc.). Como consecuencia agregan que la obligación de dar es perfectamente divisible. Sin embargo, reconocen que hay dos derechos reales indivisibles: la servidumbre y la hipoteca. En las obligaciones de hacer o de no hacer los casos de indivisibilidad, son, por el contrario frecuentes. Es indivisible, por ejemplo: la obligación de los vendedores de entregar al comprador la cosa vendida, si se trata de una cosa no susceptible de división material, como cuando dos personas venden un caballo, en cuyo caso la entrega no puede hacerse en partes. El comprador puede dirigirse a cualquiera de los vendedores y pedirle la entrega de la cosa. (Ob cit., Tomo III, pp. 444 y 445).

de serlo cuando es objeto de una obligación en la que se considera como un lugar destinado a una construcción, o a otro uso que exija la totalidad de ese terreno.

Las excepciones a la indivisibilidad de las obligaciones de hacer las contempla el art. 1956 C., anteriormente transcrito.

### **c) Obligaciones de no hacer**

De conformidad con el art. 1957 C. en las obligaciones de no hacer la divisibilidad o indivisibilidad de la obligación se decide por el carácter natural de la prestación, en cada caso particular. Por otra parte, en el art. 1977, primera parte, C. se establece que toda abstención indivisible hace indivisible la obligación.

Por ejemplo: son indivisibles la obligación de no impedir el paso a través de una finca, la de no abrir un cine, la de no perturbar al poseedor de una herencia. Existe divisibilidad cuando, por ejemplo, me obligo a no cortar cien manzanas de montaña.

La obligación será divisible o indivisible según si puedo o no infringir por partes. Se expresa que no hay que atender tanto a la posible separación del hecho positivo que constituye violación de la abstención prometida, sino a la posibilidad de fraccionar la utilidad jurídica que la abstención deberá rendir al acreedor que la estipula en su beneficio.

### **d) Obligación de entregar**

La obligación de entregar, de conformidad al art. 1967 C., es indivisible cuando la tradición tenga el carácter de un mero hecho, que no fuere de los designados en el art. 1956 o fuere una dación no comprendida en el artículo 1955.

### **e) Obligación de constituir una servidumbre**

La obligación que tiene por objeto la creación de una servidumbre predial es indivisible<sup>11</sup>. Así, por ejemplo, es indivisible la obligación de crear una servidumbre de tránsito.

Las servidumbres consideradas en sí mismas son indivisibles. Así lo dispone el art. 1561 C., que dice: “Las servidumbres son indivisibles. Si el fundo sirviente se divide entre dos o más dueños, la servidumbre no se modifica y cada uno de ellos tienen que tolerarla en la parte que le corresponde. Si el predio dominante es el que se divide, cada uno de los nuevos dueños gozará de la servidumbre, pero sin aumentar el gravamen al predio sirviente”.

### **f) Obligaciones alternativas**

Si todas las prestaciones son de la misma naturaleza, es decir, divisibles o indivisibles, la obligación alternativa será considerada desde luego divisible si

11. Art. 1969 C.

12. Art. 1904 inc. 2 C.

13. Arts. 3763, 3765, 3776 C. y otros.

todas las prestaciones son divisibles: C\$5.000 o 1.000 libras de frijoles; e indivisibles si todas sus prestaciones son indivisibles: hacer una casa o construir un puente sobre el río Matagalpa. Por el contrario, si las prestaciones son de diferente naturaleza es preciso esperar la elección para que quede fijada la naturaleza de la obligación. El art. 1958 C. dice: “Las obligaciones alternativas que tienen por objeto prestaciones de naturaleza opuesta no son consideradas como divisibles o indivisibles, sino después de la opción del acreedor o del deudor con conocimiento del acreedor”.

La obligación alternativa puede ser divisible e indivisible según lo expuesto anteriormente. Sin embargo, el acto de la elección es indivisible desde dos puntos de vista:

i) Si existen varios acreedores que deben elegir, no puede uno elegir una prestación y el otro seleccionar prestación distinta;

ii) El deudor no cumple su obligación con partes de las prestaciones debidas<sup>12</sup>.

Para determinar la naturaleza divisible o indivisible de la obligación facultativa se toma en cuenta únicamente la obligación principal, pues de acuerdo al art. 1915 C. la naturaleza de la obligación facultativa se determina únicamente por la prestación principal que forma el objeto de ella.

#### **g) Obligaciones hipotecarias y prendarias**

Los pagos parciales no obligan al acreedor a entregar parte de la prenda o a levantar parcialmente la hipoteca. La obligación, pues, de entregar la prenda o cancelar la hipoteca es indivisible y el acreedor sólo está obligado a ello en virtud del pago total. El art. 1968 C. establece en este sentido que cuando las obligaciones, sean divisibles o indivisibles, tengan por accesorio una prenda o hipoteca, el acreedor no está obligado a devolver la prenda ni a alzar la hipoteca en todo o en parte, mientras el total de la deuda no fuere pagado.

Lo expuesto es una consecuencia del carácter indivisible de la prenda o hipoteca<sup>13</sup>. No obstante lo expuesto, en el art. 3785 C., en contradicción al principio de la indivisibilidad de la hipoteca, autoriza al deudor, cuando son varios los inmuebles hipotecados, a hacer la imputación en los pagos parciales, dando lugar a la cancelación de una de las fincas hipotecadas. Tal cosa no puede funcionar en Nicaragua, salvo que se pacte.

Lo expuesto también se aplica a la anticresis.

#### **D. Efectos de la indivisibilidad**

a) Cuando hay un solo acreedor y varios deudores, el acreedor puede exigir el cumplimiento íntegro de la obligación a cualquier deudor. Cuando son varios los

acreedores y un solo deudor, cualquier acreedor puede exigir del deudor el cumplimiento íntegro de la obligación. Y cuando son varios acreedores y varios deudores cualquier deudor debe pagar a cualquier acreedor el cumplimiento íntegro de la obligación.

La indivisibilidad continúa con los herederos, tanto del lado activo como del pasivo. La obligación, pues, continúa siendo indivisible. El art. 1978 C. expresa que cualquiera de los acreedores originarios, o los que lo sean por sucesión o por contrato, pueden exigir de cada uno de los codeudores, o de sus herederos, el cumplimiento íntegro de la obligación indivisible.

Pero es divisible la acción de perjuicios que resulta de no haberse cumplido o de haberse retardado la obligación indivisible: ninguno de los acreedores puede intentarla y ninguno de los deudores está sujeto a ella, sino en la parte que le quepa<sup>14</sup>. La indivisibilidad cesa por cuanto el dinero con el que se pagan los daños y perjuicios es divisible. Este supuesto se presenta cuando existe culpa por parte de todos los deudores. Si existe culpa de sólo uno de los deudores hay que distinguir:

#### i) Si no existe cláusula penal

Si por el hecho o culpa de uno de los deudores de la obligación indivisible se ha hecho imposible su cumplimiento, sólo él será responsable de todos los perjuicios<sup>15</sup>.

Los anotadores hacen ver la contradicción que existe entre los artículos 1974 y 1980 inc. 2 C., con el art. 1981 C., debido al diferente origen<sup>16</sup>. El art. 1981 C., contrario al criterio que sostenemos, dice: “Si por la negativa de uno de los deudores la obligación no se cumple, quedan responsables de los daños y perjuicios cada uno por su parte, a excepción de aquél por cuya negativa no hubiere podido cumplirse la obligación, el cual puede ser demandado por la totalidad de los daños y perjuicios”.

#### ii) Si existe cláusula penal

Cuando existe cláusula penal y son varios los deudores por sucesión o por contrato, se incurre en la pena por la contravención de **uno solo de los deudores, y puede ser exigida por entero del contraventor o de cada uno de los codeudores por su parte o porción**, salvo el derecho de éstos para exigir al contraventor que les devuelva lo que pagaron por su culpa<sup>17</sup>.

14. Art. 1975 C.

15. Arts. 1974 y 1980 inc. 2 C.

16. Nota al art. 1981 C.

17. Art. 1994 C.

18. Arts. 1995 y 1983 C.

19. Art. 1972 C.

20. Art. 1971 C.

Si la obligación indivisible contraída con cláusula penal, es a favor de varios contra varios, sea por herencia o por contrato, no se incurren en la pena total, caso de obstáculo puesto por uno de los deudores a algunos de los acreedores, sino que sólo el causante del obstáculo incurre en la pena, y se adjudica únicamente al perturbado, a ambos proporcionalmente a su haber hereditario o cuota correspondiente<sup>18</sup>.

**b)** El cumplimiento de la obligación indivisible por cualquiera de los obligados, la extingue respecto a todos<sup>19</sup>.

**c)** El deudor demandado puede solicitar que se le otorgue un plazo para entenderse con los demás deudores, a fin de cumplirla entre todos, a menos que la obligación sea de tal naturaleza que él solo puede cumplirla, pues en tal caso podrá ser condenado desde luego al total cumplimiento, quedándole a salvo su acción contra los demás deudores, para la indemnización que le deban<sup>20</sup>.

**d)** Las obligaciones indivisibles no pueden constituirse respecto de un objeto común a muchos, sino con el consentimiento de todos los condóminos<sup>21</sup>. Por ejemplo: la constitución de una servidumbre de tránsito sobre una finca en comunidad.

**e)** La insolvencia de uno de los codeudores no afecta a la obligación indivisible, pues el cumplimiento puede ser exigido a cualquiera de los deudores, mientras exista un deudor en condiciones de cumplir la obligación. Para el acreedor le es indiferente la insolvencia de alguno de ellos.

**f)** La cosa juzgada no se extiende a los acreedores o deudores que no han sido parte en el juicio. Esa es la solución de nuestro Código Civil, establecida en el art. 1984, que a la letra dice: “La sentencia dada en el juicio seguido entre uno de los acreedores y el deudor, o entre uno de los deudores y el acreedor, no tiene autoridad de cosa juzgada con relación a los otros acreedores o a los otros deudores que no han intervenido en el juicio”.

Este tema es objeto de polémica en la doctrina, pero nuestro Código ya escogió una solución en el artículo transcrito.

**g)** Prescrita una deuda indivisible por uno de los deudores contra uno de los acreedores, aprovecha a todos los primeros y perjudica a los segundos; e interrumpe la prescripción por uno de los acreedores contra uno de los deudores, aprovecha a todos aquellos<sup>22</sup>.

**h)** Sólo por el consentimiento de todos los acreedores puede remitirse la obligación indivisible o hacerse una quita o espera de ella<sup>23</sup>.

Vélez Sarfields decía que no se admite el derecho a uno de los acreedores a remitir la deuda de la cosa indivisible, porque él no es personalmente dueño del crédito.

La remisión hecha por un acreedor no afecta a los otros, quienes conservan el derecho de reclamar el cumplimiento íntegro de la obligación; pero como la

21. Art. 1976 C.

22. Arts. 1973 y 1980 C.

23. Art. 1979 C.



remisión es válida debe hacerse la liquidación y reconocerle al deudor la parte remitida.

i) De conformidad con el art. 1970 C. las relaciones de los acreedores conjuntos entre sí, o de los deudores conjuntos entre sí, después que uno de ellos hubiere cumplido una obligación divisible o indivisible, se reglarán de la manera siguiente:

i) Cada uno de los acreedores conjuntos debe pagar una cuota igual o desigual, designada en los títulos de la obligación, o en los contratos que entre sí hubieren celebrado.

ii) Si no hubiere título, o si nada se hubiere prevenido sobre la división del crédito o de la deuda entre los acreedores y deudores conjuntos, se atenderá a la causa de haberse contraído la obligación conjuntamente, a las relaciones entre sí, y a las circunstancias de cada uno de los casos.

iii) Si no fuere posible reglar las relaciones de los acreedores o deudores conjuntos entre sí, se entenderá que son interesados en partes iguales, y que cada persona constituye un acreedor o un deudor.

## **E. Paralelo entre las obligaciones indivisibles y solidarias**

### **a) Semejanzas**

i) En los dos tipos de obligaciones hay pluralidad de sujetos.

ii) El pago que hace cualquier deudor a cualquier acreedor, en ambas obligaciones, extingue la obligación con relación a todos.

iii) En los dos tipos de obligaciones a cada acreedor le asiste el derecho de demandar el pago íntegro y cada deudor está obligado a realizar el pago total.

### **b) Diferencias**

Nuestro Código Civil en el art. 1954 nos indica que existen diferencias entre ambas clases de obligaciones. Expresa: “La solidaridad estipulada no da a la obligación el carácter de indivisible ni la indivisibilidad de la obligación la hace solidaria”.

Señalamos las diferencias siguientes:

i) La imposibilidad del pago parcial en la indivisibilidad resulta de la naturaleza de las cosas; en cambio en la solidaridad el derecho del acreedor a reclamar la totalidad proviene del título que le da vida.

ii) La indivisibilidad continúa con los herederos del acreedor o deudor; en cambio la solidaridad no pasa a los herederos<sup>24</sup>.

iii) En la solidaridad se considera al acreedor como dueño del total del crédito y a cada deudor como deudor único de toda la obligación, o bien existe

24. Art. 1952 C.

25. Art. 1979 C.

26. Arts. 1926 inc. 2 y 1940 C.

27. Arts. 1975 y 1980 inc. 2 C.

28. Art. 1949 inc. 2 C.



mandato tácito o recíproco, si se sigue la teoría francesa; en cambio en la indivisibilidad no existe tal consideración ni mandato.

iv) En la obligación indivisible el deudor, de conformidad con el art. 1971 C., puede pedir un plazo para entenderse con los codeudores con el objeto de cumplir con la obligación; en cambio, en la solidaridad el deudor demandado no puede pedir plazo para entenderse con sus codeudores para pagar la obligación.

v) En la obligación indivisible, como cada acreedor es dueño de su cuota, no puede novar ni remitir la obligación<sup>25</sup>; en cambio en la solidaridad cada acreedor es dueño del total del crédito y puede remitir la deuda, novarla, etc<sup>26</sup>.

vi) Si perece la cosa en las obligaciones indivisibles la acción se vuelve divisible<sup>27</sup>; en cambio si perece la cosa en las obligaciones solidarias, existe acción solidaria para reclamar el precio y los daños y perjuicios<sup>28</sup>.

## F. Crítica

Estima un sector doctrinal que la importancia práctica de la indivisibilidad es nula, por lo que la tendencia moderna es refundirla con la solidaridad. Ejemplo de esta tendencia es el Código Federal suizo de las Obligaciones.

## 4. Obligaciones solidarias

### A. Concepto

La obligación es solidaria cuando la prestación debida, de carácter divisible, puede ser exigida totalmente por cualquiera de los acreedores a cualquiera de los deudores, en virtud de la convención, el testamento o la ley.

### B. Clasificación

La solidaridad puede ser activa, pasiva y mixta. Es activa cuando existen varios acreedores y un deudor; es pasiva cuando existen varios deudores y un acreedor y mixta cuando existen varios acreedores y varios deudores.

### C. Caracteres de la solidaridad

#### a) Pluralidad de sujetos

29. Según Colin y Capitant esta característica tiene las consecuencias siguientes: **a)** El acreedor puede reclamar la totalidad de la cosa debida a cualquiera de los codeudores. **b)** Si uno de los codeudores paga se extingue la deuda y los vínculos obligatorios que unen al acreedor con los otros codeudores desaparecen al mismo tiempo. **c)** El deudor perseguido puede oponer todas las excepciones procedentes de la naturaleza de la obligación. Ejemplo: nulidad precedente, ya del carácter ilícito de la obligación, ya de la falta de causa, ya de la falta de solemnidad si se trata de un contrato solemne, etc. Puede invocar también las causas de extinción que hubieren extinguido la totalidad de la deuda, como el pago, la prescripción, la pérdida fortuita de la cosa, etc. (Ob. cit., Tomo III, pp. 430 y 431).

Es preciso que existan varios sujetos activos o pasivos, pues, si sólo existe un deudor y un acreedor, es obvio que el acreedor puede reclamar al deudor el total de la obligación de acuerdo con el art. 1959 C.

#### **b) Unidad de la prestación**

El objeto debido es uno y, como consecuencia, en todos los tipos de solidaridad puede ser exigido por cualquier acreedor a cualquier deudor, quedando extinguida la obligación en virtud del pago<sup>29</sup>.

#### **c) Divisibilidad del objeto**

La prestación debe ser una y divisible. Si la obligación fuese indivisible se está obligando al todo, no por vínculo solidario, sino en virtud de la indivisibilidad de la prestación.

Raymundo M. Salvat, después de estudiar los efectos limitados y superiores de la indivisibilidad con relación a la solidaridad, admite que es posible pactar la solidaridad sobre una obligación indivisible. Sostiene que puede ser de interés por algunos efectos ventajosos que no se dan en la indivisibilidad, que al ser agregados aumentan la seguridad del acreedor<sup>30</sup>.

#### **d) Pluralidad de vínculos**

El vínculo que une a cada deudor o acreedor es independientemente por cada uno de ellos. Esta pluralidad de vínculos trae las consecuencias siguientes:

**i)** La obligación puede ser simple para unos deudores y a plazo o condicional para otros<sup>31</sup>. Ejemplo: sin plazo para José, con plazo para Pedro y condicional para Rafael.

**ii)** Si el acreedor demanda a uno de los deudores solidarios y éste no satisface la totalidad de la obligación, conserva la acción para dirigirse contra los otros<sup>32</sup>. Si Pedro no paga o solamente paga C\$200 de los C\$600 debidos al acreedor, éste tiene derecho para pedirle a cualquiera de los otros codeudores los C\$600, si aquél no pagó nada, o los C\$400 restantes si pagó C\$200.

**iii)** Puede tener la solidaridad causas distintas para los deudores<sup>33</sup>. Juan le da en mutuo dinero a Pedro (C\$100.000) y José se obliga solidariamente con Pedro a pagarlo. La causa de la primera obligación (de Pedro) es la entrega del dinero. La causa de la segunda obligación (de José) es la mera liberalidad o la prestación a que se obliga el deudor para que haya accedido a constituirse en deudor solidario.

30. Ob. cit., Tomo II, pp. 150 y 151.

31. Arts. 1925 y 1942 C.

32. Art. 1928 C.

33. Art. 1950 C.

34. Art. 3714 C.

35. Art. 881 C.

36. Art. 883 C.

iv) Que sólo uno de los deudores otorgue garantía (fianza, hipoteca)<sup>34</sup>.

Según la doctrina existen otras consecuencias:

i) Pueden existir causas de nulidad que concurren en uno de los deudores (incapacidad y vicios del consentimiento) y no en los demás.

ii) Que sea civil para unos y mercantil para otros.

iii) Que los deudores tengan distintos domicilios.

iv) Que prescriba para uno y no para otros a menos que corra al mismo tiempo para todos<sup>35</sup>. Cuando prescribió en relación a uno, el acreedor puede demandar a cualquiera de los otros deudores que no prescribieron, pero tendrá que deducir la parte del deudor que prescribió<sup>36</sup>.

#### e) Debe ser expresa

Es preciso que la convención, el testamento o la ley la establezcan.

La solidaridad no se presume. **La mancomunidad es la regla, la solidaridad es la excepción.** Como consecuencia, la solidaridad no se aplica por analogía y en caso de duda debe declararse la mancomunidad. No hay palabras sacramentales. Puede resultar de las expresiones siguientes: “que cada uno se obliga por el total”, “que se obligan uno por la otra”, “que se obligan conjuntamente con renuncia del beneficio de excusión y de división”, etc.

En materia mercantil la solidaridad de los deudores la establece la ley. El art. 102 CC dispone que en las obligaciones mercantiles los codeudores serán solidarios.

Por otra parte, en los arts. 126 y 330 CC se señalan otros casos específicos de solidaridad legal.

### D. Fuentes de la solidaridad

Las fuentes de la solidaridad son tres: la convención, el testamento y la ley.

#### a) La convención

Es frecuente que en los contratos se pacte casi exclusivamente la pasiva. A la convencional se refiere el art. 1924 C.

#### b) El testamento

Ejemplos:

Juan fallece y le deja a la Universidad Centroamericana C\$500.000, los que deberán ser pagados en su totalidad por cualquiera de los herederos que se le exija.

37. Pothier. Ob. cit., p. 144.

38. Art. 3 Ley de alimentos.

“Mi heredero dará a los Carmelitas o a los Jacobinos una suma de cien libras. El heredero no debe en este caso, más que una sola suma por entero a cada uno de los conventos que son acreedores solidarios, y así vemos que el pago que haga de la dicha suma a uno de los conventos, le descargará para uno y otro (L, 16, D de legar 2º)”<sup>37</sup>.

### **c) La ley**

Podemos citar los casos siguientes:

**i)** La solidaridad de los miembros de la Junta Directiva en el supuesto del art. 85 C.

**ii)** La solidaridad de las personas que tienen igual obligación de dar alimentos<sup>38</sup>.

**iii)** La solidaridad de los cazadores en el supuesto del art. 663 C.

**iv)** La solidaridad de los albaceas de conformidad al art. 1327 C.

**v)** La acción solidaria contra cada uno de los inmuebles hipotecados de la sucesión<sup>39</sup>.

**vi)** La indemnización de perjuicios de acuerdo con el art. 1811 C.

**vii)** La solidaridad de los fiadores y dueños del crédito en el supuesto del artículo 2325 inc. 2 C.

**viii)** La solidaridad de los autores o cómplices para reparar los daños o perjuicios ocasionados por un delito o cuasidelito<sup>40</sup>.

**ix)** La solidaridad de los arrendatarios en caso de incendios<sup>41</sup>.

**x)** La solidaridad del arrendatario y subarrendatario, por los daños y perjuicios en el supuesto del subarriendo sin el consentimiento del arrendador<sup>42</sup>.

**xi)** La solidaridad de los mandantes de acuerdo con el art. 3344 C.

**xii)** La responsabilidad solidaria de los gestores<sup>43</sup>.

**xiii)** La responsabilidad solidaria de los comodatarios por la restitución o daños sufridos en las cosas recibidas<sup>44</sup>.

**xiv)** La responsabilidad solidaria de los litigantes con relación al secuestro de acuerdo con el art. 3523 C.

**xv)** La responsabilidad solidaria contra los que ganaron y aquellos en cuya casa tuvo lugar el juego, en el supuesto del art. 3622 C.

## **E. Solidaridad activa**

### **a) Fuentes**

#### **i) La convención**

39. Art. 1415 C.

40. Arts. 2510 y 2515 C.

41. Art. 2877 C.

42. Art. 2884 C.

43. Art. 3386 inc. 2 C.

44. Art. 3442 C.

Es raro encontrar la solidaridad activa pactada.

## **ii) El testamento**

(Ver ejemplo de Pothier).

La solidaridad activa legal es excepcional. No existe en nuestro Código. La solidaridad activa es una institución muerta que no goza de importancia práctica. Implica peligro para los coacreedores del que obtuvo el pago en cuanto a la recuperación de sus partes. Puede suceder que se las apropie o gaste.

## **b) Características**

**i)** Cada uno de los acreedores puede exigirle al deudor la totalidad de la deuda.

**ii)** El pago hecho por el deudor a cualquiera de los acreedores extingue la deuda con respecto a los demás.

**iii)** El deudor puede hacer el pago a cualquiera de los acreedores que elija, salvo que hubiera sido demandado por uno de ellos, entonces deberá pagar al demandante<sup>45</sup>. La demanda se considera hecha desde que fue notificado el deudor.

## **c) Efectos**

Los efectos de la solidaridad activa se estudian desde un doble punto de vista: efectos entre deudor y acreedores y entre acreedores.

### **i) Efectos entre deudor y acreedores**

- El deudor puede pagar a cualquiera de los acreedores que elija, salvo que haya sido demandado anteriormente por otro acreedor. Una vez demandado cesa su derecho de elegir<sup>46</sup>. Se explica por la unidad de la prestación.

- Cualquier acreedor puede exigir al adeudor el total de la obligación.

- El pago que hace el deudor a uno de los acreedores extingue la obligación con respecto a los demás<sup>47</sup>.

---

45. Art. 1926 C.

46. Idem.

47. Idem. Es motivo de discusión si la dación en pago a uno de los acreedores extinguen la obligación con efectos extensivos a los otros coacreedores. Por ejemplo, Giorgi sostiene que no extingue la obligación porque los coacreedores tienen derecho a participar en los beneficios de la prestación y en la dación en pago se les obliga a compartir una prestación diferente a la pactada. Por el contrario, la opinión más ajustada a nuestro sistema sostiene que extingue la obligación, pues la dación en pago es jurídicamente un pago o una novación y ambos tienen efectos extintivos en la solidaridad. Por otra parte, en la novación objetiva se presenta un cambio de prestación.

48. Arts. 1926 inc. 2, 1940 y 2162 inc. 2 C

Dos doctrinas explican éste efecto: la romana y la francesa.

La romana considera que cada acreedor es dueño de **la totalidad del crédito** (se explica por la unidad de la prestación), y, por ende, puede exigir la totalidad de la obligación.

La francesa estima que cada acreedor es dueño de su parte o cuota en el crédito y con respecto a la cuota de los demás tiene un mandato que es tácito y recíproco, en cuya virtud puede exigir la totalidad de la obligación.

Nuestro Código Civil sigue la doctrina romana. Así lo confirma el art. 1926 inc. 2 C. En la misma forma la condonación de la deuda, la confusión, la compensación, la novación que intervengan entre deudor y cualquier acreedor o acreedores, extingue la deuda, de la misma manera que el pago, con tal que éstos no hayan demandado ya al deudor<sup>48</sup>.

Estos efectos se explican a través de la unidad de la prestación. Si es una la obligación debida, su extinción por cualquiera de estos modos entre un acreedor y el deudor afecta a los otros coacreedores. Existe otro sistema en cual ha predominado la pluralidad de vínculos y algunos de esos modos de extinción, sólo tiene efecto entre el acreedor y el deudor en los cuales se dio.

La extinción de la obligación con respecto a todos los acreedores si la cosa perece sin culpa del deudor, el aprovechamiento que pueden hacer los otros acreedores de la interrupción de la prescripción con respecto a uno de ellos y la extensión de la cosa juzgada a los otros acreedores que no fueron parte en el juicio, son considerados como efectos secundarios que la doctrina los explica mediante la teoría del mandato recíproco que existe entre los coacreedores.

Con relación a la cosa juzgada los criterios son diversos. Unos consideran que no puede existir cosa juzgada en contra o a favor de los otros acreedores, otros sostienen que si la sentencia es favorable existe cosa juzgada y si es desfavorable no existe, pues el mandato es solamente para las cosas favorables. La doctrina más aceptable estima que en principio existe cosa juzgada, sea favorable o desfavorable, a menos que el juicio haya versado sobre puntos personales del acreedor (vicios de la voluntad, minoría de edad, etc.) o en el supuesto de juicio fraudulento o simulado.

## ii) Efectos entre acreedores

Una vez que el deudor ha pagado a uno de los acreedores la obligación se extingue, terminando la solidaridad. Sin embargo, el acreedor que recibió el pago tiene obligación de prorratelo entre los otros. Estos tienen la acción *in rem verso* contra el acreedor pagado.

## F. Solidaridad pasiva

### a) Concepto

49. Art. 3696 C. y sigts.

Solidaridad pasiva es aquella en virtud de la cual el acreedor puede exigir a cualquiera de los deudores la totalidad de lo debido, produciendo el pago la extinción de la obligación con relación a los demás.

### **b) Importancia**

Tiene gran importancia práctica, a diferencia de la solidaridad activa.

Es una verdadera caución superior a la fianza, ya que el fiador goza del beneficio de excusión<sup>49</sup> y cuando son varios, el de división. El primero consiste en que el fiador puede exigir al acreedor que primero demande al deudor. En virtud del beneficio de división cuando son varios los fiadores cada cual responde por su parte o cuota en la deuda<sup>50</sup>.

Por el contrario, en la solidaridad pasiva los deudores no gozan del beneficio de excusión ni del de división<sup>51</sup>.

En la práctica es lo normal que se pacte la solidaridad pasiva, por lo que pasa a ser la regla general, a pesar que legalmente es la excepción. De aquí que códigos modernos como el alemán y el suizo establezcan como regla general la solidaridad.

### **c) Características**

- i)** El acreedor puede demandar a cualquiera de los deudores.
- ii)** El pago que haga uno de los deudores extingue la obligación de los demás.
- iii)** La solidaridad pasiva no se transmite a los herederos.

### **d) Efectos**

Los efectos de la solidaridad pasiva los estudiaremos desde un doble punto de vista: efecto entre acreedor y codeudores y entre codeudores.

#### **i) Efectos entre acreedor y codeudores solidarios**

Estos efectos se explican por el principio de la unidad de la prestación.

- El acreedor puede cobrarle a cualquiera de los deudores el total de la deuda sin que el deudor demandado pueda oponer el beneficio de división.

También el acreedor puede demandar conjuntamente a los deudores para el pago de la deuda<sup>52</sup>.

---

50. Art. 3703 C.

51. Art. 1927 C.

52. Idem.

53. Art. 1928 C.

54. Art. 1934 C.

Dicho beneficio dividiría el pago de la deuda, lo que resulta incompatible con la solidaridad.

Juan puede demandar a Pedro, a José o a Diego, según su conveniencia. No obstante, si Juan demanda a Pedro no puede embargar bienes a José, pero si Juan no obtiene el pago de Pedro o lo obtiene parcialmente puede demandar a José o a Diego<sup>53</sup>. Este es el efecto más importante.

- El pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación y libera a sus codeudores<sup>54</sup>. El pago de Pedro (deudor) a Juan (acreedor) extingue la obligación también respecto a José y Diego (codeudores).

- Lo que se dice del pago también es aplicable a los otros modos de extinguir las obligaciones.

- La novación que opera entre el acreedor y uno cualquiera de los deudores solidarios libera a los otros codeudores, a menos que éstos accedan a la nueva obligación constituida<sup>55</sup>. Si acceden subsistirá la solidaridad, pero no en virtud del primer acuerdo de solidaridad.

La novación que se produce entre Pedro (deudor) y Juan (acreedor) libera a José y a Diego (codeudores). Si Juan exigiere la aceptación de José y Diego y éstos rehusaran la novación se tendrá por no hecha<sup>56</sup>.

- La confusión entre el acreedor y uno de los deudores solidarios extingue la deuda con relación a los otros codeudores. Así se desprende indirectamente del art. 2162 C., que regula la relación entre los deudores. La confusión entre Juan (acreedor) y Pedro extingue la obligación con respecto a José y Diego (codeudores).

Hay que tener presente que el art. 2162 C. está en contradicción con el art. 1951 C., que en supuesto de la confusión por herencia dispone que no se extingue el crédito solidario sino por la porción del deudor. Dicha contradicción se explica por el diferente origen de ambos artículos. El 2162 C., fue tomado del Código Civil chileno y el art. 1951 C., del Código Civil italiano, de inspiración francesa<sup>57</sup>. Se estima que el mencionado artículo 1951 C., es más amplio y que es aplicable no sólo en el supuesto de que la confusión se produzca por la herencia, sino también en otros como la cesión de crédito, etc. Este criterio torna más intensa la contradicción. Creo que la manera más racional para armonizar ambos artículos es dejar que el art. 1951 se aplique como excepción, al supuesto de la herencia.

- La compensación entre el acreedor y uno de los codeudores solidarios extingue la obligación con relación a los otros codeudores<sup>58</sup>.

La compensación que se realizó entre Juan (acreedor) y Pedro (deudor) extingue la obligación respecto a José y Diego (codeudores).

Debe advertirse que la solución expuesta, fundada en el art. 2142 C., se opone al art. 1932 C. Se explica la contradicción de ambos artículos por el origen diferente de cada uno de ellos.

55. Arts. 1943 y 2109 C.

56. Arts. 2109 y 2115 C.

57. Art. 1209 .

58. Art. 2142 C.

59. Arts. 1940 y 2130 C.



- La remisión o condonación total del crédito hecha a favor de uno de los deudores solidarios libera a los otros codeudores.

Si la remisión es parcial no se extingue la deuda ni la solidaridad. Sin embargo, el acreedor sólo puede entablar su acción deduciendo la cuota remitida o condonada al deudor<sup>59</sup>.

- Si la cosa hubiera perecido o la prestación se hubiere hecho imposible sin culpa de los deudores solidarios, la obligación se extingue con respecto a todos los deudores.

Sin embargo, si hubiere mediado culpa de parte de cualquiera de los deudores solidarios, todos serán responsables para con el acreedor **del precio y de la indemnización de daños y perjuicios** y abonos de intereses, sin perjuicios de su acción contra el culpable o negligente<sup>60</sup>. La acción del acreedor para reclamar continúa siendo solidaria.

José Puig Brutau, comentando el art. 1147 del Código Civil español, modelo del art. 1949 C., dice: “Adviértase la significativa regla de que si el perecimiento de la cosa o la imposibilidad sobrevenida se debe a la culpa de alguno de los deudores solidarios, la obligación agravada y resultante del incumplimiento culpable sigue afectando igualmente a todos los deudores con el mismo carácter de deuda solidaria; aunque en la esfera interna procederán las oportunas acciones de nivelación”<sup>61</sup>.

El perjuicio que causa a los otros codeudores la interrupción de la prescripción en contra de alguno de ellos, la responsabilidad de todos los deudores solidarios cuando la cosa pereció por culpa de uno de ellos y la extensión de la cosa juzgada a los otros codeudores que no fueron parte del juicio, son considerados por la doctrina como efectos secundarios que tienen su explicación en la teoría de la unidad de la prestación o en la del mandato recíproco, según la posición que ocupemos. Con relación a la cosa juzgada el tema es polémico. En un primer sistema existe cosa juzgada con relación a los otros codeudores que no fueron parte en el proceso cuando la sentencia es absolutoria, pero no cuando es condenatoria. En otro sistema, se niega que exista cosa juzgada cualquiera que sea la sentencia. En virtud del tercer sistema se acepta que en principio la sentencia produce cosa juzgada con relación a los otros codeudores, salvo que la defensa esgrimida sea personal (vicios del consentimiento, minoría de edad, etc.) o cuando el juicio se refiere a la existencia o inexistencia de la obligación o cuando el juicio fue fraudulento o simulado. Es la más aceptable para nuestro sistema.

## ii) Efectos entre codeudores solidarios

Estos efectos suponen que ya se extinguió. Sólo quedan las relaciones entre los deudores para ajustar sus cuentas. No existe entre ellos relaciones de solidaridad. Esta existía entre el acreedor y los deudores.

60. Art. 1949 C.

61. Ob. cit., Tomo I, Vol. I, p. 196.

El problema surge cuando la obligación se extingue por un medio oneroso para el deudor, como el pago. Por eso el art. 1947 C. habla de los “...medios equivalentes al pago..”

Si la obligación se extingue por medios no onerosos que no signifiquen un empobrecimiento, un sacrificio pecuniario para los deudores, como la remisión total, prescripción o imposibilidad en la ejecución, carece de importancia el estudio de los efectos entre los codeudores, pues en tales casos los efectos de la solidaridad cesan tanto respecto del acreedor como de los deudores solidarios entre sí.

Para hacer el estudio de estos efectos es preciso hacer la distinción siguiente:

#### - Cuando la obligación interesa a todos

Cuando la obligación se contrajo en interés de todos los deudores, el deudor que paga o la extingue tiene derecho de repetir de sus demás codeudores la parte que a cada uno le corresponde en la deuda, junto con los costos e intereses desde el pago, aunque la deuda no produzca tales intereses<sup>62</sup>.

En el supuesto del pago el deudor que lo hace se subroga en los derechos del acreedor, **pero no puede exigir en forma solidaria lo que le adeuden sus codeudores**<sup>63</sup>. Ya no hay obligación solidaria. La obligación se transforma en mancomunada.

Si Pedro (deudor) paga los C\$150 debidos, se subroga en los derechos de Juan (acreedor) y puede cobrar C\$50 a José y otros C\$50 a Diego (codeudores). Se conservan, sin embargo, las otras garantías.

#### - Cuando la obligación interesaba a algunos

El art. 1950 C. soluciona el problema: “Si el negocio para el cual ha sido contraída la obligación solidaria, concierne solamente a alguno o algunos de los deudores solidarios, serán éstos responsables entre sí, según la parte o partes que le corresponden en la deuda; y los otros codeudores serán considerados como fiadores”.

Como consecuencia, si la deuda es pagada por el único interesado, no podrá repetir contra sus codeudores.

Si la obligación se extingue en virtud de pago por uno de los deudores interesados, podrá repetirse contra los otros codeudores interesados.

Los deudores que carecen de interés son reputados fiadores de la obligación y si pagan se subrogan en los derechos del acreedor, de modo que pueden cobrar el total a cualquiera de los codeudores. Subsiste la solidaridad entre los codeudores<sup>64</sup>. También tienen a su disposición la acción de reembolso consagrada en el art. 3705 C.

62. Art. 1947 C.

63. Arts. 1934, 1944 y 2044 inc. 3 C.

64. Arts. 1950, 2044 inc. 3, 3706 y 3714 C.

65. Art. 1945 C.

### iii) Insolvencia de uno de los codeudores

La porción del deudor insolvente se reparte entre los otros codeudores, comprendiéndose entre éstos a aquel o aquellos a quienes el acreedor hubiere descargado de la solidaridad o cuya obligación hubiere dejado de existir por confusión o remisión<sup>65</sup>.

La cuota de C\$50 de Diego (deudor insolvente) se reparte entre Pedro y José (codeudores). Por lo tanto, José debe reembolsar a Pedro C\$75, si éste pagó los C\$150 debidos.

Lo expuesto sólo se aplica cuando la insolvencia ha existido al momento del pago, pues si se produce con posterioridad, lo asume el que efectuó el pago (Pedro), ya que su negligencia impidió a que se repitiera contra el deudor (Diego) antes de que cayera en insolvencia.

Por el contrario, en la mancomunidad la insolvencia de uno de los deudores no grava a los otros<sup>66</sup>.

## G. Extinción de la solidaridad

### a) Causales de extinción

Extinguida la obligación se extingue también la solidaridad. No obstante, la solidaridad puede extinguirse a pesar de no extinguirse la obligación. Tal cosa ocurre cuando se produce la muerte de uno de los codeudores o cuando el acreedor renuncia a ella.

#### i) La muerte de un codeudor

El art. 1952 C. regula este supuesto. Dice: «Los herederos de cada uno de los deudores solidarios son, entre otros, obligados al total de la deuda; pero cada heredero será solamente responsable de aquella cuota de la deuda que corresponda a su porción hereditaria».

Pedro, José y Diego le deben C\$150 a Juan. Muere Diego y deja por herederos a Luis y Rafael. Juan puede demandar: a Pedro o a José para el pago de los C\$150; a Luis o a Rafael para el pago de C\$75; a Luis y a Rafael para el pago de C\$150.

El fallecimiento de uno de los codeudores tiene la virtud de dividir la deuda entre sus herederos, pero no extingue la solidaridad con relación a los otros

66. Art. 1963 C.

67. Según Colin y Capitant «la solidaridad sólo existe en la plenitud de sus efectos en beneficio del acreedor contra los codeudores primitivos y no contra sus herederos. Esta limitación es contraria a la intención de los contratantes, por eso en la práctica la suprimen, estableciendo que los codeudores quedarán obligados solidaria e indivisiblemente. Añadiendo la indivisibilidad a la solidaridad se impide la aplicación, en caso de muerte de cada uno de los codeudores, del principio de la división de la deuda» (Ob. cit., Tomo III, p. 433).

codeudores. Muerto un codeudor el acreedor puede actuar de tres maneras; a saber:

Demandar a cualquiera de los codeudores sobrevivientes por el total de lo adeudado, ya que con relación a ellos subsiste la solidaridad.

- Demandar a los herederos del deudor fallecido por el total de la deuda. Si sólo es uno el heredero, éste debe pagar la totalidad de lo adeudado.

- Demandar a cualquiera de los herederos del deudor fallecido por la parte de deuda que le corresponda en la herencia<sup>67</sup>.

## ii) La renuncia

La solidaridad es renunciable según se desprende de los artículos 1936 a 1939 C. Puede ser expresa o tácita, total o parcial y recaer sobre la solidaridad convencional, testamentaria y legal.

Lo anterior es una consecuencia de que la solidaridad es un derecho del acreedor al que puede renunciar.

La renuncia puede ser, en cuanto a la forma de hacerse, expresa o tácita, y en cuanto a su amplitud, total y parcial.

Cuando la renuncia es total se divide la deuda entre los codeudores<sup>68</sup>. La renuncia expresa de Juan (acreedor) divide la deuda entre sus deudores.

Si la renuncia a la solidaridad es parcial, la solidaridad continúa con los otros deudores: Juan (acreedor) recibe sin reservas en pago la cuota de C\$50 que le corresponde a Pedro en la obligación de C\$150. Juan conserva acción solidaria para reclamar los C\$100 a José o a Diego (codeudores)<sup>69</sup>.

En la renuncia de Juan a favor de Pedro, sin recibir pago de éste, el renunciante conserva su derecho para reclamar a José o a Diego los C\$150 de acuerdo con los arts. 1936 y 1946 C. A Pedro sólo puede reclamarle C\$50, que es su parte en la obligación. No hay que confundir la renuncia del derecho con la renuncia de la solidaridad. Si Juan renuncia a la parte de crédito que tiene en contra de Pedro, ya no podrá reclamar esa parte a José y a Diego. Pero si renuncia a la solidaridad con relación a Pedro, puede reclamar todo lo adeudado a José o a Diego, pues no ha renunciado al crédito sino a la solidaridad con relación a Pedro. La renuncia a la solidaridad no afecta en nada a la obligación misma, lo único que sucede es que la obligación se torna mancomunada, si la renuncia es total, o se pierde la acción para el cobro del total, con relación al favorecido, si la renuncia es parcial.

De acuerdo con el art. 1937 C., la renuncia tácita tiene lugar:

- Cuando el acreedor, al recibir de uno de los deudores una suma igual a la porción que le corresponde en la deuda, le da recibo por su parte.

68. Art. 1938 C.

69. Arts. 1936, 1937 y 1946 C.

- Cuando la demanda establecida por el acreedor contra uno de los deudores, por la parte a que éste corresponde en la deuda, ha sido contestado de acuerdo o declarada procedente por sentencia.

- Si durante cinco veces consecutivas el acreedor ha recibido separadamente de uno de los deudores su parte en los intereses de la deuda.

En los tres casos anteriores no se produce la renuncia si el acreedor ha hecho reservas de la solidaridad o de sus derechos en general.

Esta renuncia tácita es parcial, pues sólo aprovecha al codeudor a favor del cual se hizo.

En general, no se presume la renuncia de la solidaridad. Fuera de los tres casos señalados no se puede deducir de otros hechos la renuncia.

De conformidad con el art. 1939 C. la renuncia expresa o tácita de la solidaridad de una pensión periódica, se limita a los pagos devengados; y sólo se extiende a los futuros cuando el acreedor lo expresa.

## 5. Jurisprudencia

La corte Suprema dijo que la obligación de dar alimentos es indivisible<sup>70</sup>.

Con relación a la solidaridad la Corte Suprema ha dicho que:

**A.** Disuelta la sociedad civil los socios no son solidariamente responsables del pago de las deudas de la sociedad<sup>71</sup>.

**B.** La expresión «principal pagador» convierte al fiador solidario en deudor solidario<sup>72</sup>.

## BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit., Tomo III, p. 133 y sigts. BALLARIN MARCIAL, Alberto. Titularidad solidaria. AAMN Ob. cit., 1962. Tomo XIII, p. 167 y sigts. BOFFI BOGGERO, Luis María. **Obligaciones simplemente mancomunadas**. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo XXV, p. 499 y sigts. BORJA SORIANO, Manuel. Ob. cit., Tomo II, p. 341 y sigts. BRENES CORDOBA, Alberto. Ob. cit., p. 37 y sigts., p. 59 y sigts. BUITRAGO, Nicolás y BUITRAGO, Roberto. **Obligaciones indivisibles según los arts. 1930 y 1978 C. Alegatos, estudios y consultas**. Ediciones de la Universidad Nacional de Nicaragua. León, 1957, pp. 56 y 57. CASTAN TOBEÑAS, José. Ob. cit., Tomo III, p. 130 y sigts. CLARO SOLAR, Luis. Ob. cit., Tomo X. Vol. I, p. 357 y sigts., p. 366 y sigts. COLIN; Ambrosio y CAPITANT, H. Ob. cit., Tomo III, p. 417 y sigts. COSIO, Alfonso de. Ob. cit., p. 219 y sigts., p. 234 y sigts. CRUZ, Fernando. Ob. cit., Tomo III, p. 22 y sigts. CHAMOLES DE MAZER, Nora R. **Obliga-**

70. S. 12 m. del 17 de febrero de 1954, B.J., p. 16808.

71. S. 10 a.m. del 8 de septiembre de 1914, B.J., p. 516.

72. S. 11 a.m. del 16 de mayo de 1958, B.J., p. 18998.

**ciones indivisibles.** Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo XX, p. 817 y sigts. **Obligaciones divisibles.** Enciclopedia jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo XX, p. 708 y sigts. DIEGO, Felipe Clemente de. Ob. cit., Tomo II, p. 59 y sigts. DIEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., Vol. I, p. 399 y sigts. ENNECCERUS, Ludwig. Ob. cit., vol. I, p. 426 y sigts. GARCIA GOYENA, Florencio D. Ob. cit., p. 568 y sigts. GASPERI, Luis de. **De la solidaridad en las obligaciones.** Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas Sociales de la Universidad de la Plata. Buenos Aires, 1943. Tomo XIV, p. 5 y sigts. GAUDEMET, Eugene. Ob. cit., p. 457 y sigts., p. 460 y sigts. GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Ob. cit., p. 720 y sigts., p. 742 y sigts. HERNANDEZ GIL, Antonio. Ob. cit., p. 89 y sigts., p. 157 y sigts. ITZIGSOHN DE FISCHMAN, María E. **Obligaciones mancomunadas solidarias.** Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo I apéndice. p. 507 y sigts. LARENZ, Karl. Ob. cit., Tomo I, p. 491 y sigts. GOMEZ DE LA SERNA, Pedro de y MONTALBAN, Juan Manuel D. Ob. cit., Tomo II, p. 200 y sigts. LATORRE, Enrique C., Ob. cit., p. 470 y sigts. MACHADO, José Olegario. Ob. cit., Tomo II, p. 401 y sigts., p. 441 y sigts. MANRESA Y NAVARRO, Ob. cit., Tomo VIII, p. 189 y sigts., p. 232 y sigts. MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean. Ob. cit., 2ª.parte.Vol. III, p. 308 y sigts. MEJIA MORENO, Luis. Ob. cit., p. 83 y sigts. MESSINEO, Francesco. Ob. cit., Tomo IV, p. 407 y sigts. MEZA BARROS, Ramón. Ob. cit., p. 125 y sigts. OSSORIO MORALES, Juan. Ob. cit., p. 56 y sigts. PALACIO P., H. Gustavo. Ob. cit., p. 247 y sigts. PASQUIER, Arnoldo. **Obligaciones indivisibles.** Tesis. Managua, Nicaragua, Julio de 1936. PEREZ VIVES, Alvaro. Ob. cit., Vol. III, p. 89 y sigts., p. 96, p. 120 y sigts. PUIG BRUTAU, José. Ob. cit., Tomo I, Vol. II, p. 165 y sigts. RICCI, Francisco. Ob. cit., Tomo XIII, p. 265 y sigts. RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Ob. cit., Tomo V, p. 274, p. 515 y sigts. p. 548 y sigts. RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. Ob. cit., p. 111 y sigts. ROJINA, VILLEGAS, Rafael. Ob. cit., Tomo V. Vol. III, p. 475 y sigts., p. 492 y sigts. RUGGIERO, Roberto de. Ob. cit., Tomo II.Vol. I, p. 80 y sigts. SALVAT M. Raymundo. Ob. cit., Tomo II, p. 1 y sigts. SANTOS BRIZ, Jaime. Ob. cit., Tomo III, p. 96 y sigts., p. 135 y sigts. SELVA, Buenaventura. Ob. cit., p. 278 y sigts. SOTO NIETO, Francisco. Ob. cit., Tomo II, p. 525 y sigts. TRABUCCHI, Alberto. Ob. cit., Tomo II, p. 27 y sigts. VALENCIA ZEA, Arturo. Ob. cit., Tomo III, p. 19 y sigts. VALVERDE Y VALVERDE, Calixto D. Ob. cit., Tomo III, p. 35 y sigts. VELEZ, Fernando. Ob. cit., Tomo VI, p. 142 y sigts. TUHR, Von A. Ob. cit., Tomo II, p. 246 y sigts. p. 276 y sigts.

## Capítulo VIII

### Obligaciones de medio y de resultado

*SUMARIO: SECCION I. BREVE HISTORIA Y CONCEPTO. 1. Breve historia. 2. Concepto. SECCION II. IMPORTANCIA DE LA DISTINCION: 1. Obligaciones de medio. 2. Obligaciones de resultado. 3. Crítica. SECCION III. LA CARGA DE LA PRUEBA. SECCION IV. ORIGEN DE ESTAS OBLIGACIONES: 1. La ley. 2. La convención. 3. La naturaleza de la obligación y otros criterios: A. La mayor o menor posibilidad del acreedor de obtener el beneficio esperado. B. El comportamiento activo o pasivo del acreedor en el cumplimiento de la obligación. C. El carácter oneroso o gratuito del contrato. D. La situación de las partes. E. El carácter aleatorio de la prestación. F. La mayor o menor determinación. G. La distribución del riesgo. H. La equidad. J. La casuística (lista de contratos): a) Obligaciones de resultado: i) Ejecución de obra. ii) Programas de ordenador. iii) Contrato con el arquitecto. iv) Contrato de ingeniería. v) El dictamen técnico. vi) Ciertos servicios médicos y hospitalarios de resultado. vii) El contrato de transporte. viii) Cajas de seguridad. ix) La comisión, agencia y mediación. x) La agencia de viaje. xi) La concesión y franquicia. xii) La asistencia técnica. xiii) El pacto de garantía en la compraventa. xiv) Contrato de licencia know-how. xv) Garantía de resultado a favor del consumidor. xvi) Obligaciones de no hacer. b). Obligaciones de medio: i) El arrendamiento de servicio, el contrato de trabajo y el mandato. ii) El médico. iii) El abogado y notario. iv) El trabajador. v) El mandatario y el gestor de negocios ajenos.*

### Sección I

#### Breve historia y concepto

##### 1. Breve historia

En el Derecho romano aparecen algunos antecedentes y es hasta finales del siglo XIX cuando autores franceses y alemanes



principian a perfilar la distinción. Le corresponde a Demogue poner de relieve la importancia de la distinción.

Shlossamann distinguía en toda obligación la actividad o conducta del deudor y el resultado de esta actividad. El objeto de la obligación es la actividad del deudor y no el resultado, pues éste es el fin. El deudor no garantiza el resultado, a menos que así se pacte.

Se critica esta opinión por cuanto nunca se ha pensado que el resultado de la obligación debe obtenerse por medio de una garantía. El concepto de la obligación se forma teniendo en cuenta el resultado de la actividad del deudor.

Sobre lo anterior, algunos autores, entre ellos Demogue, observan que existen obligaciones que persiguen un resultado (obligaciones de resultado) y no simplemente la conducta del deudor y otras en que el deudor se obliga a una actividad prudente, sin garantizar un resultado (obligación de medio).

## 2. Concepto

En las obligaciones de medio (llamadas también de actividad, de prudencia y de diligencia) se promete el medio para cumplirlas y no el resultado. El deudor cumple su obligación empleando los medios y poniendo la diligencia necesaria para alcanzar el fin, aunque éste no se logre. No importa el resultado.

En las obligaciones de resultado (llamadas también determinadas o específicas) existe un fin específico y determinado que el deudor debe procurar al acreedor. Se cumple cuando se ha alcanzado el resultado: el transportador entrega la carga sana y salva; el vendedor transmite el dominio y entrega la cosa cierta; etc.

Entre las obligaciones de medios se encuentra: las de los profesionales (médicos, abogados, ingenieros, veterinarios, etc.). Entre las obligaciones de resultado: las del vendedor, comprador, las del transportador, las del arrendamiento, los obligados a pagar sumas de dinero, la obligación del empleador de pagar la indemnización por accidentes de trabajo.

Son de medio aquellas en que el deudor se obliga a poner todo su conocimiento, aptitud y diligencia para que en forma normal se realice el resultado deseado por el acreedor. En cambio, en las obligaciones de resultado el deudor garantiza la realización del mismo. El fin o resultado que se persigue con el contrato es parte de la prestación de tal manera que si no se logra el contrato queda frustrado. Se compromete a una prestación determinada (construir una casa, transportar a Masaya, etc.).

En las obligaciones de hacer es donde juega con mayor amplitud esta distinción, aunque cabe en todas las obligaciones<sup>1</sup>. Son obligaciones de

1. Expresa Díez-Picazo: "Esta distinción es aplicable a todo tipo de obligaciones aunque, en la práctica, su más amplio campo de aplicación se encuentra en la obligación de hacer. Las obligaciones de dar, por su propia naturaleza, parece que determinan siempre prestaciones de resultado. En las obligaciones de no hacer, en cambio, el resultado de la inactividad del deudor no parece que quede comprometido" (Ob. cit., p. 442).



medio, entre otras, la de los médicos y abogados. El médico se obliga a proporcionar todos sus consejos y cuidados indicados por las normas de su profesión con el propósito de hacer posible la curación del paciente, pero no se obliga a curar. No puede garantizar la curación. Similar cosa sucede con el abogado. No le garantiza al cliente ganar el litigio. Su obligación consiste en emplear todos sus conocimientos, agotar los trámites y recursos necesarios con el propósito de hacer posible el triunfo de su cliente.

Si el médico y el abogado han cumplido adecuadamente con sus obligaciones no incurrir en responsabilidad alguna si no se curó el paciente o se perdió el litigio, pero si el primero deja en el cuerpo del paciente una pinza o el segundo no apela, por ejemplo, contra una sentencia sin fundamento legal, responden de los daños y perjuicios que se causen.

Nuestra Corte Suprema de Justicia declaró con lugar la acción de daños y perjuicios contra un médico, que durante una operación dejó olvidada una pinza en el abdomen del paciente. Se dijo que el margen permisible de error que pudiera inducir un diagnóstico no podrá nunca invocarse para eximir de responsabilidad en el ejercicio descuidado de la profesión, con olvido de las más elementales precauciones<sup>2</sup>.

Se estima en la doctrina que si el que promete la curación es un cirujano plástico, la obligación es de resultado, ya que en la cirugía estética se encuentra en juego a través de resultado la propia razón del tratamiento.

En la actualidad no existe duda de que la responsabilidad de los profesionales es de carácter contractual, salvo que se produzca al margen del contrato.

Dentro del mismo orden de ideas, Henry y León Mazeaud, distinguen entre obligaciones determinadas y las generales de prudencia o diligencia. En las primeras el deudor garantiza un resultado, que al no lograrse lo hace responsable. En las segundas el deudor no garantiza ni promete un resultado, por lo que si emplea los medios adecuados para lograrlo no responde si no se obtiene, a menos que se pruebe que actuó con culpa<sup>3</sup>.

Para determinar cuando estamos en presencia de una obligación determinada o de prudencia (de medio), es preciso averiguar la intención de las partes. Si no puede averiguarse dicha intención es preciso referirse a la naturaleza aleatoria de la obligación. Si es aleatoria, debe suponerse que es de prudencia; si no es aleatoria, es una obligación determinada.

## Sección II

### Importancia de la distinción

2. S. 12 m. del 8 de enero de 1952, B. J. p. 15853.

3. Ob. cit., 2ª. parte, Vol. I, p.21 y sigts.

La importancia de la distinción se manifiesta principalmente en el plano del cumplimiento de las obligaciones, la noción de culpa, la repercusión sobre la prestación y la carga de la prueba.

### **1. Obligaciones de medio**

En las obligaciones de medio, la culpa no se presume y normalmente la debe probar el acreedor demandante (reclamos contra abogados, etc.). El deudor cumple con la obligación mediante su actividad diligente y surge su responsabilidad cuando no lo ha hecho así. Por otra parte, el riesgo de la remuneración no lo soporta el deudor, pues este no garantiza el resultado. El abogado que pone toda su diligencia y conocimiento en el asunto y lo pierde y el médico que también lo puso y el enfermo no se curó, tienen derecho a la remuneración.

En la obligación de medio, el derecho a la remuneración se explica porque la prestación se cumple al desplegar el deudor una actividad diligente tendiente a ese fin.

### **2. Obligaciones de resultado**

En las obligaciones de resultado la simple inexecución hace surgir la culpa por cuanto representa incumplimiento del deudor. Este cumple mediante la realización del resultado contemplado en el contrato.

Por otra parte, el deudor pierde el derecho a la contraprestación si no alcanza el resultado. Se le permite exonerarse de responsabilidad y liberarse de su obligación cuando prueba una causa extraña que le imposibilitó el cumplimiento de la obligación, como el caso fortuito o fuerza mayor o el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, pero pierde el derecho a la remuneración, salvo que la imposibilidad provenga del hecho del acreedor (mora) o disposición contraria de la ley, como en la obligación de dar, en la cual los riesgos lo asume el acreedor y el deudor tienen derecho a la prestación por expresa disposición de la ley<sup>4</sup>.

Se dan casos en que la culpa no se presume, pero existe una responsabilidad objetiva, en cuyo supuesto ni la fuerza extraña libera al deudor. También se presentan otros supuestos en los que la fuerza extraña tampoco libera de responsabilidad al deudor incumplido, como en la evicción o vicios redhibitorios y en las obligaciones de género. Lo expuesto ha dado lugar a hacer una subdistinción entre las obligaciones de resultado: las ordinarias, en las que se permite la exoneración del deudor por causa extraña, y las absolutas (llamadas también obligaciones de resultado forzoso), en las que ni siquiera la causa extraña exonera de responsabilidad al deudor.

Algunos autores hacen dentro de la responsabilidad contractual la distinción siguiente: responsabilidad con culpa en las obligaciones de medio y responsabilidad objetiva en las de resultado. De aquí que en las primeras el caso fortuito o fuerza mayor exima al deudor y no así en la segunda. Por tal razón se ha llegado

4. Arts. 1846, 1847, 2174 y 2495 C.

a sostener en España por algunos autores que el cirujano plástico es responsable de lo infructuoso de la operación estética, no imputable a dicho médico sino al caso fortuito, en contradicción a la jurisprudencia del Tribunal Supremo español.

El fundamento de negarle al deudor el derecho a la contraprestación se encuentra en el hecho de ser una obligación de resultado y al no realizarse tal resultado no cumple la obligación y, como consecuencia, carece de derecho a la contraprestación.

Como ya expresamos, si el incumplimiento se debe a la culpa del acreedor, éste no queda liberado de pagar la contraprestación, pero si el deudor obtuvo algún beneficio por la liberación debe deducirse de la contraprestación. Esta es la solución dada por los códigos de Alemania<sup>5</sup> y Portugal<sup>6</sup>, aceptable en nuestro sistema a pesar de no estar contemplada expresamente.

### **3. Crítica**

La anterior distinción ha perdido vigencia en Alemania y en Francia, ya que son pocos los autores que la defienden, principalmente en Alemania.

Se le critica en la forma siguiente:

**A.** Las obligaciones no son puramente de medios o de resultados. Toda obligación es de medio y de resultado.

**B.** Lo que cabe es distinguir entre no cumplir y cumplir mal, y no hacer la distinción indicada.

El deudor es responsable cuando no cumple, cuando cumple tardíamente y cuando cumple mal.

El no cumplimiento o el cumplimiento tardío constituye un hecho negativo, por lo que la doctrina denomina a esta responsabilidad violación negativa del crédito del acreedor. Por el contrario, el mal cumplimiento es un hecho positivo, por lo que se le denomina violación positiva del crédito o mal cumplimiento (o incumplimiento imperfecto o defectuoso).

Las obligaciones de dar y hacer pueden ser objeto de cumplimiento defectuoso. En las primeras, por ejemplo, el vendedor responde de los vicios ocultos y de la evicción. Las teorías de los vicios ocultos y del saneamiento forman parte de la responsabilidad por mal cumplimiento. En las segundas podemos incluir también a las de los profesionales.

---

5. Art.324.

6. Art.795.

Los autores alemanes no incluyen dentro de este tipo de responsabilidad a la de los profesionales y la teoría de los vicios redhibitorios algunos las incluyen, otros no.

## Sección III

### La carga de la prueba

No existe un criterio uniforme en los ordenamientos y la doctrina sobre la solución del problema de la carga de la prueba. Cabe destacar la doctrina francesa e italiana, dada la influencia en nuestro medio.

Para la doctrina francesa, en las obligaciones de resultado le basta al acreedor probar la obligación y que el resultado no ha sido alcanzado. No necesita probar la culpa del deudor, quien si desea eximirse de responsabilidad tiene que probar la causa extraña (caso fortuito o fuerza mayor). Esto es así porque se presume que con la diligencia del deudor se obtendrá el resultado. Se presume culpa del deudor por el simple incumplimiento. Esta solución la aconseja la lógica, pues al acreedor le resultaría a menudo imposible aportar la prueba de la culpa del deudor. Por el contrario, en las obligaciones de medio, por ser el objeto de ellas la diligencia del deudor, le corresponde al acreedor probar la culpa del deudor. Se encuentra en mejor actitud para la prueba.

Para la doctrina italiana, tanto en las obligaciones de medio como de resultado, el acreedor tiene que probar la existencia de la obligación y la materialidad del incumplimiento. Al deudor le corresponde la prueba de la causa que no le es imputable para justificar el incumplimiento y liberarse de la obligación.

Como vimos se rechaza la tesis francesa y se sostiene que en las obligaciones de medio no existe una excepción al reparto ordinario de la carga de la prueba de responsabilidad contractual.

En nuestro sistema, si la obligación es de resultado le basta al acreedor probar la existencia de la obligación y alegar su incumplimiento, aunque no faltan opiniones que exigen la prueba de la materialidad del incumplimiento.

Por el contrario, en las obligaciones de medio, el acreedor debe probar la existencia de la obligación y la culpa del deudor en el incumplimiento de la misma.

Dentro de esta confusión surge un problema relacionado con ciertas obligaciones de medio, en las que se modifica o no, es generalizada la aplicación de la inversión de la carga de la prueba. Se trata de los contratos celebrados con médicos, arquitectos, etc.

#### 1. Arquitectos o técnicos

De acuerdo con el art. 3050 C. le basta al dueño del edificio probar su ruina, pues existe una presunción de culpa del arquitecto o técnico, la que puede ser

desvanecida probando que actuó con diligencia, porque es una presunción *uris tantum*. El dueño de la obra no necesita probar la culpa del arquitecto.

Esta solución se justifica porque de lo contrario impediría en gran medida al comitente la posibilidad de obtener los daños y perjuicios.

Se sostiene que la presunción de dicho artículo comprende a todos los que han intervenido en la construcción (contratistas, promotores, arquitectos y técnicos).

## 2. Médicos

Las prestaciones profesionales, como la de los médicos o abogados, son de medio y, como consecuencia, el acreedor (el cliente) debe probar la falta de diligencia o pericia de tales profesionales para que sean condenados al pago de los daños y perjuicios. Debido a la dificultad de probar la culpa por la violación de las normas técnicas, la mayor parte de las demandas son rechazadas.

Tan grave situación ha llevado a la doctrina a plantear varias soluciones:

**A.** Invertir la carga de la prueba al presumir la culpabilidad del profesional. Muy rigurosa para el médico.

**B.** Exigir una diligencia más rigurosa. También muy gravosa para el médico.

**C.** Demostrada la anormalidad de los resultados, el perjuicio y la falta de relación de éstos con la enfermedad o las consecuencias anormales y previsibles de la actividad concreta del personal sanitario, se produce una inversión de la carga de la prueba mediante la presunción de la culpa del médico que es quien maneja la información del caso.

**D.** Presumir la culpa del médico en las operaciones de fácil realización.

**E.** En el sistema del *common law* se usa la regla *res ipsa loquitur* (*the thing, spets it self*) para probar la negligencia médica, en cuya virtud existen situaciones donde el accidente es suficiente para inferir que lo más probable es que el demandado fue negligente y que por tal circunstancia causó el daño.

Es en el fondo una inversión de la carga de la prueba de la negligencia y corresponde al demandado probar la ausencia de ella.

**F.** En el derecho alemán, la regla de que el paciente tiene que probar que el erróneo tratamiento médico es el origen del daño reclamado, es atemperada mediante la obligación que tiene el médico de informar los pasos del tratamiento. Esto le permite al demandante (paciente) mejorar su posición probatoria y hasta lograr la inversión de la carga de la prueba. Si el médico sustrae o altera documentos o su redacción es inexacta o incompleta se perjudica en el plano probatorio.

**G.** Creación de un fondo de garantía sin necesidad de buscar la culpa del médico.

## 3. Los administradores de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada

Estos son considerados como mandatarios y, como consecuencia, contraen obligaciones de medio. No obstante, se estima que se da la presunción de culpa de los administradores por los daños causados por su administración cuando los socios o acreedores demuestran el daño y la relación de causalidad. El administrador tendrá que actuar como lo hace un ordenado empresario o representante legal.

Como puede observarse, en las tres relaciones analizadas se establece la inversión de la carga de la prueba a pesar de ser la obligación de medio.

## Sección IV

### Origen de estas obligaciones

Las obligaciones de medio o resultado tienen origen en la ley, en el convenio o en la naturaleza de la obligación.

#### 1. La ley

Las de resultado tienen origen en la ley, cuando ésta expresa que el deudor no podrá eximirse de responsabilidad cuando causa daño o únicamente mediante la prueba de la fuerza extraña. Ejemplos: el arrendatario responde del incendio a no ser que demuestre que provino de caso fortuito o fuerza mayor, los vicios en la construcción o culpabilidad de otra persona<sup>7</sup>; la evicción y vicios redhibitorios<sup>8</sup>; las obligaciones de género, pues el género no perece<sup>9</sup>, y cuando perece, perece para el deudor; el depositario de numerario con especificación de moneda o entregada en paquete cerrado y sellado tiene a su cargo los riesgos, salvo que pruebe que el daño se debe a fuerza mayor o caso fortuito<sup>10</sup>.

También se señalen casos de obligaciones legales de medio, como la del arrendatario de conservar la cosa y responder de los daños y perjuicios, pero puede eximirse si prueba que obró con diligencia<sup>11</sup>.

#### 2. La convención

Las partes pueden convertir una obligación de medio en obligación de resultado o viceversa, a pesar de lo que diga la ley o en su silencio. Pero existe un problema en la transformación de una obligación de resultado en obligación de medio porque implica una conversión de la carga en la prueba, lo que no es

7. Art. 2875 C.

8. Arts. 2620 y 2639 C.

9. Art. 1923 C.

10. Art. 464 C.C.

11. Art. 2860 C.

permitido en el Derecho Procesal. Pero un sector doctrinal sostiene que mientras la ley no lo prohíba se puede hacer tal transformación.

### **3. La naturaleza de la obligación y otros criterios**

Cuando ni la ley ni las partes han determinado su naturaleza, le corresponde al juez hacerlo.

¿Cuál es el criterio para determinar si una obligación es de medio o de resultado? Existen varios criterios que atienden: a la mayor o menor posibilidad que tiene el acreedor de obtener el beneficio esperado; al comportamiento activo o pasivo que juega el acreedor en la ejecución del contrato; a la existencia o inexistencia de un seguro; a la situación de las partes; al carácter aleatorio de la prestación; a la mayor o menor determinación; al sistema de atribución del riesgo; a la equidad; y el que establece una lista de los contratos de medio y resultado. Unos son de carácter subjetivo y otros objetivo.

#### **A. La mayor o menor posibilidad del acreedor de obtener el beneficio esperado**

Este criterio es uno de los más aceptables. Si el deudor tiene pocos inconvenientes para lograr el cumplimiento de la prestación, estamos en presencia de una obligación de resultado. Si por el contrario, el deudor cuenta con un limitado número de posibilidades para lograr que se produzca el hecho prometido, la obligación es de medio, como la del médico, en la que inciden una serie de fuerzas físicas y biológicas que pueden influir en el resultado y la del abogado, que se enfrenta a la incertidumbre de un proceso en el que puede ganar o perder. Este criterio no sólo le sirve al intérprete, sino al legislador para consagrar las obligaciones de medio o de resultado.

#### **B. El comportamiento activo o pasivo del acreedor en el cumplimiento de la obligación**

De acuerdo con este criterio, que se conjuga con el del azar, cuando el deudor asume un papel plenamente activo en la ejecución del contrato, estamos en presencia de una obligación de resultado, como, por ejemplo, en el contrato de transporte, en el cual el transportista (deudor), al recibir a las personas o cosas, juega de ahí en adelante un papel completamente activo hasta llevar a las personas y a las cosas sanas y salvas al lugar de destino, mientras que el acreedor (el dueño de las cosas o el pasajero), juegan un papel totalmente pasivo. Por el contrario, en ciertos contratos el acreedor juega un papel activo en la producción del daño, lo cual convierte a la obligación en de medio, como el celebrado entre el dueño de una piscina y la persona que la usa para nadar. Si el usuario se golpea en la piscina está jugando un papel activo en la producción del daño y, el deudor

(dueño de la piscina), no es responsable, a menos que se pruebe que hubo negligencia de su parte en la construcción de la piscina. Las obligaciones de todos aquellos arrendadores de piscinas, vehículos, prácticas de gimnasia son de medio.

La pasividad o actividad del acreedor no es un criterio seguro, pues en el servicio de los médicos existe una actividad total del deudor (médico) y sumisión y pasividad casi siempre del paciente y estamos en presencia de una obligación de medio y no de resultado.

### **C. El carácter oneroso o gratuito del contrato**

Se ha dicho que las obligaciones onerosas pueden ser de medio y de resultado, pero que las gratuitas son de medio porque se justifica gravar menos al que se obliga sin una contraprestación económica.

También es objeto de críticas. Se distingue entre aquellos contratos que no le permite al deudor una mayor o menor diligencia y los que la permiten.

En los primeros, la obligación será de medio o de resultado independientemente de su gratuidad u onerosidad. Por ejemplo: los suministros de medicinas, las transfusiones de sangre hechas en un hospital, tienen que ser aplicados con sangre y medicinas de buena calidad, independientemente que sean dadas en forma onerosa o gratuita. Estamos en presencia, de una obligación de resultado.

En los otros contratos, la onerosidad puede influir en la naturaleza de la obligación, pero no la determina como obligación de medio o de resultado, sino que se convierte en un elemento que posibilita con mayor intensidad la obtención del resultado. Por ejemplo: si en un hospital, el paciente contrató los servicios de enfermeras para que lo vigilen día y noche, estamos en presencia de una obligación de resultado porque posibilita la eliminación de los riesgos de un daño que pueda sufrir el paciente.

### **D. La situación de las partes**

Para Demogue, el deudor en el contrato es determinante para la distinción. Por ejemplo: en las profesiones liberales (medicina, abogacía, etc.), el deudor contrae una obligación de medio; por el contrario, en los oficios el deudor contrae normalmente una obligación de resultado. Este criterio subjetivo es insuficiente porque también los médicos, dentistas, arquitectos, abogados, etc. contraen obligaciones de resultado (prótesis, planos, dictámenes, etc.). Tampoco puede sostenerse que los que ejercen un oficio contraen generalmente una obligación de resultado.

### **E. El carácter aleatorio de la prestación**

Cuando la obtención del resultado es aleatorio, como la curación de un enfermo por un médico o el triunfo en el juicio por un abogado, la obligación es de medio porque existen causas, acontecimientos y fuerzas extrañas a la diligencia adecuada del deudor. Cuando, por el contrario, el resultado escapa al alea, la obligación es de resultado, como la del transportista.



## **F. La mayor o menor determinación**

Atendiendo al criterio de la mayor o menor determinación de la prestación, se afirma que si se promete ejecutar una prestación determinada con precisión en sus contornos jurídicos y materiales, estamos en presencia de una obligación de resultado. Por el contrario, si el deudor no garantiza el resultado y goza de la libertad de acción, su prestación es indeterminada y se rige por el régimen de las obligaciones de medio. No es un criterio aceptable para la distinción.

## **G. La distribución del riesgo**

La distribución del riesgo es otro criterio de distinción. La obligación es de resultado cuando la prestación del acreedor sólo se debe cuando se logra el resultado (la obra se entregó a satisfacción, el contrato se celebró por mediación del agente, etc.). Por el contrario es de medio, cuando el acreedor (el cliente) debe la prestación al deudor (abogado, médico, etc.), aunque éste no logre el resultado esperado (ganar el juicio, curarse).

Se estima que en los contratos de actividad, en donde están comprendidos los contratos celebrados por empresarios mercantiles, el riesgo de que no se produzca el resultado lo asumen tales empresarios aunque haya intervenido caso fortuito o fuerza mayor: contrato de comisión, agencia, mediación, depósito o custodia, transporte, etc.

## **H. La equidad**

La jurisprudencia, bastante contradictoria en la solución de los casos, recurre a la equidad a falta de una distinción fundada en el convenio de las partes o la naturaleza de la obligación.

## **J. La casuística (lista de contratos)**

El problema de la distinción surge cuando ni la ley ni el convenio determinan el tipo de obligación, principalmente si se trata de una obligación de hacer. De aquí que la doctrina haya recurrido al estudio de los distintos contratos o relaciones que producen obligaciones de medio o de resultado. Caemos en una casuística que veremos brevemente.

### **a) obligaciones de resultado**

La obligación de dar es de resultado. Se cumple mediante la transmisión del dominio, conservación de las cosas y su entrega<sup>12</sup>. Pero la obligación de

12. Arts. 2494, 2530 y 2579 C.

13. Arts. 1845 y 2026 C.

conservar la cosa mientras se ejecuta el contrato es de medio<sup>13</sup>. Esto se da en los contratos traslativos de dominio (venta, etc.), que engendran obligaciones de medio y de resultado. La entrega de las cosas es siempre una obligación de resultado, cualquiera que sea el tipo de contratos o fuente de la obligación de donde derive.

### **i) Ejecución de una obra**

La obligación de ejecutar una obra es de resultado. Esta es la opinión dominante.

Debemos distinguir entre el contrato de obra y el de servicio o trabajo. En virtud del primero, el empresario se obliga a la realización de la obra y el locador a pagar una remuneración por la conclusión de la obra y, como consecuencia, si no se realiza o se destruye una vez hecha no tiene derecho a la remuneración. El empresario asume el riesgo, una característica de la obligación de resultado. En este contrato la realización de la obra es la finalidad primordial del contrato. En el segundo, la remuneración se debe por el tiempo trabajado y no por el resultado del mismo; como consecuencia, la remuneración se debe independientemente de que se logre o no el resultado, por lo que el trabajador no soporta el riesgo.

Nuestro Código Civil presenta una solución dual. Si el empresario pone el trabajo y los materiales asume los riesgos. Como consecuencia si la cosa perece antes de la entrega por caso fortuito o fuerza mayor no tiene derecho a retribución o precio, a no ser convenio en contrario o mora del dueño en recibir la cosa<sup>14</sup>. Por el contrario, si sólo pone su trabajo no asume riesgo alguno, pues los asume el dueño. Como consecuencia si la cosa perece por caso fortuito o fuerza mayor tiene derecho a remuneración. Si fue por su culpa no tiene derecho a retribución<sup>15</sup>.

La obra puede ser material o intelectual, hoy muy generalizada esta última en el cuerpo científico, intelectual, económica e industrial: los contratos que celebran la agencia o anunciante con un medio de publicidad para difundir su propaganda, el que celebra la agencia o anunciante con otra persona para la creación de un proyecto de campaña publicitaria (contrato de creación publicitaria).

### **ii) Programas de ordenador**

En el Derecho de la Informática, se distinguen dos contratos: Los programas producidos en serie para la venta o uso del público en general y los hechos a un cliente determinado. Los primeros engendran un contrato de venta o cuidado; los

14. Art. 3045 C.

15. Arts. 3045, 3048 y 3049 C.

segundos un contrato de obra, ya que se debe un resultado destinado a satisfacer al cliente.

### **iii) Contrato con el arquitecto**

Es sumamente discutida la naturaleza jurídica del contrato del arquitecto con el cliente. Se dice que es un contrato de arrendamiento de servicios, de obra, un mandato o un contrato mixto o complejo.

Tradicionalmente se ha considerado que los profesionales no pueden comprometer sus servicios por medio de un contrato de arrendamiento de servicios, porque se opone a su dignidad y posición social, sino por un mandato en el que vendrá a ser mandatario remunerado, no por un salario sino por un honorario. Pero esta concepción ha sido desechada por el Derecho Moderno, en el cual los diferentes trabajos tienen el mismo valor ante el Derecho y, por ende, no le da una calidad superior a la actividad de los profesionales liberales. Son numerosos los arquitectos, médicos y abogados que le trabajan a los empresarios bajo una relación laboral. Por otra parte, cuando el arquitecto realiza el proyecto o cuando lo dirige y supervigila, no actúa como mandatario sino que ejecuta su prestación. Se puede aceptar su actuación como mandatario del cliente cuando tiene la facultad de aprobar o desaprobado la prestación ejecutada por el contratista.

La ejecución y realización del proyecto por el arquitecto constituye una obra que encierra una obligación de resultado.

### **iv) El contrato de ingeniería**

En virtud de este contrato, el empresario o consultor se obliga a realizar un proyecto de ingeniería. Algunos proyectos incluyen construcción de inmuebles, instalación de maquinaria, organización y capacitación de personal, etc. Engendra una obligación de obra y de resultado.

### **v) El dictamen técnico**

El dictamen de un profesional (abogado, ingeniero, etc.), engendra una obligación de resultado. Solamente tendrá derecho a la remuneración cuando hace el dictamen de acuerdo a su pericia.

### **vi) Ciertos servicios médicos y hospitalarios de resultado**

Algunos servicios médicos y hospitalarios son de resultado. Ciertos servicios médicos y hospitalarios tienden a perseguir un diagnóstico correcto, a lo que contribuye los adelantos de la ciencia y la tecnología. Esas son prestaciones de resultado.

Se consideran como prestaciones de resultado: un análisis clínico o de una placa radiográfica, salvo que se trate de casos que la ciencia y la práctica no eliminen márgenes de error o incertidumbre; los exámenes de laboratorio (factor

RH, urea, colesterol, etc.), a menos que los resultados no puedan ser obtenidos por la dificultad que presentan sin un margen de error o incertidumbre; la cirugía estética o reparadora engendra obligaciones de resultado, pues el cirujano se compromete a hacer un determinado tipo de nariz, pechos, piernas, etc. y no a hacer simplemente una operación. Pero existen dos fuertes sectores doctrinales: uno que consideran a la cirugía estética como obligación de medio si tiene una finalidad curativa clara, y es de resultado, cuando no existe una necesidad terapéutica inmediata, otra que no engendra obligaciones de resultado sino de medio, porque lo que se puede exigir al cirujano es su actividad diligente y no el resultado perseguido (belleza) que escapa de su control (cicatrización buena, etc.).

Es de resultado la obligación del hospital de poner a disposición del médico el personal necesario, el instrumental idóneo y los medicamentos sin vicios y no vencidos. La elaboración de prótesis (dentaduras, marcapasos, etc.) engendra una obligación de resultado.

A manera de ejemplo exponemos algunos casos de la jurisprudencia francesa y española: El tribunal francés de casación decidió que el tratamiento con cobalto de un tumor a la vista del análisis histológico y que con posterioridad se descubrió, en virtud del error del médico, era benigno, no constituye violación de una obligación de resultado, porque era posible y justificable el error, dado el adelanto de la ciencia y la práctica, particularmente en interpretación histológica (1974); el mismo tribunal le dio la razón al cliente que se negó a pagar una prótesis dental porque el dentista no había cumplido su obligación de hacer una dentadura que le diera satisfacción. El Tribunal Supremo Español declaró responsable al hospital y al **Isalud** por haber suministrado al enfermo suero en malas condiciones, lo que causó daños graves (1987) y en 1988, declaró la responsabilidad del anestesista y del **Isalud** por la insuficiencia del calibre del tubo empleado para la reanimación por oxígeno del operado, lo que trajo como consecuencia que no recibió el oxígeno necesario, agravando por las circunstancias de haberse omitido que el paciente tenía sesenta y cinco años, bronquítico, fumador y bebedor, lo que aconsejaba mayor vigilancia en la anestesia.

### **vii) El contrato de transporte**

Este contrato se equipara a un contrato de obra y engendra una obligación de seguridad con relación a las personas y objetos del transporte, la cual es de resultado. El transportista, no sólo está obligado a desarrollar una actividad encaminada para el cumplimiento de sus obligaciones, sino además a garantizar que las personas y cosas lleguen sanos y salvos a su destino.

Lo anterior y posterior al cumplimiento del contrato de transporte engendra obligaciones de medio y se rigen por la culpa extracontractual.

### **viii) Cajas de seguridad**

La obligación que asume el banco al obligarse a dar un servicio de caja de seguridad es de resultado, porque no solo cede el uso de dicha caja, sino que se

obliga a la conservación, cuidado y seguridad de ella y su contenido. Como consecuencia, el Banco responde por el daño que sufran las cosas guardadas en la caja o por la sustracción de las mismas.

Su naturaleza es mixta: tiene de arrendamiento de cosas y de depósito.

#### **ix) La comisión, agencia y mediación**

Las tres tienen en común la promoción o celebración de negocios jurídicos y engendran obligaciones de resultado.

La remuneración del comisionista depende no sólo de la celebración del contrato, sino también de su ejecución que debe acreditar dicho comisionista. En la agencia, el agente tiene derecho a la comisión si hubiere realizado el acto y operación de comercio. En la mediación o corretaje, la remuneración del corredor surge desde que las partes firman el contrato en virtud de las gestiones del mediador, sin necesidad de esperar su ejecución.

#### **x) La agencia de viaje**

Los servicios contratados en una agencia de viaje engendran un contrato de obra y obligaciones de resultado.

#### **xi) La concesión y franquicia**

La venta masiva de bienes y servicios ha dado pie para la creación de grandes redes de distribución, bajo cuya dinámica han surgido los contratos denominados de distribución, entre ellos, la concesión y la franquicia.

En virtud del primero, el concedente, bajo su supervisión y directrices, le otorga al concesionario el derecho de revender en forma exclusiva y en una zona geográfica determinada, los productos que le suministre, bajo las condiciones pactadas. En este contrato, el concesionario es dueño de su empresa, actúa por cuenta propia y se obliga a adquirir y vender determinada cantidad de productos, por lo que su obligación es de resultado.

Un contrato semejante al anterior es el de franquicia. En este contrato, el franquiciado se obliga a suministrarse solamente del franquiciador y a colocar en el mercado, por lo que su obligación es de resultado.

#### **xii) La asistencia técnica**

La empresa puede brindar asistencia técnica para garantizar el buen mantenimiento de maquinarias o bienes de equipo. Es un contrato de obra y de él se espera un resultado mínimo.

La asistencia técnica surge en aquellos contratos que tienen por objeto los mencionados bienes, como, en la compraventa con garantía, el leasing, la concesión mercantil y la franquicia.

### **xiii) El pacto de garantía en la compraventa**

En la venta de maquinaria se ha generalizado la cláusula de garantía, en virtud de la cual el vendedor promete que durante un tiempo determinado permanecerá en perfecto estado y que en el supuesto de sufrir avería se obliga a reparar o a sustituir la pieza dañada o sustituir la maquinaria. Por otra parte, en ningún supuesto se permite la devolución mutua de la maquinaria y del precio o la reducción de éste. Excluye también la pretensión del comprador de pedir la indemnización de daños y perjuicios. Constituye una modificación del régimen de saneamiento de los vicios ocultos, que en su mayor parte es de carácter dispositivo.

Normalmente el garante es el fabricante de la maquinaria y no el vendedor intermediario. Esta cláusula genera una obligación de resultado porque el fabricante se compromete a que la maquinaria permanezca en buen estado durante el tiempo de la garantía y, como consecuencia, asume el riesgo de que dicho resultado no se realice.

### **xiv) Contrato de licencia *know-how***

Es un contrato atípico de origen anglosajón que se refiere a conocimientos no patentados.

En virtud de este contrato una de las partes (llamado transferente o licenciante), se compromete a poner a disposición del otro contratante (llamado adquirente o licenciado), los conocimientos técnicos en que consiste el *know-how* y que guarda en secreto, para su explotación durante un tiempo determinado a cambio de un porcentaje sobre producción o venta llamado *royaltie*.

Este contrato engendra una obligación de medio para el licenciante. Pero pueden establecerse cláusulas que garanticen determinados resultados: Tiempo necesario para la fabricación de determinado producto, porcentajes de la producción y venta, etc. En todos estos supuestos, el licenciante asume una obligación de resultado. Generalmente, en los contratos se contempla las sanciones por la falta del resultado esperado, que puede consistir en la resolución del contrato o la reparación *in natura*.

### **xv) Garantía de resultado a favor del consumidor**

La mayor parte de las leyes de protección al consumidor, establecen una garantía sobre bienes duraderos a favor del consumidor, que obliga al productor o suministrador a la reparación gratuita de los vicios o defectos originarios y de los daños y perjuicios o a la sustitución de la cosa o reducción del precio o bien

---

16. Arts. 28 y 34 L.D.C.

su devolución si no estuviere en condiciones de ser usada para lo que es destinada<sup>16</sup>.

#### **xvi) Obligaciones de no hacer**

Por su propia naturaleza, la obligación de no hacer es de resultado. En la voluntad de deudor está no hacer lo prometido y la cumple omitiendo la actividad que viole su compromiso.

#### **b) Obligaciones de medio**

##### **i) El arrendamiento de servicios, el contrato de trabajo y el mandato**

El arrendamiento de servicios es un contrato de medio en virtud del cual el arrendatario presta sus servicios por una remuneración que se mide por el tiempo, por lo que si el resultado no se logra, a pesar de su actuación diligente, tendrá derecho a la remuneración. No existe incumplimiento aunque no se logre el resultado.

El Tribunal Supremo español sostiene la tesis de que los contratos que celebran los profesionales liberales son de servicios, aunque ha sido criticada por no ser totalmente exacta. Por ejemplo: el arquitecto o el notario pueden estar sujetos a una relación laboral con una empresa a la que prestan sus servicios, pero también podría estar vinculado por un contrato de obra (elaboración de un proyecto o plano por el arquitecto y una escritura por el notario).

El arquitecto que asume la dirección técnica de los trabajos de la construcción, asume una prestación de medio pues sus actividades consisten en controlar técnicamente la ejecución de la obra que, aunque está encaminada a que se haga en forma correcta, no garantiza tal resultado, sino una actuación diligente.

El arquitecto, según la opinión dominante, puede estar sometido a una relación laboral, a un contrato de servicios o a uno de obra. En los dos primeros casos, su prestación es de medio y en el tercero, es de resultado.

##### **ii) El médico**

La naturaleza jurídica que liga al médico con su cliente es objeto de gran polémica, pues se estima que es un mandato, un arrendamiento de servicios, un contrato mixto o complejo; pero la tesis más aceptada es la del arrendamiento de servicios y a veces de obra (cirugía plástica).

La obligación del médico (contractual o extracontractual), es de medio y no de resultado, pues su prestación no consiste en curar al enfermo, sino en brindarle los diagnósticos, medicamentos, operaciones o cuidados que su padecimiento requiera de acuerdo al adelanto actual de la ciencia médica.

Como la obligación del médico es de medio la carga de la prueba la tiene el paciente. Esta carga le resulta demasiado gravosa por lo que la mayor parte de las demandas en contra de los médicos son desechados por falta de prueba. A tal situación contribuyen las circunstancias siguientes: la dificultad de probar la culpa del médico por la violación de una norma técnica; el secreto en que se realiza el acto médico; gran parte de las pruebas hay que recogerlas de los hospitales y clínica del médico o donde trabaja; los testigos generalmente son los enfermos o ayudantes del médico; la ignorancia del juez en cuestiones técnicas propias de la medicina; la prueba pericial la realizan médicos que bien pueden estar parcializados por la solidaridad profesional; etc.

De aquí que se hayan ideado varias soluciones como vimos anteriormente: **a)** Algunos autores propugnan la inversión de la carga de la prueba (presumiendo la culpa del médico). **b)** Una mayor diligencia de la normal. **c)** El paciente debe probar la relación obligacional y su incumplimiento, y el médico que actuó con toda diligencia. **d)** Cuando se trata de curaciones u operaciones fáciles en que lo normal es que venga la curación después de la intervención médica, se presume la culpa del médico al probar el paciente el daño, el tipo de curación u operación y su fácil ejecución. Es una culpa virtual bastante similar a la fórmula anglo-sajona *res ipsa loquitur*. **e)** El principio del Derecho alemán denominado de la *Waffengleichheit* que al tratar en pie de igualdad a las partes en el proceso de responsabilidad exige que el médico facilite las pruebas de la pretensión del paciente mediante la entrega de la documentación que tiene que levantar del tratamiento, diagnóstico u operación.

### **iii) El abogado y notario**

Como norma general, la prestación del abogado es de medio, pues consiste en realizar una actividad diligente en el juicio, pero no garantiza una sentencia favorable por no depender exclusivamente de su determinada actuación, sino también de otros factores. El resultado del fallo es aleatorio y en último término depende de la apreciación del juez.

La obligación del notario también es de medio, porque no garantiza un resultado, pero el simple hecho de elaborar una escritura es de obra que engendra una obligación de resultado.

### **iv) El trabajador**

La doctrina en forma unánime establece que la obligación del trabajador es de medio y no de resultado.

Es conveniente advertir, que cuando el contratista ejecuta una obra fuera de la empresa y con autonomía, su prestación es de resultado.

---

17. Art. 3389 C.



### v) El mandatario y el gestor de negocios ajenos

El mandatario sólo garantiza una actividad diligente y no el resultado del negocio. El art. 3337 C., establece las obligaciones del mandante y dispone en su parte final que, salvo que haya habido culpa de parte del mandatario, no podrá excusarse el mandante de cumplir estas obligaciones, alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito, o que los gastos o pérdidas habidos en el mandato pudieron ser menores.

Igual solución se le da a la gestión oficiosa<sup>17</sup>.

Los administradores de las sociedades civiles<sup>18</sup> y las comerciales<sup>19</sup> son considerados como mandatarios. La presunción de culpa se les aplica como vimos anteriormente.

Los administradores están obligados a emplear una adecuada diligencia en el desempeño de su cargo, pero no garantiza el éxito o beneficios de la empresa. De aquí que su obligación sea de medio y no de resultado.

## BIBLIOGRAFIA

COBANILLAS SANCHEZ, Antonio. **Las Obligaciones de actividad y de resultado**. Bosh Editor, S.A. Barcelona, España. 1993. CHULIA VICENT, Eduardo y BELTRAN ALANDETE; Teresa. **Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos**. Bosch Editor, S.A. Barcelona, 1944. DIAZ PICAZO, Luis. Ob. cit., p.436. VALENCIA ZEO, Arturo. Ob. cit., T III, p. 6 y sigts.

---

18. Arts. 3245 y sigts.

19. Arts. 151 y sigts., 243 CC. y sigts.

## Capítulo IX

### Obligaciones con cláusula penal

*SUMARIO: 1. Concepto y regulación legal. 2. Naturaleza jurídica. 3. Sistemas sobre la inmutabilidad de la pena. 4. Beneficios de la cláusula penal. 5. Características de la cláusula penal. 6. Efectos de la cláusula penal. 7. Renuncia de la cláusula penal y la demanda ordinaria de perjuicio. 8. Cumplimiento parcial y rebaja de la pena. 9. Incumplimiento de la obligación cuando existe pluralidad de sujetos activos o pasivos. 10. La pena garantizada con hipoteca. 11. Reducción de la cláusula penal. 12. Diferencias con otras figuras jurídicas. 13. Extinción.*

#### 1. Concepto y regulación legal

Las partes, de común acuerdo, pueden con antelación evaluar los daños que se originen por el incumplimiento de la obligación. El art. 1985 C. da la definición siguiente: “La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o de retardar la obligación principal”.

De la definición legal resulta que la cláusula penal puede ser pactada para los casos de retardo o incumplimiento de la obligación. En el primer caso será moratoria y en el segundo compensatoria. Es posible que la cláusula penal se estipule en el contrato o con posterioridad al mismo, siempre que no se hayan producido los perjuicios.

La evaluación convencional es preferente a las otras dos formas, o sea, a la legal y judicial. Estas son aplicables en defecto de la convencional. Nuestro Código Civil regula la cláusula penal en el capítulo XI, Título I, Tomo II, dedicándole los arts. 1985 a 2003.

#### 2. Naturaleza jurídica

¿Qué es la cláusula penal? ¿Es una garantía del cumplimiento de la obligación, una liquidación anticipada de los daños y perjuicios, un medio de liberación de la obligación principal, o puede realizar cualquiera de esas funciones?

En torno a su esencia o naturaleza se ha formulado una variedad de tesis que colocan a esta figura en varias partes del Derecho Civil. Veamos las principales:

**A.** Algún sector doctrinal cataloga a la cláusula penal como modalidad de las obligaciones y las estudia dentro de la clasificación de éstas. Esta tesis se desprende de la forma como aborda Pothier el tema, posteriormente seguida por el Código Napoleón. Para este autor, la cláusula penal es accesoria, asegurativa, compensatoria de los perjuicios por el incumplimiento de la obligación y susceptible de reducción por el juez cuando aparezca excesiva.

**B.** Como garantía accesoria que refuerza el contrato. Es pues, una medida de aseguramiento del contrato.

**C.** Como una forma de regular los efectos del contrato. Estos efectos pueden ser llevados a límites superiores o inferiores al normal.

**D.** Como una liquidación convencional anticipada de los daños y perjuicios del incumplimiento del contrato. Como consecuencia se estudia dentro de los efectos del contrato, en la parte correspondiente al incumplimiento de éstos.

**E.** Como una forma de pactar intereses. Esta concepción es de las características. Como consecuencia de esta tesis, su estudio se sitúa dentro del mutuo.

**F.** Como una institución multifinilaria. Puede tener varias funciones: liquidar anticipadamente los daños y perjuicios; como medio de liberarse de la obligación principal<sup>1</sup>; y como garantía de cumplimiento.

### 3. Sistemas sobre la inmutabilidad de la pena

Alrededor de este tema se discute la mutabilidad o inmutabilidad de la cláusula penal pactada en virtud de la ley o del juez. Tres sistemas se han propuesto:

**A.** Estipulada, no puede ser modificada por el juez cuando resulta excesiva para el deudor o insuficiente para el acreedor. Se deja a la libre voluntad de las partes arreglar sus intereses. Se consagró en el Código Civil de Napoleón<sup>2</sup> y sus seguidores. Se señalan las ventajas siguientes: entrega a las partes que conocen sus propios intereses la fijación de la pena; se evitan gravosos juicios. Pero no siempre el cálculo de la pena corresponde a la realidad y la desigualdad económica, política y social de las partes puede dar lugar a que una de las partes imponga una pena injusta.

**B.** Por el contrario, en el otro sistema se permite al juez modificar el monto de la cláusula penal cuando es excesiva para el deudor o insuficiente para el acreedor. Se consagró en el Código Civil alemán<sup>3</sup> y sus seguidores. Se ha formulado para remediar los inconvenientes del anterior sistema, pero se dan razones en contra del mismo: injerencia excesiva de los jueces y tribunales; es contraria a la seguridad del comercio jurídico; la cláusula penal pierde su objetivo y eficacia.

**C.** Un último sistema señala límites legales al monto de la pena; pero la pena establecida dentro de tales límites es inmutable. Es un sistema mixto que

1. Art. 1990 C. que permite una multa penitencial.

2. Art. 1152.

3. Art. 343.

pretende corregir los inconvenientes de los dos anteriores. Tiene sus simpatizantes, pero no está libre de censuras, pues no logra suprimir los inconvenientes de los dos sistemas ni realiza las ventajas de cada uno de ellos. Es el sistema que sigue nuestro Código en el art. 2002 C.

#### 4. Beneficios de la cláusula penal

La cláusula penal ofrece los beneficios siguientes:

**A.** El acreedor queda liberado de probar los daños y perjuicios. De conformidad con el art. 1998 C. el acreedor tiene derecho de cobrar la pena por el solo incumplimiento de la obligación, sin que el deudor pueda alegar que la inexecución no le ha inferido perjuicio al acreedor o que le ha producido beneficio. Esta misma regla la establece el art. 1988 C. que dice: “Para pedir la pena, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios ni el deudor podrá eximirse de satisfacerla, probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno”.

La ventaja que ofrece la cláusula penal en este sentido es de suma importancia, si se tiene en cuenta lo difícil que es probar los daños y perjuicios. Ya hemos visto que en la evaluación legal se establece la misma ventaja.

**B.** La cláusula penal es una garantía personal, tal cosa se deduce de la definición legal. Pueden ser garantizadas con estas cláusulas las obligaciones de dar, hacer y no hacer, ya sea que surjan de un contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito o de la ley, ya sea simples o sujetos a modalidades, líquidas o ilíquidas.

Siguiendo la doctrina francesa se ha venido tratando a la cláusula penal con ocasión de la evaluación de los perjuicios, pero eso no quiere decir que no tenga el carácter de caución.

Como norma general la indemnización de perjuicios se satisface con dinero. De esta regla no se escapa la evaluación legal o judicial. No obstante, en la cláusula penal la indemnización puede consistir en otra cosa que no sea dinero. El art. 1985 C. dice que la pena puede consistir en dar o hacer. En el primer tipo de obligación podría consistir en pagar dinero o en dar un cuerpo cierto o una especie indeterminada de un género determinado. También es posible que la pena consista en un no hacer.

La pena puede estar a cargo del deudor o de un tercero. El art. 1985 C., cuando se refiere a una persona, no expresa que se trata del deudor. Por otra parte, en el art. 1844 C. se establece que las fianzas, hipotecas, prendas y cláusulas penales, constituidas por terceros para seguridad de una obligación natural son válidas, lo que no deja lugar a dudas de la posibilidad de que sea un tercero distinto del deudor el que se sujete a la pena, también en las obligaciones civiles.

4. Arts. 1844 y 2001 C.

C. Puede estipularse para garantizar una obligación natural<sup>4</sup>. En tal caso el acreedor, aunque no puede demandar al deudor para el cumplimiento de la obligación, tiene derecho para accionar en contra del tercero por la pena.

## 5. Características de la cláusula penal

La cláusula penal presenta las características siguientes:

**A. La cláusula penal es una obligación accesoria**, pues como garantía que es, la cláusula penal no puede existir sin una obligación principal que garantice y acceda a ella. La accesoriedad de la misma tiene múltiples consecuencias:

a) Si se extingue la obligación principal, ya sea por pago, compensación, novación, etc., se extingue la cláusula penal. Pero puede suceder que se extinga la obligación en que consista la cláusula penal, con independencia de la obligación principal, conservando ésta toda su vigencia. Por ejemplo: la destrucción fortuita del cuerpo cierto que debía entregar el deudor como pena por el incumplimiento de la obligación principal.

Lo expuesto resulta de aplicar el principio consagrado en el art. 1877 C., según el cual extinguida la obligación principal, queda extinguida la obligación accesoria; pero la extinción de la obligación accesoria no envuelve la de la obligación principal.

b) Prescrita la obligación principal, prescribe también la cláusula penal. Hay una prescripción conjunta. Lo expuesto lo confirma el art. 904 C., que dispone: «Prescrita la acción por el derecho principal, quedan también prescritas las acciones por los derechos accesorios».

c) Si la obligación civil pasa a ser natural, la pena también pasa a ser natural.

d) La nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal, pero la nulidad de ésta no trae consigo la de la obligación principal<sup>5</sup>.

Las expresiones usadas en los incisos 2 y 3 del art. 1986 C.: “con todo” y “lo mismo sucederá”, parecen establecer excepciones en virtud de las cuales a pesar de ser nula la obligación principal subsiste la cláusula penal. Pero no existen tales excepciones.

El art. 1986 inc. 2 C. dice: “**Con todo**, cuando uno promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por ésta lo prometido, valdrá la pena, aunque la obligación principal no tenga efecto por falta de consentimiento de dicha persona”. Estamos en presencia de la cláusula penal en la promesa de un hecho ajeno, regulada en los artículos 2485 a 2488 C.

De conformidad con las disposiciones citadas el promitente queda obligado, no así el tercero, quien solamente se obliga si ratifica la promesa, es decir, si expresa su consentimiento, pues nadie puede ser obligado sin su voluntad. Pero

5. Art. 1989 inc. 1 C.

no hay nulidad, pues el art. 2486 C. expresa que cuando el tercero se niega a ratificar el contrato, el promitente deberá ejecutar la obligación si está en su poder hacerlo, o debe, en caso contrario, indemnizar al acreedor de los daños y perjuicios. Ejemplo: Juan, promotor de boxeo, promete a Pedro que Alexis Argüello peleará el 5 de enero. Alexis no está obligado a pelear, a menos que ratifique la promesa. Si no acepta Alexis, Pedro tiene derecho de reclamar daños y perjuicios, o la cláusula penal si se pactó pues no puede Juan ejecutar el hecho. Como puede observarse, el art. 1986, inc. 2 C. regula la aplicación específica de la cláusula penal en la promesa del hecho ajeno y no es una excepción a la regla general sentada en el art. 1980, inc. 1 C., de que la nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal. Así pues, los perjuicios causados por la no aceptación del tercero pueden ser evaluados por la cláusula penal.

El art. 1986, inc. 3 C. dispone: “**Lo mismo sucederá** cuando uno estipula con otro a favor de un tercero y la persona con quien se estipula se sujeta a una pena para el caso de no cumplir lo prometido”. Estamos en presencia de la cláusula penal en la estipulación a favor de un tercero, reconocida y reglamentada en los artículos 2489 a 2492 C.

No existe en este caso nulidad. Lo que verdaderamente se presenta son dos tipos de obligaciones: obligación del promitente de cumplir la prestación objeto de la promesa, y obligación del promitente para con el estipulante de pagar la pena, si no cumple lo prometido, a favor del tercero o beneficiario.

**B. La cláusula penal es una evaluación anticipada** de los daños y perjuicios que descarga al acreedor de probarlos ante el Juez, situación engorrosa para él.

**C. La cláusula penal es una obligación condicional**, pues para que se deba es preciso que el deudor no cumpla o retarde el cumplimiento de la obligación<sup>6</sup>, los que constituyen hechos futuros e inciertos.

## 6. Efectos de la cláusula penal

Ahora se estudiarán los efectos de la cláusula penal.

**A.** Para que el acreedor pueda exigir la pena es necesario que el deudor incurra en mora. Así lo preceptúa el art. 1993 C. que dice: “Sea que la obligación principal contenga o no plazo en que deba cumplirse, no se incurre en la pena, sino cuando el obligado a entregar, o tomar o hacer, ha incurrido en mora”.

Por otra parte, el art. 1991 C. dispone que: “Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal...”

Para que exista la mora es necesario el requerimiento establecido en el art. 1859 C. No se crea que el art. 1987 C., es una excepción del principio señalado, de las contempladas en el inc. 2 del art. 1859 C. Dice así: “Incurre en la pena estipulada el deudor que no cumple la obligación en el tiempo convenido, aunque

6. Arts. 1987 y 1991 C.

por justa causa no hubiere podido verificarlo”.La disposición transcrita no es lo suficientemente explícita para sostener que no es necesario el requerimiento. Por otra parte, el mismo artículo habla de que el deudor debe la pena aunque por justas causas no haya podido cumplir la obligación en el tiempo convenido.

Alfredo Colmo, al comentar el art. 654 del Código Civil argentino, modelo de nuestro art. 1987 C., expresa que la mencionada disposición es poco liberal, draconiana y que no aparece en los modelos del código y proyectos del codificador argentino (García Goyena y Freitas). La interpretación que hace es limitativa de sus alcances, restringiendo su campo de aplicación.

En primer lugar, sostiene que sólo es aplicable al supuesto de la mora y excluye de su ámbito el caso de incumplimiento. En segundo lugar, opina que la expresión “justa causa” no puede referirse al caso fortuito que siempre excluye de cualquier responsabilidad; por lo que expresa que habrá que referirse, entonces, no a lo extraordinario y objetivo del caso fortuito, sino a lo ordinario y subjetivo de las dificultades y obstáculos en que el deudor se haya encontrado para cumplir en tiempo (no hallaba fácilmente obreros para la obra de construcción, no pudo procurarse la cosa prometida en la forma y condiciones ordinarias, no logró en el Banco el descuento que esperaba y con el cual se hacía de los fondos necesarios para cumplir, etc.)<sup>7</sup>.

En las obligaciones de no hacer el deudor incurre en la pena desde el momento que ejecute el acto que se obligó a no hacer<sup>8</sup>. Aquí la mora se produce desde el incumplimiento. No es necesario la interpelación.

**B.** El acreedor puede demandar a su arbitrio la pena o la obligación principal, pero no ambas prestaciones a la vez. De conformidad con el art. 1991 C., estando en mora el deudor no puede pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio. Se le concede al acreedor en forma privativa la facultad de demandar el cumplimiento de la obligación o la pena. El deudor no podrá eximirse del cumplimiento de la obligación pagando la pena, salvo que se hubiere reservado este derecho, de acuerdo con el art. 1990 C.

No obstante, por excepción el acreedor puede demandar la obligación principal y la pena:

**a)** Cuando aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo. Así se dispone en el art. 1991 C., que dice: “... a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo...” Estamos en presencia de la cláusula penal moratoria.

No existe, pues, inconveniente para pedir conjuntamente la obligación principal y la pena, porque ésta no reemplaza a aquélla, ya que es una indemnización por el retardo. Ejemplo: la mueblería “El Encanto” se obliga a pagar C\$1.000 por cada día de atraso en la entrega de unos muebles al restaurante «Los Ranchos».

7. Ob. cit., pp. 139 y 140.

8. Art. 1989 C.

9. Art. 2192 C.

b) Cuando se pacta una pena para el supuesto de no cumplirse la transacción, habrá lugar a la pena sin perjuicio de llevarse a efecto la transacción en todas sus partes, salvo pacto en contrario<sup>9</sup>.

c) Cuando se pacta que se pueden exigir el cumplimiento de la obligación y la pena. El art. 1991 C. *in fine* dispone: "... a menos que se haya estipulado que, por el pago de la pena, no se entienda extinguida la obligación principal". Por este pacto se agrava la responsabilidad del deudor, lo que es perfectamente posible, ya que incluso puede asumir el caso fortuito.

## 7. Renuncia de la cláusula penal y la demanda ordinaria de perjuicio

El acreedor puede pedir a su arbitrio la pena o la indemnización de perjuicios, pero no las dos a la vez, salvo pacto en contrario, porque el acreedor recibiría doble indemnización. El pacto en contrario es permitido por el juego de la libre contratación, y constituye una agravación de la responsabilidad del deudor.

La cláusula penal es una caución establecida a favor del acreedor y, por lo tanto, puede renunciar a ella y demandar los daños y perjuicios ordinarios, si éstos fueren superiores a los avaluados en la cláusula penal. Corresponde al acreedor escoger cuál de los dos derechos reclama: la pena o la indemnización ordinaria, pues aunque la pena sea menor que los perjuicios para reclamarla no necesita probarlos; por el contrario, si demanda la indemnización ordinaria tendrá que acreditarlos, cosa que puede resultar engorrosa.

El art. 1999 C. dispone que no podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena.

No se le permite al acreedor demandar la pena y después cobrar perjuicios complementarios por resultar la pena inferior a los perjuicios realmente sufridos en su patrimonio, salvo estipulación en contrario. Hecha la elección se torna irrevocable.

El Código de Napoleón se aparte del nuestro, pues en el art. 1152 se dispone que pactada una pena, no se podrá pedir una cantidad diversa a la establecida en dicha pena.

## 8. Cumplimiento parcial y rebaja de la pena

Es posible que el deudor cumpla parcialmente la obligación en cuyo caso se le rebajará proporcionalmente la pena<sup>10</sup>. El art. 1992 C. dice: «Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esa parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal».

10. Arts. 1992 y 2003 C.



El acreedor no está obligado a aceptar un pago parcial, pero si lo acepta, el deudor tiene derecho a que se le rebaje proporcionalmente la pena. Es de justicia que se rebaje la pena.

### **9. Incumplimiento de la obligación cuando existe pluralidad de sujetos activos o pasivos**

Hay que distinguir si las obligaciones principales son indivisibles o divisibles:

**A.** De conformidad al art. 1994 C. si la obligación primitiva contraída con cláusula penal es de cosa indivisible y son varios los deudores por sucesión o por contrato, se incurre en la pena por la contravención de uno de los deudores y puede ser exigida (la pena) por entero del contraventor, o de cada uno de los deudores por su parte y porción, salvo el derecho de éstos para exigir del contraventor que les devuelva lo que pagaron por su culpa. Ejemplo: Juan, Manuel y Pedro, dueños de un predio, se obligaron a dejar pasar unos animales de José, bajo la pena de C\$3.000 en el supuesto de incumplimiento. Juan impide el paso. En tal caso José tiene derecho de pedirle la suma de C\$3.000 a Juan, el infractor, o si le pareciese C\$1.000 a cada uno: a Juan, Manuel y Pedro. Manuel y Pedro conservan acción para reclamar a Juan lo que paguen por su culpa, o sea, los C\$1.000 de cada uno.

Cuando se dispone que al infractor se le puede cobrar el total de la pena se está siguiendo lo establecido en los arts. 1974 y 1980 inc. 2 C., en virtud de los cuales si por el hecho o culpa de uno de los deudores de la obligación indivisible se ha hecho imposible el cumplimiento de ella, él sólo será responsable de todos los perjuicios.

**B.** De acuerdo con el art. 1996 C., cuando la obligación primitiva con cláusula penal es divisible, sólo se incurre en la pena por aquel de los herederos del deudor que contraviniera la obligación, y sólo por la parte que le toca en la obligación principal, sin que haya acción contra los que han cumplido. Por ejemplo: Pedro debe a José 300 quintales de frijoles bajo la pena de C\$3.000. Pedro fallece y deja tres herederos: Juan, Manuel y Raúl. Juan es el único que no cumple. José sólo tiene acción para reclamar C\$1.000 de la pena a Juan, pues los otros cumplieron. Creo que esta misma solución debe adoptarse cuando originalmente existen varios deudores.

La regla expuesta admite excepción. Esta se da, de conformidad con el art. 1996 inc. 2 C., cuando habiéndose agregado la cláusula penal con el fin expreso de que la paga no pudiese verificarse por partes, un coheredero ha impedido el cumplimiento de la obligación en su totalidad. En tal caso puede exigirse al infractor toda la pena. Aunque el art. 1996 C. no lo exprese, en este supuesto el acreedor también conserva el derecho a demandar a los otros deudores por sus cuotas, es decir, tiene dos acciones: contra el infractor puede pedir la totalidad de la pena y contra los otros puede pedir las cuotas que les corresponde.

---

11. Art. 1995 C.

C. Si son varios los deudores o herederos que incumplen la obligación no existe inconveniente para demandar a cualquiera de ellos por el total de la pena. No lo dicen expresamente los artículos citados, pero los principios en que se inspiran dejan lugar a ello.

D. Cuando la obligación indivisible contraída con cláusula penal es a favor de varios contra varios, ya sea por contrato o herencia, no se incurre en la pena total, en el caso de obstáculo puesto por uno de los deudores a alguno de los acreedores, sino que sólo el causante del obstáculo incurre en pena, y se adjudica únicamente al perturbado, a ambos proporcionalmente a su haber hereditario o cuota correspondiente<sup>11</sup>.

E. Cuando la pena es indivisible, situación no contemplada por el Código Civil, se podrá reclamar su cumplimiento de cualquiera de los deudores, con independencia de que sea o no culpable.

## 10. La pena garantizada con hipoteca

De conformidad al art. 1997 C. si a la pena estuviere afecto hipotecariamente un inmueble, podría perseguirse toda la pena en él, salvo el recurso de indemnización contra quien hubiere lugar. Lo expuesto no es más que una confirmación del carácter indivisible de la hipoteca<sup>12</sup>.

## 11. Reducción de la cláusula penal

Cuando sólo se reclama la pena, no podrá exceder en valor ni en cuantía a la obligación principal. Cuando es posible reclamar el principal y la pena conjuntamente, ésta no podrá exceder de la cuarta parte de aquél<sup>13</sup>.

## 12. Diferencias con otras figuras jurídicas

Existen diferencias y semejanzas con algunas obligaciones o figuras jurídicas, entre ellas, las siguientes: con las obligaciones alternativas; con la obligación condicional; con la novición condicional; con la fianza; y con las arras.

### A. Con la obligación alternativa

Son famosos los casos planteados por Salvat para distinguir ambos tipos de obligaciones: **1º**. Se pacta la obligación de entregar un caballo o de pagar 100 pesos (obligación alternativa). **2º**. Se pacta la obligación de entregar un caballo, con la obligación, para el supuesto de no entregar el caballo, de pagar 100 pesos (obligación con cláusula penal).

12. Art. 3776 C. y otros.

13. Art. 2002 C.

A simple vista ambas situaciones pudieran parecer idénticas, pero a poco que se ahonde se verán las diferencias esenciales. La obligación alternativa tiene dos objetos o prestaciones, si una parece o resulta imposible o ilícita, la relación obligacional se mantiene sobre la otra; en cambio en la cláusula penal el objeto de la obligación penal es uno, pasando a ser la pena accesoria, con la cual se paga en caso de incumplimiento, además cuando la obligación principal es ilícita o imposible, desaparece la cláusula penal.

### **B. Con la obligación facultativa**

La semejanza es mayor: ambas están compuestas por una obligación principal y otra accesoria; en los dos se extingue la obligación de cumplir la obligación accesoria al desaparecer la obligación principal.

La diferencia fundamental se encuentra en la circunstancia de que en la obligación facultativa el deudor puede liberarse pagando con la obligación accesoria; en cambio en la cláusula penal el deudor no puede liberarse ofreciendo la pena en lugar del cumplimiento de la obligación, salvo pacto en contrario<sup>14</sup>.

### **C. Con la obligación condicional**

La obligación de pagar la pena está sujeta a la condición de que la obligación principal no sea ejecutada. Por eso se dice que la cláusula penal es siempre condicional.

Pero son diferentes: la cláusula penal accede a una obligación preexistente, aparece antes e independientemente del evento de la condición a que está sujeta la cláusula penal; en cambio en la obligación condicional no existe obligación antes del cumplimiento de la condición.

Pondremos un ejemplo muy usual entre los autores. Si alguien promete pagar cien pesos si derriba un árbol, no contrae obligación de derribar el árbol. Nos encontramos frente a una obligación bajo una condición potestativa, dependiente de la voluntad del deudor, del cual no surge un vínculo que lo sujete a la acción del acreedor. Pero si alguien promete derribar el árbol y en su defecto se obliga a la suma de cien pesos, la situación es diferente. Estamos frente a una obligación con cláusula penal en virtud de la cual el acreedor puede obligar al deudor a cumplir y en el supuesto de que no lo haga, pedir que sea condenado a pagar los cien pesos.

### **D. Con la novación condicional**

Cierto sector doctrinal distingue entre la cláusula penal y la novación condicional.

14. Art. 1990 C. .

En esta última las partes entienden que hacen una novación al reemplazar la obligación primitiva por la obligación penal de tal manera que al incumplirse la obligación principal, sólo se debe la penal. Este convenio es válido, pero no encierra una cláusula penal, ya que en este caso la pena viene a sustituir, en calidad de principal, a la primitivamente principal.

### **E. Con la fianza**

La comparación la vamos a hacer con relación a la cláusula penal a cargo de un tercero. Este tercero no es un fiador. Veamos las diferencias: la pena a cargo de un tercero es de distinta naturaleza que la del principalmente obligado, en cambio en la fianza, las obligaciones del fiador y del deudor son de idéntica naturaleza; el tercero no asume la obligación del cumplimiento de la obligación principal, sino solamente de la obligación penal; el tercero obligado por la cláusula penal puede asumir obligaciones más gravosas que las del deudor principal, en cambio el fiador se obliga en los mismos términos que el deudor principal; el tercero obligado por la cláusula penal que paga la pena, no podrá repetir contra el deudor principal, a diferencia del fiador.

Existen casos en que resulta difícil distinguir ambas figuras que se rigen por diferentes regímenes. De aquí la importancia de tener presente las pautas indicadas para someter a análisis los casos dudosos.

### **F. Con las arras**

Con las arras retractativas se garantizan la celebración de un contrato, y las pierde el que se retractó del contrato. Es una especie de pena, pero diferente a la cláusula penal. Las arras garantizan la celebración de un contrato y se conceden de previo; en cambio la cláusula penal garantiza el contrato ya celebrado. Por otra parte, el que se somete a la cláusula penal no entrega nada, en cambio el que se somete a las arras entrega dinero u otra cosa.

## **13. Extinción**

La cláusula penal se extingue por vía principal o accesoria. Por vía accesoria, por aplicación del principio de que extinguido lo principal se extingue lo accesorio, tal como vimos anteriormente al estudiar el carácter accesorio de la cláusula penal. Por vía principal, se extingue sin que se extinga la obligación a que accede (renuncia, etc.). La renuncia o remisión puede hacerse antes o después de ser exigible la cláusula penal.

La doctrina ha considerado que la extinción del contrato por mutuo disenso extingue la cláusula penal y, como consecuencia, no se puede exigir al deudor porque éste y el acreedor renunciaron a sus derechos y obligaciones recíprocos, según tesis de Giorgi y Laurent.

Con relación al supuesto en que el acreedor pida la resolución del contrato la doctrina se encuentra dividida, pues un sector doctrinal, presidido por Laurent, entiende que el deudor queda libre de la obligación de pagar la pena; otro, por el contrario, encabezada por Giorgi, mantiene la tesis contraria, o sea, que cabe exigir la cláusula penal.

## BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit., Tomo III, p. 177 y sigts. BRENES CORDOBA, Alberto. Ob. cit., p. 93 y sigts. BUSSO, Eduardo B. Ob. cit., Tomo III, p. 237 y sigts. CASTAN TOBEÑAS, José. Ob. cit., Tomo III, p. 199 y sigts. CLARO SOLAR, Luis. Ob. cit., Tomo XI. Vol. II, p. 723 y sigts. COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H. Ob. cit., Tomo II, p. 41 y sigts. CRUZ, Fernando. Ob. cit., Tomo III, p. 30. EATTCOCK, Carlos A. **Cláusula Penal**. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo III, p. 43 y sigts. GARCIA GOYENA, Florencio D. Ob. cit., p. 542 y sigts. GAUDEMET, Eugene. Ob. cit., p. 404 y sigts. GIOGI, Jorge. Ob. cit., Vol. V. p. 293 y sigts. GOMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBAN, Juan Manuel D. Ob. cit., Tomo II, p. 204. MACHADO, José Olegario. Ob. cit., Tomo II, p. 161 y sigts. p. 380 y sigts. MANRESA Y NAVARRO, José María. Ob. cit., Tomo VIII, p. 243 y sigts. MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León y TUNC, André. **Responsabilidad civil**. Ob. cit., Tomo I. Vol. I, p. 113 y sigts., Tomo I, Vol. II, p. 1 y sigts. p. 341 y sigts., p. 710 y sigts., p. 684 y sigts., Tomo II, Vol. II, p. 147 y sigts., Tomo III. Vol. I, p. 436 y sigts., p. 515 y sigts., p. 549 y sigts., Tomo III. Vol. II, p. 10 y sigts., p. 98 y sigts., p. 134 y sigts., p. 51. MESSINEO, Francesco. Ob. cit., Tomo IV, p. 227 y sigts., p. 334 y sigts. MEZA BARROS, Ramón. Ob. cit., p. 208 y sigts., p. 242 y sigts., PALACIO P., H. Gustavo. Ob. cit., p. 256, p. 267, p. 319 y sigts., p. 331 y sigts. PEIRANO FACIO, Jorge. **La cláusula penal**. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1982. RODRIGUEZ, ARIAS BUSTAMANTE, Lino. Ob. cit., p. 228 y sigts. SALVAT M., Raymundo. Ob. cit., Tomo I, p. 92 y sigts. URIBE-HOLGUIN, Ricardo. **Obligación y responsabilidad**. Ob. cit., p. 17 y sigts. VALENCIA ZEA, Arturo. Ob. cit., Tomo III, p. 372 y sigts. VALVERDE Y VALVERDE, Calixto D. Ob. cit., Tomo III, p. 112 y sigts. VELEZ, Fernando. Ob. cit., Tomo VI, p. 193 y sigts.

## *Cuarta Parte*

### **Efecto de las Obligaciones**

#### **Capítulo I**

#### **Cumplimiento de las obligaciones**

*SUMARIO: 1. Concepto. 2. Cumplimiento forzado: A. Derecho de prenda general. B. Procedimiento ejecutivo: a) Procedimiento de las obligaciones de dar. b) Procedimiento de las obligaciones de hacer. c) Procedimiento de las obligaciones de no hacer.*

#### **1. Concepto**

Cuando hablamos de efectos de las obligaciones nos estamos refiriendo a los medios que se otorgan al acreedor para obtener la satisfacción de su crédito.

La obligación es un vínculo jurídico que constriñe al deudor a cumplir con la prestación debida. Este cumplimiento puede ser voluntario o forzado. Sin embargo, el procedimiento forzado puede resultar ineficaz para obtener la prestación debida (Por ejemplo, el pintor que se niega a ejecutar el cuadro). En tal caso, se puede obtener el cumplimiento por equivalencia, es decir, demandando los daños y perjuicios.

Al acreedor también se le conceden otros derechos, llamados auxiliares. Con base en ellos el acreedor logra mantener la integridad del patrimonio del deudor, sobre el cual hará efectivo su derecho.

#### **2. Cumplimiento forzado**

##### **A. Derecho de prenda general**

La ejecución no recae sobre la persona del deudor, sino sobre su patrimonio. El deudor no responde con su persona, sino con sus bienes, de aquí que se haya abolido la prisión por deuda. Se ha superado la etapa del Derecho romano, en la que el deudor podía ser encarcelado, vendido, esclavizado, etc., a fin de obtener el acreedor el cumplimiento de la obligación.

El distinguido jurista José Benito Rosales decía: «La fianza de saneamiento, que según la Ley 12, Tit. 28, Lib. 11, Nov. Rec., se prestaba para liberarse el deudor de la prisión, y por la cual se aseguraba que los bienes embargados eran del deudor, y bastantes para cubrir el principal y costas; ya en el día no está en uso, por no ser conforme a nuestra actual legislación, el poner preso al que sólo civilmente es reconocido al pago de una deuda. Si hay fraude, u otro motivo por qué proceder criminalmente contra el deudor, entonces no será la fianza de saneamiento, sino la de cárcel segura, y de pagar lo juzgado y sentenciado, la que tenga lugar»<sup>1</sup>.

En el art. 38 Cn. de 1893 se prohíbe la prisión por deudas, aun por las de agricultura. También en los arts. 47 Cn. de 1911, 117 Cn. de 1939, 43 Cn. de 1948, 47 Cn. de 1950, 48 Cn. de 1974, se prohíbe la prisión por deuda, dejando a salvo las cuatro últimas el apremio corporal; en el art. 14 del Estatuto sobre Derechos y Garantías de los Nicaragüenses se dispone que nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación de carácter económico, y en el art. 41 Cn. vigente expresa que “nadie será detenido por deudas”.

El acreedor, pues, cuenta con el patrimonio del deudor para satisfacer su derecho. Todos sus bienes responden al pago. En la doctrina esta facultad se denomina derecho de prenda general, contemplado en el art. 2335 C., que dice: “Todos los bienes que constituyen el patrimonio de una persona, responden al pago de sus deudas”. La disposición transcrita se refiere a toda clase de deudas, cualquiera que sea su fuente.

La prioridad en el nacimiento de la obligación no concede preferencia alguna, por lo que si los bienes no alcanzan a cubrir todas las deudas, deberán pagarse a prorrata, a menos de tener alguno de los acreedores un motivo legal de preferencia<sup>2</sup>.

Cuando la disposición transcrita establece que todos los bienes del patrimonio garantizan a las obligaciones, se refiere a los bienes muebles o inmuebles presentes y futuros.

Sin embargo, de acuerdo con el art. 2338 C., no pueden perseguirse por ningún acreedor los bienes no embargables enumerados en el art. 2084 C., complementado por el art. 1703 Pr. y por varias leyes especiales.

No debe confundirse el derecho de prenda general con el derecho real de prenda. Entre las muchas diferencias podemos señalar dos: **a)** El derecho real de prenda concede acción persecutoria en contra de quien se encuentre la cosa<sup>3</sup>; por el contrario el derecho general de prenda no la concede y, como consecuencia, los bienes que salen del patrimonio del deudor no pueden ser perseguidos en manos de terceros. **b)** El derecho real de prenda concede preferencia al acreedor para pagarse el crédito con el objeto prendado, según se desprende de los arts. 3 L.P.A.I. y 3732 C.; en cambio el derecho general de prenda no otorga ninguna preferencia y, como consecuencia, todos concurren al pago en pie de igualdad,

1. **Manual Alfabético de Jurisprudencia Práctica.** Imprenta de la Libertad. Edición 2ª. 1846, pp. 184 y 185.

2. Art. 2336 C.

3. Arts. 3750 C. y 20 de la Ley de Prenda Agraria o Industrial.

y no habiendo bienes suficientes se pagarán a prorrata. No obstante, es posible que existan créditos privilegiados, pero tal cosa es excepcional, pues la norma general es la igualdad entre los acreedores.

## **B. Procedimiento ejecutivo**

Para usar la vía ejecutiva es preciso que: **a)** Exista título ejecutivo de aquellos enumerados en los artículos 1685 a 1690 Pr. **b)** La obligación sea líquida; entendiéndose por tal la que se encuentra concretamente determinada, por lo que la obligación de indemnizar daños y perjuicios no puede exigirse en la vía ejecutiva, ya que no se sabe sobre su existencia y su monto; es preciso que de previo, en juicio ordinario, se determine su existencia y monto para después proceder a la ejecución. **c)** La obligación sea actualmente exigible. No será actualmente exigible si existe plazo o condición que impidan el cumplimiento de la obligación.

### **a) Procedimiento de las obligaciones de dar**

El juicio ejecutivo en las obligaciones de dar está reglamentado en el Título XXIV, Capítulo I, Libro III, del Código de Procedimiento Civil. Una vez presentada la demanda ejecutiva, el Juez examinará el título y los otros requisitos, despachando o denegando la ejecución. Si se decide por lo primero despachará un mandamiento de ejecución ordenando requerir de pago al deudor y embargarle bienes suficientes para cubrir la deuda con sus intereses y costas, si no pagare. El mandamiento también indicará que se entreguen los bienes a un depositario<sup>4</sup>.

El demandado puede oponerse esgrimiendo excepciones. Si estas son rechazadas se dictará sentencia de pago o de remate. De los resultados del remate se hará pago el acreedor.

### **b) Procedimiento de las obligaciones de hacer**

El procedimiento ejecutivo de las obligaciones de hacer se encuentra reglamentado en el Título XXIV, Capítulo II, Libro III, del Código de Procedimiento Civil. Los arts. 1849, 1850 y 1853 C. autorizan al acreedor, en caso de incumplimiento, para pedir que: **i)** El hecho sea ejecutado por sí o por otra persona a

4. Arts. 1697 y 1701 Pr.

5. Salvat expresa que el acreedor debe ser autorizado por el Juez, lo que se justifica por cuanto el acreedor no puede hacerse justicia por mano propia. Sin embargo, reconoce que el acreedor, en casos de urgencia, previa constitución en mora del deudor, puede proceder a la ejecución del hecho debido por sí o por un tercero, sin dicha autorización. Ejemplo: la reparación de una casa o el transporte a un lugar. El acreedor podría hacer la reparación o hacerse transportar por otro cochero, sin necesidad de autorización judicial. En tales supuestos el costo del cumplimiento se obtiene a título de daños e interés por el incumplimiento y no en concepto de gastos de la ejecución de otro (Ob. cit., Tomo I, pp. 460 y 470). Agrega este autor que si el acreedor opta por la ejecución directa de la obligación, podría obtener la condenación del deudor al pago de los daños e intereses moratorios. Ejemplo: el caso del constructor que no termina la construcción de una casa en el plazo estipulado y el dueño lo constituye en mora. Si éste prueba que tenía una persona que le alquilaba la casa en la fecha señalada para su terminación, el constructor será responsable, a título de daños e intereses moratorios, del valor de los alquileres que la casa hubiere devengado desde entonces hasta el día de la entrega (Ob. cit., Tomo I, pp. 471 y 472).



expensas del deudor<sup>5</sup>, o a solicitar los perjuicios e intereses por la inejecución de la obligación; observándose la misma solución si el deudor ejecutase el hecho violando los términos del convenio, pudiéndose deshacer lo mal hecho. **ii)** Si el hecho no puede ser ejecutado por un tercero por cuanto el deudor fue elegido para hacerlo por su industria, arte o cualidades personales, se obligue al deudor a cumplir la obligación por la vía de apremio.

No creo que sea aplicable el apremio para obligar, por ejemplo, a un pintor o a un escritor a pintar el cuadro o a hacer el libro, ya que en nuestro país desde hace mucho tiempo no existe cárcel por deuda. El acreedor tendrá, en caso de incumplimiento, acción para pedir la indemnización de daños y perjuicios, para lo cual no podrá usar de la vía ejecutiva, sino de la ordinaria.

En las obligaciones de hacer no es permitido el apremio para el cumplimiento forzado de la obligación. Para lograrlo, el acreedor puede ejecutar el hecho por sí o por un tercero a costa del deudor o reclamar los daños y perjuicios y si fuere personalísimo deberá reclamar los daños y perjuicios.

Esta solución concuerda con el art. 513 Pr. que establece que si el condenado a hacer una cosa no cumpliera con lo que se le ordena para la ejecución de la sentencia dentro del plazo que el Juez al efecto le señale, se hará a su costa; y si por ser personalísimo el hecho, no pudiere verificarse en esta forma, se entenderá que opta por el resarcimiento de perjuicios.

El deudor no puede exonerarse del cumplimiento de la obligación ofreciendo pagar los daños y perjuicios, según lo dispone el art. 1854 C. A tal solución se llegaría aunque no existiere este artículo, pues de acuerdo con el art. 2006 C. el pago se hace con la cosa o hecho debido y no con otra.

Existen dos procedimientos diferentes:

**i) Cuando el hecho debido consiste en la suscripción de un instrumento o en la constitución de una obligación por parte del deudor**

En este caso el Juez, a petición del acreedor, requerirá al deudor para que, dentro del plazo que le señale, suscriba el documento o constituya la obligación, bajo apercibimiento de hacerlo él a nombre del deudor.

De esta categoría de obligaciones son las que resultan del contrato de promesa (precontrato). Por ejemplo: en los casos de promesas de hipoteca, de venta y de arriendo, el Juez suscribirá el contrato de hipoteca, de venta o de arriendo prometidos a nombre del deudor, si éste no lo hiciera.

**ii) Cuando el hecho debido consiste en la ejecución de una obra material**

En este caso el mandamiento contendrá la orden de requerir al deudor para que cumpla la obligación, señalándole al efecto un plazo para que dé principio al trabajo.

El acreedor podrá solicitar que se le autorice para llevar a cabo el hecho debido por medio de un tercero a expensas del deudor en los supuestos contemplados en el art. 1820 Pr.<sup>6</sup>, para lo cual deberá presentar un presupuesto de las obras y el valor de las mismas para que el deudor consigne su importe. En caso de que no lo haga, se le embargarán y subastarán bienes suficientes para hacer la consignación.

### c) Procedimiento de las obligaciones de no hacer

En los arts. 1855, 1856, 1857 y 1858 C. se señalan los derechos del acreedor con relación al deudor que ha violado la obligación de no hacer.

Es preciso distinguir:

i) Si es posible destruir lo hecho por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho a exigir que se destruya lo que se hubiere hecho o a que se le autorice para destruirlo a costa del deudor<sup>7</sup>.

En este caso cabe el procedimiento ejecutivo a tenor del art. 1828 Pr., que dispone que el procedimiento ejecutivo establecido en el Capítulo II, será aplicable en la obligación de no hacer cuando se convierta en la de destruir la obra hecha.

ii) Cuando no fuere posible destruir la obra hecha por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho a pedir del deudor los daños y perjuicios<sup>8</sup>, pero tal cosa no lo podrá hacer en la vía ejecutiva, sino en juicio ordinario.

## BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit., Tomo III, p. 169 y sigts. BORJA SORIANO, Manuel. Ob. cit., Tomo II, p. 45. BRENES CORDOBA, Alberto. Ob. cit., p. 87 y sigts. BUSSO, Eduardo B. Ob. cit., Tomo III, p. 205 y sigts. CASTAN TOBEÑAS, José. Ob. cit., Tomo III, p. 194 y sigts. CLARO SOLAR, Luis. Ob. cit., Tomo XI. Vol. II, p. 670 , p. 691 y sigts. COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H. Ob. cit., Tomo III, p. 19 y sigts. COLMO, Alfredo. Ob. cit., p. 38 y sigts. FARINA, Juan M. **Cum-**

6. El art. 1820 Pr. dice: «El acreedor podrá solicitar que se le autorice para llevar a cabo por medio de un tercero y a expensas del deudor, el hecho debido, si a juicio de aquel fuere esto posible, siempre que no oponiendo excepciones el deudor se negare a cumplir el mandamiento ejecutivo y cuando desobedeciere la sentencia que deseche las excepciones opuestas o dejare transcurrir el plazo a que se refiere el número dos del art. 1817 sin dar principio a los trabajos. Igual solicitud podrá hacerse cuando, comenzada la obra, se abandonare por el deudor sin causa justificada».

7. Art. 1856 C. En las obligaciones de no hacer tampoco es permitido el apremio o violencia en contra del deudor en la ejecución forzada de la obligación. Por ejemplo: si un artista se obliga a no cantar en un teatro determinado y a pesar de ello lo hace, no podrá el acreedor pedir la ejecución forzada, pues para ello tendrá que emplear la violencia contra el deudor. Se piensa que el empleo de la fuerza en el cumplimiento forzado de la obligación depende de si el deudor constituye o no un elemento esencial del cumplimiento. Si es un elemento esencial no se puede emplear la fuerza contra el deudor. Si no lo es, sí se puede emplear. El deudor, por ejemplo, que cierra el camino que se había comprometido a no cerrar, podrá ser sacado por la fuerza si se opone a la apertura.

8. Art. 1857 C. Según Salvat esta disposición se aplica tanto por no ser posible la destrucción de los hechos materiales consumados como cuando por no ser posible la violencia en la persona del deudor no se puede evitar la repetición del hecho contrario a la abstención prometida (el cantante se compromete a no cantar en determinado teatro y lo hace). En ambos casos el acreedor tiene derecho a los daños y perjuicios.

**plimiento de la obligación.** Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo V, p. 321 y sigts. GARCIA GOYENA, Florencio D. Ob. cit., p. 537 y sigts. GAUDEMET, Eugene. Ob. cit., p. 369 y sigts. GIORGI, Jorge. Ob. cit., Vol. II, p. 15 y sigts. GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Ob. cit., p. 654. LATORRE, Enrique C. Ob. cit., p. 24 y sigts. MACHADO, José Olegario . Ob. cit., Tomo II, p. 154. MANRESA Y NAVARRO, José María. Ob. cit., Tomo VIII, p. 34 y sigts. MAZEAUD, Henri.,MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean. Ob. cit., 2ª. parte. Vol. III, p. 212 y sigts. MEJIA MORENO, Luis. Ob. cit., p. 31 y sigts. MESSINEO, Francesco. Ob. cit., Tomo IV, p. 203 y sigts. MEZA BARROS, Ramón. Ob. cit., p. 157 y sigts. PALACIO P., H. Gustavo. Ob. cit., p. 264 y sigts. PEREZ VIVES, Alvaro. Ob. cit., Vol. III, p. 153 y sigts. POTHIER, R. J. Ob. cit., p. 83 y sigts. RICCI, Francisco. Ob. cit., Tomo XIII, p. 297 y sigts. RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Ob. cit., Tomo V, p. 269, p. 359. RODRIGUEZ, ARIAS BUSTAMANTE, Lino. Ob. cit., p. 193 y sigts. RUGGIERO, Roberto de. Ob. cit., Tomo II, Vol. I, p. 101. SALVAT M. Raymundo. Ob. cit., Tomo I, p. 79 y sigts. SELVA, Buenaventura. Ob. cit., p. 286 y sigts. VALENCIA ZEA, Arturo. Ob. cit., Tomo II, p. 333. VALVERDE, Calixto D. Ob. cit., Tomo III, p. 84 y sigts. VELEZ, Fernando. Ob. cit., Tomo VI, p. 208 y sigts. TUHR, Von A. Ob. cit., Tomo II, p. 1 y sigts.

## Capítulo II

### Indemnizaciones de perjuicios

*Sumario: SECCION I. Clases. SECCION II. Requisitos: 1. Imputabilidad: A. El caso fortuito o fuerza mayor. B. La culpa. C. El dolo. D. Cláusulas que modifican la responsabilidad. E. Teoría de los riesgos: a) Su consagración. b) Obligaciones de dar. c) Obligaciones de hacer. d) Obligaciones de no hacer. 2. La mora: A. Concepto. B. Requisito de la mora. C. Excepciones al requisito de la interpelación. D. Efectos que produce la mora. E. Mora del acreedor: a) Concepto. b) Requisitos. c) Efectos. 3. Perjuicios. SECCION III. Cesación de la mora. SECCION IV. Excepción del contrato no cumplido. SECCION V. Evaluación de los perjuicios: 1. Clases de evaluaciones. 2. Evaluación legal. 3. Evaluación judicial.*

### Sección I

#### Clases

El incumplimiento total, parcial o tardío produce un daño en el patrimonio del acreedor. Puede suceder que el deudor se niegue a cumplir su obligación y por su aptitud sea insustituible; que perezca el cuerpo cierto debido; o que sea imposible destruir lo hecho en contravención de la obligación de no hacer.

En este supuesto se le concede al acreedor acción para reclamar una satisfacción equivalente al objeto de la obligación, o sea, la indemnización de perjuicios.

La indemnización de daños y perjuicios es el derecho que tiene el acreedor para exigirle al deudor una cantidad de dinero que represente el beneficio que hubiere obtenido en virtud del cumplimiento íntegro y oportuno de la obligación.

Existen varias formas en que el deudor puede violar la obligación incumpliendo totalmente la obligación, cumpliéndola parcialmente o retardando su cumplimiento. En cualquiera de estos supuestos se deben daños y perjuicios.

En los casos de incumplimiento total y parcial la indemnización se llama compensatoria. En el caso de retardo del cumplimiento, la indemnización se concede con el propósito de reparar los daños causados por el retraso. Esta indemnización se llama moratoria.

La distinción presenta interés. Cuando es compensatoria, el acreedor no puede pedir el cumplimiento de la obligación y los daños y perjuicios, ya que éstos substituyen el objeto de la obligación. De otra forma el acreedor se pagaría dos veces.

El art. 1991 C. establece que ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena. Cuando existe pacto de que con el pago de la pena no se entiende extinguida la obligación principal, puede pedirse el cumplimiento de la obligación y los perjuicios<sup>1</sup>. Pero ésta es una excepción a la regla de la no acumulación de derechos.

Por el contrario, en la indemnización moratoria el acreedor tiene derecho para pedir el cumplimiento de la obligación y los perjuicios moratorios, ya que éstos resarcan los daños causados por el retardo. El art. 1991 C. permite pedir el cumplimiento de la obligación principal y la pena cuando aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo. También la indemnización moratoria puede acumularse a una compensatoria.

El acreedor no puede pedir el cumplimiento de la obligación y los perjuicios compensatorios; pero el problema surge con relación al ejercicio optativo de las acciones de cumplimiento y de daños y perjuicios compensatorios. En otras palabras: ¿puede el acreedor demandar a su arbitrio el cumplimiento de la obligación o la indemnización compensatoria, o es necesario pedir primero el cumplimiento, y, ante la imposibilidad de obtenerlo, demandar los daños y perjuicios?

Con relación a las obligaciones de hacer, no existe problema, pues el art. 1853 C. permite al acreedor, a su arbitrio, demandar el cumplimiento del hecho convenido o los daños y perjuicios por la inexecución de la obligación. Sin embargo, se sostiene que de acuerdo con el art. 513 Pr. al deudor se le concede una oportunidad para cumplir la obligación y en caso de negativa se pasa a la ejecución a su costa o al reclamo de los daños y perjuicios, si el hecho es personalísimo.

Con relación a las obligaciones de no hacer se sostiene que aunque el art. 1856 C. no le concede al acreedor expresamente el derecho de optar entre el cumplimiento forzado o la indemnización de daños y perjuicios, debe concedérsele.

Por el contrario, en las obligaciones de dar el acreedor no puede pedir optativamente el cumplimiento de la obligación o los daños y perjuicios. Solamente puede pedir el cumplimiento de la obligación y ante su imposibilidad, los daños y perjuicios. Así se desprende de los arts. 1847 y 2166 C. Excepcionalmente, cuando el deudor se encuentre en mora, el acreedor puede pedir a su arbitrio la pena o la obligación principal, según se desprende del art. 1999 C.

---

1. Art. 1991 C.

## Sección II

### Requisitos

#### 1. Imputabilidad

El deudor responde por los daños y perjuicios causados por su culpa o dolo, no responde por regla general del caso fortuito o fuerza mayor. En otras palabras: para que responda el deudor de los daños y perjuicios es preciso que el incumplimiento total, parcial o tardío le sea imputable por haber procedido con culpa o dolo. No le es imputable el incumplimiento si proviene del caso fortuito o fuerza mayor. Las ideas expuestas están recogidas en los arts. 1860 y 1864 C.

El art. 1860 C. dispone: “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados, los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquellas”.

Por otra parte, el art. 1864 C. dispone: “Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, el deudor no será responsable de los daños e intereses que se originen al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuando éstos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que el deudor hubiere tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito o fuerza mayor, o éste hubiere ocurrido por su culpa o hubiere ya sido aquél constituido en mora, que no fuere motivada por sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueren inevitables”.

#### A. El caso fortuito o fuerza mayor

Caso fortuito o fuerza mayor es un acontecimiento imprevisto e imposible de resistir: un naufragio, un terremoto, etc. Es preciso que el acontecimiento reúna ciertas condiciones para que constituya caso fortuito o fuerza mayor; a saber:

a) Que el acontecimiento ocurra con independencia de la voluntad o actuación del deudor, en el cual no ha intervenido. De aquí que no queda eximido de responsabilidad el deudor si el hecho ocurre por su culpa o durante la mora.

b) Que el acontecimiento sea imprevisto.

c) Que el acontecimiento sea insuperable.

Debe ser de tal naturaleza que resulte imposible en forma absoluta remover el obstáculo interpuesto, por lo que si el acontecimiento sólo hace más gravoso y difícil el cumplimiento de la obligación no existe caso fortuito.

El caso fortuito produce los efectos siguientes:

a) Exime de responsabilidad al deudor.

Si la obligación no se puede cumplir por caso fortuito se produce su extinción por imposibilidad de pagar lo debido.

**b)** El deudor no responde de los daños y perjuicios de la mora producida por caso fortuito o fuerza mayor.

Los autores suelen distinguir entre caso fortuito y fuerza mayor. El caso fortuito consiste en un acontecimiento que proviene de la naturaleza, de una fuerza extraña al hombre, como un terremoto, una inundación, etc. La fuerza mayor consiste en un acontecimiento en el que interviene el hombre, como una guerra, una huelga, un robo, etc. Nuestros anotadores, en comentario al art. 1864 C., señalan una gran cantidad de artículos en los que se usan conjunta o separadamente ambos términos y en otros son sustituidos.

El caso fortuito debe probarlo la persona que lo alega<sup>2</sup>. Viene a constituir una excepción que debe probarla quien la opone.

Excepcionalmente el deudor responde del caso fortuito, a saber:

**a)** Cuando el deudor ha asumido el caso fortuito. En el art. 2169 C. se dispone que si el deudor se ha constituido responsable de todo caso fortuito o de alguno particular, se observará lo pactado. Aquí juega la libre contratación. El deudor, pues, puede responder por el incumplimiento, aunque no le sea imputable, si así se pactó.

**b)** Cuando el caso fortuito ocurre durante la mora del deudor. El art. 2166 inc. 1 C. dispone que si la cosa cierta y determinada perece por culpa o **durante la mora** del deudor, la obligación de éste subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio y a los daños y perjuicios. No obstante, si la cosa perece por caso fortuito que habría sobrevenido igualmente a dicha cosa en poder del acreedor, sólo deberá los daños y perjuicios de la mora. El art. 1847 inc. 3 C. repite parte de lo dispuesto anteriormente.

La obligación de entregar géneros no se extingue por caso fortuito, pues los citados artículos se refieren a cosas ciertas y el art. 2175 C. establece que el género perece siempre para el deudor.

En el art. 1864 C. también se dispone que el deudor asume los daños y perjuicios causados por el caso fortuito o fuerza mayor ocurrido durante la mora.

**c)** Cuando la ley expresamente le impone al deudor el caso fortuito o la fuerza mayor. El art. 2170 C. dispone: “Al que ha hurtado o robado una cosa, no le será permitido alegar que ella ha perecido por caso fortuito, aun de los que habrían producido la destrucción o pérdida de la cosa en poder del acreedor”.

## **B. La culpa**

El art. 1863 inc. 1 C. dice: “La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquellas diligencias que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.

---

2. Art. 2169 inc. 2 C.



La culpa consiste en una falta de diligencia que se encuentra en relación con las circunstancias siguientes: naturaleza de la obligación, las personas, el tiempo y el lugar. Ejemplos: al comodatario se le exige mayor diligencia; en lugares que llueve fuerte y constantemente, debe exigirse mayor diligencia al deudor de la prestación para tomar las adecuadas medidas de protección contra tales hechos.

La mayor o menor diligencia está en relación con la naturaleza de la obligación y demás circunstancias que la ley indica. Cuando la obligación no expresa la diligencia que ha de prestarse, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia<sup>3</sup>.

Nuestro Código Civil vigente se apartó del anterior que establecía una gradación de la culpa, distinguiendo entre la grave, leve y levísima. No obstante, en los arts. 387 inc. 9, 396 inc. 3, 398, 485, 1557 y 2168 C. se habla de la culpa grave; y en los arts. 1267 y 1377 C. de culpa leve. Por otra parte, la responsabilidad puede moderarse por los tribunales.

Se da la culpa grave en el cumplimiento de las obligaciones cuando existe suma negligencia por no prever el deudor lo que la generalidad de la gente puede prever. Es la máxima negligencia o descuido. Se equipara al dolo y, como consecuencia, se le aplican las reglas que regulan con mayor rigor el incumplimiento doloso.

Existe culpa leve cuando no se cumplió la diligencia que emplea un hombre diligente. Un tipo con esta diligencia o categoría es el buen padre de familia. Se responde cuando existe culpa leve en el cumplimiento de la obligación.

Se incurre en culpa levísima cuando no se emplea la diligencia muy cuidadosa que se emplea en los asuntos propios.

La anterior clasificación va acompañada por otras: culpa abstracta y culpa in concreto.

También se aseguraba que el deudor no siempre respondía de los mismos grados de culpa: si el contrato producía efecto para ambas partes, éstos respondían de culpa leve; si sólo producía beneficios para el deudor, éste respondía de la culpa levísima; si producía beneficios sólo para el acreedor, el deudor únicamente respondía por la culpa grave.

Aunque estas distinciones fueron suprimidas por el Código, son criterios que pueden emplearse para juzgar casos concretos de acuerdo con el art. 1863 C. y además puede tener utilidad en aquellos casos en que el Código o algunas leyes hablan todavía de culpa grave o leve.

Se distingue entre la culpa contractual y extracontractual (delictual o aquiliana). La primera se produce dentro del cumplimiento de una obligación preexistente

3. Art. 1863 inc. 2 C. Algunos autores españoles encuentran una contradicción entre los dos incisos del art. 1124, modelo del art. 1863 C. porque establece dos sistemas incompatibles y capaces de regular la materia de la culpa en forma independiente. El primer inciso, mide el grado de diligencia atendiendo a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias del tiempo, lugar y tiene su base en el art. 512 del Código Civil de Argentina a través del proyecto de 1888. Es un sistema flexible y esencialmente judicial porque deja un buen campo de apreciación al juez en el caso concreto. El segundo, contempla un tipo de diligencia media (el del buen padre de familia) por el cual son juzgados todos los deudores y tiene por modelo el Código de Napoleón a través del proyecto de 1851. Limita al juez (Cfr. nota de Velez Sarfield).



que el deudor no cumple total, parcial o tardíamente. La segunda es un hecho que da origen a una obligación.

Existen diferencias entre ambas culpas:

a) La contractual viola el cumplimiento de un vínculo obligacional preexistente; la extracontractual produce una obligación.

b) La culpa contractual no la prueba el que la alega, quien sólo lo debe acreditar el vínculo, es el deudor a quien le incumbe probar la diligencia debida; la culpa extracontractual la debe probar el acreedor.

Esta es la corriente general (Giorgi, Colmo, Alessandri y Somarriva). No obstante, un buen sector doctrinal sostiene que la carga de probar la culpa le corresponde al demandante cuando de ella pretenda efectos jurídicos favorables, ya sean contractuales o extracontractuales. (Echandía y otros).

c) La culpa contractual admite gradaciones; en cambio la extracontractual no la admite, es una sola.

### C. El dolo

#### **Dolo es toda intención positiva de causar un daño.**

El art. 1861 C. expresa que la responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. Nuestros anotadores manifiestan que ésta disposición se refiere al dolo que incide en el cumplimiento de las obligaciones.

El dolo puede considerarse como vicio del consentimiento, como elemento del delito o como causa del incumplimiento de las obligaciones.

En su primera consideración se presenta como las maquinaciones fraudulentas dirigidas a obtener el consentimiento; en el segundo, como intención de cometer el delito; y en el tercero, como las maquinaciones fraudulentas destinadas a eludir el cumplimiento de la obligación.

El dolo agrava la responsabilidad del deudor, ya que éste ha obrado con propósito de no cumplir con su obligación. De aquí que el deudor que actúa con dolo responde de todos los daños y perjuicios que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación; aunque no se hayan podido prever al tiempo de contratar<sup>4</sup>. En cambio en la culpa, el deudor sólo responde de los previstos o que hayan podido prever al tiempo de contratar<sup>5</sup>. Por otra parte, es irrenunciable la acción para exigir la responsabilidad proveniente de dolo<sup>6</sup>.

El dolo debe ser probado por el que lo alega, el acreedor tiene a su disposición todos los medios de prueba.

Algunos autores españoles opinan que los daños que provienen del dolo no son sólo los previstos o imprevistos que sean consecuencia necesaria del incumplimiento de la obligación, sino también todos los que se produzcan al acreedor por el incumplimiento.

4. Art. 1866 C.

5. Idem.

6. Art. 1861 C.

Contra tal criterio se pronuncia Calixto Valverde y Valverde, quien opina, al comentar el art. 1107 del Código español, modelo de nuestro art. 1866 C., que los daños que se deben a causa del dolo son aquellos que sean consecuencia necesaria del incumplimiento y ninguno más: “Yo, sin embargo, creo que aunque éste artículo no coincide en las palabras con sus modelos los códigos franceses e italiano, reproduce su espíritu. Los códigos de Francia e Italia dicen, que el deudor por dolo responde en caso de incumplimiento de los daños previstos o no previstos que sean consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento, y nuestro código que no emplea ésta frase «que sean consecuencia inmediata y directa del cumplimiento», dice que responde de los que conocidamente se deriven del incumplimiento. Aunque distintas sus palabras a mí me parece que la extensión de la responsabilidad es la misma en nuestro Código que en los extranjeros, porque interpretar de otro modo el pensamiento del legislador español, equivaldría a ampliar tanto la responsabilidad, que se llegaría a extremos verdaderamente absurdos. No; el adverbio conocidamente, debe interpretarse como racionalmente, y por lo mismo, los daños a que se refiere el artículo no pueden ser otros que aquellos que sean consecuencia necesaria del incumplimiento, ninguno más”<sup>7</sup>.

#### **D. Cláusulas que modifican la responsabilidad**

Es posible legalmente que por medio de un pacto se agrave la responsabilidad del deudor, por ejemplo, aceptando una mayor diligencia de la media (la de un buen padre de familia), asumiendo el caso fortuito o fuerza mayor, o haciéndose cargo de los perjuicios imprevistos a que se refiere el art. 1866 inc. 1 C., el cual queda modificado por el pacto.

Es permitido también que se pacte una atenuación de la responsabilidad, como, por ejemplo, cuando se pacta una menor diligencia de la media (la de un buen padre de familia), o cuando el deudor solamente responde por una suma señalada.

Los pactos que agravan o atenúan la diligencia media son permitidos por el art. 1863 inc. 2 C., que dispone que *cuando la obligación no expresa la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia*.

Son permitidas las cláusulas que exoneran la responsabilidad por culpa. No son permitidas las referentes al dolo<sup>8</sup> por ser este de orden público. Conviene aclarar que lo que no se permite es la renuncia anticipada, pues una vez incumplida la obligación el acreedor puede renunciar a la acción que tiene para exigirle los daños y perjuicios al deudor. En cambio, es permitida la renuncia anticipada de la responsabilidad derivada de la culpa.

No obstante, la doctrina rechaza las cláusulas de irresponsabilidad cuando se presenta una situación de notoria desigualdad entre los contratantes. Calixto

7. Ob. cit., Tomo III, pp. 117 y 118.

8. Art. 1861 C.

Valverde y Valverde sostiene que son ilícitas las cláusulas de irresponsabilidad cuando hay notoria desigualdad entre los contratantes, como ocurre en el contrato de trabajo o en aquellos otros en que una de las partes, por sus poderosos medios, no permite el libre juego de la voluntad a la otra, como las grandes compañías de ferrocarriles y de navegación que pueden tener poco menos que monopolizado un servicio<sup>9</sup>.

## **E. Teoría de los riesgos**

### **a) Su consagración**

Nuestro Código Civil no establece expresamente a cargo de quién está el riesgo, si a cargo del deudor o del acreedor. Sin embargo se puede sostener que:

**i)** En las obligaciones de dar el riesgo corresponde al acreedor, según se deduce de los arts. 1846, 1847, 2174 y 2495 C.

**ii)** En las obligaciones de hacer y no hacer el riesgo corresponde al deudor, según se deduce de los arts. 1851, 1855 y 2174 inc. 2 C.

La teoría de los riesgos funciona en los contratos bilaterales con base en el caso fortuito o fuerza mayor.

En las obligaciones de dar la teoría de los riesgos se funda en el principio de que la transmisión de la propiedad se produce por efecto del contrato. En cambio, en las obligaciones de hacer y no hacer se funda en la teoría de la causa extinguida. La obligación de una de las partes, extinguida por la imposibilidad del cumplimiento, extingue la del otro contratante por faltarle la causa. Acreedor y deudor quedan liberados.

La cuestión fundamental de la teoría de los riesgos descansa en averiguar si la extinción de la obligación de una de las partes, extingue o deja viva la obligación de la otra. Si las obligaciones se extinguen para ambas partes el riesgo lo soporta el deudor. Por el contrario, si subsiste la obligación de la otra parte, el riesgo lo soporta el acreedor. No podrá reclamar la cosa o prestación debida y, en cambio, queda obligado a cumplir su obligación sin recibir nada a cambio. Por ejemplo: si como consecuencia de la destrucción fortuita de la cosa vendida se extingue la obligación del comprador de pagar el precio y la obligación del vendedor de dar la cosa que pereció, los riesgos son del vendedor, pues perdió la cosa y no recibirá el precio. En cambio, si la pérdida fortuita de la cosa vendida extingue la obligación del vendedor y se mantiene vigente la obligación del comprador de pagar el precio, el riesgo es del comprador, pues habrá perdido el derecho de reclamar la cosa debida y tendrá que pagar el precio.

### **b) Obligaciones de dar**

Existen ciertas condiciones para que se presente el problema de los riesgos:

9. Ob. cit., p. 120.

**i) Que el objeto que perece sea el de la obligación**

Si no es objeto de la obligación la pérdida la soporta su dueño. Dice un viejo adagio que las cosas perecen para su dueño (*resperit domino*). Por ejemplo: si el terremoto de 1972 destruyó mi casa y automóvil, sólo yo soporto la pérdida.

**ii) Que la cosa debida sea objeto de un contrato bilateral**

Si el contrato es unilateral sólo una de las partes se obliga y al perecer la cosa debida por caso fortuito se extingue esa obligación. Por ejemplo: si la cosa dada en comodato, prenda o depósito perece fortuitamente, se extingue la obligación del comodatario, acreedor prendario o depositario, como asimismo el derecho correlativo del comodante, deudor o depositante para pedir su restitución.

De los contratos bilaterales, en cambio, surgen obligaciones recíprocas y derechos correlativos, por lo que se presenta el problema de determinar si una vez extinguida la obligación por la pérdida fortuita de la cosa debida, subsiste la obligación de la otra parte.

**iii) Que la cosa debida perezca por caso fortuito**

Si la cosa perece por culpa del deudor, la obligación de éste subsistirá, pero varía de objeto; el deudor es obligado al valor de la cosa y a los daños y perjuicios<sup>10</sup>. En suma, el deudor debe pagar con una prestación equivalente y el acreedor debe cumplir con su obligación recíproca.

**iv) El objeto de la obligación debe ser una especie o cuerpo cierto**

Sólo la pérdida fortuita del cuerpo cierto extingue la obligación. El género no perece. Si el género es destruido por un caso fortuito no se produce la extinción de la obligación. El deudor debe entregar cualquier individuo del género con tal que sea de una calidad a lo menos mediana<sup>11</sup>.

**v) Que la cosa debida perezca mientras se encuentre pendiente el cumplimiento de la obligación**

Si la cosa ya fue entregada, se habrá extinguido la obligación; y si perece, perecerá para su dueño.

Aplicación específica de este principio contiene el art. 2579 C., que dispone que es a cargo del comprador el riesgo y, como consecuencia, debe pagar el precio, aunque el vendedor quede liberado de la obligación de entregar la cosa.

10. Art. 2166 inc. 1 C.

11. Art. 1922 C.

Dice la mencionada disposición: “La pérdida, deterioro o mejora de la especie o cuerpo cierto que se vende, pertenece al comprador, desde el momento de perfeccionarse el contrato, aunque no se haya entregado la cosa...”

Existen excepciones a la regla de que el riesgo lo soporta el acreedor:

— Son a cargo del deudor los riesgos cuando se encuentra en mora de entregar la cosa debida<sup>12</sup>.

— Son a cargo del deudor los riesgos cuando se halla comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas diversas. El art. 1847 inc. 3 C. establece que si el obligado se constituye en mora, o *se halla comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas diversas*, serán de su cuenta los casos fortuitos hasta que se realice la entrega. La ley castiga la mala fe del deudor que compromete una misma cosa a favor de dos o más personas.

### c) Obligaciones de hacer

En las obligaciones de hacer el riesgo le corresponde al deudor. Así lo dispone el art. 1851 C. que dice: “Si el hecho resultare imposible sin culpa del deudor, la obligación quedará extinguida para ambas partes, y el deudor debe devolver al acreedor lo que por razón de ella hubiere recibido”. Tal solución se repite en el art. 2174 inc. 2 C.

De acuerdo con las mencionadas disposiciones la obligación se extingue para ambas partes y el deudor, como consecuencia, debe devolver al acreedor lo que hubiere recibido, por lo que el deudor soporta el riesgo. Las disposiciones transcritas se refieren a la imposibilidad sobrevenida, pues si fuere inicial el contrato será nulo por ser imposible su objeto<sup>13</sup>.

### d) Obligaciones de no hacer

El riesgo en estas obligaciones lo asume el deudor. Así se desprende de los arts. 1855 y 2174 inc. 2 C. El primero dispone que si la obligación fuere de no hacer y la omisión del hecho resultare imposible sin culpa del deudor, o si éste hubiere sido obligado a ejecutarlo, la obligación se extingue como en el caso del artículo 1851. Esto quiere decir que la obligación se extingue para el acreedor y el deudor, y lo que éste hubiere recibido debe devolvérselo al acreedor. Por su parte el segundo dispone que en las obligaciones de hacer o no hacer, la extinción es no sólo para el deudor, sino también para el acreedor, a quien aquél debe volver lo que hubiere recibido, con motivo de la obligación extinguida.

## 2. La mora

### A. Concepto

12. Arts. 1847 y 2495 C.

13. Arts. 2474, 2476 y 2477 C.

Los daños y perjuicios se deben desde que el deudor se ha constituido en mora. La mora es el retardo culpable del cumplimiento de la obligación, unido a la exigencia por parte del acreedor de dicho cumplimiento.

Para que el deudor incurra en mora es preciso que se exija judicial o extrajudicialmente por parte del acreedor el cumplimiento de la obligación, salvo las excepciones contempladas en el art. 1859 C. Una vez que la obligación se vuelve exigible, ya sea porque se venció el plazo o se cumplió la condición, es preciso que se exija su cumplimiento.

El simple retardo no constituye mora. Mientras el acreedor se abstiene de interpelar se presume que tolera la demora en el cumplimiento y, como consecuencia, el deudor no cae dentro de las sanciones de la mora.

### **B. Requisitos de la mora**

Existen varios requisitos para que exista la mora:

#### **a) Una obligación válida y exigible**

La obligación es exigible cuando se vence el plazo o se cumple la condición suspensiva. Mientras no se producen estos acontecimientos, el deudor no puede ser constituido en mora: si el plazo no está vencido no puede hablarse de incumplimiento del deudor, y menos aún en la obligación sujeta a condición suspensiva, pues mientras no se cumple la condición el deudor no debe.

Si la nulidad es relativa cabe la mora antes de haberse dictado la sentencia que la declare, pues mientras tanto la obligación produce los efectos de una válida. Si la obligación es absolutamente nula no cabe la mora porque el acto nulo no produce ningún efecto jurídico, a menos que se sostenga, dentro de la corriente minoritaria, de que produce efectos jurídicos hasta tanto la nulidad no ha sido declarada por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

Como consecuencia de que el acreedor no puede pedir el cumplimiento de la obligación, el deudor tampoco puede ser constituido en mora.

#### **b) Que el deudor retarde el cumplimiento de la obligación, es decir, que no pague en la época debida**

Cuando el deudor se niega a cumplir porque el acreedor no cumple (*exceptio non adimpleti contractus*) no por eso cae en mora, porque no se le puede imputar culpa en la demora de cumplir.

#### **c) Que el deudor sea culpable del retardo**

El caso fortuito no lo constituye en mora. Es preciso que el retardo le sea imputable, ya sea por culpa o por dolo.

**d) El crédito debe ser cierto y líquido, o liquidable por simples operaciones aritméticas**

Es cierto cuando no existe duda de su existencia, por lo que una condena genérica no puede constituir un crédito cierto hasta que se determine la existencia de los daños y perjuicios, menos aún cuando el derecho y la cantidad deben ser determinados en un juicio previo.

Es líquida cuando su monto está determinado de modo expreso y concreto, o es liquidable por simples operaciones aritméticas. La exigencia de la liquidez se apoya en una tradición romana que se ha plasmado en el viejo aforismo *in illiquidis no fit mora*. Si la deuda es líquida en una parte e ilíquida en otra, se puede dar la mora en la primera, pero no en la segunda.

Un sector doctrinal contemporáneo piensa que la liquidez no es necesaria y que en ninguna parte de la ley se exige. La Corte Suprema ha sostenido que cuando el monto de la obligación es indeterminado de modo que el deudor no pudo pagarlo aunque hubiere tenido voluntad de hacerlo, la demanda no lo constituye en mora y, como consecuencia, no se debe condenar en la sentencia al pago de intereses<sup>14</sup>. También ha dicho que cuando el comprador pide la entrega de la cosa, la mora del vendedor principia desde el pago del precio o desde el vencimiento del plazo pactado para la entrega y los daños y perjuicios comprenden el mayor valor que pudo haber obtenido el comprador en la reventa de la cosa. Pero si el comprador demanda la resolución del contrato, *la mora comienza con la sentencia* y los daños y perjuicios se tasan por el interés legal<sup>15</sup>. En la rendición de cuentas la mora también se produce por la sentencia y no por la demanda<sup>16</sup>.

**e) Que el acreedor exija judicial o extrajudicialmente al deudor el cumplimiento de la obligación**

El inc. 1 del art. 1859 C. dice: “Incurrer en mora los obligados a entregar o a hacer una cosa, desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación”.

La ley habla de exigir el cumplimiento de la obligación, por lo que los simples recuerdos que no se pueden considerar como cobros, no son suficientes para constituir en mora al deudor.

El art. 1859 C. sólo se refiere a las obligaciones de dar o hacer. En las obligaciones de no hacer no es preciso el requerimiento, pues los perjuicios se deben por la realización del hecho violatorio. La parte final del art. 1857 C.

14. S. 11 a.m. del 26 de noviembre de 1941, B.J., p. 11438.

15. S. 10 a.m. del 8 de septiembre de 1914, B.J., p. 516.

16. S. 11:35 a.m. del 5 de abril de 1929, B.J., p. 6958.

dispone que el acreedor tendrá derecho de pedir los perjuicios e intereses que le trajere la ejecución del hecho.

El requerimiento extrajudicial puede ser verbal, por teléfono, telégrafo, notarial o por carta, pero tiene que ser debidamente acreditado. La ley no señala una forma determinada para hacerlo.

El requerimiento judicial es el que hace una autoridad judicial, como el requerimiento en el juicio ejecutivo, el emplazamiento en el juicio ordinario.

Debe existir legitimidad activa y pasiva, o sea, que el verdadero acreedor interpele al verdadero deudor. También, ambos deben tener capacidad.

El representante legal o convencional del acreedor puede hacer la interpelación, lo mismo que el gestor oficioso si el crédito está dentro del giro que administra (aunque esta última solución no es pacífica).

El deudor puede ser interpelado por medio de su representante legal o convencional, pero siempre que éste tenga facultad para hacer válidamente el pago: se puede interpelar al apoderado generalísimo, al especial de cumplir la obligación, etc., pero no al encargado de vender un inmueble que no tenga nada que ver con el cumplimiento de la obligación. El gestor oficioso puede ser interpelado si la obligación aparece dentro del negocio que administra.

La mora es una última oportunidad para cumplir. De aquí que el deudor pueda escapar a sus efectos en la forma siguiente: si la prestación es de cumplir en forma instantánea (pago de dinero) el cumplimiento de ser inmediato a menos que el acreedor en la interpelación le conceda un plazo; por el contrario, si exige un lapso de tiempo (construir una casa, otorgar la escritura definitiva de venta, pintar cuadro, etc.) basta con que se comience de inmediato la ejecución de la prestación.

#### **f) Que el acreedor haya cumplido o se allane a cumplir**

El art. 1859 C, parte *in fine* expresa que: “En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple, empieza la mora para el otro”. La mora purga la mora, dice un viejo adagio.

#### **g) Es condición esencial para constituir en mora al deudor que exista posibilidad del cumplimiento de la obligación**

Si no existe se entra directamente, sin pasar por el umbral de la mora, a las situaciones siguientes: a la extinción de la obligación cuando el riesgo lo asume el acreedor; o a la responsabilidad de los daños y perjuicios si tal riesgo los asume el deudor cuando el tiempo es fundamental, o la obligación es de hacer o no hacer.

Aisladamente se sostiene que la mora se integra con la sola idea del retardo objetivo, de tiempo, siendo inútil la idea de culpa. Algunos autores hasta han



distinguido entre mora objetiva proveniente de la ejecución tardía, desgajada de toda idea de imputabilidad; y mora subjetiva, imputable a la conducta del deudor. Esto ha llevado confusión y no es aplicable en nuestro medio, porque la culpa es parte de la mora.

De la exigencia de culpabilidad se desprenden las consecuencias siguientes: la determinación de la culpabilidad o inculpabilidad es una cuestión de hecho; el deudor no puede ser considerado en mora cuando ha hecho oportunamente un ofrecimiento de cumplir, aunque no proceda a la consignación; si el deudor le asiste la *exceptio non adimpleti contractus* no puede ser constituido en mora por tener motivo fundado para negarse a ejecutar la prestación que le corresponda; en las moras sucesivas desaparece la primera y subsiste la segunda. Ejemplo: Juan y Pedro se obligan el primero a vender y el segundo a comprar, debiéndose otorgar en un plazo de un año la escritura de venta. Si vencido el plazo Pedro requiere a Juan para que otorgue la escritura de venta y no la hace, cae en mora, pero puede suceder que Pedro ponga obstáculos cuando Juan decida cumplir, en cuyo caso la mora de Juan quedará purgada y vigente la de Pedro.

La Corte Suprema ha sostenido que, cuando el promitente vendedor no se ha allanado a otorgar la escritura definitiva de venta, no se constituye en mora de pagar el precio el promitente comprador, ya que hasta que un obligado cumpla o se allana a cumplir comienza la mora del otro<sup>17</sup>; en las obligaciones bilaterales, desde que un contratante se allana a cumplir comienza la mora del otro<sup>18</sup>, para que prospere la demanda de daños y perjuicios contra un constructor que no ha cumplido su obligación es preciso que el demandante demuestre haber cumplido por su parte con las entregas de dinero a que estaba obligado<sup>19</sup>.

### C. Excepciones al requisito de la interpelación

Existen excepciones en las que no es necesario la interpelación o requerimiento del acreedor para que la mora exista; a saber:

#### a) Cuando la obligación o la ley así lo declara

Peirano Facio piensa que el convenio no es un modo de constituir en mora al deudor, sino de derogar el instituto de la mora en un caso concreto, la que es factible porque la mora no es de orden público y su carácter contingente la pone a disposición de los contratantes. El reconocimiento del incumplimiento por parte del deudor lo constituye en mora. Es una renuncia al beneficio de la mora.

Se puede pactar que el deudor incurrirá en mora por el simple vencimiento del plazo, sin necesidad de requerimiento alguno. Esta cláusula es corriente en los contratos.

La Suprema ha dicho que:

17. S. 9 a.m. del 19 de abril de 1934, B.J., p. 8586.

18. S. 8:30 a.m. del 26 de septiembre de 1958, B.J., p. 19162.

19. S. 11 a.m. del 13 de septiembre de 1956, B.J., p. 18520.

i) Si se pacta que en el supuesto de falta del pago de intereses quedaría a opción del acreedor dar por vencido el plazo, la escritura de préstamo presta mérito ejecutivo<sup>20</sup>.

ii) No es contrario al orden público la renuncia al requerimiento para incurrir en mora<sup>21</sup>.

iii) Hay mora cuando se ha estipulado que existiría por falta de pago de una de las mensualidades convenidas<sup>22</sup>.

iv) Si se dice en el documento que habrá mora por el solo vencimiento del plazo no es necesario agregar que se renuncia al requisito del requerimiento<sup>23</sup>.

Existen excepciones legales en las que no es necesaria la interpelación o requerimiento del acreedor para que la mora exista; a saber:

i) Cuando el socio no entregare a la sociedad la suma de dinero a que se hubiere obligado, será responsable de los intereses o réditos, desde la fecha en que debió hacer la prestación<sup>24</sup>.

ii) Cuando el mandatario aplicó para usos propios las cantidades, debe los intereses desde que lo hizo<sup>25</sup>.

iii) Cuando hubiere dado un préstamo el que no tenía derecho a enajenar en el supuesto del art. 3411 C. En tal caso el mutuario de buena fe sólo está obligado al pago de las especies y al interés estipulado, después del término concedido.

iv) El depositario debe pagar intereses de las cantidades de que haya dispuesto desde el día que lo hubiere hecho si el depósito consiste en dinero<sup>26</sup>.

v) En las ventas de ganado que debe entregarse en el campo o fuera de las poblaciones, el comprador incurrirá en mora por el solo hecho de no concurrir a recibirlo el día señalado en el contrato<sup>27</sup>.

vi) El que ha recibido de mala fe una cantidad indebida, debe los intereses o frutos desde el día del pago<sup>28</sup>.

vii) El obligado al pago del crédito fiscal incurrirá en mora tan pronto como el crédito sea exigible, sin necesidad de requerimiento alguno, judicial o extrajudicial.

En los impuestos en que es obligatorio presentar declaración, el contribuyente que no la presente, incurrirá en mora por el solo hecho del vencimiento del plazo en que debió presentarla<sup>29</sup>.

viii) En las obligaciones a favor de los bancos, la mora se producirá por el solo hecho del vencimiento del plazo estipulado, sin necesidad de requerimiento de ninguna especie<sup>30</sup>.

20. S. 9 a.m. del 21 de diciembre de 1934, B.J., p. 8844; S. 11:34 a.m. del 21 de diciembre de 1934, B.J., p. 8865.

21. S. 11 a.m. del 23 de diciembre de 1961, B.J., p. 20768.

22. S. 9:45 a.m. del 14 de diciembre de 1960, B.J., p. 20242.

23. S. 12 m. del 22 de agosto de 1939, B. J., p. 10667.

24. Art. 3231 C.

25. Art. 3319 C.

26. Art. 3468 C.

27. Art. 2670 inc. 2 C.

28. Art. 2073 inc. 2 C.

29. Art. 24 de la Ley Tributaria Común.

**b) Cuando de su naturaleza y circunstancia resulta que la designación de la época en que habría de entregarse la cosa o hacerse el servicio fue motivo determinante para establecer la obligación<sup>31</sup>**

Más que un retardo, lo que resulta del caso presente es el incumplimiento total de la obligación. Por ejemplo: se le encargan a una imprenta 30.000 intransmisibles para una pelea de Alexis Argüello, a efectuarse el 20 de enero. Se verifica la pelea y no son entregadas las intransmisibles el día estipulado. También existe incumplimiento cuando el obligado no entrega la corona para la vela, el ramo de flores para el cumpleaños, etc. No obstante, se acepta que puede presentarse la mora en el retardo del cumplimiento.

**c) En las obligaciones recíprocas, la mora comienza para uno de los obligados desde que el otro cumple su obligación, sin necesidad de requerimiento<sup>32</sup>**

Si el acreedor cumplió entregando el inmueble arrendado no es necesario la intimación al arrendatario para que se encuentre en mora de pagar el precio del precio pactado por mensualidades anticipadas, de conformidad al art. 1859 C., *in fine*, dice la Corte Suprema de Justicia<sup>33</sup>.

**D. Efectos que produce la mora**

La mora produce los efectos siguientes:

**a) Obliga al deudor a pagar los daños y perjuicios que la tardanza causa**

Si la obligación consistiera en el pago de suma de dinero, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos; y a falta de convenio, en el interés legal<sup>34</sup>. Se discute si es posible cobrar otros perjuicios fuera de los intereses. Tal como está redactado el art. 1867 C. no deja margen para sostener que se puedan cobrar otros perjuicios.

Nuestros anotadores, comentando el referido artículo, confirman esta tesis y hacen ver que existen varias disposiciones en que se permite no sólo el cobro de los intereses. Dicen: “La regla general sentada en este artículo, es que en las obligaciones de una cantidad de dinero, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos; y a falta de convenio, en el interés legal; lo cual significa que no puede el acreedor pretender alguna cosa más de los intereses, aunque pruebe haber sufrido mayor

30. Art. 77 inc. 1 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones.

31. Art. 1859 inc. 2 C.

32. Art. 1859, C. *in fine*.

33. S. 10:30 a.m. del 9 de abril de 1937, B.J., p. 9636.

34. Arts. 1860 y 1867 C.

daño; sin embargo, debe notarse que en nuestro Código existen casos de excepción, en que el acreedor que sufre otras pérdidas o se priva de ganancias mayores del fruto legal, tiene derecho de reclamárselos al deudor, además, de los intereses. Véanse los casos comprendidos en los arts. 3231, 3232 y 3705 incisos 2 y 4 C».

El art. 1559 inc. 2 del Código Civil chileno da pie para pensar que se pueden cobrar otros perjuicios. También en la jurisprudencia europea prevalece la opinión de que se pueden cobrar los otros perjuicios.

**b) Responde el deudor del caso fortuito o fuerza mayor**

Se produce la llamada *perpetui obligationis*, al no quedar liberado el deudor.

**c) Interrumpe la prescripción**

**d) Pone al acreedor en condiciones de ejercitar la acción de resolución o cumplimiento** proveniente de la condición resolutoria tácita consagrada en el art. 1885 C.

**E. Mora del acreedor**

Se funda en la buena fe que debe existir en el ejercicio del derecho y el cumplimiento de la obligación, la que constituye un aspecto del principio general de justicia denominado *principio de buena fe* que se aplica a un sinnúmero de materias y disposiciones del Derecho.

**a) Concepto**

La mora regulada por nuestro Código Civil es la del deudor (*mora in solvendo*), que es la de ordinaria ocurrencia. Sólo se refiere a la mora del acreedor (*mora in accipiendo*) con relación a casos concretos:

**i)** Si el comprador fuera moroso en gustar o probar la cosa, la degustación se tendrá por hecha y la venta queda concluida<sup>35</sup>.

**ii)** Si el comprador de una cosa mueble deja de recibirla, el vendedor, después de constituido en mora dicho comprador, tiene derecho de exigirle las costas de la conservación y las pérdidas de intereses<sup>36</sup>.

**iii)** En las ventas de ganados que deban entregarse en el campo o fuera de las poblaciones, el comprador se constituirá en mora por el solo hecho de no concurrir a recibirlos el día señalado en el contrato<sup>37</sup>.

**iv)** El riesgo de la obra correrá por cuenta del empresario hasta el acto de la entrega, a no ser que hubiese morosidad de parte del dueño de la obra en recibirla<sup>38</sup>.

35. Art. 2543 C.

36. Art. 2670 inc. 1 C.

37. Art. 2670 inc. 2 C.

## b) Requisitos

En los países que no regulan esta figura, los requisitos los señala la doctrina y la jurisprudencia. Estos son:

i) Que la obligación se encuentre vencida y requiera el concurso del acreedor para su cumplimiento.

ii) Que la prestación sea ofrecida de acuerdo a las reglas del pago por el deudor, de tal manera que en adelante el incumplimiento sea imputable a la actitud del acreedor<sup>39</sup>.

iii) Que el acreedor no acepte el pago o no coopere para hacer efectivo el cumplimiento. El acreedor tiene que aceptar el pago o realizar todas aquellas actividades que el acto o contrato, la ley o la naturaleza de la obligación así lo impongan para que el deudor pueda cumplir con el pago.

## c) Efectos

Creo que los efectos que produce la mora del acreedor son los siguientes:

i) El acreedor está obligado a indemnizar al deudor los perjuicios que sufra con motivo de la mora. Es posible que el deudor no sufra perjuicio a pesar de la mora y aún obtenga ventajas. Ejemplo: el mandatario que se demora en la venta de unas acciones y éstas suben de precio.

ii) La mora del acreedor libera al deudor de los riesgos de la cosa debida, pues en tal caso el incumplimiento de la obligación le es imputable al acreedor.

El acreedor se encuentra en mora, dice Vélez Sarfields en nota al art. 2509, toda vez que por un hecho o por una omisión culpable, hace imposible o impide la ejecución de la obligación, por ejemplo: rehusando aceptar la prestación debida en el lugar y tiempo oportuno, no encontrándose en el lugar convenido para la ejecución o rehusando concurrir a los actos indispensables para la ejecución, como la medida o el peso de los objetos que se deban entregar, o la liquidación de un crédito no liquidado.

Expresa Karl Larenz que la conducta del acreedor puede también retrasar el cumplimiento de la obligación o provocar la imposibilidad de cumplirla. Agrega que el retraso puede tener lugar cuando el acreedor no acepta la prestación que le es ofrecida en tiempo y lugar oportuno, o faltando en otros casos a su colaboración en el cumplimiento, sin el cual no puede éste ser llevado a cabo por el deudor<sup>40</sup>.

iii) La interpelación hecha a uno de los acreedores solidarios acarrea la mora de los otros.

38. Art. 3044 C.

39. La tesis tradicional ha sostenido la necesidad de un comportamiento culpable del acreedor para que surja la mora. Parte de la idea de que el acreedor tiene la obligación de cooperar en el pago. Por el contrario, la doctrina moderna sostiene que no es necesaria la culpa del acreedor, porque la mencionada cooperación no es contenido de una obligación.

40. Ob. cit., Tomo I, pp. 374 y 375.

Para constituir en mora al acreedor es preciso que el deudor lo requiera ofreciéndole el cumplimiento íntegro de la obligación. El ofrecimiento de pago debe reunir todos los requisitos de un pago válido. Algunos Códigos contemplan la mora del acreedor. El art. 293 del Código Civil alemán, dice: “Se constituye en mora el acreedor cuando no admite la prestación que se le ofrece”.

### 3. Perjuicios

Para que el acreedor tenga derecho a pedir los perjuicios es preciso que los haya sufrido en su patrimonio, pues de otra forma habría un enriquecimiento sin causa de su parte. El acreedor tiene la carga de probar los perjuicios por aplicación del art. 2356 C. que regula la *onus probandi*. No obstante existen excepciones:

**A.** Cuando se ha estipulado una cláusula penal el acreedor no necesita probar los perjuicios<sup>41</sup>.

**B.** Para cobrar los intereses moratorios no es preciso probar los perjuicios.

## Sección III

### Cesación de la mora

#### 1. Extinción de la mora

Si el deudor cumple la obligación, el acreedor no tiene motivo para rehusar el pago tardío. Puede oponerse en los casos siguientes: si el deudor no ofrece pagar lo debido a causa de la mora; si tuviere interés firme de pedir la resolución del contrato; si por el plazo ya fuere inútil. Si no concurren estos impedimentos y el acreedor se niega a recibir el pago, el deudor podrá pagar por medio de la consignación.

La mora se extingue:

**A.** Por la extinción del crédito.

**B.** La renuncia

La mora cesa por la renuncia del interesado. La renuncia puede ser expresa o tácita. La tácita se produce por medio de cualquier acto incompatible con el deseo de valerse de sus efectos. Ejemplos: prórroga del plazo, aceptación de un pago tardío, renovación de la obligación.

También el deudor puede hacer cesar la mora ofreciendo al acreedor cumplir con la prestación debida, más los daños y perjuicios. En igual forma cesa la mora del acreedor cuando éste acepta la prestación debida.

41. Arts. 1988 y 1998 C.

Si no se produce por la extinción de la obligación principal, la obligación recobra su situación original y, como consecuencia, cesan los intereses, los riesgos se invierten, etc. Estos efectos rigen para el futuro y no para el pasado, salvo renuncia o consentimiento expreso o tácito del acreedor.

## Sección IV

### Excepción del contrato no cumplido

Nuestro Derecho no consagra expresamente la excepción del contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*), pero los arts. 1859 parte final (que contempla la purga de la mora), 1885 y 2480 C. (que contemplan la buena fe en la contratación), sirven de base para su procedencia.

En el Derecho romano no existió ninguna formulación o principio general sobre este instituto, ni la denominación con que se le conoce actualmente.

No obstante, existen conceptos afines: la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones; la interdependencia de las prestaciones en los contratos consensuales, principalmente en la compra venta, que había llevado a aceptar que no se puede exigir el cumplimiento de la prestación si a su vez no se cumple o se ofrece cumplir la suya.

Para la protección de estos principios se estableció la *actio* y la *exceptio doli*. Al que se pedía el cumplimiento de una obligación recíproca podía esgrimir el incumplimiento del demandante y oponer la *exceptio doli*, denominada actualmente como excepción de contrato no cumplido.

Su origen es atribuido al Derecho canónico. Algunas legislaciones la regulan expresamente y otras contemplan casos concretos y se admite en forma general por la doctrina y la jurisprudencia.

Cierto sector doctrinal encuentra la explicación de esta excepción en la teoría de la causa; otro, por el contrario, la fundamentan en la buena fe que campea en los contratos y en la interdependencia de las prestaciones recíprocas.

La excepción de contrato no cumplido opera ante el incumplimiento total (omisión total de la ejecución de la prestación). No obstante, el Derecho común admite esta excepción frente al incumplimiento parcial o defectuoso del demandante por considerar que la excepción de contrato no cumplido regular u oportunamente (*exceptio non rite adimpleti contractus*) es una variedad o modalidad de la excepción general de contrato no cumplido.

Pero con esta solución no se mantiene el equilibrio patrimonial en las relaciones bilaterales y se vulnera el principio de la buena fe que rige en la celebración y cumplimiento de los contratos.

En los contratos bilaterales el cumplimiento de las obligaciones recíprocas debe ser simultáneo como consecuencia de la interdependencia del cambio de las prestaciones principales, a menos que la ley o la convención impongan a una de

las partes cumplir primero y después la otra. De aquí que cada parte puede rehusar el cumplimiento de sus obligaciones si la otra no cumple o se allana a cumplir. A la inversa una de las partes no puede pedir el cumplimiento, si a su vez no ha cumplido o se allane a hacerlo con la suya. Así lo exigen los principios de justicia.

Este cumplimiento simultáneo y la interdependencia de las prestaciones de las partes dan lugar a la excepción del contrato no cumplido, que consiste en la facultad que tiene el contratante de rehusar el cumplimiento de su prestación mientras el otro contratante no cumpla o se allane a cumplir la suya. Encierra un derecho de retención de la prestación para garantizar que la otra parte cumpla con la suya. No se discute la validez del contrato, ni se pretende substraerse al cumplimiento del mismo, solamente se presiona para que cuando la otra parte cumpla, él también lo haga.

Cuando una parte cumple y la otra no lo hace, el contratante cumplido adquiere tres derechos potestativos: pedir el cumplimiento del contrato; pedir la resolución del contrato por incumplimiento; oponer la excepción del contrato no cumplido.

Veamos los presupuestos de procedencia de la excepción de contrato no cumplido:

### **1. Que las obligaciones recíprocas sean contractuales y surjan de un mismo contrato**

La excepción surge del incumplimiento contractual, y parte de la interdependencia de las prestaciones de las partes. Por esta razón se exige que nazcan del mismo contrato.

La doctrina se encuentra dividida al plantearse la posibilidad de extender la excepción a los contratos unilaterales onerosos (mandato oneroso y depósito remunerado) y a los sinalagmáticos imperfectos. La doctrina francesa en general acepta esta posibilidad. Con un criterio de amplitud, también se extiende a la nulidad de un contrato ejecutado<sup>42</sup> y a algunas relaciones cuasicontractuales o extracontractuales.

### **2. Que la prestación rehusada tenga como contraprestación principal a la reclamada**

Se promete el cumplimiento de una prestación a cambio de otra, o sea, debe existir una relación de intercambio. Ejemplos: en la venta, el precio y la entrega de la cosa; en el arriendo, la entrega y mantenimiento tranquilo de la cosa en poder del arrendatario, y el pago del precio.

### **3. Que ambas obligaciones deban ejecutarse simultáneamente**

---

42. Art. 2213 C.



Si la ley o la convención disponen que un contratante debe cumplir primero y el otro después, el que debe cumplir primero no puede oponer esta excepción. Por ejemplo, en la venta a plazo y pendiente éste de vencimiento, el vendedor no puede rehusar la entrega de la cosa porque no se le ha pagado el precio. Pero una vez vencido el plazo sin que se haya entregado la cosa el vendedor puede oponer esta excepción.

La doctrina germánica<sup>43</sup> y la italiana<sup>44</sup> permiten oponer esta excepción al que debe cumplir primero cuando con posterioridad a la celebración del contrato peligra el cumplimiento del que debe cumplir con posterioridad debido al deterioro de su situación económica. Se le permite retener hasta que el otro cumpla o asegure su cumplimiento. Esta tesis puede encontrar apoyo en los arts. 1901 inc. 1 y 2480 C.

#### **4. Que el otro contratante (demandante) no haya cumplido o no se allane a ello, o su cumplimiento sea defectuoso o incompleto**

No es preciso un incumplimiento absoluto o defectuoso que haga imposible el cumplimiento ulterior, es suficiente el temporal o transitorio por omitir ejecutar el deudor la prestación.

En caso de cumplimiento defectuoso es preciso distinguir: si el defecto consiste en ser de distinta calidad de la pactada la cosa entregada por el demandante, cabe la excepción; si la cosa entregada es defectuosa no cabe, pues debe resolverse por la vía de la acción redhibitoria o reducción del precio o contraprestación.

De acuerdo con lo últimamente expuesto cabe no sólo por falta de cumplimiento total, sino también cuando es defectuoso o incompleto. La prueba que se cumplió parcial o totalmente el contrato corresponde al demandante a menos que, en el supuesto de cumplimiento parcial, el demandado haya aceptado la prestación entregada por el actor.

Un amplio sector doctrinal considera que no es necesario el allanamiento expresado en el supuesto de falta de cumplimiento, pues basta la demanda para que se manifieste el deseo del demandante de cumplir con su obligación. Otro, más exigente, no sólo pide el allanamiento expreso, sino el depósito judicial cuando lo debido por el demandante sea dinero.

Cuando la falta de cumplimiento se refiere a una pequeña parte que no afecta notablemente el cumplimiento total, la retención del demandado debe reducirse a la parte que sea suficiente para garantizar lo que se resta por cumplir. Esta solución sólo se aplica en las obligaciones divisibles y no en las indivisibles.

Es conveniente advertir que la excepción que estudiamos cabe aunque el incumplimiento no sea culposo a pesar de obedecer a circunstancias fortuitas,

43. Art. 321.

44. Art. 1461.

pues se funda en el factor objetivo del equilibrio de las prestaciones recíprocas, y no en el factor subjetivo de la imputabilidad del incumplimiento.

### **5. Que su oposición no vaya en contra de la buena fe**

Se aceptan como casos de contravención de la buena fe el del incumplimiento ínfimo del actor, y el del incumplimiento del actor motivado por el incumplimiento del que esgrime la excepción. Cierta sector doctrinal aprecia como contrario a la buena fe oponer la excepción cuando existan causas justificativas del incumplimiento del actor; pero como vimos anteriormente, en este supuesto cabe por ser su fundamento objetivo, aunque reconocemos que es discutido.

El demandado tiene dos formas de defenderse: contrademandar al demandante para que cumpla con su obligación o rehusar el cumplimiento oponiendo la excepción de contrato no cumplido.

Esta excepción se refiere a la relación substancial, pero es dilatoria, pues su objeto es impedir que provisionalmente prospere la demanda. Si el demandante cumple con posterioridad a la sentencia que la acoge puede pedirle a su vez el cumplimiento al otro contratante. Por eso la sentencia que acoge la excepción no debe afectar el fondo, debe concretarse a rechazar provisionalmente la demanda y no produce cosa juzgada.

Con la excepción del contrato no cumplido no se discute el nacimiento de la obligación ni su extinción, es una negativa provisional de su cumplimiento. La sentencia que la acoge, como ya expusimos, no produce cosa juzgada, por lo que caben las acciones posteriores de cumplimiento o resolución, una vez que haya cumplido o se allane a ello. Para evitar un doble juicio el derecho alemán establece una condena contra el demandado para que realice la prestación pero en forma condicional al cumplimiento simultáneo del demandante. En nuestro derecho, la excepción de contrato no cumplido se puede esgrimir como dilatoria, de conformidad con el art. 821 Pr.

## **Sección V**

### **Avaluación de los perjuicios**

#### **1. Clases de evaluación**

La evaluación puede ser convencional, legal y judicial. Es convencional cuando las partes la establecen expresamente. Esta evaluación se denomina cláusula penal. La evaluación legal sólo se presenta en las obligaciones que tienen por objeto el pago de dinero<sup>45</sup>. Cuando las partes no han estipulado los perjuicios

---

45. Art. 1867 C.

y por otra parte no cabe aplicar el 1867 C., el Juez procede a hacer la evaluación. Esta evaluación se denomina judicial.

## 2. Evaluación legal

La evaluación legal sólo tiene lugar en las obligaciones de dinero a tenor del art. 1867 C. La indemnización de perjuicios en estas obligaciones consiste en el pago de intereses sobre la suma adeudada.

El legislador solamente evalúa perjuicios en las deudas de dinero, y parte del supuesto de que el cumplimiento tardío priva al acreedor de los intereses de lo adeudado. Al legislador le resulta difícil señalar reglas fijas para determinar los perjuicios en otros tipos de obligaciones.

El monto de la indemnización lo establece el art. 1867 C. que dice: “Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos; y, a falta de convenio, en el interés legal”.

Mientras no se fije otro por la ley, se considerará como legal el interés del nueve por ciento al año.

La Corte Suprema ha dicho que si se condena a pagar el daño emergente y el lucro cesante, no cabe condenar, además, por intereses, por cuanto habría una duplicación. Los intereses sólo se deben cuando se trata de obligaciones líquidas de dinero<sup>46</sup>.

## 3. Evaluación judicial

Corresponde al Tribunal hacer la evaluación, cuando ni las partes ni la ley lo han hecho.

La indemnización de perjuicios comprende no sólo el valor del menoscabo sufrido (daño emergente), sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor (lucro cesante). El primero es un empobrecimiento real que sufre el patrimonio del acreedor y el segundo es el beneficio que hubiera obtenido de cumplirse oportunamente la obligación. Por ejemplo: Juan, promotor de boxeo, contrata a Pedro, famoso boxeador, para enfrentarlo a otro boxeador no menos famoso, el día 4 de enero. Pero Pedro no asiste el día señalado. El mencionado promotor tiene derecho al daño emergente que consiste en los gastos de propaganda, alquiler del local, etc., y el lucro cesante que consiste en lo que pudo haber ganado de verificarse la pelea.

Para determinar la extensión y responsabilidad del deudor es preciso distinguir si en el incumplimiento del deudor existe culpa, dolo o buena fe:

46. S. 10:35 a.m. del 12 de Mayo de 1972, B.J., p. 96.

**A.** Si el deudor tiene buena fe o procedió con culpa, sólo responde de los daños y perjuicios previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento<sup>47</sup>.

**B.** Si el deudor procedió con dolo, responderá de acuerdo al art. 1866 inc. 2 C., de todos los daños y perjuicios que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación.

Los perjuicios pueden ser morales o patrimoniales. La responsabilidad contractual comprende a los dos. El daño moral en materia extracontractual es aceptado en forma general, sobre todo cuando se presenta la responsabilidad penal; en cambio el daño moral no es admitido en la esfera contractual por algunos autores, inspirados por ciertos juristas franceses.

La doctrina moderna acepta el daño moral tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual. Se ha superado la etapa de los Códigos que callaban con relación al daño moral. Algunos Códigos Civiles modernos lo han consagrado expresamente, principalmente en la esfera extracontractual, y hasta la Constitución de El Salvador lo ha acogido con alcance contractual.

Nuestro Código Civil no contiene disposiciones que lo consagren expresamente; en cambio el art. 46 del Código Penal lo acoge. Pero tal circunstancia no es obstáculo para que los tribunales acepten el daño moral tanto en la esfera contractual como en la extracontractual<sup>48</sup>.

La Corte Suprema, en consulta del 5 de octubre de 1992, sostiene que en la responsabilidad extracontractual se deben los daños morales, pues el art. 2509 C. y sigts. establecen los daños y perjuicios, sin distinguir entre morales y materiales.

La Asamblea Nacional por Ley N°.157 del 23 de marzo de 1993 interpretó en forma auténtica varios artículos del Código Civil, entre ellos el art. 2509 C. y sigts. Dispone que estos artículos consagran el daño moral. No fue sancionada por el Ejecutivo y publicándose en el Nuevo Diario del 26 de marzo de 1993, por lo que no está vigente.

## BIBLIOGRAFIA

ALBALADEJO GARCIA, Manuel. **La mora en las obligaciones recíprocas**. R.C.D.I., Madrid, 1968. No. 464, p. 9 y sigts. ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit., Tomo III, p. 177 y sigts. ALFERILLO, Pascual Eduardo. **La mora del acreedor y el curso de los intereses**. R.N. Buenos Aires, Argentina, 1977. No. 830. Enero-Febrero. p. 151. BRENES CORDOBA, Alberto. Ob. cit., p. 93 y sigts. BUSSO, Eduardo B. Ob. cit., Tomo III, p. 237 y sigts. CASTAN TOBEÑAS, José. Ob. cit., Tomo III, p.

47. Art. 1886 inc. 1 C.

48. Para profundizar sobre el tema consúltese el estudio del destacado jurista chileno Fuego Laneri «El daño extrapatrimonial y su indemnización; especialmente en materia contractual» (**Revista de Derecho Privado**. Chile. N°. 1. Enero - Marzo. 1966, p. 11, p. 274 y sigts.).

199 y sigts. CLARO SOLAR, Luis. Ob. cit., Tomo XI. Vol. II, p. 723 y sigts. COBAS, Manuel O. **La mora**. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo XIX, p. 898 y sigts. COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H. Ob. cit., Tomo II, p. 41 y sigts. CRUZ, Fernando. Ob. cit., Tomo III, p. 30. GARCIA GOYENA, Florencio D. Ob. cit., p. 542 y sigts. GARDELLA, Juan Carlos. **Daños y perjuicios**. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo V, p. 600 y sigts. GAUDEMET, Eugene. Ob. cit., p. 404 y sigts. GIOGI, Jorge. Ob. cit., Vol. V. p. 293 y sigts. GOMEZ DE LA SERNA, Pedro y MONTALBAN, Juan Manuel D. Ob. cit., Tomo II, p. 204. MACHADO, José Olegario. Ob. cit., Tomo II, p. 161 y sigts. p. 380 y sigts. MANRESA Y NAVARRO, José María. Ob. cit., Tomo VIII, p. 243 y sigts. MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León y TUNC, André. **Responsabilidad civil**. Ob. cit., Tomo I. Vol. I, p. 113 y sigts., Tomo I, Vol. II, p. 1 y sigts. p. 341 y sigts., p. 710 y sigts., p. 684 y sigts., Tomo II, Vol. II, p. 147 y sigts., Tomo III. Vol. I, p. 436 y sigts., p. 515 y sigts., p. 549 y sigts., Tomo III. Vol. II, p. 10 y sigts., p. 98 y sigts., p. 134 y sigts., p. 51. MESSINEO, Francesco. Ob. cit., Tomo IV, p. 227 y sigts., p. 334 y sigts. MEZA BARROS, Ramón. Ob. cit., p. 208 y sigts., p. 242 y sigts., PALACIO P., H. Gustavo. Ob. cit., p. 256, p. 267, p. 319 y sigts., p. 331 y sigts. REFFINO PEREYRA, Luis H. **La mora, sus elementos**. Cuadernos notariales. Serie de Derecho Civil. No. 75. Editorial Universidad Notarial Argentina. La Plata, Argentina. RODRIGUEZ, ARIAS BUSTAMANTE, Lino. Ob. cit., p. 228 y sigts. SALVAT M., Raymundo. Ob. cit., Tomo I, p. 92 y sigts. URIBE-HOLGUIN, Ricardo. **Obligación y responsabilidad**. Ob. cit., p. 17 y sigts. VALENCIA ZEA, Arturo. Ob. cit., Tomo III, p. 372 y sigts. VALVERDE Y VALVERDE, Calixto D. Ob. cit., Tomo III, p. 112 y sigts. VELEZ, Fernando. Ob. cit., Tomo VI, p. 193 y sigts.

## Capítulo III

### Garantías de crédito

*SUMARIO: 1. Responsabilidad patrimonial. 2. Enumeración.*

#### 1. Responsabilidad patrimonial

El patrimonio del deudor es la garantía general del acreedor para hacer efectivo el cumplimiento de la obligación, mediante la ejecución individual o colectiva (concurso o quiebra), cuando aquél no pague espontáneamente. El art. 2335 C. preceptúa que todos los bienes que constituyen el patrimonio de una persona responden al pago de sus deudas. Estos bienes son los presentes y futuros, excepto los no embargables<sup>1</sup>.

La ley otorga al acreedor una serie de derechos y facultades para garantizar su crédito y conservar la integridad del patrimonio del deudor.

#### 2. Enumeración

En el Código Civil no existe un capítulo o artículo que haga una enumeración, pero se encuentran una serie de disposiciones diseminadas en dicho cuerpo de leyes que consagran esos derechos y facultades. Por ejemplo:

**A.** La guarda o aposición de sellos solicitada por los acreedores<sup>2</sup>.

**B.** La declaratoria de la herencia yacente. A la herencia yacente se le nombra guardador que tiene a su cargo la conservación de los bienes hereditarios y a quien también el acreedor puede reclamar el pago de su crédito<sup>3</sup>.

**C.** El derecho que se le concede al acreedor para asistir a la facción del inventario<sup>4</sup>.

**D.** El derecho que tiene el acreedor condicional para pedir las medidas conservatorias que tiendan a cautelar el derecho eventual<sup>5</sup>, tales como inventario, fianza, depósito, etc.

**E.** El derecho legal de retención que les compete, entre otros, al poseedor de buena fe para el pago de los gastos que hubiere hecho para la conservación

1. Art. 2338 y 2084 C.

2. Arts. 1224 C. y 672 Pr. y sigts.

3. Arts. 1243 C. y 729 Pr. y sigts.

4. Arts. 1265 C. y 690 inc. 7 Pr.

5. Art. 1891 C.

de la cosa<sup>6</sup>, al propietario<sup>7</sup>, al usufructuario<sup>8</sup>, al comprador<sup>9</sup>, al arrendador<sup>10</sup>, al arrendatario<sup>11</sup>, al constructor<sup>12</sup>, al porteador<sup>13</sup>, al mandatario<sup>14</sup> y al depositario<sup>15</sup>.

**F.** El embargo<sup>16</sup>.

**G.** La intervención<sup>17</sup>.

**H.** La privación de la administración de los bienes al concursado<sup>18</sup>.

**I.** La exhibición de documentos<sup>19</sup>.

**J.** La caducidad del plazo<sup>20</sup>.

**K.** La cesión de bienes a los acreedores<sup>21</sup>.

**L.** Los privilegios otorgados a ciertos acreedores atendiendo la naturaleza u origen de los mismos<sup>22</sup>.

**M.** La fianza<sup>23</sup>, hipoteca<sup>24</sup>, anticresis<sup>25</sup> y prenda<sup>26</sup>.

**N.** La solidaridad<sup>27</sup> y cláusula penal<sup>28</sup>.

**Ñ.** Las arras<sup>29</sup>.

**O.** La anotación preventiva<sup>30</sup>.

**P.** La acción subrogatoria o indirecta<sup>31</sup>.

**Q.** La acción revocatoria pauliana<sup>32</sup>.

**R.** La acción de simulación<sup>33</sup>.

Como fácilmente puede observarse el acreedor se encuentra revestido de una serie de garantías. En la actualidad las tendencias solicalistas propugnan por destronar al acreedor, al igual que al propietario.

Tales ideas llevadas al extremo son injustas y violatorias de legítimos derechos.

Claro está que debe humanizarse el derecho y el procedimiento para hacerlo efectivo, sin perjuicio de las garantías adecuadas y suficientes que deben otorgar-

6. Art. 1749 C.

7. Art. 1506 C.

8. Arts. 1514 inc. 2 y 1542 C.

9. Art. 2692 C.

10. Arts. 2835, 2886 y 2889 C.

11. Arts. 2839 y 2848 C.

12. Art. 3071 C.

13. Art. 3118 C.

14. Art. 3343 C.

15. Art. 3487 C.

16. Arts. 886 Pr. y sigts., 1703 Pr. y sigts.

17. Art. 1714 Pr.

18. Art. 2252 C.

19. Art. 921 Pr. y sigts.

20. Art. 1901 C.

21. Art. 2080 C. y sigts.

22. Arts. 2336 C. y sigts.

23. Arts. 3653 C. y sigts.

24. Arts. 3771 C. y sigts.

25. Arts. 3899 C. y sigts., 1782 Pr. y sigts.

26. Arts. 3728 C. y sigts.

27. Arts. 1924 C. y sigts.

28. Arts. 1985 C. y sigts.

29. Art. 2557 C.

30. Arts. 3964 C. y sigts., y 29 del R.R.P. y sigts.

31. Art. 1870 C.

32. Arts. 2226 C. y sigts.

33. Arts. 2220 C. y sigts.

se al acreedor. Nuestro estudio lo concretamos a la acción subrogatoria o indirecta, a la acción pauliana, al derecho legal de retención y a la de simulación.

## BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. **La prelación de créditos**. Editorial Nascimento. Santiago de Chile. Chile. 1940. ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit., Tomo III, p. 239 y sigts. CASTAN TOBEÑAS, José. Ob. cit., Tomo III, p. 245 y sigts. COSIO, Alfonso de. Ob. cit., p. 330. DE LA ESPERANZA MARTINEZ - RADIO, Antonio. **La responsabilidad del patrimonial universal**. R.D.N., 1958. No. 19. p. 91. GONZALEZ PEREZ, Jesús. **Responsabilidad patrimonial de la administración pública y unidad de jurisdicción**. R.C.D.I., Madrid. 1973, No. 495, p. 557 y sigts. MESSINEO, Francesco. Ob. cit., Tomo IV, p. 49 y sigts. MEZA BARRROS, Ramón. Ob. cit., p. 261 y sigts. OSSORIO MORALES, Juan. Ob. cit., p. 139 y sigts. PUIG BRUTAU, José. Ob. cit., Tomo I, Vol. II, p. 467 y sigts. RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. Ob. cit., p. 265 y sigts. RUGGIERO, Roberto de. Ob. cit., Tomo II. Vol. I, p. 147 y sigts. SANTOS BRIZ, Jaime. Ob. cit., Tomo III, p. 207 y sigts. TRABUCCHI, Alberto. Ob. cit., Tomo II, p. 107 y sigts.



## Capítulo IV

### La acción subrogatoria o indirecta

*SUMARIO: 1. Su origen e ideas generales. 2. Requisitos: A. Que el deudor sea titular de un derecho o acción. B. Que el crédito del acreedor sea exigible. C. Que no hayan bienes suficientes en el patrimonio del deudor para hacer efectivo el crédito del acreedor. D. Que los derechos y acciones sean ejercitables. E. Que el deudor pudiendo ejercitar el derecho no lo hiciera. 3. Su ejercicio procesal. 4. Efectos: A. Con relación a la extensión de sus facultades. B. Con relación a los acreedores de su deudor. C. Con relación al deudor demandado, o sea, el deudor de su deudor. 5. Su naturaleza jurídica. 6. La acción directa.*

#### 1. Su origen e ideas generales

Si la realización de los bienes de que está compuesto el patrimonio del deudor fuere suficiente para satisfacer el crédito del acreedor no se le puede permitir a éste el ejercicio de derechos ajenos. No obstante, es posible que no resulte suficiente para tal fin, pero, en cambio, en su patrimonio existen derechos y acciones no inherentes a su persona que no los haya utilizado, impidiendo un incremento patrimonial que podría servir para satisfacción del crédito del acreedor.

Tal situación perjudica al acreedor, por lo que el Código Civil a fin de remediarla, le concede la acción subrogatoria, conocida también como acción oblicua, indirecta o refleja, en virtud de la cual puede ejercitar las acciones de su deudor bajo las condiciones establecidas<sup>1</sup>.

Su fundamento se encuentra en la garantía general del patrimonio del deudor que la ley otorga al acreedor para el cumplimiento de las obligaciones de aquél, consagrada en el art. 2335 C. Se otorga a fin de evitar que por negligencia, falta de interés o incuria del deudor pasivo se perjudique al acreedor. Se le concede así amplitud y eficacia a tal garantía.

Existe poca claridad sobre el origen de esta acción a pesar de las investigaciones realizadas. Una de la tesis de buena aceptación sostiene que tiene un origen en el Derecho Intermedio francés y después pasó al Código de Napoleón

---

1. Expresa Ossorio Morales que la acción subrogatoria permite a los acreedores subrogarse en el lugar de su deudor, ejercitando los derechos y las acciones que éste no hubiere ejercitado contra terceros, ya que con esa inactividad perjudica o puede perjudicar a dichos acreedores (Ob. cit., p. 143).

y a los que en él se inspiraron como el nuestro. La falta de precisión y la forma escueta en que se regula ha dado origen a grandes discusiones y enredos a pesar de las valiosas monografías y estudios que se han publicado.

Esta acción junto con la revocatoria pauliana la consagra el art. 1870 C., que dice: “Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor, para realizar cuanto se les deba, pueden ejercitar todas las acciones y derechos de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona: (hasta aquí la acción subrogatoria) pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de sus derechos” (acción pauliana). Lo entre paréntesis es nuestro.

La disposición transcrita faculta en forma general el uso de la acción subrogatoria, pero también existen disposiciones diseminadas en el Código Civil que permiten en casos específicos su ejercicio; a saber:

**A.** Los acreedores o cualquier otra persona interesada pueden oponer la prescripción, aunque el deudor o el propietario haya renunciado a ella<sup>2</sup>.

**B.** Los acreedores del legatario pueden aceptar el legado que éste hubiere repudiado<sup>3</sup>.

**C.** Los acreedores pueden aceptar en nombre del deudor la herencia que éste hubiere repudiado en perjuicio de sus créditos, pero con autorización del Juez<sup>4</sup>.

**D.** Los acreedores pueden pedir la partición de la herencia en cualquier tiempo, no obstante cualquier prohibición del testador, o convención en contrario<sup>5</sup>. Como complemento de este derecho pueden pedir que no se entreguen a los herederos sus porciones hereditarias, ni a los legatarios sus legados, hasta no quedar pagados de sus créditos<sup>6</sup>.

**E.** Los acreedores pueden pedir la rescisión de la aceptación de una herencia que le es gravosa al heredero<sup>7</sup>.

**F.** Los acreedores de una persona que tiene derechos adquiridos por un contrato, pueden ser autorizados para reclamarlos, si no lo hiciera el deudor a su debido tiempo<sup>8</sup>.

2. Art. 877 C. Se piensa por algunos autores que éste es un caso de acción pauliana regulado por el art. 2229 C.

3. Art. 1164 C. José Luis Lacruz Berdejo admite plenamente en materia de legados la acción subrogatoria (**Estudios de Derecho Civil. Algunas consideraciones sobre el objeto de la acción subrogatoria**. Bosch. Casa Editorial. Barcelona 1958, p. 236).

4. Art. 1247 C. Existen autores que sostienen que éste es un caso de acción pauliana contemplada en el art. 2229 C. Para Lacruz no se trata de un supuesto de acción revocatoria ni de una simple acción subrogatoria, pues es un derecho aceptar directamente la herencia. Agrega que la *ratio legis* del art. 1001, semejante a nuestro art. 1247 C., inclina a creer que sustituye, para la aceptación y repudiación de la herencia, al art. 1111, modelo de nuestro art. 1870 C., quedando excluidas en este caso concreto, tanto la acción revocatoria de la renuncia como la subrogatoria para aceptar (Ob. cit., pp. 234 y 235).

5. Art. 1349 C.

6. Art. 1374 C.

7. Art. 1430 C.

8. Art. 2493 C. Los anotadores expresan que este artículo limita su extensión a los derechos puramente contractuales, por lo que resulta una restricción al art. 1780 C., que contiene la expresión de un principio jurídico de aplicación general.

**G.** De acuerdo con el art. 2694 C. el derecho del vendedor puede ser cedido y pasar a sus herederos y agrega que los acreedores del vendedor pueden ejercitarlo en lugar del deudor.

**H.** Los acreedores del vendedor pueden ejercer el derecho proveniente del pacto de mejor comprador en caso de concurso<sup>9</sup>, extendiéndose por la doctrina a cualquier otro caso.

**I.** Los acreedores pueden sustituirse para cumplir la condición, a fin de que nazca el derecho a tenor del art. 2762 C.

**J.** El donatario vencido tendrá derecho, como representante del donante, para demandar por la evicción al enajenante de quien el donante obtuvo la cosa por título oneroso, aunque éste no le hubiera hecho cesión expresa de sus derechos<sup>10</sup>.

**K.** Los derechos y acciones del deudor pasan al acreedor, cuando la cosa ha perecido sin hecho ni culpa del deudor, los que obviamente puede ejercitar contra los terceros<sup>11</sup>.

## 2. Requisitos

Para el ejercicio se exigen los requisitos siguientes:

### A. Que el deudor sea titular de un derecho o acción

El ejercicio del derecho o acción del deudor presupone lógicamente: que el acreedor sea titular de un derecho o acción en contra del deudor; que éste sea titular de un derecho o acción en contra del tercero. Esta doble titularidad servirá para la legitimación judicial o extrajudicial del acreedor.

También es conveniente advertir que el derecho o acción que ejecuta el acreedor pudo haber nacido con posterioridad a su crédito, pues todos los bienes presentes y futuros le sirven de garantía.

### B. Que el crédito del acreedor sea exigible

Por lo tanto los acreedores a plazo o bajo condición suspensiva, no podrán ejercer esta acción mientras no se cumpla el plazo o la condición. No obstante, existen autores que sostienen que puede ser usada aunque el crédito no sea exigible, pues su ejercicio no implica un acto de ejecución, sino de conservación.

Demofilo De Buen, dice: “Dados los términos del art. 1111 parece indispensable, para que pueda ejercitarse la acción subrogatoria, que el acreedor se funde en un título exigible, pues si no, no tendría razón de ser la expresión, incluida al

9. Art. 2704 C.

10. Art. 2809 C.

11. Art. 2173 C.

12. Ob. cit., Tomo III, p. 80 y sigs.

principio de dicho artículo después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor”<sup>12</sup>.

No es preciso que el título del acreedor lleve aparejada ejecución.

### **C. Que no hayan bienes suficientes en el patrimonio del deudor para hacer efectivo el crédito del acreedor**

El artículo 1870 C. expresa que cabe su ejercicio “...después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor...”. De aquí que se le califique de acción subsidiaria. Pero no es preciso que en juicio previo se persigan los bienes del deudor, pues la falta de bienes se puede probar en el juicio en que se ejercita la acción subrogatoria. El tema es discutido, pues cierto sector doctrinal exige el juicio previo.

Tampoco se exige la insolvencia total del deudor. Basta que no existan bienes suficientes o que sean de difícil o engorrosa reclamación.

El acreedor debe probar que: es inútil perseguir los bienes conocidos (hipotecados en precios superiores a su valor, deteriorados en tal forma que carecen de valor, insuficientes, etc.); la ausencia de bienes a favor del deudor en los Registros Públicos. Debe también afirmar que no encontró y no tiene noticias de otros. No se les puede obligar a probar la inexistencia de otros bienes de fácil ocultación o de difícil ocultación.

### **D. Que los derechos y acciones sean ejercitables**

De acuerdo con el art. 1870 C. el acreedor puede ejercitar todos los derechos y acciones del deudor, excepto los que sean inherentes a su persona<sup>13</sup>.

¿Pero, cuáles son esos derechos y acciones inherentes a la persona del deudor?

La determinación de tales derechos y acciones ha provocado un gran número de opiniones, dada la imprecisión de la expresión empleada por el referido artículo. Se pensaba que son aquellos no cedibles ni transmisibles por sucesión hereditaria, o los no cedibles ni embargables, pero se averiguó que existían casos en que se permitía la cesión y no el ejercicio de la acción subrogatoria sin permiso del deudor, o que siendo posible la transmisión hereditaria no se permite su ejecución por la subrogatoria.

Frente a tal situación se dieron nuevas opiniones. Surge Laurent, manifestando que son derechos inherentes a la persona los de índole moral o los que teniendo a la vez carácter moral y patrimonial son preferentemente morales.

Algunos autores hacen enumeraciones de los derechos inherentes, evitando las fórmulas demasiado generales. Entre estos autores se encuentra Lacruz<sup>14</sup>.

13. Dentro de la literalidad del art. 1870 C. se podría pensar que el usufructo y la renta vitalicia son inherentes a la persona del deudor porque se extingue con su muerte y, como consecuencia, no puede ser objeto de la acción subrogatoria, lo cual no es cierto.

14. Ob. cit., p. 50 y sigs.

Este autor estima como derechos inherentes a la persona del deudor y, como consecuencia, excluidos de la acción subrogatoria, los siguientes:

**a) Los derechos extrapatrimoniales**

**b) Los derechos que son resultado de la transformación de una situación jurídica extrapatrimonial.** Por ejemplo: la acción que corresponde a la víctima de un perjuicio extrapatrimonial, que en ocasiones se repara *in natura* publicando la sentencia condenatoria, o la rectificación en la prensa, si el daño se produjo por una noticia o imputación falsa.

**c)** Los derechos extrapatrimoniales de carácter personal, como, por ejemplo, el derecho pecuniario del autor, el derecho a los alimentos, el usufructo legal del titular de la patria potestad, etc.

**d)** Algunos derechos patrimoniales que sin mezcla de consideraciones morales, requieren imprescindiblemente una apreciación de la que sólo es capaz su titular, como por ejemplo, los que nacen de un precontrato; de un contrato de opción; de un pacto de retroventa, etc.

**e)** Los derechos patrimoniales sustraídos por la ley a la ejecución, ya que se trata de bienes que no sirven de garantía a los acreedores, como por ejemplo, los bienes inembargables.

El Código Civil italiano en el art. 2900 requiere para el ejercicio de la acción subrogatoria que los derechos y las acciones tengan contenido patrimonial y no se trate de derechos o de acciones que, por su naturaleza o por disposición de la ley, no puedan ser ejercitadas sino por su titular.

Según Colin y Capitant, en principio los acreedores pueden ejercitar todos los derechos y acciones del deudor que tengan un valor pecuniario, como por ejemplo, hacer inscribir una hipoteca que garantice un crédito de su deudor, hacer transcribir una adquisición de un inmueble, ejercitar la acción reivindicatoria contra el poseedor de un inmueble que le pertenezca, impugnar un testamento que le desherede, aceptar una herencia que le corresponda, pedir la partición, ejercitar la acción de retracto, la resolución de la venta por falta de pago del precio, demandar de evicción al vendedor de un inmueble, pedir la revocación de una donación hecha por el deudor o por sus causantes por incumplimiento de las condiciones impuestas al donatario.

Entre los derechos y acciones que no puede ejercitar el acreedor señalan:

**a) Los derechos extrapatrimoniales**

Son aquellos que tienen un objeto que no consiste en hacer ingresar un valor en el patrimonio del deudor, sino que se refieren por ejemplo, al estado o situación familiar de dicho deudor. De aquí que el acreedor no podrá intentar en nombre de su deudor una acción de desconocimiento de la paternidad, de investigación de paternidad, ni una acción de divorcio o de separación de cuerpos o de nulidad del matrimonio. Advierten que si la acción de desconocimiento de la paternidad se encuentra ya en manos de los herederos, por la muerte del marido, los acreedores

de dichos herederos la podrán ejercitar a nombre de éstos, por cuanto perdió el carácter moral y familiar, pues no tiende más que a un resultado pecuniario en beneficio de la herencia.

**b) Los derechos y acciones que aun teniendo el carácter patrimonial el acreedor no los puede ejercitar**

**c) Las acciones que se refieren a derechos absolutamente inembargables**, por cuanto de nada les serviría a los acreedores ejercitar tales acciones, ya que no podrán embargar lo que ingresa al patrimonio del deudor. Por ejemplo: los acreedores no podrán pedir una pensión alimenticia en nombre del deudor, ni reclamar en su nombre las indemnizaciones que le sean debidas a consecuencia de un accidente de trabajo, ni reclamar un derecho de uso o habitación que le hayan legado, etc.

**d) Las acciones patrimoniales unidas exclusivamente a la persona**

Surgen de los derechos que, aunque tengan un valor apreciable en dinero, se refieren a los intereses de orden moral o íntimo que el titular debe ser el único llamado a apreciar, a saber: el derecho que tiene la mujer de pedir la separación de bienes contra su marido, el derecho de intentar una acción de indemnización de daños y perjuicios por injurias y calumnias, etc.

Terminan expresando que existen derechos en los cuales hay controversia: la acción de nulidad por incapacidad, en la cual la jurisprudencia parece aceptar su ejercicio, a pesar de que existe sentencia que lo niega; la acción de indemnización de daños y perjuicios que corresponde a la víctima de un accidente, aunque critican esta solución, por cuanto la indemnización contra el autor de un delito o cuasidelito civil no tiende en modo alguno a la venganza de la víctima, sino tapan la brecha abierta en su patrimonio por el autor del delito<sup>15</sup>.

Teniendo en cuenta fundamentalmente la función que desempeña esta facultad podemos afirmar que, como norma general, el acreedor puede ejercitar todos los derechos patrimoniales de su deudor: cobrar un crédito, entablar una acción reivindicatoria, pedir la resolución de un contrato por su incumplimiento, etc.

Por el contrario, no puede ejercitar los derechos y acciones que son inherentes al deudor; a saber:

**a) Los derechos extrapatrimoniales**

15. Ob. cit., Tomo III, p. 80 y sigts.

16. Expresa Planiol que el ejercicio de estas acciones puede tener consecuencias pecuniarias, por ejemplo, una acción de reclamación de filiación puede hacer adjudicar una sucesión al demandante si se comprueba que es hijo de tal o cual persona, pero el acreedor no podrá alegar esas consecuencias para ejercer la acción (Ob. cit., Tomo V., p. 312). Lacruz también niega el ejercicio de estas acciones al acreedor aunque

Son los relacionados con el estado de las personas. Se pueden citar: la acción de investigación de la paternidad, la acción de impugnación de la paternidad, la acción de nulidad del matrimonio, la acción de divorcio o de separación de cuerpo.

Según un sector doctrinal, estas acciones no las puede ejercitar el acreedor aunque tengan consecuencias pecuniarias importantes<sup>16</sup>; por el contrario otro sector estima que las puede ejercitar si tienden a incrementar económicamente el patrimonio del deudor<sup>17</sup>.

También debe advertirse que cuando el matrimonio adolece de nulidad absoluta por la existencia de impedimento absoluto, dicha nulidad puede ser pedida por cualquier interesado en ella a tenor del art. 2204 C. Entre estos interesados se encuentran los acreedores de los cónyuges, los que podrán ejercitar la acción de nulidad si tienen un interés pecuniario. Pero esta acción de nulidad se usa en forma directa conforme el citado artículo y no en virtud del art. 1870 C.

El acreedor, pues, al pedir la nulidad del matrimonio no usa la acción subrogatoria.

**b) Las acciones sobre derechos inembargables, carecen de interés los acreedores para ejercerlas. Por ejemplo:**

i) El acreedor no puede pedir los alimentos que a su deudor le debe el alimentante, pues de acuerdo con los art. 1703 inc. 2 Pr. y 287 C. son inembargables y no pueden ser perseguidos por el acreedor del alimentario.

Diferente situación se presenta con relación a los alimentos retrasados, los que puede reclamar el acreedor del alimentario. Se acepta también que el acreedor pida la reducción de la pensión alimenticia a que esté obligado su deudor, cuando el patrimonio de éste sufra disminución de sus recursos.

ii) El acreedor no puede pedir la indemnización a que tiene derecho el trabajador por enfermedad o por accidente de trabajo, pues de acuerdo con el art. 89 CT y Arts. VII y VIII Tit. Prel. CT. ésta es inembargable.

iii) El acreedor no puede reclamar el uso o la habitación que haya sido legado a su deudor, pues de acuerdo con el artículo 2084 inc. 8 C. son inembargables.

**c) Los derechos que teniendo un contenido patrimonial, sólo pueden ser ejercitados por el deudor, por cuanto dicho ejercicio supone una valoración de orden moral personalísima que sólo él puede hacer. Por ejemplo:**

i) El derecho que tiene el donante para pedir la revocación por ingratitud del donatario. Tampoco puede el acreedor pedir la rescisión de la donación por incumplimiento de las condiciones que se hubieren impuesto. El acreedor puede pedir la resolución de la donación cuando al donante le hayan nacido uno o más

---

el fin último de estas acciones sea patrimonial, pues el proceso donde se discute el estado de una persona no deja de ser tal (Ob. cit., p. 221).

17. Ya vimos como Colin y Capitant admiten el ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad por los acreedores de los herederos del deudor.



hijos, siempre que se pacte como condición resolutoria ese hecho, puesto que toda resolución causada por el cumplimiento de la condición resolutoria expresa autoriza al acreedor para pedirla al Juez. Debe advertirse que éstos no son casos de revocación.

ii) La acción de daños y perjuicios cuando el hecho en que se funda no ha causado una disminución directa o indirecta en el patrimonio del deudor, como por ejemplo, los daños morales.

Cuando el daño es en la persona del deudor y repercute negativamente en su patrimonio (gastos de medicina, hospital, médicos, pérdidas de salarios, etc.), el acreedor puede reclamar por medio de la acción subrogatoria. El tema es discutido y no faltan autores que le niegan esta acción al acreedor.

Las acciones de nulidad también pueden ser ejercitadas por los acreedores, a menos que consideraciones morales no lo permitan.

En la doctrina francesa algunos autores opinan que la acción de nulidad por incapacidad no puede ser objeto de la subrogación. No obstante expresan Planiol y Ripert: “Esos textos se explican por otras razones, la acción únicamente debe beneficiar a la parte incapaz, y no puede pertenecer a las personas capaces que han tratado con ella al mismo tiempo que ella, pero si la acción es negada así a las otras partes, no hay ninguna razón para negar su ejercicio a los acreedores de la parte que la posee, pues tiene una finalidad pecuniaria”<sup>18</sup>.

La acción de petición de herencia y la que procede de la indignidad para suceder pueden ser objeto de la acción subrogatoria, pero limitada a obtener bienes suficientes para cubrir el crédito del acreedor.

Por otra parte, el acreedor no puede sustituirse en la administración de los bienes del deudor. Generalmente se le permite por la acción subrogatoria entablar acción en contra de terceros, pero también es posible su ejercicio sin recurrir a los tribunales, por ejemplo: inscribir una venta a favor de un deudor, etc<sup>19</sup>.

### **E. Que el deudor pudiendo ejercitar el derecho no lo hiciere**

La incuria o negligencia del deudor en ejercitar sus derechos y acciones, impide el ingreso de bienes en su patrimonio, causa perjuicio al acreedor que no puede satisfacer su presentación por la insuficiencia de los existentes. De esta

18. Ob. cit., Tomo V., p. 314.

19. Lacruz sostiene que es inexacto afirmar que lo único permitido a los acreedores es ejercitar contra una tercera, bajo la forma de una acción, un derecho del deudor. Una vez firme el derecho de los acreedores para ejercitar los derechos y acciones de su deudor, nada se opone el que en todos los casos y necesariamente hayan de intentarse acciones. Si, por ejemplo, los créditos del deudor sometidos a la acción subrogatoria son pagados voluntariamente, los acreedores estarán legitimados para recibir su importe, la reclamación extrajudicial de los acreedores que ejercen la acción subrogatoria podrá interrumpir la prescripción de un crédito de su deudor, etc. (Ob. cit., p. 225). Existen autores que piensan que el acreedor puede arrendar los bienes del deudor. Se cita en apoyo de esta tesis reciente jurisprudencia francesa. Ob. cit., Tomo III, pp. 215 y 216. Díaz Pairo advierte que la denominación acción oblicua, indirecta o subrogatoria es inadecuada para expresar la facultad del acreedor de ejecutar los derechos del deudor porque tal ejercicio no tiene que hacerse forzosamente a través de una acción o procedimiento judicial (Ob. cit., Tomo I, p. 172).



circunstancia surge su derecho e intereses de ejercitar los derechos y acciones de su deudor.

### **3. Su ejercicio procesal**

En el ejercicio procesal de la acción subrogatoria existe una sustitución procesal, en virtud de la cual el acreedor actuando en su propio nombre ejercita el derecho de su deudor. El acreedor no representa al deudor. Es un caso de sustitución procesal.

La legislación mexicana exige que el acreedor tenga título ejecutivo, pero tal requisito no es necesario en nuestro sistema, pero conviene advertir que el tema es polémico.

En cambio, creo que es preciso que se cite al deudor, ya que el acreedor actúa a nombre propio y carece de la representación de su deudor. El citado artículo 2900 del Código Civil italiano lo exige expresamente.

No es preciso que el acreedor obtenga autorización judicial para ejercitar esta acción. El art. 1870 C. no exige tal requisito. Es cierto que el art. 1270 C. exige la autorización judicial para que el acreedor acepte la herencia rechazada por su deudor, pero éste es un caso especial y hasta dudoso de que se trate de acción subrogatoria. No puede invocarse dicho artículo para exigir tal requisito.

### **4. Efectos**

#### **A. Con relación a la extensión de sus facultades**

Juan es acreedor de Pedro por C\$2.000 y éste a su vez es acreedor de José por C\$4.000. ¿Podrá Juan, a través de la acción subrogatoria, exigir a José el total de lo que le debe a Pedro, o sólo los C\$2.000 a que asciende su crédito?

La doctrina sostiene que Juan puede ejercer en su totalidad (C\$4.000) el derecho de Pedro y una vez pagado, devolver el sobrante (C\$2.000).

#### **B. Con relación a los acreedores de su deudor**

La acción subrogatoria no concede un privilegio al acreedor que la ejercita, por lo tanto, lo que ingresa al patrimonio del deudor como efecto de esta acción, puede ser perseguido por los otros acreedores que no han intervenido en su ejercicio. De aquí que sea posible que el acreedor que ejerció dicha acción se pague parcialmente su crédito o que no logre obtener nada si existe otro privilegiado a pesar de sus esfuerzos y gastos.

#### **C. Con relación al deudor demandado, o sea, el deudor de su deudor**

Este deudor puede oponer todas las excepciones que podría oponer a su acreedor, ya que se ejercita el derecho o acción de éste.

## 5. Su naturaleza jurídica

El poder del acreedor de ejercitar los derechos y acciones del deudor se explica a través de las figuras siguientes: **a)** Se sostiene que el acreedor es un gestor de los negocios del deudor, pero es rechazada porque el gestor actúa con altruismo y el acreedor en defensa de su interés. **b)** El acreedor ejercita la acción porque en el fondo existe una cesión tácita que le hizo el deudor de sus derechos, pero no satisface ya que el acreedor no necesita el consentimiento del deudor y aun puede actuar contra su consentimiento amén de que el deudor continua siendo dueño de sus derechos. **c)** El acreedor es considerado como un *procurator in rem suam*, pero mientras éste se considera dueño del negocio, el acreedor no lo es. **d)** El acreedor es un mandatario legal, pero no es aceptable ya que el acreedor actúa en su propio interés y no puede existir mandato en exclusivo interés del mandatario. **e)** Es un representante legal del deudor que actúa en interés propio, lo que da lugar a una sustitución procesal. Es la más aceptada y nos adherimos a ella.

## 6. La acción directa

Esta acción la concede la ley en forma excepcional al acreedor para que pueda dirigirse directamente y en nombre propio contra el deudor de su deudor a fin de reclamar lo adeudado.

“Así como en la acción indirecta o subrogatoria, dice Jaime Santos Briz, los acreedores ejercitan la acción de su deudor, si bien en nombre propio, en la denominada acción directa, ejercitan una acción propia que la ley les confiere para cobrar los créditos de que es titular su deudor frente a terceros; ejercicio que efectúan también en su propio nombre”.

Se considera por la doctrina que la acción directa es más racional y ventajosa para el acreedor que la subrogatoria, ya que en ésta el incremento patrimonial aprovecha a todos los acreedores; en cambio, la acción directa beneficia únicamente al que la ejercita, quien satisface su crédito sin compartir lo recuperado con los otros acreedores. De aquí que se pida su consagración con carácter general<sup>20</sup>.

De nuestro Código Civil se citan los casos siguientes:

**A.** Las acciones que de acuerdo con el art. 3327 C. puede ejercer el mandante contra el delegado.

20. Para Planiol y Ripert y Boulanger la acción directa confiere al acreedor la gran ventaja de conservar para sí el monto de la condena, con exclusión de los demás, confiriendo en este aspecto un efecto parecido al que produciría un privilegio sobre el crédito. Por otra parte, expresa que la acción directa permite asimismo accionar al acreedor en la hipótesis de que, no siendo exigible su crédito, no pueda hacerlo en nombre del deudor (Ob. cit., Tomo V., pp. 320 y 322).

**B.** La acción que concede al acreedor el art. 2694 C. para ejercitar el pacto de retroventa contra el comprador.

**C.** La acción que concede el art. 3067 C. a los que trabajaren por cuenta del empresario o le suministren material para la obra contra el dueño de ésta hasta la cantidad que alcance el empresario, terminada la obra.

## BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit., Tomo III, p. 241 y sigts. BETTI, Emilio. Ob. cit., Tomo II, p. 359 y sigts. p. 373 y sigts. BRENES CORDOBA, Alberto. Ob. cit., pp. 107-108. CASTAN TOBEÑAS, José. Ob. cit., Tomo III, p.268 y sigts. CLARO SOLAR, Luis. Ob. cit., Tomo XI. Vol. II, p. 580 y sigts. COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H. Ob. cit., Tomo III, p. 78 y sigts. COLMO, Alfredo. Ob. cit., p. 167 y sigts. COSIO, Alfonso de. Ob. cit., pp. 330-331. DIEGO FELIPE, Clemente de. Ob. cit., Tomo II, p. 40 y sigts. DIEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., Vol. I, p. 745 y sigts..FIGA FAURA, Luis. **La acción subrogatoria.** AAMN. Ob. cit., 1957. Tomo IX, p. 271 y sigts. GIORGI Jorge. Ob. cit., Vol. II, p. 233 y sigts. GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Ob. cit., pp. 575-576. LACRUZ BERDEJO, José Luiz. **Estudios de Derecho Civil. Algunas consideraciones sobre el objeto de la acción subrogatoria.** p. 200 y sigts: MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean. Ob. cit., 2ª. parte. Vol. III, p. 240 y sigts. MESSINEO, Francesco. Ob. cit., Tomo IV, p. 146 y sigts. MEZA BARRROS, Ramón. Ob. cit., p. 264 y sigts. MONTES, Angel Cristóbal. **Estudios de Derecho Civil.** Editorial Imprenta de la Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1970, p. 186 y sigts. OSSORIO MORALES, Juan Ob. cit., pp. 143-144. PALACIO P., H. Gustavo. Ob. cit., p. 341, PEREZ VIVES, Alvaro. Ob. cit., Vol. III, 273 y sigts. PUIG BRUTAU, José. Ob. cit., Tomo I, Vol. II, p. 484 y sigts. RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. Ob. cit., p. 282 y sigts. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Ob. cit., Tomo V. Vol. III. p. 281 y sigts. RUGGIERO, Roberto de. Ob. cit., Tomo II, Vol. I, p. 163 y sigts. SANTOS BRIZ, Jaime. Ob. cit., Tomo III, p. 214. SILVA, Armando V. **Acción subrogatoria u oblícua.** Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo I, p. 227 y sigts. TRABUCCHI, Alberto. Ob. cit., Tomo II, p. 111. URIBE HOLGUIN, Ricardo. La acción oblícua. Ob. cit., p. 131 y sigts.

## Capítulo V

### La acción revocatoria o pauliana

*SUMARIO: 1. Concepto. 2. Requisitos: A. Perjuicio a los acreedores (eventus damni): a) Que el deudor se halle insolvente; b) Que el perjuicio de los acreedores resulte del acto mismo del deudor, o que antes se hallare insolvente; c) Que el crédito en virtud del cual se intenta la acción sea de fecha anterior al acto del deudor. B. Que el deudor haya querido defraudar (consilium fraudis) y la complicidad del tercero en el fraude (consciis fraudis). 3. La acción revocatoria y los subadquirentes. 4. Actos que pueden ser revocados. 5. Legitimación activa. 6. Legitimación pasiva. 7. Prueba de los requisitos de la acción. 8. Efectos: A. Revocación del acto impugnado. B. Relación de los acreedores. C. Relaciones de los acreedores con los terceros adquirentes: a) Tercero de mala fe; b) Tercero de buena fe; c) Derecho de los terceros de hacer cesar la acción revocatoria. D. Relaciones del deudor con el tercero. 9. La acción pauliana y el Registro. 10. Naturaleza de la acción pauliana. 11. Jurisprudencia.*

#### 1. Concepto

Es la que se concede al acreedor para pedir, bajo ciertas condiciones, la revocación de los actos o contratos realizados en perjuicio de su derecho.

El acreedor tiene por garantía el patrimonio del deudor, pero no está autorizado a impugnar u oponerse a la celebración de los actos o contratos que realice, pues ha depositado en él su confianza, salvo que de mala fe pretenda con ellos burlar el pago.

#### 2. Requisitos

##### A. Perjuicio a los acreedores (*eventus damni*)

Son dos las razones fundamentales que justifican este requisito: **a)** el interés es la medida de la acción, pues donde no hay interés no hay acción; **b)** el perjuicio del acreedor justifica la desposesión que sufre el tercero que contrató con el deudor.

De conformidad con el art. 2227 C. el perjuicio está justificado cuando concurren los requisitos siguientes:

**a) Que el deudor se halle insolvente**

Si el deudor tiene o adquiere bienes en cantidad suficiente para pagar a sus acreedores, no procede la acción revocatoria, pues estos deben existir al tiempo de entablarse la acción. La prueba de la insolvencia corresponde al acreedor.

**b) Que el perjuicio de los acreedores resulte del acto mismo del deudor, o que antes se hallare insolvente**

En otras palabras: que el acto del deudor lo deje en insolvencia o que ésta ya exista antes del acto, agravándola.

Ejemplo: Juan debe C\$100.000 y tiene una casa que vale C\$80.000 y un carro que vale C\$30.000. Si vende la casa, se encontrará insolvente. Si Juan antes de la venta hubiere contraído otra deuda de C\$40.000, dicha venta agrava su estado de insolvencia anterior a ella.

Como consecuencia, si no existía insolvencia anterior, ni el acto o contrato la produjo, de tal manera que el deudor tiene suficientes bienes para que se paguen sus acreedores, estos actos y contratos no podrán ser revocados, aunque se produzca la insolvencia en virtud de otros actos posteriores, los que sí podrán ser revocados.

De no ser así, todos los actos y contratos estarían sometidos a la revocación, lo cual es contrario a la seguridad jurídica y a lo dispuesto en el art. 2227 inc. 2 C., que preceptúa que el perjuicio debe resultar del acto mismo, o que el deudor ya se encontrare en estado de insolvencia.

Si la insolvencia del deudor resultare de actos accidentales y no del acto o contrato, tampoco éstos estarán sujetos a la revocación por parte de los acreedores.

Este segundo requisito debe ser probado por el acreedor. Para que se pueda entablar la acción revocatoria no es preciso que la insolvencia haya sido declarada previamente por los Tribunales de Justicia, pues basta que el deudor se encuentre insolvente, lo que debe demostrar el acreedor<sup>1</sup>.

**c) Que el crédito en virtud del cual se intenta la acción sea de fecha anterior al acto del deudor**

El acreedor cuyo crédito nació con posterioridad al acto o contrato no puede intentar la acción revocatoria, por cuanto ellos no le han causado perjuicio. La

1. S. 11:30 a.m. del 21 de marzo de 1930, B.J., p. 7363.

2. S. 12 m. del 21 de julio de 1937, B.J., p. 9777; S. 10 a.m. del 30 de septiembre de 1937, B.J., p. 9855.

Corte Suprema confirma en su jurisprudencia el principio de la anterioridad del crédito<sup>2</sup>.

Existen ciertos créditos que aparentemente no tienen fecha anterior, pero que en la realidad sí la tienen: los que nacen con anterioridad al acto, pero reconocidos con posterioridad al acto o contrato, como, por ejemplo, la indemnización de perjuicios por actos o hechos ilícitos; los que reclaman los subrogados en créditos anteriores al acto o contrato, aunque el pago sea posterior a dichos actos o contratos, ya que el tercero que paga ocupa la posición del primitivo acreedor.

El art. 2228 C. establece una excepción al principio de la anterioridad del crédito. Dice: “Exceptuando de la condición 3ª. del artículo anterior, las enajenaciones hechas por el que ha cometido un crimen, aunque consumadas antes del delito, si fueren ejecutadas para salvar la responsabilidad del acto, las cuales pueden ser revocadas por los que tengan derecho a ser indemnizados de los daños y perjuicios que les irroque el crimen”. Ejemplo: Juan piensa causarle daño a José y para eludir el pago de los daños y perjuicios enajena sus bienes. La agresión se produce con posterioridad al acto, causando daños y perjuicios, pero José tiene acción para revocar las mencionadas enajenaciones, aunque sean anteriores al hecho que causó el daño.

Para que esta excepción se produzca es necesario que:

**i) El deudor verifique las enajenaciones con el deliberado propósito de eludir la responsabilidad del delito**

Muchos piensan que cabe también aunque no esté de por medio un crimen, sino el propósito de eludir la responsabilidad de operaciones comerciales de carácter dudoso, que con posterioridad producen pérdidas, dejando al deudor en la imposibilidad de pagar a sus acreedores.

**ii) La acción la dirija la víctima, o sus herederos, de los daños y perjuicios ocasionados por el crimen. Los otros acreedores no la pueden intentar**

**B. Que el deudor haya querido defraudar (*concilium fraudis*) y la complicidad del tercero en el fraude (*conscius fraudis*)**

Estos dos requisitos sólo son requeridos para los actos a título oneroso. El art. 2233 C. se refiere exclusivamente a los actos onerosos. Este artículo exige como primera condición el ánimo de defraudar. Expresa que es preciso para la revocación del acto que el “deudor haya querido por este medio defraudar a sus acreedores”.

Al acreedor le basta probar la insolvencia del deudor y el conocimiento que éste tenía de ella, pues de acuerdo con el art. 2234 C. el ánimo del deudor de defraudar a sus acreedores por actos que les sean perjudiciales, se presume por

su estado de insolvencia. De aquí que la doctrina estima que el ánimo de defraudar no consiste en la intención deliberada de defraudar, sino en la conciencia que ha tenido el deudor de provocar o gravar su insolvencia con el acto o contrato.

La presunción del art. 2234 C. es *iuris tantum*, admite prueba en contrario. El deudor podrá demostrar que no obstante conocer su estado de insolvencia, no ha tenido el ánimo de defraudar, como en el caso que cita Salvat del que hubiere invertido el precio de la venta de sus bienes en el pago de los acreedores que más lo apremiaban.

En el Derecho romano se exigía el fraude del deudor (*concilium fraudis*) en todos los actos, sean onerosos o gratuitos, a diferencia de nuestro Código Civil que sólo lo exige en los actos onerosos y no en los gratuitos. Ello se debe a que en éste se siguió las orientaciones de las Partidas. Tal orientación se justifica en las enajenaciones a título gratuito por cuanto el donatario no resulta perjudicado, pues no ha entregado contraprestación por el acto o contrato, en cambio el acreedor sí resulta dañado.

El segundo requisito que exige el art. 2233 C. en los actos a título oneroso es la complicidad en el fraude. Expresa que si la acción de los acreedores es dirigida contra un acto del deudor a título oneroso, es preciso, para la revocación del acto, que el tercero haya sido cómplice en el fraude. Sin este requisito la acción no puede prosperar.

Cuando el acto es a título gratuito no es necesario esta complicidad. El art. 2232 C. expresa que si el acto del deudor insolvente que perjudicare a los acreedores, fuere a título gratuito puede ser revocado a solicitud de éstos, aunque aquél a quien sus bienes hubieren pasado ignorase la insolvencia del deudor. Igual solución se daba en el Derecho romano.

La complicidad del tercero en el fraude del deudor también se presume si en el momento de tratar con éste, conocía su estado de insolvencia<sup>3</sup>. El acreedor, pues, debe probar la insolvencia del deudor y el conocimiento que de ella tenía el tercero. Comprobando éstos hechos se presume la complicidad. Se sostiene que esta presunción es *iuris tantum*, que admite prueba en contrario, como en el caso que cita Salvat del tercero que no obstante tener conocimiento de la insolvencia del deudor haya procedido de buena fe, como por ejemplo, haber obtenido, valiéndose de gestiones más premiosas, el pago de su crédito, una dación en pago, una hipoteca o prenda. El tercero ha procedido con más diligencia que otros acreedores del deudor, en defensa de sus créditos.

En resumen, en los actos o contratos onerosos es necesario para que prospere la acción pauliana: el daño a los acreedores; el fraude del deudor y la complicidad del tercero en dicho fraude. En los actos a título gratuito basta el perjuicio, no siendo necesario el fraude y la complicidad del tercero. De aquí la importancia de distinguir entre actos a título oneroso y a título gratuito. La Corte Suprema ha dicho que:

---

3. Art. 2234 C.

**a) Para que proceda la acción revocatoria contra el adquirente a título oneroso se necesita:**

**i) La insolvencia del deudor**

Esta insolvencia también puede resultar del acto revocado. Si la insolvencia no resulta del acto impugnado, sino de otro posterior no prospera la acción, ya que no le ocasionó perjuicio alguno.

**ii) La intención del deudor de defraudar a su acreedor.** El fraude del deudor se presume por su estado de insolvencia.

**iii) La complicidad del tercero en el fraude**

Si la revocación del acto, dice la Suprema, restringiese solamente sus efectos respecto al deudor, bastaría el fraude de éste para justificarla. Pero esto no es posible, pues la revocación tiene que producir necesariamente sus efectos también contra tercero, a quien se despoja de los derechos que había adquirido mediante otro correlativo; y, por lo tanto, para que la revocatoria no resulte una injusticia con respecto al tercero, debe encontrar su fundamento jurídico en la culpa del mismo tercero, culpa que consiste propiamente en su mala fe, y que la ley presume cuando en el momento de tratar con el deudor el tercero conocía el estado de insolvencia de aquél<sup>4</sup>.

**b) No se revoca la venta si no se prueba el fraude del deudor y la complicidad del adquirente<sup>5</sup>**

**3. La acción revocatoria y los subadquirentes**

Es posible que el tercero adquirente de los bienes del deudor los trasmita a un tercero que es el subadquirente a que me refiero. Para que prospere la acción revocatoria contra los subadquirentes es necesario que:

**a) Sea procedente contra el primer adquirente.** Si el acto fue válido con respecto al primer adquirente, la acción no prospera contra el subadquirente.

**b) Que el subadquirente sea cómplice en la adquisición a título oneroso. En la gratuita no es necesario tal complicidad.**

El art. 2235 C. dice: “Si la persona a favor de la cual el deudor hubiere otorgado un acto perjudicial a sus acreedores, hubiere transmitido a otros los derechos que de él hubiere adquirido, la acción de los acreedores, sólo será

4. S. 11:30 a.m. del 21 de marzo de 1930, B.J., p. 7363.

5. S. 11 a.m. del 26 de marzo de 1930, B.J., p. 8354.



admisible, cuando la transmisión de los derechos se haya verificado por título gratuito. Si fuere por título oneroso, sólo en el caso que hubiere sido cómplice en el fraude”.

Se pueden dar las combinaciones siguientes:

**i)** Cuando el primer adquirente y el subadquirente adquieren a título gratuito. En este supuesto basta el perjuicio para que prospere la acción pauliana contra el subadquirente. Esta misma acción cabría contra el primer adquirente<sup>6</sup>.

**ii)** Cuando el primer adquirente es a título gratuito y el subadquirente es a título oneroso. Para que prospere la acción revocatoria es preciso que concurren los requisitos siguientes:

- El perjuicio a los acreedores.
- El fraude del deudor.
- La complicidad del subadquirente.

Para la procedencia de la acción contra el primer adquirente bastaba el perjuicio, no siendo necesario los otros dos requisitos.

**iii)** Cuando el primer adquirente y el subadquirente adquieren a título oneroso. Para que prospere la acción revocatoria es necesario que concurren los requisitos siguientes:

- Perjuicio al acreedor.
- Fraude del deudor.
- Complicidad del primer adquirente y del subadquirente.

**iv)** Cuando el primer adquirente es a título oneroso y el segundo a título gratuito. Para que prospere la acción revocatoria es preciso que concurren los requisitos siguientes:

- Perjuicio a los acreedores.
- Fraude del deudor.

Complicidad del primer adquirente. Como puede observarse, no se requiere la complicidad del subadquirente.

#### **4. Actos que pueden ser revocados**

El art. 2226 C. habla en general de los actos jurídicos que pueden ser revocados por los acreedores. Son objetos de esta acción los actos bilaterales o unilaterales, los onerosos y los gratuitos.

También puede ser objeto de la acción pauliana la renuncia de facultades. Así se dispone en el art. 2229 C. que dice: “Si el deudor por sus actos no hubiere abdicado derechos adquiridos; pero hubiere renunciado facultades por cuyo ejercicio hubiere podido mejorar el estado de su fortuna, los acreedores pueden hacer revocar sus actos y usar de las facultades renunciadas”.

Para revocar la renuncia de facultades no es preciso probar el fraude del deudor, basta probar el perjuicio, ya que, generalmente, estas renunciaciones son a

6. Art. 2232 C.

título gratuito. Si se hacen a título oneroso será preciso: el perjuicio, el fraude del deudor y la complicidad del tercero.

## 5. Legitimación activa

El art. 2226 C. se refiere a todos los acreedores sin distinción. Claro que es improbable que un acreedor hipotecario o prendario, suficientemente garantizado para pagarse su crédito con el producto de los bienes dados en garantía, entable la acción revocatoria.

## 6. Legitimación pasiva

Debe demandarse al deudor y al adquirente. Si existiera un subadquirente también debe ser demandado. Existe un *litis consorcio* necesaria pasiva.

## 7. Prueba de los requisitos de la acción

El acreedor que entable la acción debe probar los requisitos necesarios para que pueda ser acogida por el Juez o Tribunal. Se puede valer de todos los medios de prueba, incluyendo la de testigos y la presuncional.

## 8. Efectos

### A. Revocación del acto impugnado

Por medio de la acción pauliana se revoca el acto o contrato atacado, dejándolo sin efecto, a fin de que el acreedor pueda satisfacer su crédito como si no existiere tal acto o contrato.

Si el acto o contrato revocado transmitió bienes o derechos, el acreedor podrá satisfacer su crédito mediante la realización de éstos, sin el obstáculo de la enajenación revocada. Si el acto revocado tenía por objeto la constitución de un derecho real, como, por ejemplo, usufructo, hipoteca, prenda, etc., el acreedor también podrá realizar el bien originalmente afectado, como libre de tal derecho real. Si el acto revocado tenía por objeto la renuncia de una facultad, el acreedor podrá usar de dicha facultad, como si no existiera.

### B. Relación de los acreedores

La revocación se declara únicamente en interés del acreedor que la ejerce y, como consecuencia, no beneficia a los otros, ni la pueden invocar. Se declara también hasta el importe de sus créditos, por lo que si el acreedor se puede satisfacer con parte de los bienes enajenados, la revocación sólo se declara con relación a ellos. El art. 2230 C. dice: “La revocación de los actos del deudor será sólo pronunciada en interés de los acreedores que la hubieran pedido y hasta el importe de sus créditos”. No obstante, si la revocación fue pedida por el procu-

rador del concurso, ésta aprovechará a todos los acreedores del concurso, sin distinción de fechas, es decir, tanto a los de fecha anterior al acto como a los de fecha posterior. No rige en tal caso la distinción del art. 2227 inc. 3 C.

### **C. Relaciones de los acreedores con los terceros adquirentes**

Decretada la revocación, deberá el tercero devolver los bienes adquiridos. El alcance de esta obligación depende de la buena o mala fe del tercero.

#### **a) Tercero de mala fe**

El art. 2236 C. dispone que, revocado el acto fraudulento del deudor, si hubiere habido enajenaciones de propiedades, éstas deben volverse por el que las adquirió, cómplice en el fraude, con todos sus frutos como poseedor de mala fe.

Se sostiene que este artículo se aplica también a los títulos gratuitos. Cuando la enajenación es a título gratuito no se precisa la prueba del fraude y la complicidad del tercero para que proceda la acción pauliana. No obstante, si se prueba dicho fraude en el adquirente a título gratuito, su obligación de devolver se regirá por lo dispuesto en la mencionada disposición.

Por otra parte, de acuerdo con el art. 2237 C., el que hubiere adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de los acreedores, deberá indemnizar a éstos de los daños y perjuicios, cuando la cosa hubiere pasado a un adquirente de buena fe, o cuando se hubiere perdido. El artículo contempla dos supuestos: la venta a un subadquirente de buena fe, contra quien no cabe la acción revocatoria, y la pérdida de la cosa.

Se discute en la doctrina el derecho que tiene el adquirente de mala fe de pedir la devolución del precio pagado o su descuento del valor que deba devolver. Se hace la distinción siguiente: el tercero puede hacer uso de tal derecho si el precio se invirtió en provecho de los acreedores, por ejemplo, en pago de otros acreedores del deudor; por el contrario, no puede hacerlo si no se invirtió en provecho de los acreedores del deudor.

#### **b) Tercero de buena fe**

Si el tercero ha procedido de buena fe, las cosas son diferentes a las establecidas en el art. 2237C. El deudor no está obligado a devolver los frutos percibidos y devuelve la cosa en el estado que se encuentra.

Este supuesto sólo es aplicable en las adquisiciones a título gratuito, porque si el tercero es a título oneroso y de buena fe no cabe en su contra la acción pauliana<sup>7</sup>.

#### **c) Derecho de los terceros de hacer cesar la acción revocatoria**

---

7. Art. 2233 C.

El art. 2231 C. dispone que el tercero a quien hubieren pasado los bienes del deudor, puede hacer cesar la acción de los acreedores satisfaciendo el crédito de los que se hubieren presentado, o dando fianza suficiente sobre el pago íntegro de su crédito, si los bienes del deudor no alcanzaren a satisfacerlo.

La justificación de tal derecho se encuentra en la propia finalidad de la acción revocatoria: si hay pago o fianza desaparece el perjuicio al acreedor.

#### **D. Relaciones del deudor con el tercero**

En las relaciones del tercero con el deudor el acto se considera válido. Como consecuencia, el saldo de la venta de los bienes devueltos para pagar a los acreedores, pertenece al tercero. Sobre este saldo tampoco tienen derecho los acreedores que no intentaron la acción, ya que ésta se acoge en interés de los demandantes.

### **9. La acción pauliana y el Registro**

El art. 3950 C. regula fundamentalmente la repercusión de las acciones rescisorias o resolutorias con relación a terceros. Como regla general establece que las acciones rescisorias o resolutorias no perjudican a los terceros que hayan inscrito su derecho, exceptuándose:

**A. Las acciones de rescisión o resolución que deben su origen a causas que,** habiendo sido estipuladas expresamente por las partes, constan en el Registro.

**B. Las acciones rescisorias de enajenaciones en fraude de acreedores en los casos siguientes:**

- a) Cuando la segunda enajenación ha sido por título lucrativo.
- b) Cuando el tercero haya tenido conocimiento del fraude del deudor; y
- c) Cuando se está en cualquiera de los casos comprendidos en el capítulo que trata del fraude de los actos jurídicos.

Los terceros a que se refieren los literales **a)** y **b)** son los subadquirentes, es decir, los que adquieren del primer adquirente (el que adquirió del deudor).

Si la adquisición es a título gratuito (caso del literal **a)**) el Registro no protege al tercero aunque esté de buena fe. El art. 3950 inc. 2 parte primera C., no hace más que aplicar el art. 2235 C.

Si la adquisición es a título oneroso y el adquirente es de mala fe (caso del literal **b)**), es decir, tiene conocimiento del fraude, el Registro no protege a éste. El conocimiento lo puede tener, ya sea porque es cómplice en el fraude o porque conoce que el acto es fraudulento y puede ser anulado.

También es posible que el subadquirente no sea cómplice en el fraude y también desconozca la fraudulencia del acto, pero que le afecte la acción pauliana

por haber adquirido con posterioridad a la anotación preventiva de dicha acción. De aquí la gran importancia de anotarla en el Registro, para impedir que surja un tercero protegido por el Registro.

Como puede observarse, es más exigente la ley cuando se trata de proteger al tercero registral. Al tercero corriente, o sea, el que adquiere al margen del Registro, sólo le afecta la acción pauliana cuando es cómplice en el fraude, según así lo dispone el art. 2235 C.

Expresa Roca Sastre: “No hay que olvidar que el *consilium fraudis* (designio de defraudar) es cosa exclusiva del deudor, el *consciis fraudis* (complicidad en el acto fraudulento) es cosa propia del adquirente primero y la *scientia fraudis* (conocimiento o ignorancia de que el transferente adquirió en un acto fraudulento revocable) es cosa que afectará al subadquirente a título oneroso, quien por conocer el fraude deja de ser protegido”<sup>8</sup>.

Si el tercero tiene buena fe y reúne todas las demás condiciones exigidas, el Registro lo protege frente a la acción pauliana. Así se desprende de los arts. 3796, 3949 y 3950 C. inc. 2 parte C.

Como ya expresé, para impedir el surgimiento del tercero protegido por el Registro el acreedor puede pedir la anotación de su demanda.

El literal c) se refiere a los que adquieren del deudor. La acción pauliana les afecta cuando adquieren a título gratuito o cuando habiendo adquirido a título oneroso son cómplices en el fraude, según se desprende de los arts. 2232 y 2233 C. Si el adquirente es a título oneroso y no es cómplice en el fraude (buena fe), su adquisición es válida. En este supuesto, la fe pública del Registro se abstiene de operar. La acción pauliana funcionará con independencia del Registro: si se llenan los requisitos de ley, prospera; en caso contrario, será rechazada.

## 10. Naturaleza de la acción pauliana

En torno a su naturaleza jurídica se ha abierto una amplia discusión sobre tres puntos: su carácter personal, real o mixto; su carácter anulatorio, rescisorio o de inoponibilidad; su carácter indemnizatorio; y su naturaleza ejecutiva o conservativa. Los dos primeros se refieren al efecto que produce sobre el acto impugnado y el tercero a una cuestión de oportunidad de su ejercicio.

Pero los planteamientos no paran ahí. La doctrina ha formulado otras características: se le aprecia como una acción de carácter penal en virtud del fraude, calificándola de acción *ex-delictus*; como una causa de abuso del derecho; y como un supuesto de enriquecimiento sin causa.

La naturaleza de este trabajo nos obliga a referirnos a las tesis primeramente señaladas, que son las de más divulgación y aceptación.

Esta confusa discusión trae su causa del Derecho romano en donde se combatía el fraude a través de varios medios de impugnación, los cuales fueron unificados por el Derecho justinianeo, pero sin crear una teoría armónica. La

8. **Derecho Hipotecario.** Bosch. Casa Editorial. Barcelona. 1968. Sexta Edición. Tomo II, p. 718.

concepción románica de esta acción ha sido recepcionada en buena parte por el Derecho moderno.

### **A. Acción real, personal o mixta**

#### **a) Carácter real**

Se funda en algunos textos del Digesto y de las Instituciones. En éstas aparecen enumeradas entre las acciones reales (Libro IV, Título VI, de Actionibus, 26).

Sus antecedentes se encuentran en la *vindicatio utilis* que se le concedía al acreedor para reivindicar del tercero *consocius fraudis* el bien enajenado como si fuera propietario; en el *interdictum frauditorum*, medida posesoria para reintegrar al acreedor en la posesión del bien vendido por el deudor a un tercero; y la *actio infactum* como auténtica acción reivindicatoria por medio de la cual se rescinde la enajenación y se restituye la cosa.

Para los partidarios de esta tesis, es una acción real que tiene el acreedor para perseguir los bienes en poder de quien se encuentren y quien quiera que los posea. Ya no tiene aceptación y los mismos romanistas se han inclinado a considerarla como una acción personal y citan el Digesto en donde está calificada expresamente como *actio in personam* (Libro XXII, Título I, De usuris, fr. 38).

#### **b) Carácter personal**

El Derecho moderno la contempla como una acción personal por las razones siguientes: no existe la contradicción de textos como en Roma; surge para proteger un derecho de crédito y no un derecho real; puede ejercitarse sobre cosas que no son determinadas; cuando afecta a terceros, es por la complicidad de éstos en el fraude y no por ser poseedores de la cosa.

#### **c) Carácter mixto**

Los que la consideran como acción mixta parten de que en su esencia es personal, pero al perjudicar a terceros se convierte en mixta.

La anterior distinción tiene importancia no sólo en cuanto a los efectos, sino también en cuanto a la competencia de los jueces que conocerán de esta acción. Son diferentes las reglas del Código de Procedimiento Civil relacionadas con la competencia de las acciones reales, personales y mixtas.

### **B. Acción de nulidad, rescisión o de inoponibilidad**

Los partidarios de la nulidad piensan que con ella se anula el acto frente a todos: las partes del contrato y los terceros.

Los partidarios de la inoponibilidad parten de que el acto es intrínsecamente válido, pero no oponible a terceros.

Los que la consideran como acción rescisoria parten de que el acto es válido pero puede ser revocado y declarado ineficaz con relación al amparado con la acción.

Veamos las diferencias de algunas de estas posiciones. La acción de nulidad y de inoponibilidad parten de ideas y efectos diferentes: la inoponibilidad presupone que el acto es intrínsecamente válido entre las partes, por el contrario la nulidad considera que es nulo por afectarle un vicio; el vicio que afecta el acto nulo es contemporáneo con su nacimiento, mientras que en la inoponibilidad la insolvencia puede tomarse en consideración desde el momento de presentarse la demanda.

### C. Acción de indemnización

No podemos aceptar que sea una acción de indemnización, pues fundamentalmente se dirige a destruir el acto y si no prospera la acción (por encontrarse el bien en manos de un tercero de buena fe o por otra causa), se deben los daños y perjuicios.

## 11. Jurisprudencia

La Corte Suprema ha dicho que:

**A.** Las acciones de nulidad a que se refieren los arts. 2256, 2257 y 2258 C. son diferentes a la acción revocatoria o pauliana<sup>9</sup>.

**B.** La presunción de insolvencia por no aparecer bienes incritos a favor del deudor se aplica tanto para la declaratoria de insolvencia como para la acción revocatoria<sup>10</sup>.

## BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit., Tomo III, p. 246 y sigts. BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José. **Concepto del fraude civil**. AAMN. Ob. cit., 1968. Tomo XVI, p. 181 y sigts. BETTI, Emilio. Ob. cit., Tomo II, p. 393 y sigts. BORJA SORIANO, Manuel. Ob. cit., Tomo II, p. 189 y sigts. BRENES CORDOBA, Rafael. Ob. cit., p. 109 y sigts. CASTAN TOBEÑAS, José. Ob. cit., Tomo III, p. 275 y sigts. CLARO SOLAR, Luis. Ob. cit., Tomo XI. Vol. II, p. 587 y sigts. COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H. Ob. cit., Tomo III, p. 89 y sigts. COLMO, Alfredo. Ob. cit., p. 234 y sigts., p. 695 y sigts. COSIO, Alfonso de. Ob. cit., pp. 332-333. DIEGO FELIPE, Clemente de. Ob. cit., Tomo II, p. 42 y sigts. DIEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., Vol. I, p. 741 y sigts. GAUDEMET, Eugene. Ob. cit., p. 431 y sigts. GIMENEZ ARNAU Y GRAN, Enrique. **La acción pauliana y la ley**

9. S. 11 a.m. del 17 de agosto de 1935, B.J., p. 9048.

10. S. 8:45 a.m. del 22 de mayo de 1962, B.J., p. 103.

**hipotecaria.** AAMN. Ob. cit., 1953. Tomo VII, p. 193 y sigts. GIORGI, Jorge. Ob. cit., Vol. II. p. 292 y sigts. GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Ob. cit., p. 578 y sigts. MAZEAUD, Henri., MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean. Ob. cit., 2ª. parte. Vol. III. p. 258 y sigts. MESSINEO, Francesco. Ob. cit., Tomo IV, p. 156 y sigts. MEZA BARROS, Ramón. Ob. cit., p. 268 y sigts. MONTES, Angel Cristóbal. Ob. cit., p. 197 y sigts. OBAL, Carlos R. **Acción revocatoria o pauliana.** Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo I, p. 251 y sigts. OSSORIO MORALES, Juan. Ob. cit., p. 145 y sigts. PALACIO P., H. Gustavo. Ob. cit., p. 342 y sigts. PEREZ VIVES, Alvaro. Ob. cit., Vol. III, p. 248 y sigts. PUIG BUITRAU, José. Ob. cit., Tomo I. Vol. II, p. 490. RICCI, Francisco. Ob. cit., Tomo XIII, p. 357 y sigts. RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Ob. cit., Tomo V, p. 337 y sigts. RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. Ob. cit., p. 292 y sigts. ROJINA VILLEGA, Rafael. Ob. cit., Tomo V, Vol. III, p. 237 y sigts. RUGGIERO, Roberto de. Ob. cit., Tomo II, Vol. I, p. 166 y sigts. SALVAT M., Raymundo. Ob. cit., Parte General. Tomo II, p. 599 y sigts. SANTOS BRIZ, Jaime. Ob. cit., Tomo III, p. 217 y sigts. TRABUCCHI, Alberto. Ob. cit., Tomo II, pp. 112-113. TRINCAVELLI, Nélida E. **Acción Pauliana.** Editora Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1970. VALENCIA ZEA, Arturo. Ob. cit., Tomo III, p. 98 y sigts.



## Capítulo VI

### La acción de simulación

*SUMARIO: 1. Concepto de la simulación. 2. Requisitos: A. Acuerdo de las partes. B. Discordancia intencional. C. Intención de engañar. 3. Clases de simulación: A. Absoluta y relativa. B. Lícita e ilícita. C. Completa y parcial. 4. Actos sujetos a simulación. 5. La acción de simulación. 6. Requisitos para intentar la acción: A. Ser el actor titular de un derecho subjetivo. B. La prueba del perjuicio sufrido por el acto simulado. 7. Titulares de la acción: A. Las partes: a) Simulación ilícita; b) Simulación lícita. B. Los terceros. 8. Legitimación pasiva. 9. Anotación de la demanda. 10. Prueba de la simulación: A. Carga de la prueba. B. Entre partes: a) Simulación lícita; b) Simulación ilícita. C. Prueba de los terceros. 11. La prueba de presunciones. 12. Efectos de la simulación: A. Entre las partes. B. Con relación a terceros. 13. Prescripción de la acción. 14. Diferencias y semejanzas con otras figuras: A. La simulación y el error. B. La simulación y el dolo. C. Simulación y reserva mental. D. Simulación y declaraciones no serias. E. Simulación y negocio fiduciario. F. La simulación y el fraude pauliano. G. La simulación y el fraude a la ley. 15 Jurisprudencia.*

#### 1. Concepto de la simulación

Se simula cuando las partes declaran en forma diferente a lo acordado con el fin de producir un engaño.

Para Ferrara la simulación es “la declaración de un contenido de voluntad no real, emitido conscientemente y de acuerdo entre las partes; para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo”<sup>1</sup>.

Héctor Camara expresa: “El acto simulado consiste en el acuerdo de partes, de dar una declaración de voluntad a designio divergente de sus pensamientos íntimos, con el fin de engañar inocuamente, o en perjuicio de la ley o de terceros”<sup>2</sup>.

El art. 2220 C. enumera los casos más comunes de simulación. De conformidad con esta disposición la simulación tiene lugar cuando:

**A.** Se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro. Ejemplo: Juan le dona a Pedro el inmueble X, pero convienen en que aparezca en la escritura como venta.

1. La simulación de los negocios jurídicos. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1960, p. 56.

2. Simulación de los actos jurídicos. Depalma. 2ª. Edic. Buenos Aires. 1958, pp. 24 y 25.

**B.** El acto contiene cláusulas que no son sinceras. Ejemplo: Juan le vende a Pedro el inmueble X por C\$100.000, pero convienen que en la escritura aparezca el precio de C\$50.000.

**C.** El acto tiene fechas que no son verdaderas. Por ejemplo: fecha posterior a la celebración del acto.

**D.** Por el acto se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten. Ejemplo: Juan hace donación a Pedro, pero en realidad la donación es a José.

Se sostiene que cuando las partes están de acuerdo en la actuación del testafierro (interposición ficta de persona), existe simulación. Por el contrario, si el transmitente ignora la interposición (interposición real), el acto está exento del vicio de la simulación, es válido. En este caso la persona interpuesta actúa como mandatario del adquirente, pero sin ostentar su representación. El mandato sin representación está reconocido por el art. 3331 C. Pongamos otro ejemplo: Juan quiere comprarle a José el inmueble X, pero tiene interés en no aparecer como comprador, por lo que le encarga a Diego que verifique la compraventa. Diego adquiere el inmueble, sin que sepa José, para Juan, y con posterioridad se lo transmitirá a éste. Diego actúa como mandatario de Juan, pero sin su representación.

No faltan autores que sostienen que aunque el transmitente ignore la interposición hay simulación.

## 2. Requisitos

Tres son los requisitos del acto simulado:

### A. Acuerdo de las partes

No basta la voluntad fingida de una de las partes. Es necesario también que a ella se le una la de la otra parte. El engaño, pues, debe ser bilateral, ya que de lo contrario sería una reserva mental, la que no afecta la validez del acto.

No obstante, algunos autores piensan que éste no es un requisito esencial. Sucede que a veces no existe acuerdo entre las partes, si no entre una de ellas y un tercero. Ejemplo: Juan le da dinero a Pedro para que compre a su propio nombre el inmueble X de José, quien no ha querido vendérselo a Juan. En esta venta simulada no existe acuerdo entre el comprador y el vendedor (el engañado) sino entre el comprador y el comitente.

Tal opinión no es aceptado por un sector doctrinal, pues considera que, en tal caso, la venta es ajena a toda simulación, pudiendo surgir una reserva mental o dolo del comprador.

### B. Discordancia intencional

Esta es una consecuencia del requisito anterior. La discordancia entre la intención real y la declarada debe ser voluntaria por ambas partes. Este acuerdo

distingue el acto simulado del error, en el cual no hay conformidad entre la intención real y la declarada, pero esto no es querido por los sujetos, sino involuntario.

### C. Intención de engañar

El engaño siempre se presenta en la simulación. La simulación siempre es un engaño. Pero tal engaño puede causar daño a terceros o burlar la ley (simulación ilícita), o bien no causar daño o burla (simulación lícita).

## 3. Clases de simulación

La simulación puede ser: según su naturaleza, absoluta y relativa; según su fin, lícita e ilícita; y según su extensión, completa y parcial.

### A. Absoluta y relativa

Tal distinción está consagrada en el art. 2221 C. De conformidad con este artículo, la simulación es absoluta cuando se celebre un acto que nada tiene de real. Los romanos expresaban: *colorem habet substantiam vero nullam* (tiene color, pero sustancia ninguna). Ejemplos: Juan le vende a Pedro el inmueble X para burlar la ejecución de sus acreedores, pero en el fondo no existe tal venta. También se puede presentar la simulación absoluta cuando el deudor aumenta ficticiamente su pasivo emitiendo los correspondientes documentos.

La simulación es relativa, expresa el art. 2221 C., cuando se emplea para dar a un acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter. Los romanos decían: *colorem habet, substantiam vero alteram* (tiene color, pero la sustancia es otra). Ejemplo: Juan le dona el inmueble X a Pedro, pero bajo la forma de venta.

También son casos de simulación relativa los señalados en los literales **A**, **C** y **D** del numeral uno de este capítulo.

### B. Lícita e ilícita

El art. 2222 C. dispone que la simulación no es reprobada por la ley, cuando a nadie perjudica, ni tiene un fin ilícito. Esta simulación se llama lícita. Ejemplo: Juan quiere favorecer a Pedro con C\$50.000, pero hace aparecer como donante a Miguel, por razones de modestia. No existe ningún fin ilícito en esta simulación, ni daño a nadie.

La libertad contractual y el respecto a la privacidad a que tienen derecho los contratantes otorgan justificación legal a la simulación lícita.

Al contrario, se puede decir que la simulación es ilícita cuando perjudica a terceros o tiene un fin ilícito. Ejemplos: ventas simuladas de los deudores para

escapar a la ejecución de los acreedores, consignar en el contrato de mutuo una cantidad mayor a la pactada por haberse incluido los intereses usurarios, etc.

### **C. Completa y parcial**

La simulación es completa cuando afecta la totalidad del acto, como, por ejemplo, la simulación absoluta. Es parcial cuando afecta a un elemento accidental o cláusula accesoria. Ejemplos: fecha, plazo, mayor precio, etc.

## **4. Actos sujetos a simulación**

La regla general es que todos los actos bilaterales son susceptibles de simulación. No obstante, se reconoce que en ciertos supuestos es difícil la simulación, dada la naturaleza del acto, como sucede en el Derecho de Familia, o cuando interviene el Estado.

Los actos unilaterales, como por ejemplo, el testamento, la aceptación y repudiación de la herencia, están excluidos de ser susceptibles de simulación, ya que ésta requiere del acuerdo de las partes. Un sector doctrinal, sin embargo, acepta la simulación de las declaraciones unilaterales recepticias.

El matrimonio, el divorcio, la separación de cuerpo y el proceso tampoco son susceptibles de simulación, dada la intervención del juez, el que se encuentra al margen del convenio simulatorio. No obstante, la doctrina admite que el tercero, frente al proceso simulado, tiene acción para demandar la revocación de la cosa juzgada.

El reconocimiento de hijo natural no es anulable por simulación, aunque no faltan autores que sostienen lo contrario.

Pueden ser objeto de simulación las sociedades civiles y comerciales.

La Corte Suprema ha dicho que no pueden haber juicios simulados porque en ellos interviene el Estado y sería necesario que éste fuera parte en el engaño, lo que es inadmisibile. Lo que en realidad hay son juicios fiduciarios<sup>3</sup>.

## **5. La acción de la simulación**

La acción de simulación es personal y tiene por objeto la declaración de nulidad del acto simulado. Es, pues, una acción declarativa y personal. Se dice también que es patrimonial, directa (a diferencia de la oblicua) y conservatoria, ya que tiende a incorporar al patrimonio del deudor los bienes o derechos enajenados en forma ficticia.

## **6. Requisitos para intentar la acción**

Los requisitos para intentar la acción son:

---

3. S. 12 m. del 25 de Agosto de 1949, B.J., p 14784.

### A. Ser el actor titular de un derecho subjetivo

Se reconoce que los acreedores a plazo o condicionales pueden demandar la simulación, dado el carácter conservativo de la acción. También se reconoce que el titular de un crédito litigioso puede entablar la acción de simulación, aunque no faltan autores que se lo niegan.

### B. La prueba del perjuicio sufrido por el acto simulado

En resumen, el actor debe tener interés legítimo de obrar. Por el contrario, no es preciso probar, para que prospere la acción, la anterioridad del crédito al negocio simulado, la insolvencia del deudor, el *consilium fraudis* y la excusión previa de los bienes del deudor.

## 7. Titulares de la acción

La acción de simulación puede ser entablada por las partes, sus sucesores a título universal o singular, sus representantes y los terceros.

### A. Las partes

Para el estudio de la procedencia de la acción de simulación entre partes, es preciso distinguir entre simulación ilícita y lícita.

#### a) Simulación ilícita

Los antiguos juristas (Llerena, Rivarola y Machado), que comentan el Código Civil de Argentina, de donde se tomó todo el capítulo de la simulación, negaban la acción de simulación entre partes. Aplicaban sin ninguna distinción el art. 993, modelo del nuestro art. 2224 C. Sigue esta doctrina Salvat, que se funda en el principio *nemo auditor propian turpitudinem allegans* (nadie es oído al alegar su propia torpeza). Autores de otros países aceptan en todo caso la procedencia entre partes.

Existen dos posiciones extremas: los que sostienen que entre partes no cabe acción en la simulación ilícita, fundada en el principio: *nemo auditor propian turpitudinem allegans*; y los que, por el contrario, opinan que cabe en todo caso. Los que niegan la acción entre partes en la simulación ilícita se apoyan en el art. 2224 C., que dice: “Los que hubieren simulado un acto con el fin de violar las leyes o de perjudicar a un tercero, no pueden ejercer acción alguna el uno contra el otro sobre la simulación”. Esta es una interpretación aislada, sin tomar en cuenta el art. 2225 C.

No obstante, existe una posición intermedia, sostenida por Orgaz, comentarista del Código Civil argentino, según la cual el art. 993 (modelo de nuestro art.

2224 C.) contiene la regla general de que las partes no pueden ejercer la acción de simulación ilícita. Pero el art. 2225 C. es una excepción a la regla del art. 2224 C. que permite la acción entre partes cuando tenga por objeto dejar sin efecto el acto ilícito. Sólo es procedente la acción cuando tenga por objeto dejar sin efecto el acto ilícito. El tema es ampliamente debatido en la doctrina y jurisprudencia argentina, pero últimamente prevalece la opinión de Orgaz.

La Corte Suprema expresa que el art. 2224 C. debe interpretarse de acuerdo con el art. 2225 C., y, por tanto, si existe un contradocumento y éste no tiene nada de ilícito ni perjudica los derechos de terceros, puede aceptarse la acción de simulación aun cuando el acto simulado haya sido ilícito<sup>4</sup>.

#### **b) Simulación lícita**

Se admite el ejercicio de la acción entre las partes por la simulación lícita. Así se desprende de los arts. 2222, 2223 y 2225 C. Se justifica por cuanto las partes pueden realizar sus actos en la forma que más les convenga. La acción cabe tanto si la simulación es absoluta o relativa.

#### **B. Los terceros**

Son terceros los que no han sido parte en el negocio, los acreedores de las partes, los legatarios, los subadquirentes, etc.

A diferencia de lo que sucede en la acción pauliana, estos terceros no necesitan llenar el requisito de la anterioridad del crédito, y, como consecuencia, los acreedores posteriores al acto simulado pueden entablarla. Expresa Héctor Camara: “No es necesario para el ejercicio de la acción por los terceros como en la revocatoria la anterioridad del crédito, constituyendo una de las diferencias esenciales entre ambas; su razón es muy simple.

Los acreedores posteriores al acto ficticio pueden promoverla, ya que no tratan de rescindir negocios realizados efectivamente por el deudor, sino simplemente declarar que ciertos bienes no han salido del patrimonio; su finalidad es comprobar que el bien aparentemente transferido no dejó de pertenecer al deudor, tratándose de reconstruir la prenda colectiva de los acreedores, resultando innecesario distinguir entre acreedores anteriores o posteriores al contrato irreal”<sup>5</sup>.

### **8. Legitimación pasiva**

Todas las partes del acto simulado deben ser demandadas, por constituir una litisconsorcio necesaria, dada la naturaleza indivisible de la relación en juego. De otra forma no se podría fallar el fondo, pues la sentencia carecería de eficacia.

4. S. 10 a.m. del 13 de julio de 1951, B.J., p. 15646.

5. Ob. cit., pp. 364 y 365.

## 9. Anotación de la demanda

El actor puede pedir, como medida precautelar, la anotación de la demanda en la propiedad objeto de la litis, no obstante su carácter personal, ya que puede perseguir la transmisión, modificación o extinción de un derecho real.

He sostenido que al amparo del art. 29, inc. 1 R.R.P. pueden anotarse no sólo las acciones reales de dominio, petición de herencia, etc., sino también la acción revocatoria pauliana, la acción de simulación y cualquier otra personal que obliga a la trasmisión, declaración, modificación o extinción del dominio o derechos reales sobre inmuebles<sup>6</sup>.

## 10. Prueba de la simulación

### A. Carga de la prueba

El que alega la simulación tiene a su cargo la prueba de ella. No obstante, le conviene al demandado probar la seriedad del acto, sin perjuicio de la carga que tiene el demandante.

### B. Entre partes

Es preciso distinguir entre la simulación lícita e ilícita.

#### a) Simulación lícita

La opinión dominante sostiene que para probar esta simulación entre partes se precisa del contradocumento de acuerdo con el art. 2225 C. Son dos las razones en que se fundamenta esta opinión: la seguridad de las transacciones, las que no deben quedar expuestas a ser impugnadas con pruebas falsas de la simulación; y la posibilidad de las partes de procurarse el contradocumento, sufriendo por su falta de previsión las consecuencias.

No obstante, existen algunos casos en que no se exige el contradocumento:

#### i) Cuando existe confesión judicial o extrajudicial

Nuestra Corte Suprema en varias sentencias ha aceptado a la confesión como prueba de la simulación al expresar que el documento *o la confesión* es la prueba legítima para acreditar la simulación entre partes<sup>7</sup>.

No obstante en otras sentencias ha expresado que:

6. Introducción al Derecho Inmobiliario Registral Nicaragüense. Managua, 1979, p. 205.

7. S. 11 a.m. del 3 de noviembre de 1942, B.J., p. 4636.; S. 12 m. del 19 de marzo de 1931, B.J., p. 7732.; S. 11 a.m. del 7 de agosto de 1940, B.J., p. 10991.; S. 12 m. del 8 de junio de 1943, B.J., p. 12027.; S. 10 a.m. del 9 de febrero de 1946, B.J., p. 13270.; S. 12 m. del 25 de agosto de 1949, B.J., p. 14785.; S. 11 a.m. del 10 de febrero de 1967, B.J., p. 22.

—Es una simulación relativa lícita el pacto de retroventa que encubre un contrato de mutuo, *la que solamente puede ser probada por la parte mediante contradocumento*<sup>8</sup>.

—La venta con pacto de retroventa para garantizar un crédito no constituye una simulación relativa, o mejor, un negocio fiduciario, y que no habiendo violación de la ley y perjuicio a terceros el acto es válido. *Entre las partes la simulación sólo puede probarse por medio de contradocumento y no por testigos y presunciones*<sup>9</sup>.

—La simulación entre partes *tiene que ser probada por medio de contradocumento*.<sup>10</sup>

No existe, pues, criterio uniforme en la Corte; en unas sentencias se admite la confesión y en otras no.

Si son varios los demandados, la confesión de uno no es suficiente para dar por probada la simulación.

**ii) Cuando existe un principio de prueba por escrito**, en cuyo caso no es necesario presentar el contradocumento, pudiéndose usar cualquier otro medio probatorio (testigos, presunciones, etc.).

**iii) Cuando es imposible presentar el contradocumento.** La imposibilidad puede ser física. Esta puede ser originaria o sobrevenida. La primera es difícil que se presente, ya que las partes tendrán toda la oportunidad para proveerse un documento. Se cita como ejemplo factible el de los contratantes analfabetos. La segunda tiene lugar cuando se pierde el documento por sustracción, extravío, o caso fortuito o fuerza mayor. La imposibilidad puede ser también moral o relativa. Ejemplo: simulación entre madre e hijo, etc.

Los jueces deben tener cuidado en valorar cada caso, a fin de evitar abusos.

**iv) Cuando el consentimiento para realizar el acto ficto está viciado de dolo o violencia**

**b) Simulación ilícita**

La doctrina más aceptable es la que distingue entre la simulación ilícita en fraude de la ley y la simulación ilícita en perjuicio de terceros.

La primera pueden probarla las partes valiéndose de toda clase de pruebas. La segunda sólo con un contradocumento. Expresa Camara: “En síntesis las partes cuando tienen acción para demostrar la simulación ilícita necesitan prueba escrita si es en fraude de los terceros, gozando de libertad probatoria si ofende a la Ley”<sup>11</sup>.

8. S. 11 a.m. del 31 de mayo de 1938, B.J., p. 10186.

9. S. 10 a.m. del 9 de febrero de 1946, B.J., p. 13270.

10. S. 9 a.m. del 12 de septiembre de 1959, B.J., p. 18216.

11. Ob. cit., p. 184.



### C. Prueba de los terceros

A los terceros se les permite valerse de toda clase de prueba (documental, presuncional, testifical, etc.), ya que se encuentran imposibilitados materialmente para procurarse un contradocumento, por cuanto no intervienen en el acto simulado. La Corte Suprema ha aceptado tal criterio<sup>12</sup>.

Por otra parte, ha considerado como tercero al mandante, respecto al contrato celebrado por su mandatario que obró dolosamente traspasando a otra persona una propiedad de aquél y, como consecuencia, podrá valerse de todos los medios de prueba<sup>13</sup>.

## 11. La prueba de presunciones

Las presunciones pueden ser judiciales y legales. Las judiciales, llamadas también de hecho, las establece el Juez con base a los indicios previamente probados. Las presunciones legales las establece la ley, las que, por probadas las bases en que descansan, dan por acreditados ciertos hechos. La ley sustituye al Juez. Las presunciones legales también se dividen en *iuris et de iure*, que no admiten prueba en contrario, y las *iuris tantum*, que sí admiten prueba en contrario.

En materia de simulación cobra importancia la prueba de presunción, por cuanto al simular el acto en perjuicio de tercero se procura el mayor sigilo, dando lugar a la imposibilidad de producir la prueba directa.

Las presunciones de hecho sobre la simulación se clasifican en derivadas:

### A. Del parentesco o amistad

Para hacer el acto simulado se buscan a parientes o amigos cercanos. El parentesco puede ser de consanguinidad o afinidad. También la relación de concubinato es un indicio que puede conducir a comprobar la simulación. Pero el parentesco y la amistad considerados en forma aislada no pueden dar pie a estimar por probada la simulación, ya que son frecuentes las transacciones entre parientes y amigos.

### B. De la probidad, moralidad y honorabilidad

Cuando las partes carecen de tales condiciones, el Juez tiene una buena base para determinar una simulación ilícita; por el contrario, si poseen esas cualidades abandonará tal conclusión.

12. S. 12 m. del 25 de agosto de 1949, B.J., p. 14785.; S. 9:30 a.m. del 12 de Octubre de 1959, B.J., p. 19615.; S. 10 a.m. del 12 de abril de 1966, B.J., p. 78.

13. S. 10 a.m. del 12 de abril de 1966, B.J., p. 78.

### **C. De la falta de capacidad económica del adquirente**

Constituyen hechos sospechosos: precio alto y comprador insolvente o de modestos recursos; precio muy inferior al real, etc.

### **D. De la naturaleza y cuantía de los bienes y derechos transmitidos**

La transmisión de los mejores y más valiosos bienes es visto como un indicio de la simulación. Si las transmisiones son en bloques o sucesivas la presunción es grave. También es un buen indicio el hecho de haber realizado la enajenación en fecha próxima al concurso de acreedores.

### **E. De la falta de ejecución material del acto**

Son graves indicios de la simulación: retención de la posesión por parte del vendedor; constitución de usufructos a favor del vendedor; etc. Esta forma de proceder es contraria al cambio que implica el acto o contrato.

### **F. Del comportamiento de las partes al celebrarse el contrato**

Constituyen indicios de simulación: la actuación sigilosa, la renuncia de garantías y la adopción de formalidades no necesarias.

### **G. De la actuación de las partes en el proceso**

También en el proceso las partes pueden asumir actitudes sospechosas que constituyen graves indicios de la simulación: allanamiento de la demanda, falta de aportación de pruebas, etc.

En ciertos supuestos la ley presume la simulación. El art. 2247 inc. 6 C. expresa: “Son insolventes de tercera clase: Los que otorgaren contratos simulados en perjuicio de sus acreedores.

Para los efectos de este inciso, se presume simulada la venta o hipoteca que verifique el deudor de plazo vencido, aunque no esté requerido judicialmente de pago, de todos o parte considerable de sus bienes raíces o semovientes, si hubiere quedado en descubierto para la completa satisfacción de su crédito; y no apareciere en efectivo, o en otras especies, el valor en que hubieren sido enajenados o gravados. La venta o hipoteca en estos casos se declarará nula a solicitud del acreedor, quien podrá perseguir los bienes, aunque se hallen en poder de tercero o más poseedores. Esta es una presunción *iuris et de iure*, ya que tiene por efecto anular un acto<sup>14</sup>.

## **12. Efectos de la simulación**

14. Art. 1383 inc. 2 Pr.

La declaración de simulación produce la nulidad del acto aparente, el que se exhibe al público, tanto si fuere demandada por las partes como por los terceros.

### A. Entre las partes

Entre las partes se producen las consecuencias siguientes:

a) Cuando la simulación es absoluta y hubiere existido una enajenación y la entrega del bien, éste deberá ser restituido con sus frutos. Si el falso adquirente hizo gastos para la conservación de la cosa deberán pagárseles.

Si el objeto restituido fuere inmueble no será necesario una nueva escritura de transmisión de dominio, pues basta la cancelación de la inscripción de la venta simulada. No obstante, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que al declararse la simulación de una venta no debe mandarse a cancelar el asiento de inscripción de ésta, sino obligar al reo a otorgar escritura de venta al actor<sup>15</sup>.

b) Si la simulación es relativa, prevalecerá el acto secreto y, como consecuencia, las relaciones entre las partes serán regidas por dicho acto. Si el acto oculto es una donación, el donante la podrá revocar por ingratitud. Si se simuló un mutuo a través de una venta con pacto de retroventa, el comprador tendrá derecho a reclamar el importe del crédito. Si la cesión de un crédito encerraba sólo un mandato, el mandatario debe rendir cuentas. No obstante, si la simulación es ilícita, el acto oculto será ineficaz.

Lo expuesto se puede deducir del art. 2223 C., que dice: “Cuando en la simulación relativa se descubriere un acto serio, oculto bajo falsas apariencias, no podrá éste ser anulado desde que no haya en él la violación de una ley, ni perjuicio a tercero”. Interpretado a *contrario sensu* si es ilícita la simulación, el acto oculto es ineficaz.

Expresa Camara: “Empero cabe preguntarnos: ¿Estos principios rigen cuando la simulación relativa es lícita o ilícita?”

La respuesta tiene que ser negativa evidentemente, como lo estatuye nuestro codificador; cuando el negocio simulado ocultare otro; éste valdrá mientras no viola la ley ni perjudique a terceros, lo que a *contrario sensu* interpretado viene a establecer que si hay trasgresión a las normas escritas o daños a terceros, no tendrá eficacia<sup>16</sup>.

Si existió interposición de personas, los bienes y derechos se reputarán adquiridos por el destinatario oculto, quien será el adquirente, acreedor o deudor. No obstante, si el destinatario oculto fuere incapaz el negocio disimulado será nulo.

### B. Con relación a terceros

15. S. 11 a.m. del 16 de julio de 1954, B.J., p. 17052.

16. Ob. cit., p. 237.

Con relación a los terceros que obtengan la declaración de la simulación también el acto aparente desaparece, dando lugar a que prevalezca la realidad. Si había existido una venta simulada en forma absoluta, declarada la simulación los acreedores podrán proceder a su venta judicial. De la declaratoria de simulación se aprovechan todos los acreedores, aun los que no la demandaron, a diferencia de lo que ocurre con la acción revocatoria pauliana que sólo aprovecha al acreedor o acreedores que la entablan.

### **13. Prescripción de la acción**

Como no existe una disposición que consagre un plazo especial para la prescripción de la acción de simulación, ésta prescribe a los diez años<sup>17</sup>.

Es conveniente advertir que existe una fuerte corriente doctrinal que estima imprescriptible la acción proveniente de una simulación absoluta. Para los que siguen tal doctrina, será prescriptible la acción proveniente de una simulación relativa, la que prescribirá a los diez años<sup>18</sup>.

Nuestra Corte Suprema expresa que la acción de simulación, por ser meramente declarativa, es imprescriptible, pero que tal criterio no puede ser extensivo a la simulación fraudulenta, que anula el acto simulado, ni a las demás acciones que, una vez declarada la simulación, tuvieren por objeto una condena contra el demandado<sup>19</sup>.

### **14. Diferencias y semejanzas con otras figuras**

#### **A. La simulación y el error**

En el error existe una discordancia involuntaria; por el contrario en la simulación, la discordancia entre lo querido y lo declarado es consciente y bilateral.

#### **B. La simulación y el dolo**

El dolo es el engaño que sufre uno de los contratantes causado por el otro. La simulación requiere del acuerdo de las partes para engañar a terceros o evadir la ley. En el dolo siempre existe mala fe, ilicitud; en cambio la simulación puede ser lícita.

#### **C. Simulación y reserva mental**

Hay reserva mental cuando existe discordancia entre lo querido y lo declarado. En los actos bilaterales o con declaración recepticia, esta discordancia no es conocida por la otra parte. Es claro que en los unilaterales se presenta como

17. Art. 905 C.

18. Idem.

19. S. 12 m. del 15 de enero de 1947, B.J., p. 13733

una simple disconformidad entre lo querido y declarado. Lo que caracteriza la reserva mental es la unilateralidad de la declaración.

Como puede observarse tanto en la simulación como en la reserva mental existe una disconformidad entre lo querido y lo declarado a fin de engañar, aunque el engaño de la reserva es dirigido al contratante y no al público en general.

Existen diferencias entre ambas figuras, a saber:

a) La simulación requiere como requisito el acuerdo de las partes; en cambio la reserva mental no lo necesita.

b) La simulación sólo puede tener lugar en los actos bilaterales; en cambio la reserva mental puede tener lugar en los bilaterales y unilaterales.

c) La simulación produce la nulidad del acto; en cambio la reserva mental no afecta la validez del acto. El acto vale de acuerdo con los términos de la declaración.

#### **D. Simulación y declaraciones no serias**

Existen declaraciones hechas sin el ánimo de que sean recibidas como serias, pues no existe propósito de obligarse. En la simulación la declaración ostensible no es seria, pero se pretende que sea creída y considerada como verdadera por los terceros.

Existe falta de seriedad en las declaraciones siguientes:

a) Las escénicas, como la hecha en las representaciones teatrales o televisadas.

b) Las didácticas, como las del profesor que pone un ejemplo a los alumnos.

c) Las hechas con el propósito manifiesto de broma (*iocandi causa per jocum*).

d) Las hechas con el propósito de juego o diversión (*ludendi causa*).

#### **E. Simulación y negocio fiduciario**

En el negocio fiduciario existe una desproporción entre el acto celebrado y el fin económico perseguido. Por ejemplo: vender el inmueble X para que sea administrado por el supuesto comprador; ceder un crédito para su cobro, etc. En tales supuestos la figura contractual usada no concuerda con el fin perseguido. Se sustituye la figura contractual adecuada por otra. En el primer caso, en lugar de otorgar un poder de administración, se hace una venta; en el segundo, en lugar de hacer un endoso u otorgar un poder para el cobro, se trasmite el crédito.

El negocio fiduciario es diferente a la simulación relativa, pues aquél es real y efectivo y sin propósito de engañar, mientras que en ésta existe una voluntad discordante y el propósito de engañar.

La Corte Suprema de Justicia le ha concedido validez al negocio fiduciario. Ha declarado que:

a) Presenta mérito ejecutivo la confesión hecha por el cesionario de que unos derechos en un sitio comunero fueron cedidos para facilitar la partición, para

obligarle a que otorgue el cedente la escritura correspondiente al terreno a esos derechos, sin necesidad de que en un juicio previo se declare la simulación de la cesión. En realidad lo que hubo no fue una simulación sino un negocio fiduciario, los que son verdaderos y deseados por las partes en todas sus consecuencias y tienen por mira alcanzar un fin económico determinado sirviéndose de formas jurídicas distintas. El negocio fiduciario es por consiguiente enteramente legal, y se funda en la confianza que una persona tiene en otra para hacerle cesión de su derecho, ya que a la honorabilidad de esta última queda el cumplimiento del fin previsto o traicionar la buena fe de quien le trasmitió el derecho, porque bien puede enajenarse la cosa o darle otro arbitrio diferente que sucede en un plano de entero valimiento. El negocio fiduciario como se ha expuesto, es un negocio formal que produce todos sus efectos aunque entre los pactantes subsiste la obligación de un fin determinado para usar ese derecho<sup>20</sup>.

b) No tratándose de simulación, sino de un negocio fiduciario, la cesión ha sido perfecta aunque con la obligación de restituir<sup>21</sup>.

c) No existe simulación, sino negocio fiduciario en la cesión de derechos hereditarios a un coheredero para facilitar la partición. Este negocio produce todos los efectos ordinarios con la sola obligación del cesionario de devolver al cedente la cantidad de tierra que le correspondería o la cantidad de dinero a que se obligó posteriormente<sup>22</sup>.

## F. La simulación y el fraude pauliano

Las acciones de simulación y revocatoria pauliana presentan las diferencias siguientes:

a) La acción de simulación se dirige contra un acto ficto del deudor, a fin de que se declare que los bienes no han salido de su patrimonio; en cambio la revocatoria pauliana se dirige contra un acto real del deudor con el propósito de reconstruir el patrimonio de éste.

b) La acción de simulación puede ser intentada por cualquier acreedor, ya sea anterior o posterior al acto, por cuanto se trata de acreditar el carácter ficticio del acto; por el contrario, la acción revocatoria pauliana sólo puede ser intentada por el acreedor de fecha anterior al acto fraudulento, salvo el caso del art. 2228 C.

No obstante, debe tenerse en cuenta que en el caso contemplado en el art. 2247 inc. 6 C. sólo se concede la acción de simulación a los acreedores anteriores.

c) En la acción de simulación los acreedores deben demostrar el vicio y el perjuicio; en la acción revocatoria deben probar que el acto del deudor produjo o agrava la insolvencia del deudor.

20. S. 11 a.m. del 26 de julio de 1945, B.J., p. 12899.

21. S. 10:30 a.m. del 10 de mayo de 1949, B.J., p. 14648.

22. S. 9:30 a.m. del 2 de octubre de 1959, B.J., p. 19615.

d) En la acción revocatoria el acreedor debe probar el fraude del deudor y la complicidad del tercero; en cambio, en la acción de simulación no.

e) La acción pauliana no puede ser intentada por las partes contratantes; en cambio la de simulación puede ser intentada por las partes.

f) La acción revocatoria aprovecha al que la intentó, en cambio la de simulación aprovecha a todos los acreedores, aunque no hayan participado en el proceso.

g) La acción revocatoria se acoge hasta la concurrencia del crédito del actor; en cambio en la de simulación no existe ese límite, pues la nulidad del acto simulado debe declararse en su totalidad, ya que no puede subsistir en parte y caer en otra.

### G. La simulación y el fraude a la ley

Antes de todo es preciso diferenciar entre el acto contra la ley y el acto *in fraud legis*. En el primero se viola la ley en forma directa. En la segunda la violación es encubierta, velada.

Si el guardador compra directamente el inmueble de su pupilo, en contravención de los arts. 466 y 2565 inc. 1 C., habrá celebrado un acto *contra lege*. Si el guardador se vale de una interpósita persona para adquirir el inmueble del pupilo, habrá celebrado un acto *in fraud legis*, violando en forma encubierta los citados artículos.

El negocio fraudulento es nulo por ilicitud de su objeto o causa. Si no se persigue un fin ilícito sin eludir la aplicación de una ley, no será nulo por causa ilícita, pero se le aplicará la ley que le corresponde.

La simulación y el fraude a la ley tienen semejanzas y diferencias:

#### a) Simulación absoluta

La simulación absoluta es diferente al negocio *in fraud legis*. El negocio simulado es inexistente; en cambio el acto *in fraud legis* es real. Puede haber simulación sin fraude a la ley y fraude a la ley sin simulación.

#### b) Simulación relativa

Se sostiene que el fraude a la ley es de simulación relativa.

## 15. Jurisprudencia

La Corte Suprema de Justicia ha dicho que:

23. S. 12 m. del 23 de noviembre de 1922, B.J., p. 3836.; S. 11 a.m. del 20 de enero de 1923, B.J., p. 3887.

24. S. 12 m. del 8 de febrero de 1923, B.J., p. 4252.

**A.** Generalmente la simulación de los actos jurídicos no es atacable por las mismas partes que la hicieron. Los que tienen el derecho de atacar la simulación son los terceros que resultan perjudicados<sup>23</sup>.

**B.** El capítulo que trata de la simulación le da al contradocumento valor especial para deshacer la convención de las partes y en verdad, en el contradocumento se conoce el alcance verdadero de dicha convención, ya que en él los interesados, movidos por la verdad, determinan sinceramente las condiciones y formas en que aquella deba ser desenvuelta<sup>24</sup>.

**C.** No ha lugar a la demanda de simulación si el actor confesó que la venta que verificó envolvía un préstamo usurario (art. 2224 C.) y no puede considerarse que cae ese contrato bajo la excepción que establece el art. 2225 C., pues no ha sido citado como infringido<sup>25</sup>.

**D.** La simulación y la nulidad, aunque parecidas difieren en su propia naturaleza<sup>26</sup>.

**E.** Incurrir en daños y perjuicios el que no cumple la sentencia que declaró que un traspaso constituye un negocio fiduciario<sup>27</sup>.

**F.** Nuestro art. 2220 C., al definir la simulación resultante de interposición de personas, parece que ha querido seguir la doctrina francesa, diferente de la expuesta por Ferrara, pues no hace distinción alguna entre la llamada interposición ficticia y la real, sino que considera simulados los actos siempre que se constituyen o transmiten derechos a personas que no son aquellas para quienes, en realidad, se ha querido constituir o transmitir, comprendiendo así ambas especies de interposición... en la interposición de personas, cuando tiene como finalidad la violación directa o indirecta de la ley, lo que prevalece como elemento determinante del acto ejecutado es, precisamente, la violación o el fraude a la ley, desapareciendo entonces la simulación, pues ésta ha dejado de existir desde el momento en que el testafierro transmitió sus derechos al verdadero contratante y ella no ha sido más que un medio para llegar al fraude o en otros términos, la simulación se desvanece para dar cabida al *fraus legis*... En nuestra legislación la interposición de personas, algunas veces se presume de derecho, como en los casos contemplados en los arts. 978 y 2819 C.; pero en los demás, como en el que ahora se trata (un mandatario que vende a un tercero un bien del mandante y luego lo adquiere del tercero), debe ser el resultado de la prueba que se produzca, como lo tiene declarado este Supremo Tribunal en sentencia visible a página 11024 del Boletín Judicial, puesto que no existe disposición alguna que establezca presunción legal al respecto...<sup>28</sup>

25. S. 11 a.m. del 8 de julio de 1941, B.J., p. 11317.

26. S. 12 m. del 7 de octubre de 1948, B.J., p. 14443.

27. S. 10:30 a.m. del 22 de marzo de 1956, B.J., p. 18005.

28. S. 12 m. del 15 de enero de 1947, B.J., p. 13733.



## BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit., Tomo IV, p. 344 y sigts. BORJA SORIANO, Manuel. Ob. cit., Tomo II, p. 201 y sigts. CAMARA, Héctor. **Simulación en los actos jurídicos**. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1958. CASAFONT R., Pablo. **La ineficacia del contrato simulado y la acción para impugnarlo**. Revista de Ciencias Jurídicas. Universidad de Costa Rica. 1963. No. 1. Mayo, p. 29 y sigts. CASTRO BRAVO, Federico. **El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría de doble efecto**. RDN. 1966. No. 53-54, p. 7. **El negocio fiduciario**. AAMN. Ob. cit., 1972. Tomo XVII, p. 5 y sigts. CLARO SOLAR, Luis. Ob. cit., Tomo XI, Vol. II, p. 647 y sigts. ESCOBAR RIFFO, Francisco. Ob. cit., Tomo I, p. 153 y sigts. GIORGI, Jorge. Ob. cit., Vol. IV. p. 157 y sigts. GUERRERO, Mario. **La simulación en el Derecho Civil colombiano**. Editorial Máxima. Bogotá, 1957. GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Ob. cit., p. 595 y sigts. MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean. Ob. cit., 2ª. parte. Vol. III, p. 115 y sigts. PALACIO P., H. Gustavo. Ob. cit., p. 61 y sigts. PESCIO V., Victorio. Ob. cit., Tomo II, p. 250 y sigts. PEREZ VIVEZ, Alvaro, Ob. cit., Vol. III, p. 242 y sigts. RIBERT, Georges y BOULANGER, Jean. Ob. cit., Tomo V, p. 344 y sigts. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Ob. cit., Tomo V. Vol. III, p. 295 y sigts. SALVAT M., Raymundo. Ob. cit., Parte General, Tomo II, p. 644 y sigts. SANTOS BRIZ, Jaime. Ob. cit., Tomo III, p. 321 y sigts. SOTO NIETO, Francisco. Ob. cit., Tomo I, p. 297 y sigts. URIBE-HOLGUIN, Ricardo. **La causa de la simulación**. Ob. cit., p. 101 y sigts. VALENCIA ZEA, Arturo. Ob. cit., Tomo III, p. 76 y sigts., p. 89 y sigts. TUHR VON, A. Ob. cit., Tomo I, p. 198 y sigts. YAÑEZ ALVAREZ, César D. **Acción de Simulación**. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo XXV, p. 503 y sigts.

## Capítulo VII

### Derecho legal de retención

*SUMARIO: 1. Origen, justificación y regulación. 2. Concepto. 3. Caracteres. 4. Naturaleza jurídica. 5. Ambito. 6. Condiciones de procedencia y eficacia. 7. Efectos. 8. Tramitación. 9. Extinción. 10. Semejanzas con otras figuras.*

#### 1. Origen, justificación y regulación

El origen del derecho legal de retención se remonta al Derecho romano. Fue una medida de equidad que otorgó el pretor ante la ausencia de acción de reembolso a favor del tercero que había hecho gastos en la cosa detentada, bajo el rigor civil del procedimiento formulario. Se introdujo en forma de excepción (*exceptio doli mali*).

Cierto sector doctrinal, liderado por Henri Capitant, sostiene que la justificación romana ha desaparecido, pues hoy día todo derecho está tutelado por una acción, por lo que el detentor puede demandar ante los tribunales el pago de su reclamo ante la eventual insolvencia del deudor. De aquí que podría ser suprimido el derecho de retención sin que resulte ninguna injusticia.

No obstante lo expuesto, las legislaciones de todos los países la han consagrado, ampliado y perfeccionado, debido a su gran utilidad práctica como medida de garantía y seguridad, valores muy importantes en las relaciones crediticias.

Nuestro Código Civil, a diferencia del argentino, que le sirvió de modelo en varias instituciones y figuras, no hace una regulación general del derecho de retención, simplemente lo contempla para casos particulares.

El Código de Procedimiento Civil le dedica un párrafo dentro de los juicios especiales. Esta ubicación es desacertada. En primer lugar no se regula ningún juicio especial, sino que se limita a decir que el derecho legal de retención se puede pedir como medida prejudicial, en juicio ordinario o por medio de un incidente dentro de un juicio. Esto lo pudo haber dicho en una parte más general, como el Libro III. En segundo lugar, el resto de sus disposiciones se limitan a regular el efecto de la retención, lo que evidentemente corresponde el Derecho sustantivo (Código Civil, Mercantil, etc.)

#### 2. Concepto

El derecho de retención es la facultad que tiene el poseedor o tenedor de una o varias cosas para retenerlas mientras le paga el eudor lo que le debe por

razón de ellas y, en caso de negativa, adjudicarse o realizar los bienes para pagarse con el derecho de prelación propio de la prenda o hipoteca, según sean muebles o inmuebles. Del derecho de retención pueden usar tanto el que toma la cosa con ánimo de dueño o como el simple tenedor (depositorio, etc.).

### **3. Caracteres**

El derecho de retención presenta los caracteres siguientes: es accesorio, indivisible y patrimonial.

#### **A. Accesoriedad**

Como todos los derechos de garantía, el derecho de retención es accesorio, pues supone la existencia de un crédito a favor del acreedor que lo ejercita.

Al ser accesorio sigue la suerte de lo principal. Son muchas las consecuencias que se derivan de esta característica: extinguida la obligación que garantiza, se extingue la retención; nula la obligación principal, es nula la retención; en la cesión o transmisión del crédito va incluida la retención; etc.

Es conveniente advertir que no es un derecho subsidiario. Esto significa que procede aunque exista otra medida de garantía o en ausencia de ésta.

#### **B. Indivisibilidad**

La indivisibilidad abarca dos aspectos. Por una parte, le concede al acreedor la facultad de ejercitarlo por la totalidad del crédito, sobre todas y cada una de las cosas en su poder. Por otra parte, el acreedor puede retener todos y cada uno de los bienes, si sólo ha recibido un pago parcial.

Este carácter no aparece contemplado expresamente, pero se le aplica la misma indivisibilidad de la prenda o hipoteca, según el bien sobre el que recaiga. Así se desprende del art. 1426 Pr. que asimila el derecho de retención a la prenda o hipoteca. Por otra parte, la equidad y la eficacia de esta figura así lo exigen.

#### **C. Patrimonialidad**

El derecho de retención tiene carácter patrimonial y como tal puede ser objeto de cesión por acuerdo entre vivos, entregándose la cosa retenida. También puede ser transmitido por causa de muerte. No existe disposición legal que lo impida.

### **4. Naturaleza jurídica**

Su naturaleza real o personal ha sido objeto de amplia discusión.

Un sector doctrinal sostiene que tiene carácter real. Otro sector piensa que se trata de un derecho personal porque carece del derecho de persecución, que

es la principal característica del derecho real, por lo que si el retenedor pierde la cosa no tiene acción contra terceros para que se le restituya; por otra parte, tampoco el retenedor tiene derecho de goce o disfrute, pero este argumento es poco válido, pues en ciertos derechos reales de garantía (hipoteca) no existe disfrute por parte del acreedor.

Por último se considera que tiene un carácter *sui generis*, ya que posee ciertos efectos propios de los derechos reales como su oposición a terceros y preferencia en el pago.

Nuestro sistema se ajusta a esta última tesis, pues el art. 1426 Pr. equipara el derecho legal de retención a la hipoteca o prenda para los efectos de la realización y preferencia. Tiene, pues, todas las características de un derecho real de garantía, menos la persecución. Si tuviere esta característica sería un derecho real.

También algunos especialistas consideran que es una figura procesal: una excepción y sólo en esta forma puede esgrimirse; una medida precautoria; y un secuestro privado (forma de autodefensa cautelar).

## 5. Ambito

Cuando existe un precepto legal que establece el derecho legal de retención no se presenta problema de su reconocimiento. La cuestión surge a falta de norma expresa. Sobre el particular se han formulado varias tesis.

Cierto sector doctrinal sostiene que el derecho de retención es de derecho estricto y, como consecuencia, únicamente procede cuando expresamente lo contempla la ley. Podría pensarse que el art. 1424 Pr. consagra este sistema al suponer en su texto que el derecho de retención sólo cabe en cierto caso establecido en la ley, pero no es así. Esta es una disposición adjetiva, que no puede regular intereses sustantivos como los regulados al contemplar la ley la retención.

Otro sector no exige el texto expreso, pero pide la conexión del crédito con la cosa y la retención de ésta relacionada con una convención o cuasicontrato. Pero es fácil advertir que existen casos de retención sin que esté de por medio un contrato o cuasicontrato.

La opinión mayoritaria piensa que basta la conexidad, o sea, que el crédito nazca con ocasión de la retención de la cosa (*debitum cum re junctum*). No exige el texto expreso que lo contemple. Nuestra legislación se adhiere a este sistema.

Una última opinión sostiene que basta la existencia del crédito, cualquiera que sea su causa. No exige ni la conexidad ni el texto legal expreso que lo contemple. Tiene poca aceptación porque su excesiva generalidad rebasa los límites de la institución.

Nuestro Código Civil contempla varios casos de derecho legal de retención. Nos ocuparemos de algunos de ellos.

### A. El poseedor de buena fe

De conformidad con el art.1749 C. el poseedor de buena fe puede retener la cosa hasta ser pagado de los gastos que hubiere hecho para la conservación de dicha cosa. Este poseedor, frente a la demanda reivindicatoria, puede retener la cosa reivindicada hasta ser pagado de dichos gastos. También puede tomar la iniciativa.

### **B. El arrendador y arrendatario**

De conformidad con los arts. 2840 y 2848 C. el arrendatario tiene derecho a retener la cosa arrendada, si el contrato no hubiere de continuar, en los siguientes casos: **a)** cuando el arrendador autorizó y se obligó a pagar los gastos y mejoras hechas por el arrendatario en la cosa arrendada; **b)** cuando sin ser autorizados inicialmente los gastos y mejoras, posteriormente se obligó a pagarlos el arrendatario; **c)** cuando las reparaciones y gastos corresponden al arrendador, pero el arrendatario las tuvo que hacer por urgencia.

También tiene derecho, de conformidad con las disposiciones citadas, al derecho de retención hasta el pago de las mejoras y gastos, en los casos siguientes: **a)** si fueren necesarios o útiles y sin culpa del arrendatario se resuelve el contrato, aunque el arrendador no se hubiere obligado a pagarlos ni autorizados para hacerlos; **b)** si fueren voluntarias las mejoras y por culpa del arrendador se resuelve el arrendamiento; **c)** si en el arriendo por tiempo indeterminado se autoriza al arrendatario hacer los gastos y mejoras y al pedir la restitución el arrendador, el arrendatario no ha disfrutado de ellas.

En todos los casos expuestos el arrendador está obligado a pagar las mejoras y gastos hechos por el arrendatario en la cosa arrendada y la ley le concede a éste el derecho de retención hasta el pago de ellos.

El arrendador goza del derecho de retención hasta pagarse la renta y demás cargos del arrendamiento sobre los muebles y utensilios del arrendatario existentes dentro de la cosa arrendada y sobre los frutos de las cosechas respectivas si el predio fuere rústico. Así lo dispone el art. 2835 inc. 1C.

El art. 2835 inc. 2 C. preceptúa que la retención no procede por créditos de futuras indemnizaciones, sobre objetos no embargables ni “por alquileres por vencer posterior al año corriente y al que siga”. Esta última expresión, interpretada por el argumento *a contrario sensu*, autoriza a usar el derecho de retención por alquileres que vencen en el año corriente y en el siguiente.

### **C. El mandatario**

El art. 3343 C. autoriza al mandatario a retener los bienes que se le hayan entregado por cuenta del mandante hasta ser pagado a lo que éste estuviere

obligado en razón al mandato (gastos, retribuciones, etc.). Sólo puede retener las cosas recibidas en razón del mandato y no otras pertenecientes al mandante que por otra causa se encuentran en su poder, porque en tal caso no existe conexidad entre la cosa y el crédito.

#### **D. El depositario**

De conformidad con el art. 3487 C. el depositario tiene derecho a retener la cosa depositada hasta el pago de lo que se le debe en razón del depósito, como serían los gastos de conservación y honorarios; pero quedan excluidos del derecho de retención los daños y perjuicios que el depósito le hubiere causado al depositario o por otra causa extraña al depósito.

No existe justificación para excluir los daños y perjuicios causados con ocasión del depósito. La exclusión por causa extraña sí se justifica, pero no se necesitaba expresarlo por no existir conexidad entre la causa del daño y la cosa.

El mencionado artículo agrega que no cabe la retención cuando la cosa depositada pertenezca a un tercero, pero que el depositario podrá reclamar al deponente.

#### **E. El comprador bajo pacto de retroventa**

De conformidad con el art. 2692 C., el comprador bajo pacto de retroventa tiene derecho a retención hasta ser pagado del precio de la venta, los gastos de entrega al vendedor, los gastos de escritura y las mejoras que no sean voluntarias.

### **6. Condiciones de procedencia y eficacia**

Tres son los requisitos de procedencia y uno el de eficacia. Los primeros son: la posesión o tenencia de la cosa; un crédito contra el que pretende la restitución de la cosa; y conexidad entre el crédito y la cosa cuya restitución se pretende. La eficacia consiste en su declaración judicial.

#### **A. Posesión o tenencia de la cosa**

Es condición esencial para ejercitar el derecho de retención tener la posesión o tenencia de la cosa. Esta condición la acarreamos desde el Derecho romano.

La aprehensión de la cosa puede ser con ánimo de dueño o en calidad de tenedor (depositario, arrendatario, etc.), como vimos anteriormente. Que la cosa se tenga en cualquiera de esas calidades carece de importancia para conceder la retención. Esta se concede fundamentalmente para garantizar el pago de los gastos que se hacen en la cosa. Pueden ser objeto de retención sólo los bienes corporales, o sea, susceptibles de tenencia. Estos pueden ser muebles o inmuebles.

### **B. Un crédito contra el que pretende la restitución de la cosa**

La existencia de este crédito no puede estar en duda, tampoco pendiente la condición suspensiva, para que proceda la retención. No es preciso que el crédito esté liquidado.

El crédito no puede derivarse de una obligación natural, pues ésta no concede acción al acreedor para reclamar el crédito y por la retención se presiona al deudor para que pague y si no lo hace se procede a su reclamación judicialmente para que lo haga, lo cual es contrario a los efectos de la obligación natural.

### **C. Conexidad entre el crédito y la cosa**

Este requisito es indispensable y se exige desde el Derecho romano. Por sí solo justifica la existencia de esta figura y es el único requisito en nuestro sistema para justificar la retención, como vimos anteriormente. Ya expresamos que existe una corriente doctrinal que no exige este requisito, pero es poco aceptable dicha opinión.

### **D. Declaración judicial**

Para que el derecho de retención sea eficaz es preciso que se solicite por la parte interesada y posteriormente se conceda judicialmente. Esto es así para evitar la justicia por sí mismo, con el agravante de retener cosas bajo pretexto de supuestas deudas. Pero antes de su declaración, lógicamente se autoriza una etapa de autodefensa al detentador para poder mantener su status mientras lo amparan los tribunales.

## **7. Efectos**

El derecho de retención produce en general derechos y obligaciones tanto en relación al retentor como al propietario de la cosa.

### **A. El retentor**

Tiene los derechos siguientes:

a) Retener la cosa hasta el pago de su crédito. Se deriva de la esencia misma de la retención: retener para presionar al deudor a pagar. Esta retención, como ya vimos, es indivisible.

Generalmente este derecho de rehusar la entrega se consagra en las disposiciones que contemplan el derecho de retención. Lo discutible es el derecho de percibir los frutos que la cosa produce e imputarlos al capital e intereses, pero motivos de equidad y lógica lo permiten.

b) Realizar la cosa retenida si su dueño (el deudor) no le paga. Para los efectos de realización y preferencia del art. 1426 Pr. se consideran los bienes retenidos como prendados e hipotecados según sean muebles o inmuebles.

c) Defender su posesión o tenencia de acuerdo con el art.1812 C. Creo que por analogía podría hacer uso de las acciones posesorias del art. 1810 C.

Sus obligaciones son las siguientes:

a) Debe mantener la cosa en el estado en que la reciba y observar la diligencia media de un buen padre de familia<sup>1</sup>.

b) No puede usar o gozar de la cosa, salvo autorización. Se equipara al depositario o acreedor prendario.

## **B. El propietario**

Al propietario le asisten los derechos siguientes:

a) Exigirle al retentor la entrega de la cosa una vez que haya pagado el crédito en virtud del cual se ejerce la retención.

b) Pedir en su caso el secuestro cuando se abusare de la cosa.

Sus obligaciones son las siguientes:

a) Dejar la cosa en poder del retentor hasta el pago del crédito.

b) Reembolsar los gastos y mejoras al acreedor.

La sentencia que acoge la retención es declarativa y, como consecuencia, retrotrae sus efectos a la época en que concurren las condiciones de aceptación. Queda así legitimada la época en que se usó la retención antes del juicio, como autotutela.

## **8. Tramitación**

De conformidad con nuestro Código de Procedimiento Civil el derecho de retención se tramita: como embargo preventivo cuando se pide como medida prejudicial<sup>2</sup>; en juicios ordinarios junto con la reclamación del crédito en virtud del cual se pide la retención<sup>3</sup>; o en la vía incidental<sup>4</sup>.

El arrendador goza de la protección provisional de la policía para hacer efectivo el derecho de retención que le concede el art. 2835 C. Podrá pedir que la policía impida la extracción de los objetos que tiene derecho a retener. Esta medida se dará por el plazo de dos días, salvo que transcurrido este plazo se le acompañe copia autorizada de la resolución que acoge la retención como medida precautoria o como acción principal<sup>5</sup>. La protección policial se concede aún antes de que se acoja judicialmente la retención.

De conformidad con el art. 1439 Pr., el arrendatario hará valer el derecho de retención dentro de los cuatro días que tiene para oponerse al juicio especial

1. Art.1863 C.

2. Art. 1242 inc. 2 Pr.

3. Art. 1424 Pr.

4. Idem.

5. Art. 1439 Pr.



de desahucio. Se tramita y falla junto con el juicio de desahucio. No es una oposición al desahucio. Sólo sirve para detener la ejecución de la sentencia, pues no se podrá ejecutar el lanzamiento hasta que le pague al arrendatario.

## 9. Extinción

Su extinción puede ser por vía consecucional o principal.

### A. Vía consecucional

Como derecho accesorio que es, se extingue cuando se extingue la obligación principal a que accede. Todos los modos de extinguir las obligaciones producen la extinción de la retención: pago, compensación, novación, revisión, etc.

Es conveniente advertir con relación a la novación, que ni aun por convenio de las partes se puede mantener la retención si la nueva obligación carece de conexidad con la cosa. El tema es polémico.

El crédito garantizado con la retención es imprescriptible, porque la retención de la cosa es un hecho que interrumpe la prescripción negativa. No existe negligencia de parte del retentor.

### B. Vía principal

Se extingue por vía principal: **a)** por falta de la posesión de la cosa en virtud de haber sido entregada o abandonada; **b)** por renuncia del derecho de retención. En ambos casos subsiste el crédito, pero se extingue la garantía que representa la retención.

También se extingue la retención sobre la cosa retenida, cuando se sustituye la retención por otra caución, pero ésta goza de la preferencia establecida en el art. 1426 Pr.

## 10. Semejanzas con otras figuras

El derecho legal de retención presenta semejanzas con las figuras siguientes: la prenda, la anticresis, la compensación y la *exceptio non adimplenti contractus*; pero son diferentes.

En realidad en cada una de esas figuras subyace una retención. En algunos casos tiene su origen en el contrato (prenda y anticresis); en otros en la ley (derecho legal de retención); en la compensación la retención es definitiva, en los otros supuestos es temporal. La retención es el denominador común de todos ellos, pero no es suficiente para un tratamiento unitario, o sea, la formulación de una teoría general de la retención, por cuanto cada una de dichas figuras tiene su propio campo de acción y regulación.

Veamos brevemente las diferencias y semejanzas sin pretender agotar el tema.

6. En nuestro sistema no existe duda de que es un derecho real por así disponerlo el art. 612; pero en otros países, ante el silencio de la ley, su naturaleza se torna dudosa.

### A. Con la prenda y anticresis

Presenta las diferencias siguientes: la prenda y la anticresis<sup>6</sup> son derechos reales, el derecho legal de retención no lo es, aunque en nuestra legislación lo equipara a un derecho real; la prenda y la anticresis tienen como fuente el contrato, la retención generalmente la ley; la prenda y la anticresis garantizan diferentes tipos de crédito, la retención el que resulta de los gastos y mejoras de la cosa retenida; la anticresis recae sobre inmuebles y la prenda sobre muebles y el derecho de retención sobre ambos.

A pesar de lo expuesto y debido a la escasa regulación legal de la retención se aplican las disposiciones de la prenda, la anticresis y la hipoteca para solucionar ciertos casos. Mayor razón en nuestro sistema en el cual el derecho de retención está equiparado a la prenda y la hipoteca para los efectos de su prelación y realización de la cosa.

Lo expuesto viene a confirmar que son diferentes aunque tengan ciertas semejanzas.

### B. Con la *exceptio non adimplenti contractus*

La excepción de contrato no cumplido es la facultad del contratante de un contrato bilateral de no cumplir con su obligación mientras el otro contratante no cumpla o se allane a cumplir la suya.

Ambas instituciones tienen entre sí semejanzas: sirven para constreñir al coobligado a cumplir con sus obligaciones; las partes que intervienen son recíprocamente acreedoras y deudoras; en ambas existe una retención.

Pero presentan las diferencias siguientes: la retención nace generalmente de un hecho como es la inversión de gastos y mejoras, en cambio la excepción del contrato no cumplido emana del incumplimiento de un contrato bilateral; el derecho de retención recae sobre bienes que no son del retentor, en cambio en la excepción del contrato no cumplido recae sobre cosas propias, como norma general o sobre cosas ajenas; el derecho de retención opera cuando está de por medio la entrega de una cosa corporal, en cambio la excepción de contrato no cumplido funciona con más amplitud sobre las obligaciones de dar, hacer y no hacer; la retención legal puede ser sustituida por una caución, en cambio la retención que surge del contrato no cumplido no puede ser sustituida por caución.

Es conveniente señalar que la compraventa en nuestro sistema transmite la propiedad y si el comprador no ha pagado el precio el vendedor puede rehusar la entrega de la cosa en virtud de la excepción del contrato no cumplido. También el comprador puede negarse a entregar el precio si el vendedor no ha entregado la cosa.

### C. Con la compensación

Algunos autores han llegado a hacer de ambas figuras una sola. Se argumenta que la retención produce un estado de compensación mientras el propietario-deudor no le pague al acreedor-retentor.

Presentan las diferencias siguientes: la retención asegura el pago de un crédito, la compensación es el pago mismo; la compensación exige que ambas obligaciones sean líquidas, actualmente exigibles, de dinero o de cosas consumibles, fungibles o indeterminadas de igual género y calidad, en la retención no se exigen estos requisitos, solamente la conexidad del crédito con la cosa; la retención se da a petición de partes, en cambio la compensación opera de pleno derecho.

## BIBLIOGRAFIA

ACUÑA ANZORENA, Arturo. **El Derecho de Retención**. Valerio Abeledo, Editor. Buenos Aires, 1929. BOGGERO BOFFI, Luis María. **Tratado de las Obligaciones**. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1988. T.3, p. 149. COLMO, Alfredo. Ob. cit., p. 566 y sigs. LAFAILLE, Hector. **Tratado de las Obligaciones**. Ediar, Editores. Buenos Aires, 1974. Vol I., p. 720 y sigs.

## *Quinta Parte*

### **Transmisión de Obligaciones**

#### **Capítulo I**

#### **Generalidades**

*SUMARIO: 1. Definición. 2. Clases de trasmisión: A. Título universal. B. Título particular. C. Trasmisión por causa de muerte o por acto entre vivos. 3. Derechos y obligaciones trasmisibles.*

##### **1. Definición**

Existe trasmisión cuando la obligación pasa de una persona a otra sin que se produzca novación y, como consecuencia, la extinción del vínculo obligatorio y el nacimiento de uno nuevo. Tal trasmisión puede referirse tanto al aspecto activo (cesión de crédito) como al aspecto pasivo del vínculo (cesión o asunción de deuda).

En el Derecho romano la obligación es esencialmente personal, por lo que el cambio del acreedor o del deudor producía la extinción de la obligación y el nacimiento de una nueva.

Nuestro Código Civil acepta la cesión de crédito, pero con relación a la cesión de deuda guarda silencio.

En el Derecho moderno la obligación ha perdido el carácter personal que tenía en el Derecho romano, reconociéndosele un contenido de carácter económico. De aquí que se permita tanto la trasmisión del crédito como la trasmisión de la deuda. Códigos modernos, como el mexicano y el alemán, así lo reconocen.

##### **2. Clases de trasmisión**

La trasmisión puede ser a título universal o a título singular, por causa de muerte o por acto entre vivos. En la doctrina se usa el vocablo trasmisión para referirse al traspaso por causa de muerte y transferencia para referirse al traspaso por acto entre vivos.

Algunos autores abren capítulos aparte al tema de la modificación de la relación obligatoria. Estudian sistemáticamente las alteraciones, agregaciones, supresiones, modificaciones y cambio que sufre dicha relación en sus elementos esenciales (sujetos y objetos), sin que por ello se extinga. Entre estas modificaciones tenemos: la cesión de crédito; la cesión de deuda; el pago por su subrogación; conversión de una obligación alternativa en simple; el aumento o disminución de lo adeudado (suprimir, disminuir o aumentar los intereses, etc.); ampliar o acortar el plazo; la subrogación real; conversión de una deuda en dólares, a córdobas; agregar, constituir o suprimir una fianza o hipoteca, la delegación imperfecta cuando se agrega un nuevo deudor o fiador; etc. Generalmente estas modificaciones no perjudican a los terceros (ajenas al convenio de modificación) como tendremos ocasión de ver oportunamente.

Por nuestra parte, en buena medida abordo el tema en esta parte de la obra, en la novación y en los diversos capítulos que inciden en el tema.

### **A. Título universal**

El título es universal cuando por él se trasmite una universalidad de derechos. Nuestro Código Civil reconoce la transmisión a título universal por causa de muerte (herencia).

El art. 936 C. expresa que “Es título universal la disposición que comprende la generalidad de los bienes del testador o cierta porción de la misma...”

El heredero es el continuador de la persona del difunto. De aquí que los herederos, representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles.

La transmisión a título universal por acto entre vivos la consagra nuestro Código en la sociedad universal, pero no podrán formar parte de ella los bienes futuros<sup>1</sup>.

Por otra parte, se permite la donación a título universal, aunque no comprende los bienes futuros del donante<sup>2</sup>.

Es posible que el patrimonio del deudor sea repartido a los acreedores en el concurso o quiebra que se realice al efecto, o que el deudor haga pago por cesión de bienes, pero en tal caso el concursado o quebrado o el que pagó tendrá derecho a conservar bienes para su sustentación. Hay bienes que no son embargables.

El título universal es de limitada aplicación por acto entre vivos.

### **B. Título particular**

La transmisión es a título particular cuando se transmiten uno o más derechos o bienes en particular. Opera tanto por causa de muerte (legado) como por acto

1. Arts. 3200 inc. 1 y 3203 C.

2. Arts. 2774 y 2776 C.

entre vivos. Con relación a la herencia, el art. 936 C. expresa que “es título particular o singular el que dispone de bienes o cantidades ciertas y determinadas”.

### **C. Trasmisión por causa de muerte o por acto entre vivos**

De la trasmisión por causa de muerte ya hablamos anteriormente y dijimos que opera a título universal o a título singular.

Con relación a la trasmisión a título particular explicamos en los capítulos posteriores la evolución que ha experimentado.

## **3. Derechos y obligaciones transmisibles**

Los derechos y obligaciones son transmisibles. No obstante, existen excepciones:

### **A. No es transmisible el derecho de pedir alimentos**

El art. 13 de la Ley de Alimentos dispone que el derecho de pedir alimentos es imprescriptible, irrenunciable e intransferible. También nos expresa el citado artículo, que no es compensable la deuda de alimentos presentes; pero sí la de pensiones atrasadas, las cuales podrán también renunciarse, transmitirse por causa de muerte, venderse y cederse. En cambio, es transmisible por herencia la obligación de dar alimentos<sup>3</sup>.

### **B. El derecho del asignatario sujeto a una condición suspensiva<sup>4</sup>**

**C. El mandato termina por la muerte del mandante o mandatario<sup>5</sup>**, por lo que el vínculo (derechos y obligaciones) no se trasmite a sus herederos.

3. Art. 26 acápite a) Ley de Alimentos.

4. Arts. 977 inc. 2 y 1091 inc. 2 C.

5. Art. 3345 inc. 5 C.

## BIBLIOGRAFIA

ACUÑA ANZORENA, Arturo. **Transmisión de las obligaciones.** Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo II, p. 989. ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit., Tomo III, p. 263 y sigts. BORJA SORIANO, Manuel. Ob. cit., Tomo II, p. 233. COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H. Ob. cit., Tomo III, p. 339. COLMO, Alfredo. Ob. cit., p. 703 y sigts. GAUDEMET, Eugene. Ob. cit., p. 477 y sigts. GIORGI, Jorge. Ob. cit., Vol. VI, p. 73 y sigts. GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Ob. cit., p. 749. MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean. Ob. cit., 2ª. parte. Vol. III. p. 474 y sigts. MEZA BARROS, Ramón. Ob. cit., p. 279 y sigts. PALACIO P., H. Gustavo. Ob. cit., p. 263. PEREZ VIVES, Alvaro. Ob. cit., Vol. III, p. 281 y sigts.. RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. Ob. cit., p. 337 y sigts. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Ob. cit., Tomo IV. Vol. III, p. 329 y sigts. RUGGIERO, Roberto de. Ob. cit., Tomo II, Vol. I, p. 184. SALVAT M., Raymundo. Ob. cit., Tomo III, p. 689 y sigts. VALENCIA ZEA, Arturo. Ob. cit., Tomo III, p. 425. VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. Ob. cit., Tomo III, p. 156 y sigts. TUHR, Von A. Ob. cit., Tomo II, p. 285 y sigts.

## Capítulo II

### Cesión de crédito

*SUMARIO: 1. Ideas generales. 2. Concepto. 3. Caracteres: A. Es un contrato consensual. B. Puede ser onerosa o gratuita. C. Puede obedecer a diferentes causas. 4. Sujetos de la cesión. 5. Objeto. 6. Efectos: A. Entre las partes. B. Con relación al deudor y terceros. 7. Diferencias entre la cesión y la novación por cambio de acreedor. 8. Comparación con la subrogación. 9. Jurisprudencia.*

#### 1. Ideas generales

La transmisión por causa de muerte se acepta primero. En cambio, la cesión de crédito aparece después de una larga evolución jurídica en la que se experimentan una serie de figuras correctivas del carácter personal de la obligación. Por último aparece la cesión de deuda, como final del proceso de transmisión de las obligaciones. Dice Lino Rodríguez-Arias Bustamante: “El día que se admitió la sucesión en las deudas a título singular quedó reconocida plenamente la transmisión de las obligaciones”<sup>1</sup>.

Nuestro Código Civil, como ya expresamos, acepta la cesión de crédito y calla con relación a la cesión de deuda.

La cesión de derechos está regulada en el Título XI, Tomo II, y comprende los capítulos I, II y III, dedicados a la cesión de los créditos personales, del derecho de herencia y de los derechos litigiosos.

#### 2. Concepto

La cesión de crédito es un contrato consensual en virtud del cual una persona (llamada cedente) transfiere a otra (llamada cesionaria) un derecho.

#### 3. Caracteres

##### A. Es un contrato consensual

El carácter consensual de la cesión no se opone a las limitaciones de la prueba testifical. Por otra parte, de conformidad con el art. 2483 inc. 6 C. debe

---

1. Ob. cit., p. 341.



constar en instrumento público la cesión de acciones o derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública.

La entrega del título no constituye un requisito de perfeccionamiento. La entrega es una obligación del contrato, es parte de su ejecución, y no un requisito de su perfeccionamiento. La entrega coloca al cesionario en la posibilidad de ejercer el derecho cedido. Si el título fuere indispensable para exigir el cumplimiento del derecho cedido y el cedente no lo entrega, podrá el cesionario demandar la resolución de la cesión. Si no existe título no nace la referida obligación. Procede la entrega cuando existiere el título. El art. 2716 C. dice: "Habrá cesión de crédito, cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra parte el derecho que le compete contra su deudor, entregándole el título del crédito si lo hubiere".

### **B. Puede ser onerosa o gratuita**

La cesión puede ser onerosa o gratuita.

La cesión-venta es onerosa y, como consecuencia, bilateral. Lo mismo puede decirse de la cesión-permuta. En ambas existen contraprestaciones del cedente y cesionario.

La cesión-donación es gratuita y, como consecuencia, unilateral. En esta cesión no existe contraprestación del cesionario al cedente.

### **C. Puede obedecer a diferentes causas**

La cesión puede tener diferentes causas. En otras palabras, se puede presentar como venta (cesión-venta), como permuta (cesión-permuta) y como donación (cesión-donación).

De conformidad con el art. 2717 C., la cesión se juzgará por las disposiciones del contrato de compraventa, en lo que no fueren modificadas por el título de la cesión, cuando:

- a) El crédito fuere cedido por un precio en dinero.
- b) El crédito es rematado, o sea, vendido en pública subasta.
- c) El crédito es dado en pago.
- d) El crédito es adjudicado en virtud de ejecución de sentencia.

Estas son cuatro situaciones que guardan gran afinidad y similitud con la compraventa. De aquí la asimilación que hace la ley de la cesión a la venta. Por otra parte, la dación en pago se rige en principio por las reglas de la compraventa de conformidad con el art. 2532 C.

Si el crédito se cede a cambio de otra cosa, derecho o crédito, habrá permuta y la cesión será juzgada por las disposiciones de este contrato, en lo que no fuere modificado por el título de la cesión del crédito.

Si la cesión es a título gratuito, ésta se regirá por las disposiciones del contrato de donación, en lo que no modifique el título de la cesión. El art. 2718 C. dice: "Si el crédito fuere cedido gratuitamente, la cesión será juzgada por las disposiciones del contrato de donación, que igualmente no fueren modificadas en este título".

Las causas expuestas (venta, permuta, donación, dación en pago) no son las únicas de la cesión. También puede hacerse en concepto de aporte social, de garantía, o como adjudicación entre comuneros.

#### **4. Sujetos de la cesión**

En la cesión intervienen tres personas: el cedente, el cesionario y el deudor cedido.

La cesión se perfecciona por el consentimiento del cedente y cesionario. No es necesario el consentimiento del deudor. A éste se le notifica para evitar que le pague al antiguo acreedor.

Nuestro Código Civil no exige una capacidad especial para este tipo de negocios.

#### **5. Objeto**

Pueden ser objeto de cesión todos los derechos, salvo que sean intrasmisibles o esté prohibido por la ley. Se pueden ceder: el crédito proveniente de un mutuo, el precio del arriendo, el saldo del precio de venta, etc. Dice Planiol y Ripert: “Es indiferente el objeto del derecho del crédito: en general se ceden créditos de suma de dinero, pero nada impide hacer lo propio con los créditos por hechos (como el crédito por el disfrute de un local que tiene el arrendatario contra el arrendador y que transfiere por la cesión del arrendamiento), o por una cosa cualquiera, mueble o inmueble, genérica o cuerpo cierto, siempre que se trate efectivamente de un derecho de crédito sobre la cosa y no de un derecho real”<sup>2</sup>.

Es posible la cesión de ciertos derechos y acciones reales:

- a) La acción reivindicatoria de que tratan los arts. 1434 C. y sigts.
- b) El ejercicio del derecho de usufructo<sup>3</sup>.
- c) La acción hipotecaria, que se cede junto con el crédito; lo mismo que la prendaria.

#### **6. Efectos**

##### **A. Entre las partes**

Son partes el cedente y cesionario. El deudor cedido no forma parte de la cesión, pero debe notificársele, para evitar que pague válidamente al cedente.

Entre el cedente y el cesionario la cesión se perfecciona por el solo consentimiento, produciendo los efectos siguientes:

##### **a) La transmisión del derecho o crédito del cedente al cesionario**

2. Ob. cit., Tomo VII, No. 1112.

3. Art. 1490 C.

Este es el fin esencial de la cesión, como ocurre con la venta. Esta transmisión se produce por el simple consentimiento, sin que sea necesaria la entrega del título, ni el consentimiento del deudor o su notificación. Perfeccionada así la cesión, el cedente asume las obligaciones de entregar el título si existiere, de dar garantía de evicción y de abstenerse de cobrar el crédito.

Por su parte el deudor está obligado a pagarle el crédito al cesionario, sin que pueda alegar que no fue notificado, pues el requerimiento equivale a la notificación.

La cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas; pero no traspasa las excepciones personales del cedente; así como tampoco destruye las excepciones del deudor contra el cedente al tiempo de la cesión, y puede, por lo mismo, dicho deudor, hacerlas valer contra el cesionario.

Cuando el cedente es el Fisco, las municipalidades y otras corporaciones de igual naturaleza, el cesionario gozará de los mismos derechos indicados anteriormente<sup>4</sup>.

**b) Obligación del cesionario de pagar el precio de la cesión**, si se hizo por un precio (cesión-venta), o de transmitir, si se hizo en forma de permuta (cesión-permuta).

**c) Obligación de garantía de evicción a cargo del cedente**

El cedente a título oneroso se hace responsable de la existencia del crédito al tiempo de la cesión, esto es, de que verdaderamente le pertenecía en ese tiempo; pero no se hace responsable de la solvencia del deudor, salvo que se haya comprometido expresamente a ello, pero se entenderá que no se hace responsable de la solvencia futura, sino de la presente, salvo que la asuma (la futura); ni se extenderá la responsabilidad sino hasta la concurrencia del precio o emolumento que el cedente hubiere reportado de la cesión, a menos que expresamente se haya estipulado otra cosa<sup>5</sup>.

La evicción entre cesionario y cedentes comprende la evicción de los derechos dados en pago rematados o adjudicados, y los transmitidos en virtud de subrogación legal<sup>6</sup>.

Dicen los anotadores: “El Código, al aplicar la responsabilidad de la evicción al caso de los créditos transmitidos en virtud de subrogación legal, equivoca la verdadera doctrina, que, según el sentir de los autores argentinos, sólo obliga a la evicción en la subrogación convencional, cuando el mismo acreedor le garantiza la subrogación, respondiendo por la legitimidad y existencia del crédito.

Según la doctrina francesa, el acreedor no debe ninguna garantía al tercero de quien ha recibido el pago y a quien ha subrogado en sus derechos, pues él no

4. Art. 2725 C.

5. Art. 2726 C.

6. Art. 2727 C.

es vendedor. Eso no quiere decir que el acreedor, o más bien dicho, aquél que aparecía siéndolo, no quede obligado a restituir al subrogado las sumas recibidas, si se demostrase que su crédito no existía; pero el acreedor deberá restituir esas sumas porque las ha recibido indebidamente, y, por lo mismo, la acción que corresponde al subrogado, en ese caso, es la de pago indebido, y no la de garantía.

La diferencia que existe entre esas dos acciones es substancial, y no de palabras: por la acción en garantía, el vendedor, aun cuando sea de buena fe, está obligado a pagar todas las responsabilidades de la evicción, inclusive los daños y perjuicios<sup>7</sup>; mientras que la acción de pago indebido no permite todas esas reclamaciones contra el subrogante de buena fe, que sólo está obligado a restituir otro tanto<sup>8</sup>; y sólo cuando es de mala fe debe también los intereses o frutos desde el día de pago<sup>9</sup>. El que ha recibido de buena fe una cosa cierta y determinada, debe restituirla en especie, si existe; pero no responde de las desmejoras o pérdidas, aunque hayan sido ocasionadas por su culpa, sino en cuanto se haya hecho más rico<sup>10</sup>.

La subrogación difiere de la cesión, dice Pothier, en que el acreedor, que ha subrogado en sus derechos a aquel de quien ha recibido el pago, no debiendo reputarse que vende ni cede el crédito, sino por una ficción que no debe perjudicarle, no queda obligado a ninguna garantía<sup>11</sup>.

A la evicción de los derechos cedidos por cosas con valor o por otros derechos, es aplicable lo dispuesto sobre evicción entre permutantes<sup>12</sup>.

Con relación a la evicción de las cesiones gratuitas, por remuneración de servicio o por cargas impuestas en la cesión, es aplicable lo dispuesto en las donaciones de esta clase<sup>13</sup>.

Si la cesión es gratuita no habrá evicción<sup>14</sup>, salvo en los supuestos contemplados en los arts. 2801 C. y sigts.

En casos de evicción total o parcial del derecho cedido, el cedente responde como está dispuesto respecto al vendedor, cuando es vencido el comprador en la cosa comprada<sup>15</sup>.

Si la cesión fuere de determinados derechos, rentas o productos transferidos en su totalidad, el cedente no responde sino de la evicción de todo en general, y no está obligado al saneamiento de cada una de las partes de que se componga, sino cuando la evicción fuere de la mayor parte<sup>16</sup>.

7. Arts. 2620 y 2621 C.

8. Art. 2073 inc. 1º C.

9. Art. 2073 inc. 2 C.

10. Art. 2073 inc. 3 C.

11. Nota No. 2 al art. 2727 C.

12. Art. 2728 C.

13. Art. 2729 C.

14. Art. 2800 C.

15. Art. 2730 C.

16. Art. 2731 C.

## B. Con relación al deudor y terceros

De acuerdo con el art. 2720 C. la cesión no produce efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptado por éste.

Existen, pues, dos formas para que la cesión produzca efectos con relación al deudor y terceros; la notificación al deudor o la aceptación de éste.

La aceptación puede ser expresa, como cuando el deudor comparece en la escritura de cesión y acepta la misma.

La aceptación puede ser tácita, tal como lo dispone el art. 2723 C. que dice: “La aceptación de que habla el art. 2720 cuando no sea expresa, puede consistir en un hecho que la suponga, como la litis contestación con el cesionario, un principio de pago al cesionario, etc”.

La notificación debe hacerse con exhibición del título cedido, si lo hubiere, pudiendo verificarla cualquier persona autorizada para cartular.

Si no hubiere título en que conste el crédito, la cesión se pondrá por escrito; y al pie de éste se hará la notificación de que habla el inciso anterior<sup>17</sup>.

No interviniendo la notificación o aceptación antedichas, podrá el deudor pagar al cedente, o embargársele el crédito por acreedores del cedente; y, en general, se considera existir el crédito en manos del cedente respecto del deudor y terceros<sup>18</sup>.

La falta de aceptación o notificación no impide el perfeccionamiento del contrato de cesión, pero es inoponible al deudor y a terceros. No hay nulidad, sino inoponibilidad.

La Corte Suprema ha dicho que:

**a)** La notificación de la cesión de un crédito no es un acto de cartulación, sino una mera diligencia judicial, propia de los Juzgados competentes, que pueden hacer las personas autorizadas<sup>19</sup>. Como consecuencia, puede ser hecha por un Juez de Distrito que no es Notario, aunque lo haya en el lugar<sup>20</sup>.

**b)** La notificación es necesaria aunque se trate de un crédito hipotecario, y si es anterior a la inscripción surte sus efectos desde la notificación. La ley exige que se haga la notificación con exhibición del título<sup>21</sup>, pero no que se haga constar en la diligencia esa circunstancia. Aún aceptado que no se hizo la exhibición, el objeto de ésta es que no hay incertidumbre sobre el crédito cedido, pero si no existe cuestión sobre la identidad, lo importante es que el deudor tenga conocimiento de la cesión efectuada y la falta de exhibición no produce nulidad<sup>22</sup>.

17. Art. 2721 C.

18. Art. 2724 C.

19. Art. 2721 C.

20. S. del 28 de Octubre de 1921, B.J., p. 3470.

21. Art. 2721 C.

22. S. 11:15 a.m. del 3 de Julio de 1929, B.J., p. 7062.

c) La notificación es necesaria únicamente para que el deudor sepa a quién hacerle el pago para determinar los derechos de los terceros embargantes del crédito<sup>23</sup>.

d) Se declara sin lugar la tercería de dominio respecto a un crédito, si no se prueba que la cesión fue notificada o aceptada antes del embargo, pues respecto a terceros el crédito existía en manos de cedente y podría ser embargado<sup>24</sup>.

e) Se puede demandar al cesionario aunque la cesión no haya sido notificada, y lo único que podría alegar el deudor en contra de ello es que ya pagó al cedente<sup>25</sup>.

f) Se estima válido el pago hecho al primer cesionario, aunque el deudor al serle notificada la cesión expresa que no la acepta<sup>26</sup>.

g) Existe notificación de la cesión de un documento de promesa de venta por haberse citado al promitente para reconocer su firma a solicitud del cesionario<sup>27</sup>.

h) Para demandar en la vía ejecutiva debe notificarse previamente la cesión, pero en el juicio ordinario, si se acompaña a la demanda la escritura de cesión, la notificación del emplazamiento equivalente a la notificación de la cesión<sup>28</sup>.

i) El cesionario de una promesa de venta puede demandar ejecutivamente al prometente vendedor aunque no se le haya notificado la cesión<sup>29</sup>.

j) El requerimiento en el juicio ejecutivo suple la notificación de la cesión al deudor<sup>30</sup>.

## 7. Diferencias entre la cesión y la novación por cambio de acreedor

**A.** En virtud de la cesión se trasmite al cesionario el crédito o derecho sin que se extinga la obligación; por el contrario, en la novación por cambio de acreedor se extingue la obligación anterior y nace otra diferente a favor del nuevo acreedor.

**B.** En la cesión no es necesaria la voluntad del deudor cedido; en cambio, en la novación por cambio de acreedor es preciso el consentimiento del deudor, pues de lo contrario no habrá novación, sino cesión de derechos<sup>31</sup>.

**C.** En la cesión se trasmite el crédito al cesionario con todos sus privilegios y garantías (hipotecas, prendas, etc.); en cambio en la novación se extingue la obligación principal con sus garantías y privilegios, siguiendo la suerte de lo principal, salvo las reservas.

23. S. 11 a.m. del 25 de octubre de 1937, B.J., p. 9909.

24. S. 12 m. del 4 de septiembre de 1931, B.J., p. 7832.

25. S. 12 m. del 15 de junio de 1937, B.J., p. 9732.

26. S. 11 a.m. del 9 de noviembre de 1940, B.J., p. 11087.

27. S. 12 m. del 18 de julio de 1950, B.J., p. 15162.

28. S. 11a.m. del 19 de agosto de 1954, B.J., p. 17100.

29. S. 10:30 a.m. del 9 de febrero de 1956, B.J., p. 17903.

30. S. 10:30 a.m. del 10 de junio de 1957, B.J., p. 18565.

31. Art. 2114 C.

**D.** En la cesión cabe la garantía de evicción; en cambio no existe en la novación por cambio de acreedor, ya que no hay transmisión por cuanto el primitivo crédito se extingue.

## **8. Comparación con la subrogación**

Existe gran similitud entre la cesión de crédito y la subrogación. En ambas se sustituye al acreedor originario por uno nuevo, sin que se produzca la extinción de la obligación y sus accesorios.

La semejanza es tan pronunciada que existen autores como Pothier que consideran a la subrogación como una cesión especial, *sui generis*.

No obstante existen diferencias entre ambas figuras:

**A.** Cuando la cesión se hace en virtud de un precio existe una venta, cuyo objeto principal y directo es transmitir el crédito o derecho; en cambio la subrogación es el resultado accesorio de un pago hecho para extinguir una obligación y liberar al deudor.

**B.** La subrogación opera en virtud de un acto desinteresado; en cambio la cesión siempre es acto de especulación.

**C.** La cesión siempre requiere el consentimiento del cedente; en cambio la subrogación puede operar sin consentimiento del acreedor, como sucede en la legal.

## **9. Jurisprudencia**

La Corte Suprema ha dicho que:

**A.** El reconocimiento hecho por un socio, de que los créditos hipotecarios que están a su favor pertenecen a la sociedad, no constituye una cesión de crédito<sup>32</sup>.

**B.** Lo que diga el deudor al ser notificado de la cesión no debe ser tomado en cuenta<sup>33</sup>.

**C.** El cesionario no debe ser tenido como tercero con relación al cedente y, como consecuencia, le perjudican los documentos privados que éste haya otorgado aunque no llenen los requisitos del art. 2376 C., ya que de acuerdo con el art. 2725 C. el deudor podrá invocar todas las excepciones que nacieren de tales documentos contra el cesionario. Con mayor razón si se trata de un crédito litigioso, en el cual el cedente y cesionario se identifican y desaparece por completo toda idea de tercero<sup>34</sup>.

32. S. 12 m. del 26 de Mayo de 1913, B.J., p. 100

33. S. 11:30 a.m. del 12 de Noviembre de 1921, B.J., p. 3483.

34. S. 12 m. del 23 de Junio de 1924, B.J., p. 4381.

35. S. 11 a.m. del 13 de Junio de 1928, B.J., p. 6362.

D. Cuando el deudor al reconocer el documento de crédito expresa quedar entendido de la cesión de éste, no puede oponer al cesionario la compensación o pago parcial que dice haber hecho con posterioridad a ese acto<sup>35</sup>.

## BIBLIOGRAFIA

ACUÑA ANZORENA, Arturo. **Cesión de Créditos**. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo II, p. 989 y sigts. ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit., Tomo IV, p. 425 y sigts. ARGUELLO BOLAÑOS, Horacio. **Notificación de la cesión de créditos Hominis est errare. Cuestiones de Derecho**. Editorial El Centroamericano. León, Nicaragua, p. 82 y sigts. BETTI, Emilio. Ob. cit., Tomo II, p. 233 y sigts. BORJA SORIANO, Manuel, Ob. cit., Tomo II, p. 237 y sigts. BRENES CORDOBA, Alberto. Ob. cit., p. 401 y sigts. COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H. Ob. cit., Tomo III, p. 339 y sigts. COLMO, Alfredo. Ob. cit., p. 705 y sigts. COSIO, Alfonso de. Ob. cit., pp. 327-328. CRUZ, Fernando. Ob. cit., Tomo III, p. 77 y sigts. DIEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., Vol. I, p. 789 y sigts. ENNECCERUS, Ludwig. Ob. cit., Vol. I, p. 374 y sigts. GAUDEMET, Eugene. Ob. cit., p. 481 y sigts. GAUGLIANONE, Aquiles Horacio. **La cesión del crédito embargado**. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1962. GIMENEZ ROIG, Eusebio. **Venta por el propietario no poseedor. Cesión de la acción reivindicatoria**. RCDI, Madrid, 1980. Nos. 537-538. Marzo-Abril, Mayo-Junio, p. 275 y sigts., p. 557 y sigts. GIORGI, Jorge. Ob. cit., Vol. VI, p. 83 y sigts. LARENZ, Karl. Ob. cit., Tomo I, p. 452 y sigts. GOMEZ DE LA SERNA, Pedro de y MONTALVAN, Juan Manuel. Ob. cit., Tomo II, p. 375. LATORRE, Enrique C. Ob. cit., p. 215 y sigts. MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean. Ob. cit., 2ª. parte. Vol. III. p. 497 y sigts. MESSINEO, Francesco. Ob. cit., Tomo IV, p. 188 y sigts. OSSORIO MORALES, Juan. Ob. cit., p. 155 y sigts. PALACIO P., H. Gustavo. Ob. cit., p. 399 y sigts. PEREZ VIVES, Alvaro. Ob. cit., Vol. III, p. 283 y sigts. PUIG BRUTAU, José. Ob. cit., Tomo II. Vol. II, p. 224 y sigts. RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Ob. cit., Tomo V, p. 276., p. 453 y sigts. RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. Ob. cit., p. 338 y sigts. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Ob. cit., Tomo V, Vol. III. p. 329 y sigts. RUGGIERO, Roberto de. Ob. cit., Tomo II. Vol. I, p. 195 y sigts. SALVAT M., Raymundo. Ob. cit., Tomo III, p. 692 y sigts. SELVA, Buenaventura. Ob. cit., p. 361. TRABUCCHI, Alberto. Ob. cit., Tomo II, p. 94 y sigts. VALENCIA ZEA, Arturo. Ob. cit., Tomo III, p. 427 y sigts. TUHR, Von A. Ob. cit., Tomo II, p. 285 y sigts.



## Capítulo III

### Cesión de derechos hereditarios

*SUMARIO: 1. Concepto. 2. Requisitos. 3. Efectos. 4. Prestaciones entre cedente y cesionario. 5. Contraprestación del cesionario. 6. Garantía de evicción. 7. Jurisprudencia.*

#### 1. Concepto

Existe cesión cuando el heredero transmite sus derechos hereditarios. No puede haber cesión de derechos hereditarios en un bien determinado, ha dicho la Suprema<sup>1</sup>.

Para que pueda hacerse la cesión es preciso que la sucesión esté abierta, ya que de acuerdo con el art. 2734 C., el derecho a una herencia no puede venderse, cederse ni traspasarse, mientras viva la persona de quien se espera la herencia.

#### 2. Requisitos

La cesión de derechos hereditarios debe de hacerse por escritura pública, la que se inscribirá en el Registro. Al mismo requisito está sometida la cesión del legado de un inmueble. No obstante, la cesión del legado de cosas muebles puede hacerse en instrumento privado<sup>2</sup>.

No se precisa la declaratoria de herederos para la cesión de los derechos hereditarios<sup>3</sup>.

Para inscribir la cesión de derechos hereditarios no es preciso que de previo se inscriba la declaratoria de herederos. Pero si la sucesión es testada debe estar inscrito el testamento para inscribir la cesión<sup>4</sup>.

#### 3. Efectos

La cesión produce la transmisión del derecho, pero en esta transmisión no va incluida la calidad de heredero por ser personalísima. No falta quien opine lo contrario. No obstante, se dice que tal discusión carece de interés, pues el

1. Cta. 9 de agosto de 1938, B.J., p. 10405.

2. Art. 2735 C.

3. Cta. 30 de octubre de 1957, B.J., p. 18821.

4. Art. 1255 C.

cesionario puede ejercer los mismos derechos del cedente. La Corte Suprema ha dicho que:

**A.** "... La calidad de heredero, siendo personalísima, no puede ser cedida, pues el heredero siempre es heredero y siempre continúa siéndolo: *quí semel haeres semper haeres*. De manera que al venderse un derecho hereditario tan sólo se comprende en la venta la suma de derechos y obligaciones patrimoniales de que se compone la herencia, considerada como una universalidad. Por lo que, el acto de la cesión de los derechos hereditarios trasmite al cesionario todos los créditos hereditarios, pero le adjudica también la obligación de pagar las deudas, debiendo entenderse sin embargo, que el cesionario de la herencia no puede ser tenido al pago de las deudas más allá de lo que alcance la herencia, pues fuera de que en general toda herencia debe entenderse aceptada bajo beneficio de inventario, es claro, además, que no adquiriendo como se ha dicho, el cesionario la calidad de heredero, no puede ser nunca obligado sino dentro de los límites de las obligaciones asumidas por él con respecto al que le vendió el derecho hereditario, y en caso de que no hubiere habido convenio alguno a ese respecto, dentro de los límites de la herencia. Si ésto es así, con mayor razón debe decirse que el cesionario no puede nunca ser obligado al pago de las deudas que no sean de la herencia, es decir, el pago de las deudas que no sean del causante...sino del cedente"<sup>5</sup>.

**B.** Aunque la calidad de heredero es personalísima y no puede ser cedida, no debe darse a ese principio mayor extensión que la que corresponde en derecho. Para terceros, el heredero es siempre el vendedor o cedente y contra él pueden dirigir sus acciones, pudiendo éste citar al comprador o cesionario. Como el cesionario no es un comprador de bienes hereditarios individualmente contemplados, la acción que corresponde es la de petición de herencia y no la de reivindicación y tal acción puede intentarse tanto contra el cedente como contra el cesionario o contra los dos a la vez<sup>6</sup>.

**C.** La escritura de cesión de derechos hereditarios debe ser inscrita previamente, pero en todo caso la declaratoria de herederos ha de ser a favor del cedente, porque la calidad de heredero no puede cederse, sino sólo se ceden los derechos de herencia. En la sentencia se hará mención de que esos derechos corresponden al cesionario<sup>7</sup>.

Para que pueda existir cesión es preciso que se haga antes de la partición y adjudicación de los bienes pues si se celebra después habrá venta. Así se dispone en el art. 2736 C. que dice: "La cesión de derechos hereditarios en los términos de que se habla en este capítulo, podrá hacerse por los herederos antes de la partición y adjudicación de bienes. Si se hiciere después, la cesión se registrará por las disposiciones del contrato de compra y venta".

La Suprema ha dicho que:

5. S. 11:30 a.m. del 23 de septiembre de 1927, B.J., p. 6104.

6. S. 11:30 a.m. del 27 de mayo de 1932, B.J., p. 8026.

7. Cta. 26 de mayo de 1943, B.J., p. 12055.

8. Cta. 12 de julio de 1958, B.J., p. 19330.

a) Los herederos pueden ceder sus derechos hereditarios aún después del traspaso de los bienes a su favor, pero una vez inscrita la partición los derechos hereditarios se transforman en derechos reales y ya no pueden cederse<sup>8</sup>.

b) La cesión hecha después de la partición es ineficaz e inútil<sup>9</sup>.

#### 4. Prestaciones entre el cedente y cesionario

Si el heredero se hubiere aprovechado de los frutos o percibido créditos, o vendido efectos hereditarios, estará obligado a reembolsar al cesionario el valor de ellos. Para que el cedente esté obligado a reembolsar los frutos es necesario que el cesionario pruebe que se ha aprovechado de ellos, ha dicho la Suprema.<sup>10</sup>

El cesionario, por su parte, estará obligado a indemnizar al cedente los costos necesarios o prudenciales que haya hecho el cedente en razón de la herencia.

Cediéndose una cuota hereditaria, se entenderá cederse al mismo tiempo las cuotas hereditarias que por el derecho de acrecer sobrevengan a ella, salvo que se haya estipulado otra cosa. Se aplicará al legatario las mismas reglas<sup>11</sup>.

#### 5. Contraprestación del cesionario

El cesionario debe cumplir con su contraprestación: pagar el precio, transmitir el derecho permutado. Si es a título gratuito no existe contraprestación por parte del cesionario. Estamos en presencia de otro efecto de la cesión.

#### 6. Garantía de evicción

El cedente le debe al cesionario garantía de evicción. Esto es otro efecto de la cesión. El cedente garantiza su calidad de heredero, por haber sido llamado por la ley o el testamento<sup>12</sup>. No garantiza la extensión y valor de herencia.

El art. 2737 C. expresa que en la cesión de herencia el cedente sólo responde por la evicción que excluya su calidad de heredero y no por la de los bienes de que la herencia se componía. Su responsabilidad será juzgada como la del vendedor.

Dispone el art. 2732 C. que el que cede a título oneroso un derecho de herencia o legado, sin especificar los objetos de que la herencia o legado se compone, no se hace responsable sino de su calidad de heredero o legatario.

El cedente responde cuando no es heredero, cuando ha sido excluido por indignidad, o cuando se anuló o revocó el testamento en que fue instituido; pero no responde del hecho de que la herencia produzca un provecho menor del

9. S. 9 a.m. del 16 de marzo de 1961, B.J., p. 20337.

10. S. 10 a.m. del 6 de noviembre de 1950, B.J., p. 15308.

11. Art. 2733 C.

12. Arts. 2732 y 2737 C.

pensado, tampoco responde de los vicios redhibitorios de los bienes hereditarios, o si se produce evicción en virtud de reivindicación de bienes por terceros.

Cuando se trata de derechos litigiosos o dudosos no existe la garantía de evicción. El art. 2738 C. dice: “Si los derechos hereditarios fueren de una sucesión intestada, o estuvieren cedidos como dudosos, el cedente no responde por la evicción”.

El art. 2195 del Código Civil de Argentina fue tomado del art. 3586 del Proyecto de Freitas que habla de derechos hereditarios dudosos o litigiosos y no de legítimos como por error usa aquél. Este error pasó a nuestro código, y se pone de manifiesto si se tiene en cuenta que de acuerdo con los arts. 2732 y 2737 C. el cedente de una sucesión intestada responde de la evicción.

Al respecto nuestros anotadores expresan: El modelo argentino dice: “Si los derechos hereditarios fueren legítimos o estuvieren...” etc. Los comentaristas argentinos opinan que probablemente la palabra legítimos fue puesta en el Código de Argentina por equivocación, en vez de litigiosos, porque no se conciben derechos hereditarios que no sean legítimos. Nuestros codificadores equipararon los derechos de una sucesión intestada a los derechos hereditarios legítimos de que habla el modelo, creyendo quizás que a eso se refería; y han dejado por esto la disposición poco lógica, porque en verdad no hay razón para que el cedente de los derechos hereditarios de una sucesión intestada no responda por la evicción, como se halla dispuesto en los arts. 2732 y 2737<sup>13</sup>.

Si el cedente sabía positivamente que la herencia no le pertenecía, aunque la cesión de sus derechos fuere como inciertos o dudosos, la exclusión de su calidad de heredero le obliga a devolver al cesionario lo que de él hubiere recibido y a indemnizarlo<sup>14</sup>. Se debe la evicción por cuanto se ha procedido de mala fe, aunque el derecho fuere cedido como incierto o dudoso o en calidad de litigioso.

Si el cedente hubiere cedido los derechos hereditarios, sin garantizar al cesionario que sufre la evicción, éste tiene derecho a repetir lo que le dio por ellos; pero queda exonerado de satisfacer indemnización y perjuicios<sup>15</sup>. En este caso han convenido excluir la garantía de la evicción.

## 7. Jurisprudencia

La Corte Suprema ha dicho que:

**A.** La renuncia de una parte de los derechos hereditarios hecha por el cedente en escritura pública no inscrita con anterioridad a la cesión, no perjudica al cesionario de los derechos hereditarios<sup>16</sup>.

13. Nota al art. 2738 C.

14. Art. 2739 C.

15. Art. 2740 C.

16. S. 12 m. del 28 de agosto de 1931, B.J., p. 7824.

17. S. 11:30 a.m. del 27 de mayo de 1932, B.J., p. 8026.

18. S. 10 a.m. del 31 de julio de 1939, B.J., p. 10634.

19. S. 12 m. del 20 de febrero de 1942, B.J., p. 11520.

20. S. 12 m. del 9 de septiembre de 1942, B.J., p. 11726.

**B.** Si se anula el testamento debe declararse insubsistente la cesión de derechos hereditarios derivados de él<sup>17</sup>.

**C.** La inscripción de la cesión en el Libro de Personas perjudica a terceros<sup>18</sup>.

**D.** El cesionario puede impugnar el reconocimiento de hijo hecho a favor del causante<sup>19</sup>.

**E.** Es dueño de los derechos hereditarios el cesionario que primero inscribe la cesión<sup>20</sup>.

**F.** El que se cree verdadero heredero no puede demandar la nulidad de la adjudicación de los derechos hereditarios hecha en virtud de ejecución de un acreedor contra el heredero aparente, ya que es un tercero extraño a esa relación contractual<sup>21</sup>.

**G.** Una persona ajena al contrato no puede demandar la nulidad de la cesión de derechos hereditarios alegando que el cedente pretendía ser el único heredero y en realidad habían otros, por cuanto los contratos sólo producen efecto entre las partes y, como consecuencia, sólo éstos pueden pedir su nulidad cuando es relativa<sup>22</sup>.

**H.** El legatario puede ceder su derecho al legado sin necesidad de que otorgue venta, con mayor razón cuando no se le ha entregado, aun cuando se encuentre en posesión material de él. Art. 2372 C<sup>23</sup>.

**I.** El cedente no puede demandar la nulidad de la declaratoria de herederos obtenida por el cesionario, por carecer de interés en ello<sup>24</sup>.

**J.** Afecta a terceros la inscripción de la cesión en el Libro de Personas. Es nula la subasta en una ejecución seguida contra una sucesión representada por un heredero que ya había cedido sus derechos<sup>25</sup>.

**K.** El cedente no tiene acción para demandar a otro heredero por frutos percibidos de la herencia, ya que corresponde tal acción al cesionario<sup>26</sup>.

21. S. 9 a.m. del 31 de octubre de 1947, B.J., p. 14071.

22. S. 12 m. del 18 de marzo de 1948, B.J., p. 14188.

23. S. 10 a.m. del 6 de noviembre de 1950, B.J., p. 15308.

24. S. 10 a.m. del 20 de noviembre de 1950, B.J., p. 15327.

25. S. 10:45 a.m. del 22 de junio de 1957, B.J., p. 18581.

26. S. 12 m. del 19 de julio de 1963, B.J., p. 287.

## BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit., Tomo IV, p. 436 y sigts. BORJA SORIANO, Manuel. Ob. cit., Tomo II, p. 249 BRENES CORDOBA, Alberto. Ob. cit., pp. 412 y 413. DIEGO, Felipe Clemente de. Ob. cit., Vol VI. p. 385 y sigts. GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Ob. cit., p. 764 y sigts. MENENDEZ VALDES GOLPE, Eduardo. **Cesiones de Derechos Hereditarios**. RDN, 1967. No. 55, p. 221. PALACIO P., H. Gustavo. Ob. cit., pp. 403 y 404. ROCA SASTRE, Ramón María. **Problemas de la venta de herencia**. AAMN. Ob. cit., 1953, Tomo VII, p. 667 y sigts. RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. Ob. cit., pp. 365 y 366. SALVAT M., Raymundo. Ob. cit., Tomo I. **Fuentes de las obligaciones**. p. 468 y sigts. SELVA, Buenaventura. Ob. cit., p. 362.

## Capítulo IV

### Cesión de derechos litigiosos

*SUMARIO: 1. Definición. 2. Causa. 3. La cesión de derechos litigiosos es un contrato solemne. 4. Derecho de rescate o retracto. 5. Casos en que no cabe el derecho de rescate. 6. Jurisprudencia.*

#### 1. Definición

De conformidad con el art. 2741 C. se cede un derecho litigioso, cuando el objeto directo de la cesión es el evento incierto de la litis, del que no se hace responsable el cedente.

Se entiende litigioso un derecho: desde que se notifica judicialmente la demanda, en los juicios ordinarios, verbales y sumarios; en los ejecutivos, desde la notificación del auto de requerimiento de pago; en los concursos voluntarios, desde que el cedente presenta al juzgado respectivo su escrito de cesión; y en los concursos necesarios y quiebras, desde que el Juez los decreta, sin perjuicio de lo dispuesto para los juicios ejecutivos<sup>1</sup>.

#### 2. Causa

La cesión de los derechos litigiosos pueden tener diferentes causas: ventas y permutas (cesión onerosa), o bien una donación (cesión gratuita)<sup>2</sup>. El art. 2742. dice: «Es indiferente que la cesión haya sido a título de venta o permutación; y que sea el cedente o el cesionario el que persigue el derecho».

#### 3. La cesión de derechos litigiosos es un contrato solemne

Para que pueda tener validez la cesión de derechos litigiosos, es preciso que se haga en escritura pública o en acta judicial. Así lo dispone el art. 2743 C., que dice: “Las cesiones de derechos litigiosos, no pueden hacerse, bajo pena de nulidad, sino por escritura pública, o por acta judicial extendida en el respectivo expediente”.

#### 4. Derecho de rescate o retracto

1. Art. 2741 inc. 2 C.

2. Art. 2745 C.

Desde el Derecho romano se ha tratado de evitar la especulación de los que compran créditos litigiosos, casi siempre a bajo precio, y posteriormente proceden con saña contra el deudor.

El rescate o retracto es el instrumento de que se ha valido el derecho para remediar tal especulación. Su origen es romano. Consiste en la facultad que tiene el deudor de pagarle al cesionario el valor real que dio por el derecho cedido, con los intereses.

Este beneficio está contemplado en el art. 2744 C., que dice: “El deudor no estará obligado a pagar al cesionario, sino el valor de lo que éste haya dado por el derecho cedido, con los intereses desde la fecha en que se haya notificado la cesión al deudor”.

Para que el derecho de retracto o rescate funcione deben reunirse las condiciones siguientes:

**A.** Que el deudor le pague al cesionario el monto de lo que éste pagó al cedente, más los intereses desde la fecha en que se le notificó la cesión.

**B.** Que el deudor haga valer el rescate oportunamente. De acuerdo con el art. 2747 C. el tiempo oportuno es de nueve días, contados desde la notificación del auto en que se manda a ejecutar la sentencia. Este plazo es de caducidad y no de prescripción.

**C.** Que la cesión pueda ser objeto de rescate. Por regla general el deudor puede invocar este derecho, salvo en los casos contemplados en los arts. 2745 y 2746 C. y 94 CC.

## **5. Casos en que no cabe el derecho de rescate**

De acuerdo con los arts. 2745, 2746 C. y 94 CC. no cabe el derecho de rescate:

**A.** En las cesiones enteramente gratuitas.

**B.** Cuando la cesión se hace por el ministerio de la justicia, es decir, cuando se hizo por pública subasta.

**C.** Cuando la cesión va comprendida en la enajenación de una cosa de que el derecho litigioso forma una parte o accesión.

**D.** Cuando la cesión la hace un coheredero o copropietario a otro coheredero o copropietario de un derecho que pertenecía a ambos.

**E.** Cuando la cesión la hace el cedente al cesionario en pago de lo que le debe. José le debe a Raúl C\$52.000 y le da en pago a éste un derecho litigioso que tiene contra Manuel. En este caso existe una dación en pago.

**F.** Si el derecho cedido es necesario para el goce tranquilo y seguro de un inmueble que posea de buena fe el cesionario, ya sea como usufructuario o arrendatario.

**G.** Si el derecho litigioso cedido proviene de un acto de comercio.



## 6. Jurisprudencia

La Corte Suprema ha dicho que:

**A.** El cesionario no está obligado a pagar los honorarios devengados en el juicio por el abogado del cedente<sup>3</sup>.

**B.** Cuando se ceden los derechos litigiosos en un juicio en que se ventile el dominio de una cosa, hay traspaso de derecho real y, por lo tanto, esa cesión habilita para intervenir en otro juicio relacionado con la misma propiedad<sup>4</sup>.

**C.** Puede cederse el derecho litigioso civil proveniente de una causa criminal<sup>5</sup>.

## BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit., Tomo IV, p. 442 y sigts. BORJA SORIANO, Manuel. Ob. cit., Tomo II, p. 248. BRENES CORDOBA, Alberto. Ob. cit., p. 414 y sigts. DIEGO FELIPE, Clemente de. Ob. cit., Tomo II, pp. 236-237. GIORGI, Jorge. Ob. cit., Vol. VI, p. 133 y sigts. GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Ob. cit., p. 764. LATORRE, Enrique C. Ob. cit., p. 248 y sigts. OSSORIO MORALES, Juan. Ob. cit., p. 162, PEREZ VIVES, Alvaro. Ob. cit., Vol. III, p. 301 y sigts. RODRIGUEZ-ARIAS, BUSTAMANTE, Lino. Ob. cit., pp. 367-368. SELVA, Buenaventura. Ob. cit., pp. 362 y 363.

3. S. 11 a.m. del 2 de mayo de 1933, B.J., p. 8247.

4. S. 10 a.m. del 27 de enero de 1938, B.J., p. 10035.

5. Cta. 5 de mayo de 1945, B.J., p. 12861.

## Capítulo V

### Cesión o asunción de deuda

*SUMARIO: 1. Concepto. 2. Breve historia de la asunción de deuda. 3. Formas de constituirse. 4. Efectos: A. Efectos entre el acreedor y el nuevo deudor. B. Efectos entre el nuevo y primitivo deudor (cedente). C. Efectos entre el acreedor y el primitivo deudor. D. Efectos con relación a terceros. 5. Posibilidad de aplicación en nuestro Derecho.*

#### 1. Concepto

Es el acto en virtud del cual el deudor, con consentimiento del acreedor, cede su deuda a un tercero, sin que se extinga la obligación. La obligación es la misma: el mismo acreedor y el mismo objeto, sólo varía el deudor.

#### 2. Breve historia de la asunción de deuda

El Derecho romano no admitió la cesión de deuda. Si se cambiaba al deudor se producía la extinción de la obligación. El Derecho francés tampoco conoció la asunción de deuda. El Código Civil no la contempló.

Se piensa que el deudor tiene que pagar y lo mismo es que lo haga a su acreedor o al cesionario del crédito; pero no sucede lo mismo con la cesión de deuda, pues al acreedor no le es indiferente que le deba otra persona distinta del deudor. Es posible que el sustituto sea menos solvente que el deudor primitivo o bien que sea insolvente. De aquí que autores como Laurent estimen que la cesión de deuda es ilegal e imposible. No obstante, algunos autores franceses, como Gaudemet, sostienen su posibilidad. El Código alemán consagró la asunción de deuda, recogiendo las prácticas antiguas. Los códigos civiles de Suiza y Austria, de tendencia germánica, la admiten. También admiten la cesión los códigos romanizados de Italia y Portugal. En América la admite el Código Civil mexicano.

#### 3. Formas de constituirse

Existen dos formas de realizar la asunción:

A. En virtud de un contrato celebrado entre el acreedor y el nuevo deudor (transmisionario), perdiendo aquél su crédito contra el primitivo deudor.

El art. 414 del código alemán consagra este sistema. Dice: “Una deuda puede ser asumida por un tercero mediante contrato con el acreedor de forma que el tercero se subroge en la posición del anterior deudor”.

**B.** En virtud de un contrato celebrado entre el deudor y el tercero que asume la deuda, sujeta al consentimiento o ratificación del acreedor que pierde su derecho contra el primitivo deudor.

Este sistema lo consagra el art. 415 del código alemán:

“Si la asunción de deuda es pactada por el tercero con el deudor, su eficacia depende de la ratificación del acreedor. La ratificación sólo puede realizarse si el deudor o el tercero han comunicado al acreedor la asunción de deuda. Hasta la ratificación, las partes pueden modificar o invalidar el contrato.

Si la ratificación es negada, la asunción de deuda vale como no realizada. Si el deudor o el tercero requieren al acreedor, bajo determinación de un plazo, para la declaración sobre la ratificación, ésta sólo puede ser declarada hasta el transcurso del plazo; si no es declarada, vale como denegado.

En tanto el acreedor no haya otorgado la ratificación, en la deuda el asumiendo está obligado frente al deudor a satisfacer al acreedor en tiempo oportuno. Lo mismo vale si el acreedor niega la ratificación”.

#### **4. Efectos**

Para el estudio de los efectos es preciso distinguir: efectos entre acreedor y nuevo deudor, entre el nuevo y el primitivo deudor y entre el acreedor y el primitivo deudor.

##### **A. Efectos entre el acreedor y el nuevo deudor**

###### **a) Obligaciones del nuevo deudor (trasmisionario)**

El nuevo deudor asume las mismas obligaciones del deudor primitivo. El art. 2055 del Código Civil de México dice: “El deudor sustituto queda obligado en los términos en que lo estaba el deudor primitivo...”

###### **b) Garantías que asume el nuevo deudor**

Es preciso distinguir si las garantías las estableció el cedente (o primitivo deudor) o un tercero.

En el primer caso las garantías subsisten, a pesar de la transmisión de la deuda y del cambio del deudor. Es lógico pensar que el acreedor que consiente la transmisión no quiere debilitar su posición, por lo que si el deudor primitivo constituyó prenda o hipoteca, éstas subsistirán con la transmisión.

En el segundo caso las garantías (hipoteca, prenda o fianza) se extinguen, pues el tercero se ha obligado en consideración del deudor cedente y no del nuevo, que posiblemente ni conozca, salvo que acepte la continuación de las garantías. El art. 2055 del Código Civil de México dice: “... Pero cuando un tercero ha constituido fianza, prenda o hipoteca para garantizar la deuda, estas garantías cesan con la sustitución del deudor, a menos que el tercero consienta en que continúen”.

### **c) Excepciones que puede oponer el nuevo deudor al acreedor**

El nuevo deudor puede oponer al acreedor todas las excepciones que deriven de la obligación y las personales que tuviere en su contra.

### **B. Efectos entre el nuevo y primitivo deudor (cedente)**

El deudor cedente transmite la obligación al nuevo deudor, que la asume en toda su extensión. Las obligaciones del cedente con el nuevo deudor serán objeto del convenio que entre ellos celebren.

### **C. Efectos entre el acreedor y el primitivo deudor**

El deudor cedente se libera de la obligación y como consecuencia:

**a)** Ya no puede el acreedor reclamarle la deuda, salvo pacto en contrario, en caso de insolvencia.

El art. 2053 del Código Civil mexicano dice: “El acreedor que exonera al antiguo deudor, aceptando otro en su lugar, no puede repetir contra el primero, si el nuevo se encuentra insolvente, salvo convenio en contrario”.

**b)** Si se anula la asunción, el deudor cedente reasume la obligación que había transmitido con todos sus accesorios, pero con la reserva de los derechos que pertenecen a terceros de buena fe.

### **D. Efectos con relación a terceros**

**a)** Si las garantías (fianza, hipoteca o prenda) fueron dadas por terceros, se extinguen por la asunción de la deuda.

**b)** Si se declara nula la asunción, y el acreedor había consentido en la cancelación de la garantía, el deudor cedente reasume la obligación, sin perjuicio de los terceros de buena fe. Ejemplo: Juan le debe a Pedro C\$100.000 con garantía hipotecaria sobre su finca X. Juan cede la obligación a José, con el consentimiento de Pedro, quien acepta cancelar la hipoteca. Posteriormente Juan la hipoteca a Manuel en virtud de un préstamo. Si se declara nula la cesión, Juan reasume la obligación, pero debe respetarse la hipoteca de Manuel, si éste tiene buena fe.

**c)** Si el nuevo deudor asume la obligación en fraude de sus acreedores, éstos podrán atacar el acto por medio de la acción pauliana.

## **5. Posibilidad de aplicación en nuestro Derecho**

Nuestro Código Civil no la contempla, pero tampoco la prohíbe. Por otra parte, en el mencionado cuerpo legal rige un sistema de libertad contractual, en virtud del cual podrá celebrarse la mencionada cesión.

El convenio de asunción podría celebrarse entre el acreedor y el nuevo deudor, con o sin el consentimiento del primitivo deudor, o bien mediante convenio

entre el deudor cedente y el nuevo, sujeto al consentimiento posterior del acreedor.

La doctrina también habla de una asunción acumulativa de deuda en la cual el deudor originario no es liberado, colocándose junto al nuevo con el carácter de solidario o en la forma convenida.

Son muchos los autores de los países que tienen códigos como el nuestro, que no regulan la asunción de deuda, pero admiten su posibilidad.

## BILBIOGRAFIA

BETTI, Emilio. Ob. cit., Tomo II, p. 301 y sigts. BORJA SORIANO, Manuel. Ob. cit., Tomo II, p. 267 y sigts. COLMO, Alfredo. Ob. cit., p. 743 y sigts. COSIO, Alfonso de. Ob. cit., pp. 328 y 329. **La transmisión pasiva de obligaciones a título singular.** AAMN. Ob. cit., Tomo I, p. 183 y sigts. DIEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., Vol. I, p. 813 y sigts. ENNECCERUS, Ludwing. Ob. cit., Vol. I, p. 404 y sigts. GAUDEMET, Eugene. Ob. cit., p. 504 y sigts. GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Ob. cit., p. 779 y sigts. ITZIGSOHN DE FISCHMAN, María E. **Trasmisión de deuda.** Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo XXVI, pp. 344 y 345. LARENZ, Karl. Ob. cit., Tomo I, p. 475 y sigts. MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean. Ob. cit., 2ª. parte. Vol. III, p. 520 y sigts. MENENDEZ HERNANDEZ, José. **Una nueva figura Jurídica: La adjudicación en pago de Asunción de deudas.** Instituto Editorial REUS. Madrid. 1961. MESSINEO, Francesco. Ob. cit., Tomo IV, pp. 186-187. MEZA BARROS, Ramón. Ob. cit., p. 283 y sigts. OSSORIO MORALES, Juan. Ob. cit., p. 164 y sigts. PEREZ VIVES, Alvaro. Ob. cit., Vol. III, p. 311 y sigts. RIPERT, Georges, y BOULANGER, Jean. Ob. cit., Tomo V, p. 277 y sigts. RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. Ob. cit., p. 338 y sigts., p. 371 y sigts. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Ob. cit., Tomo V. Vol. III, p. 355 y sigts. RUGGIERO, Roberto de. Ob. cit., Tomo II. Vol. I, p. 193. SALVAT M., Raymundo. Ob. cit., Tomo III, p. 176 y sigts. TRABUCCHI, Alberto. Ob. cit., Tomo II, p. 101. VALENCIA ZEA, Arturo. Ob. cit., Tomo III, p. 443 y sigts. TUHR, Von A. Ob. cit., Tomo II, p. 331 y sigts.

## Capítulo VI

### Cesión de contrato

*SUMARIO: 1. Ideas generales. 2. Forma. 3. Efectos: A. Relaciones entre cedente y cedido. B. Relaciones entre cedido y cesionario. C. Relaciones entre cedente y cesionario. 4. El Código Civil y la cesión de contrato.*

#### 1. Ideas generales

Esta es otra nueva figura que recogen los códigos modernos de Italia y Portugal. El Código italiano la regula en los arts. 1406 a 1410.

El objeto de la cesión de contrato es un contrato y se estima como un negocio trilateral<sup>1</sup>: el cedente que sale de la relación contractual, el cesionario que entra en dicha relación y el cedido que es el que permanece atado al vínculo. **El consentimiento del contratante cedido es necesario para que pueda funcionar la cesión.**

Existe una transmisión de derecho y obligaciones, una transmisión unitaria<sup>2</sup> de la posición contractual. Por ejemplo: el arrendatario puede ceder sus derechos y obligaciones, el promitente comprador puede ceder sus derechos a recibir la cosa y la obligación de entregar el precio.

También es posible que en las ventas en bloques de empresas, haciendas o negocios, el adquirente subentre en los contratos necesarios para la explotación de la empresa (contratos de trabajo); pero en tales casos la doctrina sostiene que propiamente no existe cesión de contrato, sino una sucesión de contrato.

Con relación a la promesa de venta, en nuestra práctica la cesión opera sin el consentimiento del promitente vendedor. En estricto derecho debe exigirse, pero debe tomarse en cuenta que en tal supuesto, por lo general, al vendedor le es indiferente la persona del comprador<sup>3</sup>.

1. Si sólo uno es el obligado habrá cesión de crédito o de deuda, pero no cesión de contrato. Por otra parte, es preciso que las prestaciones recíprocas no estén cumplidas. Si ambas están cumplidas no habrá contrato que ceder. Si sólo se cumplió una prestación, únicamente habrá un obligado y la cesión será del crédito o de la deuda.
2. Sobre su estructura jurídica se han formulado dos teorías: la atomista o de la descomposición y la unitaria. En virtud de la primera se estima que la cesión de contrato no es un negocio unitario, sino la suma de negocios independientes (cesión de crédito y de deuda) unidos entre sí. En virtud de la segunda se considera que existe una cesión única y no un conjunto de cesiones. La teoría atomista ha sido abandonada por la doctrina, acogiendo actualmente a la unitaria. Pero no puede desconocerse la importante influencia que ejerció en los primeros tiempos la teoría atomista.
3. La consideración de la persona que se tuvo en cuenta en el contrato cedido (*intuitu personae*) no es obstáculo para que opere la cesión de contrato, dado su carácter trilateral. Si el cedido estima que el cedente posee cualidades personales que no tiene el cesionario, puede negarse a prestar su consentimiento.

## **2. Forma**

La cesión de contrato debe tener la misma forma del contrato cedido. Es verdad que no existe una disposición que así lo diga, pero puede deducirse del art. 2483 inc. 7 C. La libertad de forma, pues, se encuentra limitada.

## **3. Efectos**

Para el estudio de los efectos es preciso distinguir tres tipos de relaciones: relaciones entre cedente y cedido; relaciones entre cedido y cesionario; y relaciones entre cedente y cesionario.

### **A. Relaciones entre cedente y cedido**

El cedente queda liberado con relación al cedido de las obligaciones del contrato cedido y, además, pierde sus derechos emanados del mismo. Esta liberación no tiene efecto retroactivo. Si el contrato cedido es de tracto sucesivo y se ha ejecutado parcialmente, el cedente y el cedido están obligados a las prestaciones que resultan de esa época.

Si el cedente no es liberado, continuará obligado con relación al contratante cedido en forma subsidiaria, o sea, para el supuesto de que no cumpla el cesionario sus obligaciones contractuales.

### **B. Relaciones entre el cedido y el cesionario**

El cesionario pasa a ocupar la posición contractual del cedente, formando junto con el cedido las partes del contrato.

El contratante cedido puede oponer al cesionario las excepciones derivadas del contrato, pero no las que se deriven de otras relaciones.

Por otra parte, el contratante cedido ya no puede cumplir el contrato a favor del cedente y si lo hace no extingue la obligación respecto del cesionario.

### **C. Relaciones entre cedente y cesionario**

El cedente garantiza al cesionario la existencia y validez del contrato. También el cedente se puede obligar a garantizar el cumplimiento del contrato por parte del contratante cedido. Esta obligación es subsidiaria y no comprende los daños y perjuicios.

Las garantías dadas por el cedente no se extinguen; en cambio, las otorgadas por los terceros sí se extinguen, salvo que éstos permitan la sustitución. Esta es la opinión general. No obstante, algunos autores piensan que en ambos supuestos se extinguen las garantías, salvo consentimiento expreso del constituyente de la garantía.

#### 4. El Código Civil y la cesión de contrato

Nuestro Código Civil no regula tal figura, empero reconoce excepcionalmente la cesión del arriendo en el art. 2887 C., como un caso típico de cesión de contrato, lo cual es confirmado por la Suprema en S. de las 10 a.m. del 6 de octubre de 1984 B.J., p. 1444. Pero puede convenirse a tenor del art. 2437 C., sin necesidad de recurrir, en forma independiente, a la cesión de crédito y a la asunción de deuda. Por otra parte, la Corte Suprema la ha aceptado en forma general: “Los derechos y obligaciones que resultan de un contrato bilateral son transferibles, pero el otro contratante debe tener intervención y en caso contrario no le afecta. Si en la cesión de crédito se requiere notificación, el traspaso de un contrato requiere el consentimiento del otro contratante”<sup>4</sup>.

### BIBLIOGRAFIA

ALTERINI ATILIO, Aníbal y REPETTI, Enrique Joaquín. **La cesión del contrato**. Editorial Bibliográfica Argentina. 1962. BETTI, Emilio. Ob. cit., Tomo II, p. 224 y sigts. CASTAN TOBEÑAS, José. Ob. cit., Tomo III, p. 339. DIEGO, Felipe Clemente de. ob. cit., Tomo II, p. 228 y sigts. DIEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., Vol. I, p. 827 y sigts. GARCIA-AMIGO, Manuel. **La cesión de contratos en el derecho español**. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1964 GAUDEMET, Eugene. Ob. cit., p. 508 y sigts. GOLDSTEIN, Mateo. **Cesión de contrato**. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo IV, p. 302 y sigts. LARENZ, Karl. Ob. cit., Tomo I, p. 452. MESSINEO, Francesco. Ob. cit., Tomo IV, p. 200. MONTES, Angel Cristóbal. **Estudios de Derecho. La cesión de contrato**. Editorial Imprenta de la Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1970, p. 75 y sigts. NUÑEZ-LAGOS, Rafael. **La cesión del contrato**. RDN, 1956. No. 12, p. 7. PEREZ VIVES, Alvaro. Ob. cit., Vol. III, p. 315 y sigts. RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. Ob. cit., p. 353 y sigts. TRABUCCHI, Alberto. Ob. cit., Tomo II, p. 102 y sigts.

4. S. 11:30 a.m. del 11 de agosto de 1929, B.J., p. 7053.



## *Sexta Parte*

# Extinción de las Obligaciones

## Capítulo I

### Modos de extinguir las obligaciones

*SUMARIO: 1. Ambito del tema. 2. De los modos de extinguir las obligaciones. 3. Clasificación.*

#### 1. Ambito del tema

La obligación nace, surte sus efectos y muere. Expresa G. Radbruch: “El derecho de obligación lleva en sí el germen de su propia muerte, desaparece en el momento que alcanza el cumplimiento de su fin”.<sup>1</sup> Sobre este último aspecto nos dedicaremos ahora.

Al derecho real, su naturaleza jurídica le comunica la consistencia y perdurabilidad, generalmente ilimitada, aunque por supuesto puede también ser objeto de extinción<sup>2</sup> en cambio la obligación tiene carácter temporal, destinada a su extinción mediante el pago o cumplimiento y además bastante susceptible a convenios<sup>3</sup>, modalidades<sup>4</sup>, cambios<sup>5</sup>, hechos<sup>6</sup>, situaciones<sup>7</sup>. De aquí que la doctrina y la legislación le dediquen mayor espacio y atención a la extinción de las obligaciones que a la de los derechos reales.

1 (1) Citado por Boffi Boggero. Tratado. Ob. cit, T4, p.18.

2 Prescripción, término extintivo, condición resolutoria, muerte del usufructuario, usuario y habitador, confusión (unión del dominio y la hipoteca o servidumbre, etc. en una sola persona).

3 Mutuo disendo o transacción.

4 Plazo extintivo, plazo esencial, condición resolutoria, etc.

5 Novación.

6 Imposibilidad por caso fortuito o fuerza mayor para cumplir la prestación, muerte del socio, mandante o mandatario, del colono, del comodatario, del depositante o depositario en el depósito voluntario y del comodatario, nulidad del acto o contrato, la prescripción, etc.

7 La obligación sujeta a una condición suspensiva.

## 2. De los modos de extinguir las obligaciones

Son modos de extinguir las obligaciones los actos o hechos jurídicos que liberan al deudor de la prestación a que está obligado para con el acreedor.

En dos artículos del Código Civil se hace una enumeración y no una clasificación de la obligación propia de la doctrina. Como veremos más adelante se critica porque el Código no tiene porque hacer enumeraciones, sino sólo señalar los hechos que producen la extinción y además porque peca por exceso y por defecto.

Los arts. 2004 y 2005 C. hacen la siguiente enumeración de modos:

- A. El mutuo consentimiento.
- B. El pago o cumplimiento.
- C. La novación.
- D. La renuncia o remisión de la deuda.
- E. La compensación.
- F. La confusión de derechos de acreedor y deudor.
- G. La imposibilidad del pago.
- H. La transacción.
- I. La declaratoria de nulidad o rescisión.
- J. La prescripción.

Se estima que la enumeración anterior no es completa, pues faltan la dación en pago, el plazo extintivo, la muerte del acreedor en los contratos *intuitu personae* como sucede en el mandato que se extingue por la muerte del mandante o mandatario.

Por otra parte, se critica la enumeración de nuestro Código porque comprende modos de extinguir contratos como la nulidad o rescisión. También consagra la transacción. No todas las legislaciones incorporan a la nulidad y a la transacción entre los modos de extinción.

El Código Civil regula en capítulos sucesivos los modos enumerados en los literales b), c), d), e), f), g), h) e i), ocupándose de la prescripción en el Título V, del Tomo I.

## 3. Clasificaciones

La doctrina suele dar una variada clasificación. La clasificación más usual es la siguiente.

A) Modos en virtud de los cuales se extingue la obligación, satisfaciéndose al acreedor. Por ejemplo: el pago, la dación en pago, la compensación, la novación.

B) Modos en los cuales se extingue la obligación sin que reciba nada en cambio el acreedor, como sucede con la remisión, con la imposibilidad de pago y con la prescripción.

C) Modos que extinguen a la obligación misma por vías directa, como sucede con la prescripción, el pago, la imposibilidad del pago; y modos que extinguen la fuente de donde emana la obligación, desapareciendo ésta como una consecuencia, como sucede con la nulidad o rescisión y el evento de la condición resolutoria.

D) Modos comunes o generales de todo tipo de obligaciones como el pago, la remisión, la confusión, la compensación, la novación y el mutuo disenso; y modos especiales para determinado tipo de obligaciones como la condición resolutoria (contratos bilaterales), la muerte del mandatario, etc.

De origen romano es la clasificación que distingue entre medios que operan de pleno derecho (*ipso iure*) y los que funcionan por medio de excepciones. Entre los primeros tenemos el pago, la novación, la transacción, confusión, renuncia del derecho, remisión de la deuda, la imposibilidad, la nulidad absoluta<sup>8</sup>, la condición resolutoria y el plazo extintivo. Como ejemplo de los segundos tenemos: la nulidad relativa<sup>9</sup>; el supuesto del art. 2685 inc. 3 C. (venta con pacto comisorio); la prescripción negativa que convierte en una obligación natural la civil; el supuesto del art. 877 C.; la condición resolutoria tácita<sup>10</sup>.

En la doctrina se le niega el carácter de medio extintivo a algunos de los mencionados:

a) Al pago porque propiamente no es un acto extintivo, sino una vicisitud de la relación jurídica, más de la prestación. Otros lo estudian en el desenvolvimiento de la obligación (cumplimiento; con el pago se cumple una obligación) y no en la parte extintiva, pues sólo indirectamente la extingue. Se pretende separar la fase de vida de la obligación y su extinción, lo cual no es correcto. El cumplimiento es el camino que desemboca en la extinción de la obligación. El pago en realidad es un medio de extinguir las obligaciones y así lo sostiene la mayor parte de los autores.

b) La transacción es un contrato en virtud del cual no sólo se extinguen obligaciones, sino que también pueden surgir otras y cuando es complejo comprende bienes que no son litigiosos. Por otra parte, algún sector doctrinal de los procesalistas, consideran que se rige por el Derecho Procesal.

Esta última tesis no es aceptable por nuestra legislación que la estima como un contrato de derecho privado que extingue obligaciones.

c) Se piensa que la confusión no es un medio de extinguir obligaciones, sino una imposibilidad de cumplirla porque al reunirse en una persona las calidades de deudor y acreedor, tal persona no se va a demandar o reclamar a sí misma. Se confunde la imposibilidad con la confusión.

d) De la imposibilidad del pago se ha dicho que más que extinción es disolución, lo cual no pasa de ser una cuestión terminológica sin importancia.

e) El cumplimiento de la condición resolutoria se retrotrae y, como consecuencia, se estima que la obligación no se instauró, lo cual impide su extinción.

8 Art. 2204 C.

9 Art. 2205 C.

10 Art. 1885 C.

No obstante, es preciso reconocer que existen obligaciones adquiridas legalmente y destinadas a extinguirse en el futuro.

**f)** La nulidad es una sanción del vicio de los actos o contratos que tiene el efecto de regresar las cosas al estado anterior a la realización de aquellos. Los medios de extinción sólo se refieren a obligaciones válidas.

**g)** De la prescripción negativa se ha dicho que sólo incide en la acción (la niega) y no en el derecho, de tal manera que la obligación sigue existiendo como natural. Pero debemos reconocer que un derecho sin acción, sin poder coercitivo, está prácticamente extinguido. Es como un vehículo sin combustible.

## Capítulo II

### El mutuo consentimiento

*SUMARIO: 1. Concepto. 2. Obligaciones que se extinguen por el mutuo consentimiento. 3. Capacidad. 4. La revocación.*

#### I. Concepto

El mutuo consentimiento o mutuo disenso es el acuerdo en virtud del cual las partes interesadas extinguen la obligación. El art. 2004 C. dice: “Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por insubsistente”.

#### 2. Obligaciones que se extinguen por el mutuo consentimiento

Por regla general todas las obligaciones se extinguen por el mutuo consentimiento: las contractuales, cuasicontractuales, cuasidelictuales y las legales. Cuando el extinguido es un contrato se aplica el aforismo que dice que las cosas se deshacen de la misma manera como se hacen (figura del paralelismo jurídico). Por excepción no se extinguen por este medio ciertas obligaciones.

#### 3. Capacidad

Las partes deben tener capacidad de extinguir la relación obligatoria. El acreedor renuncia a un derecho y, por lo tanto, debe tener capacidad de disposición.

#### 4. La revocación

El contrato es ley para las partes y ninguna de ellas lo puede dejar sin efecto por su sola voluntad mediante la revocación.

Excepcionalmente se puede revocar como sucede con el mandato, que termina por la revocación del mandante o la renuncia del mandatario<sup>1</sup>, y en el desahucio, en el contrato de arriendo, que equivale a una revocación<sup>2</sup>.

---

\_\_\_\_\_

## BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit., Tomo III, p. 273 y sigts. BRENES CORDOBA, Alberto. Ob. cit., p. 172. BORJA SORIANO, Manuel. Ob. cit., Tomo II, p. 281. CASTAN TOBEÑAS, José. Ob. cit., Tomo III, p. 343. CLARO SOLAR, Luis. Ob. cit., Tomo XII, Vol. III, p. 38 y sigts. CRUZ, Fernando. Ob. cit., Tomo III, p.p. 31 y 32. COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H. Ob. cit., Tomo III, p. 178. COLMO, Alfredo. Ob. cit., p. 383 y sigts. COSIO, Alfonso de. Ob. cit., p. 315. DIEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., Vol. I, p. 837 y sigts. CARCIA GOYENA, Florencio D. Ob. cit., p. 584. GAUDEMET, Eugene. Ob. cit., p. 449. GIORGI, Jorge. Ob. cit., Vol. VII, p. II y sigts. GUTIERREZ Y CONZALEZ, Ernesto. Ob. cit., p.p. 828 y 829. LARENZ, Karl. Ob. cit., Tomo I, p. 408. MACHADO, José Olegario. Ob. cit., Tomo II, p. 499. MANRESA Y NAVARRO, José María. Ob. cit., Tomo VIII, p. 254 y sigts. MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean. Ob. cit., 2a. Parte. Vol. III, p. 337 y sigts. MEJIA MORENO, Luis. Ob. cit., p.p. 97 y 98. MESSINEO, Francesco. Ob. cit., Tomo IV, P. 355 y sigts. MEZA BARRROS, Ramón. Ob. cit., p.p. 285 y 286. OSSORIO MORALES, Juan. Ob. cit., p. 168. PALACIO P., H. Gustavo. Ob. cit., p. 269. PEREZ VIVES, Alvaro. Ob. cit., Vol. III, p. 319 y sigts. POTHIER, R.J. Ob. cit., p. 325. PUIG BRUTAU, José. Ob. cit., Tomo I, Vol. II, p. 257 y sigts. RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Ob. cit., Tomo V, p. 583. RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. Ob. cit., p. 401 y sigts. RUGGIERO, Roberto de. Ob. cit., Tomo II, Vol. I. p. 214. SALVAT M, Raymundo. Ob. cit., Tomo II, p. 177 y sigts. SANTOS BRIZ, Jaime. Ob. cit., Tomo 150 y sigts. SELVA, Buenaventura. Ob. cit., p. 291. TRABUCCHI, Alberto. Ob. cit., Tomo II, p. 47 y sigts., p. 79 y sigts. VALENCIA ZEA, Arturo. Ob. cit., Tomo III, p. 447. VALVERDE Y VALVERDE, Calixto D. Ob. cit., Tomo III, p.p. 165 y 166. VELEZ, Fernando. Ob. cit., Tomo VI, p. 255 y sigts. TUHR, Von A. Ob. cit., Tomo II, p. 133 y sigts.

1 Art. 3345 incs. 3 y 4 C.

2 Art. 2958 c. y sigts.

## Capítulo III

### El pago

*SUMARIO: 1. El pago: A. Concepto. B. Requisito de validez y efectividad del pago. C. El pago lo debe hacer el deudor o un tercero a su nombre: a) Ideas generales; b) Pago hecho por el deudor; c) Pago hecho por una persona interesada; d) Pago hecho por una persona extraña. D. Que se haga el pago a favor del acreedor o a su representante: a) Ideas generales; b) Pago hecho al acreedor; c) Pago hecho al representante del acreedor; d) Pago hecho al poseedor del crédito. E. Que exista la obligación objeto del pago. F. Que la prestación pagada sea la convenida: a) Ideas generales; b) El deudor debe hacer el pago sujetándose estrictamente a lo convenido; c) El pago debe ser total; d) Pago de las obligaciones de especie o cuerpo cierto; e) Pago de las obligaciones de género; f) Pago de las obligaciones de dinero; g) Pago hecho con títulos valores. G. Que el pago se haga en el lugar y época convenidos: a) Lugar del pago; b) Época del pago. H. Gastos del pago. 2. Imputación del pago: A. Concepto. B. Requisitos: a) Que existan varias obligaciones entre el acreedor y el deudor, o por lo menos una obligación que produce intereses; b) Que las obligaciones del deudor se refieran a un mismo acreedor; c) Que las deudas sean de la misma especie. C. Quién puede hacer la imputación: a) Imputación hecha por el deudor; b) Imputación hecha por el acreedor; c) Imputación de la ley. 3. Prueba del pago: A. Carga de la prueba. B. El pago y la prueba testifical. C. Presunción de pago. 4. Naturaleza jurídica del pago. 5. La dación en pago: A. Definición. B. Su regulación legal. C. Sus requisitos: a) Acuerdo entre el acreedor y el deudor; b) Existencia de la obligación objeto de la extinción; c) Diferencia entre la obligación debida y la que sustituye; d) Capacidad del acreedor y del deudor. D. Su naturaleza jurídica: a) La dación como novación por cambio de objeto; b) La dación considerada como modalidad del pago. E. Su afinidad con la venta. 6. Jurisprudencia.*

#### 1. El pago

##### A. Concepto

Pago es el cumplimiento real y efectivo de la prestación debida. Paga el que da, hace o se abstiene de hacer a lo que se obligó (obligaciones de dar, hacer y no hacer). Paga el vendedor o arrendador que entrega el inmueble; paga el artista

que canta en el lugar y hora indicado; está pagando también el que se obliga a no construir un muro y no lo levanta.

### **B. Requisitos de validez y efectividad del pago**

Para la validez y eficacia del pago es preciso que reúna una serie de requisitos: a) que lo haga el deudor (*solvens*) o un tercero a su nombre; b) que se haga a favor del acreedor (*accipiens*) o a su representante; c) que exista la obligación objeto del pago; d) que la prestación pagada sea la convenida; e) que se pague en el lugar y época convenidos.

### **C. El pago lo debe hacer el deudor o un tercero a su nombre**

#### **a) Ideas generales**

Al acreedor le es indiferente la persona que paga, pues su interés consiste en recibir lo pagado. De aquí que el art. 2010 inc. 1 C. disponga que puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor. También puede hacerlo el tercero en contra de la voluntad del deudor. La voluntad del deudor no es necesaria para que el tercero pueda pagar.

Cuando paga el tercero, el acreedor no puede rehusar el pago, argumentando que no lo realiza el deudor. Solamente puede rechazarlo cuando la aptitud del deudor fue determinante para la celebración del contrato. El art. 2013 C. dice: “En las obligaciones de hacer, el acreedor no podrá ser compelido a recibir la prestación o el servicio de un tercero cuando la calidad y circunstancia de la persona del deudor se hubiere tenido en cuenta al establecer la obligación”. Ejemplo: si contrato a un artista famoso para que me pinte un cuadro, bien podría negarme a que me lo pinte otro. Sólo con mi consentimiento puede hacerse la sustitución.

En resumen: pueden pagar el deudor o un tercero a su nombre.

#### **b) Pago hecho por el deudor**

Normalmente el que paga es el deudor. Por deudor debe entenderse no sólo a la persona física que debe, sino a su heredero (legítimo obligado al pago de la deuda), mandatario o representante legal. Todos los pagos realizados por estas personas se consideran hechos por el deudor.

Si el pago lo realiza el deudor, la obligación se extingue con relación a todos (erga omnes). La obligación deja de existir.

#### **c) Pago hecho por una persona interesada**

El pago puede ser hecho por una persona diferente del deudor interesada en extinguir la obligación, tal como sucede con el fiador, el codeudor solidario y



el tercer poseedor de la finca hipotecada. Son deudores, pero bajo circunstancias especiales: el fiador garantiza una obligación ajena; al deudor solidario, aunque se le puede exigir la totalidad de la obligación, le podría corresponder sólo una parte de la deuda y pagar más de esa parte; el tercer poseedor no se ha obligado personalmente.

Cuando el fiador, el codeudor solidario o el tercer poseedor pagan se produce una subrogación a favor de ellos. La obligación se extingue con relación al primitivo acreedor y el deudor; pero subsiste entre el acreedor subrogado, quien viene a ocupar el puesto del antiguo acreedor, y dicho deudor. La subrogación a favor del fiador está consagrada en los arts. 2044 inc. 3 y 3713

C. La subrogación a favor del codeudor solidario está consagrada en el art. 2044 inc. 3 C. La subrogación del tercer poseedor está contemplada en los arts. 2044 inc. 2, 3845 inc. 2 y 3860 C.

#### **d) Pago hecho por una persona extraña**

Al acreedor le es indiferente que le pague una persona extraña a la relación obligacional y no puede oponerse a ello, a menos que siendo la obligación de hacer, la aptitud del deudor fuere factor determinante para la celebración del contrato<sup>1</sup>.

Puede hacer el pago, dice el art. 2010 C., cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya la conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor.

Para el estudio de los efectos es preciso distinguir si el pago se hizo con el consentimiento del deudor, sin el conocimiento del deudor o contra la voluntad del deudor.

Si el tercero paga con el consentimiento expreso o tácito del deudor se produce una subrogación legal a favor de dicho tercero. Dice el art. 2044 C.: “La subrogación tiene lugar por disposición de la ley: 5. Del que paga una deuda ajena, consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor”. La obligación no se extingue, solamente cambia el acreedor, pasando a esa posición el tercero que paga, quien puede exigir al deudor el cumplimiento de la obligación en los términos que lo podría hacer el primitivo acreedor.

También el tercero tiene a su favor la acción derivada del mandato para recuperar lo pagado, ya que dicho tercero viene a ser un diputado para hacer el pago. De acuerdo con el art. 3337 incs. 2 y 4 C., el mandante está obligado a pagarle al mandatario los gastos y anticipaciones de dinero con sus intereses.

En resumen, el tercero tiene a su favor para reembolsarse lo pagado la acción subrogatoria y la acción de mandato.

Si el tercero paga sin el conocimiento del deudor tendrá acción para reclamar del deudor lo que hubiere pagado<sup>2</sup>. La obligación se extingue entre el acreedor y el deudor. Al tercero se le concede acción para reembolsarse lo pagado,

<sup>1</sup> Art. 2013 C.

<sup>2</sup> Art. 2010 inc. 2 C.

pero no se subroga en los derechos del acreedor. El art. 2011 C. dispone que el que pague en nombre del deudor, ignorándolo este, no podrá compeler al acreedor a subrogarle en sus derechos.

Se sostiene que en este supuesto se presenta el cuasicontrato de agencia oficiosa, por cuanto el tercero, de mutuo propio, gestiona negocios ajenos y es en base a dicho cuasicontrato que tiene acción para repetir lo pagado.

El que paga con consentimiento del deudor ocupa una mejor situación del que lo hace sin su consentimiento, por cuanto en el primer caso, se subroga en todos los privilegios y garantías del acreedor; en cambio, en el segundo caso, el tercero carece de dichos privilegios y garantías, por cuanto sólo tiene acción para repetir y no la acción subrogatoria.

Si el tercero paga contra la voluntad del deudor sólo tendrá acción para repetir del deudor aquello en lo que le fuere útil el pago, ya que nadie puede enriquecerse injustamente a expensas de otra persona. El caso no lo contempla expresamente el Código, pero la solución justa es la expuesta, en base al principio del enriquecimiento sin causa.

Nos resta decir que en las obligaciones de dar el deudor está obligado a transmitir la propiedad y, por lo tanto, debe ser propietario para que el acreedor adquiera el dominio y resulte así eficaz el pago, ya que nadie puede transmitir a otra derechos que no tiene (*Nemo plus ad alium transferre potest quam ipse habet*). También resulta eficaz cuando el deudor lo hace con consentimiento del dueño. Por otra parte, el deudor debe tener capacidad para enajenar.

Existen casos excepcionales en que el pago es válido a pesar de ser hecho por quien no es dueño: i) Si se hace con consentimiento del dueño<sup>3</sup>. También será válido si con posterioridad el deudor adquiere el dominio que no tenía al tiempo de hacer el pago<sup>4</sup>.

ii) También es válido el pago hecho por el que no tiene facultad para enajenar cuando la cosa pagada es consumible o fungible y el creador la ha consumido de buena fe<sup>5</sup>.

Lo anteriormente expuesto está regulado en los arts. 2012 y 2025 C. Para los anotadores el art. 2012 C. contiene en el fondo lo consagrado en el art. 2025 C. que dice: “El pago en que se debe transferir la propiedad no es válido, sino en cuanto el que paga es dueño de la cosa pagada, o la paga con el consentimiento del dueño. Tampoco es válido el pago en que se debe transferir la propiedad, sino en cuanto el que paga tiene facultad de enajenar. Sin embargo, cuando la cosa pagada es consumible o fungible, y el acreedor la ha consumido de buena fe, es válido el pago, aunque haya sido hecho por el que no era dueño, o no tuvo facultad de enajenar”.

## **D. Que se haga el pago a favor del acreedor o a su representante**

### **a) Ideas generales**

3 Art. 2025 inc. 1C.

4 Art. 2568 C. infine.

5 Art. 2025 inc. 3 C.

De conformidad con el art. 2014 C. el pago deberá hacerse a la persona en cuyo favor estuviere constituida obligación (acreedor) o a otra autorizada a recibirla en su nombre. Por otra parte, el art. 2016 C. establece que el pago hecho de buena fe al que estuviere en posesión del crédito liberará al deudor. A tres personas, pues, se puede hacer el pago: al acreedor, a su representante o al poseedor del crédito.

La determinación de la persona a quien debe hacerse el pago tiene gran importancia, porque si el deudor paga a quien no corresponde, no se extinguirá la obligación y el acreedor puede cobrarle el crédito, en cuyo caso haría otro pago, de acuerdo con el conocido aforismo: el que paga mal, paga dos veces.

No obstante, el pago hecho a un tercero es válido en cuanto se hubiere convertido en utilidad del acreedor<sup>6</sup>.

Este pago al tercero y el hecho al poseedor del crédito, se señalan por la doctrina como excepciones a la norma general del art. 2014 C.

#### **b) Pago hecho al acreedor**

Normalmente el pago se hace a favor del acreedor.

Por acreedor debe entenderse no sólo el físico, sino al heredero del acreedor (continuador de la persona del difunto), al legatario del crédito, o al cesionario del crédito. La Suprema ha dicho que el pago hecho al cesionario libera al deudor<sup>7</sup>.

Existen casos en que el acreedor está impedido de recibir el pago y, como consecuencia, no es válido; a saber:

**i)** Cuando el acreedor no tiene capacidad para administrar sus bienes. De conformidad con el art. 2015 inc. 1 C. “el pago hecho a una persona incapacitada para administrar sus bienes, será válido en cuanto se hubiere convertido en su utilidad”.

De la mencionada disposición se deduce que el acreedor debe tener capacidad para administrar sus bienes para poder recibir el pago. Pero la misma disposición le da validez al pago hecho al incapaz en cuanto se hubiere convertido en su utilidad, lo cual se tiene que probar.

**ii)** Cuando se ha mandado a embargar el crédito o retener el pago. De conformidad con el art. 2018 inc. 1 C. el pago hecho por el deudor a su acreedor, no obstante embargo de las deudas o mandato del Juez de retener su pago, o acto de oposición en la forma establecida por la ley, no es válido.

**iii)** Cuando se paga al deudor insolvente en fraude de los acreedores a favor de los cuales se ha abierto concurso<sup>8</sup>.

#### **c) Pago hecho al representante del acreedor**

<sup>6</sup> Art. 2015 inc. 2 C.

<sup>7</sup> S. 11 a.m. del 14 de enero de 1919, B.J., p. 2183

<sup>8</sup> Art. 2018 inc. 2 C.

El pago también puede hacerse al representante del acreedor. Esta representación la tienen los padres por sus hijos, el guardador por su pupilo; o el mandatario del acreedor con poder suficiente.

La representación voluntaria para recibir el pago se denomina diputación para recibir el pago, la que, de acuerdo con el art. 2035 C., puede conferirse:

**i)** Por poder general para la libre administración de todos los bienes del acreedor.

De conformidad con el art. 3296 inc. 5 C. el mandatario general de todos los negocios tiene facultad para exigir judicial o extrajudicialmente el pago de los créditos y dar los correspondientes recibos.

**ii)** Por poder especial para la libre administración del negocio o negocios en que esté comprendido el pago.

**iii)** Por poder especial para recibir el pago.

El mandatario judicial necesita autorización especial para recibir el pago. Así lo dispone el art. 3357 C. que dice: “En virtud del poder judicial por todos los negocios el mandatario puede apersonarse como actor o como reo... pero necesita autorización especial: 5. Para recibir cualquier cantidad de dinero”.

Por otra parte, el art. 2037 C. dispone que el poder conferido por el acreedor a una persona para demandar en el juicio al deudor, no la faculta por sí solo para recibir el pago de la deuda.

El diputado para recibir el pago puede ser un relativamente incapaz pero no un absolutamente incapaz. El art. 2036 C. dice: “Puede ser diputado para exigir el pago y recibirlo validamente, cualquier persona a quien el acreedor cometa este encargo, aunque al tiempo de conferírsele no tenga la administración de sus bienes ni sea capaz de tenerla”.

La diputación, como mandato que es, termina por las causas de expiración de este contrato. En el capítulo Del pago, el Código se ha ocupado en particular de algunos de ellos. Termina la diputación para recibir el pago:

#### **- Por la muerte del diputado**

El mandato es un contrato *intuitu personae* y, como tal, termina por la muerte del mandatario. Así lo dispone el art. 2038 C. que dice: “La facultad de recibir por el acreedor no se trasmite a los herederos o representantes de la persona diputada por él para este efecto, a menos que lo haya expresado así el acreedor”.

#### **- Por la revocación**

La diputación, como mandato que es, puede ser revocado por el acreedor<sup>9</sup>. Sin embargo, la diputación no puede revocarse:

- Cuando el deudor y el acreedor le confieren poder al mandatario para recibir el pago. El acreedor no puede por sí solo revocar el poder, pero podrá acudir al Juez para que autorice la revocación, siempre que el deudor no tenga interés en oponerse a ello. Así lo dispone el art. 2039 C. que dice: “La persona designada por ambos contratantes para recibir, no pierde esta facultad por la sola voluntad del acreedor; el cual, sin embargo, podrá ser autorizado por el Juez para revocar este encargo, en todos los casos en que el deudor no tenga interés en oponerse a ello”.

- Cuando se ha convenido que el deudor puede pagar al acreedor o a un tercero.

El acreedor no puede revocar el mandato, el pago hecho a cualquiera de los dos es igualmente válido y no puede prohibir que se haga al tercero.

No obstante, el acreedor puede oponerse a que el pago se haga al tercero: cuando antes de la prohibición haya demandado en juicio al deudor y cuando pruebe justo motivo para ello.

Así lo dispone el art. 2040 C. que dice: “Si se ha estipulado que se pague al acreedor mismo o a un tercero, el pago hecho a cualquiera de los dos es igualmente válido.

Y no puede el acreedor prohibir que se haga el pago al tercero, a menos que antes de la prohibición haya demandado en juicio al deudor, o que pruebe justo motivo para ello”.

#### **- Por hacerse inhábil el diputado**

De conformidad con el art. 2041 C. la persona diputada para recibir se hace inhábil: por la demencia o la interdicción, por haber hecho cesión de bienes, o haberse trabado ejecución en todos ellos; y, en general, por todas las causas que hacen expirar el mandato.

#### **d) Pago hecho al poseedor del crédito**

De conformidad con el art. 2016 C. el pago de buena fe al que estuviere en posesión del crédito liberará al deudor.

La disposición citada se refiere al acreedor aparente, al que aparenta tener la titularidad del crédito. La apariencia está constituida por una serie de hechos y circunstancias que inequívocamente hacen aparecer como verdadero al acreedor. No siempre la posesión del título lleva aparejada la titularidad. En los títulos valores al portador, la posesión del título acredita la titularidad.

Ejemplos de acreedores aparentes:

i) El cesionario que adquiere simuladamente el crédito. El deudor que paga de buena fe al cesionario se exonera de la obligación.

ii) Los cesionarios de un crédito cuya transmisión es nula.

iii) El heredero aparente a quien el deudor paga y con posterioridad se revoca o anula el testamento en que fue instituido heredero, o aparece otro heredero preferente al declarado si la sucesión fuere intestada.

Para que el pago hecho al poseedor del crédito sea válido, se necesita buena fe en el deudor, es decir, la creencia de estar pagando al verdadero acreedor.

### **E. Que exista la obligación objeto del pago**

Es requisito esencial que exista la obligación que se cumple, sea natural o civil. Si no existe la obligación y se produce el pago, nos encontramos ante un pago indebido.

### **F. Que la prestación pagada sea la convenida**

#### **a) Ideas generales**

El deudor debe hacer el pago sujetándose estrictamente a lo convenido y en forma total. Estos son los principios fundamentales que campean en la materia relacionada con las condiciones de la prestación pagada.

#### **b) El deudor debe hacer el pago sujetándose estrictamente a lo convenido**

De conformidad con el art. 2007 inc. 1 C. el deudor hará el pago bajo todo respecto al tenor de la obligación. Como consecuencia, el deudor, para cumplir con la obligación, debe dar, hacer o no hacer lo convenido y no otra cosa.

Confirma lo expuesto el art. 2006 C. que dice: “No se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiere entregado la cosa o hecho la prestación en la que la obligación consistía”.

Si el deudor está obligado a cumplir con la prestación pactada, lógico es pensar que al acreedor no se le puede obligar a recibir otra cosa diferente a la debida, aunque sea de igual o mayor valor. Así lo dispone el art. 2007 inc. 2 C. que dice: “El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aun a pretexto de ser igual o mayor valor la ofrecida”.

El acreedor no puede exigir al deudor que pague con otra cosa. El contrato es ley para las partes. Ni el deudor puede pagar con otra cosa, ni el acreedor exigirselo.

No obstante, es lícito que en virtud de convenio entre el acreedor y el deudor se acuerde que la obligación será satisfecha con una prestación diferente a la pactada. Tal convenio se conoce con el nombre de dación en pago.

La regla establecida en el art. 2007 inc. 1 C. no es absoluta, pues en éste artículo se dice que es “sin perjuicio de lo que en casos especiales dispongan las leyes”.

Como un caso de excepción podemos citar las obligaciones facultativas en las que se debe una cosa, pero se concede facultad al deudor para pagar con otra cosa que se designa<sup>10</sup>.

Otro caso de excepción es el de la obligación modal. Si el modo es imposible de cumplir, puede cumplirse por equivalencia a tenor del art. 1104 C.

### c) El pago debe ser total

El cumplimiento del pago es indivisible y, como consecuencia, no puede el deudor compeler al acreedor a recibir parcialmente lo debido. Sólo así se puede cumplir con el principio sentado en el art. 2007 inc. 1 C. de que el pago se hará sujetándose estrictamente a lo convenido.

Con relación a lo expuesto, el art. 2021 inc. 1 C. dispone que a menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación. Tal principio esta confirmado en el art. 2006 C.

El principio de que el pago debe ser total tiene algunas excepciones:

i) Cuando las partes convienen pagos parciales. Así lo dispone el art. 2021 inc. 1 C. al expresar que no se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiere entregado, a menos que se pacte lo contrario.

Se puede convenir que las prestaciones se paguen en cuotas. El art. 2028 C. dice: “Si la obligación es de pagar a plazos, se entenderá dividido el pago en partes iguales; a menos que en el contrato se haya determinado la parte o cuota que haya de pagarse a cada plazo”.

El art. 3052 C. dispone que el que se obliga a hacer una obra por pieza o por medida, puede exigir que el dueño la reciba en partes y se la pague en proporción de las que recibe.

ii) Cuando la deuda tuviere una parte líquida y otra ilíquida.

Con relación a este supuesto el art. 2021 C. dice: “Sin embargo, cuando la deuda tuviere una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir el acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segunda”.

iii) Si hay disputa sobre la cantidad de la deuda, o sobre sus accesorios.

Con relación a este caso el art. 2027 C. dice: “Si hay controversia sobre la cantidad de la deuda, o sobre sus accesorios, podrá el Juez ordenar, mientras se decide la cuestión, el pago de la cantidad no disputada”.

iv) En los casos de quiebra o concurso, en los cuales se paga con el producto que se logre obtener.

v) En la compensación, en la que las deudas recíprocas se extinguen hasta la concurrencia de la menor, recibiendo, por lo tanto, el acreedor mayor una parte del total de la obligación.

<sup>10</sup> Art. 1913 C.

vi) El beneficio de competencia que autoriza al deudor para no pagar más de lo que buenamente pueda, dejándose la indispensable para una modesta subsistencia<sup>11</sup>.

#### **d) Pago de las obligaciones de especie o cuerpo cierto**

El art. 2026 C., entre otros, regula el pago de las obligaciones de cuerpo cierto. De conformidad con la mencionada disposición el acreedor está obligado a recibir el cuerpo cierto en el estado en que se encuentre y hace distinciones para determinar cuándo el acreedor debe soportar los deterioros:

i) El acreedor debe soportar los deterioros cuando son producidos por caso fortuito o fuerza mayor. En tal caso el deudor carece de responsabilidad, porque el caso fortuito o fuerza mayor lo libera de ella.

ii) El acreedor debe soportar los deterioros producidos por el hecho de un tercero por quien no responde el deudor. Pero puede el acreedor exigir del deudor que le ceda las acciones contra el tercero culpable<sup>12</sup>.

iii) El acreedor no está obligado a soportar los deterioros cuando estos son producidos por culpa del deudor o durante su mora, o por culpa de los terceros por los cuales responde el deudor.

En este caso, el acreedor puede pedir la resolución del contrato y la indemnización del perjuicio; pero si el acreedor prefiere llevarse la especie, o si el deterioro no pareciere de importancia, se concederá solamente indemnización de perjuicios.

#### **e) Pago de las obligaciones de género**

El pago de las obligaciones de género se rige por los principios siguientes:

i) El acreedor no puede pedir del deudor determinadamente ningún individuo del género debido<sup>13</sup>.

ii) El deudor cumple la obligación entregando cualquier individuo del género, con tal que sea de una calidad a lo menos mediana. Ni el acreedor puede exigir una calidad superior, ni el deudor puede pagar con una calidad inferior. No obstante, se puede convenir una determinada calidad, por ejemplo: la mejor calidad, en cuyo caso debe cumplirse entregándose esa calidad<sup>14</sup>.

#### **f) Pago de las obligaciones de dinero**

##### **i) El dinero y su función económica**

11 Art. 2092 C.

12 Art. 2026 incs. 1 y 3 C.

13 Art. 1922 C.

14 Arts. 1922 y 2020 C.



El dinero tiene dos funciones económicas fundamentales: es una unidad de medida del valor de las cosas y un instrumento de intercambio de bienes y servicios.

## **ii) Importancia de las deudas pecuniarias**

Nuestro Código Civil no le dedica un capítulo especial a las deudas pecuniarias, pero se refiere a ellas en un buen número de artículos, pues el dinero forma parte del objeto de muchos contratos, venta, sociedad, mutuo, arriendo, etc. A manera de ejemplo podemos citar los artículos 1867, 2022, 2140 inc. 1, 2218, 2219, 2530, 3177 y 3406 C.

## **iii) Tipos de deudas monetarias**

En la doctrina se conocen tres tipos de deudas monetarias:

### **- Deudas de monedas individuales**

A ellas se refiere el art. 464 CC. que dice: “Cuando los depósitos sean de numerarios, con especificación de las monedas que los constituyan, o cuando se entreguen cerrados y sellados, los aumentos o bajas que su valor experimente, serán de cuenta del depositante.

Los riesgos de dicho depósito corren a cargo del depositario, siendo de su cuenta los daños que sufren, si no prueba que ocurrieron por fuerza mayor o caso fortuito insuperable”.

El artículo transcrito se refiere al depósito de monedas determinadas. Propiamente esta obligación no es de dinero, sino sobre cosas determinadas.

### **- De especies monetarias**

A estas obligaciones se refiere el art. 2022 C. El énfasis de estas obligaciones está puesto en el momento de hacer el pago. El citado artículo expresa que el pago debe hacerse en la especie pactada, y no siendo posible entregar la especie, en la moneda que tenga curso legal en Nicaragua, si su ley y valor intrínseco es el mismo, y siendo menor, se abonará la diferencia por el deudor.

El citado artículo ha perdido valor, pues de acuerdo con el art. 10 de la Ley Monetaria del 6 de enero de 1992 no tiene ningún efecto legal el pacto de efectuar cualquier pago, total o parcial, en moneda de determinado metal o denominación.

### **- Las deudas de suma de dinero**

En estas obligaciones el deudor se obliga a pagar el valor nominal de la suma de dinero expresada en la obligación.

En estas deudas no se atiende a las especies o signos monetarios. Presentan las características siguientes:

- La imposibilidad sobrevenida del pago no es aplicable, pues el dinero siempre existe.

- Los daños y perjuicios de la mora, no habiendo pacto en contrario, consistirán en el pago de los intereses convenidos y, a falta de convenio, en el interés legal. Así lo dispone el art. 1867 C. El acreedor no necesita probar los perjuicios, pues éstos están evaluados en el citado artículo. Este tipo de evaluación se denomina legal.

#### **iv) Deudas de dinero y deudas de valor**

En la doctrina, dentro de las obligaciones pecuniarias, se distingue entre deudas de dinero y deudas de valor.

En las primeras, el acreedor pretende obtener el dinero, que es el objeto deseado, ya que desempeña una función de cambio de bienes y servicios. Entre estas deudas se encuentran: el precio de la compraventa, el precio del arriendo, la remuneración de un servicio, etc.

Por el contrario, en las segundas el dinero actúa como un sustituto de los bienes y servicios. Funciona como una medida de valor. De aquí que la extensión de una deuda de valor se determina por el poder adquisitivo de la prestación (dinero o cosas). No se oculta el carácter indemnizatorio de estas deudas: Entre estas deudas se encuentran:

- Los daños y perjuicios<sup>15</sup>
- La restitución en el enriquecimiento injusto<sup>16</sup>
- El pago de los gastos<sup>17</sup>.

La distinción tiene importancia, pues los principios de las deudas de dinero no se aplican a las de valor, principalmente con relación a la devaluación. En las deudas de dinero el deudor cumple su obligación entregando el número de unidades monetarias estipuladas, con independencia de las variaciones del valor o poder adquisitivo de dichas monedas. El acreedor sufre la devaluación; en cambio se beneficia de una revalorización. A estas deudas, pues, se aplican las reglas del nominalismo. Por el contrario, en las deudas de valor el deudor está obligado a dar el valor monetario que la cosa tiene al momento del pago. El criterio anterior no se aplica a este tipo de obligación.

15 Arts. 1860 y 1861 C.

16 Arts. 629, 2015 y 3405 C.

17 Art. 1749 y otros.

Pero las deudas de valor una vez liquidadas, ya sea por acuerdo de las partes, ya sea por sentencia judicial, se transforman en deudas de dinero y, como consecuencia, el acreedor asumirá el riesgo de la devaluación.

Esta distinción ha recibido duros ataques de un sector doctrinal. Calamandrei explica las razones de certeza del derecho y de igualdad ante la ley que aconsejan mantener uniforme la jurisprudencia. Pero admite que en ciertos casos sirve para justificar las injusticias más despiadadas, difícil de explicar a sus clientes mayormente a los más humildes y sin conocimientos de los casos jurídicos.

Cuenta el caso de un barón terrateniente que, cuando ya tenía hijos legítimos con su noble esposa, había seducido a una jovencita de sus campos y de ella tuvo un hijo y una hija. El varón abandonó a los hijos y a la madre, pero a pesar de ello ésta logró hacer de la mujer una bordadora y del hombre un modesto empleado.

El barón murió en 1940 y dejó todas sus valiosas tierras a los hijos legítimos, sin mencionar a los naturales.

El Código le concede a los hijos naturales una renta vitalicia en proporción a los bienes hereditarios. Como los legítimos se negaron a reconocerles tal derecho recurrieron a los tribunales y el juicio duró diez años. La Corte de Apelaciones ordenó a los herederos legítimos, que recibieron un patrimonio hereditario valorado en quinientos millones de liras, a pagar cada año a sus hermanos naturales la asignación anual de un millón de liras, suma miserable con relación al monto patrimonial.

Recurren de casación. El tribunal mantuvo su jurisprudencia que, partiendo del sistema nominalista, distingue entre deuda de valor y deuda de *valuta* (moneda). Estimo que la renta vitalicia reclamada era una deuda de *valuta* y que se debería liquidar en proporción al patrimonio valorado de acuerdo a la moneda del tiempo en que se había abierto la sucesión (1940), sin tomar en cuenta la desvalorización que desde esa época se produjo.

En el año de 1940, el patrimonio, de acuerdo con la moneda de esa época, valía cincuenta veces menos que al día del relato. La renta de los hijos naturales debía reducirse a veinticinco mil liras por año. Esta sentencia es duramente censurada por Calamandrei, por injusta y difícil de entender para el hombre del pueblo, al que hace pensar mal sobre la justicia. El caso lo llevó Calamandrei y lo conmovió mucho<sup>18</sup>.

#### v) La devaluación monetaria y sus soluciones

La alteración del valor intrínseco o poder adquisitivo de la moneda repercute sensiblemente en las obligaciones pecuniarias. Ejemplo: si recibo un préstamo de CS\$50,000.00 para pagarlo en un plazo de seis años y ocurre una devaluación monetaria, al vencimiento del plazo entrego la misma cantidad. Pero en realidad estoy entregando un valor inferior al recibido, ya que mi acreedor no podrá comprar bienes o servicios al mismo precio que tenían al momento de constituirse la obligación, pues los precios suben con la inflación.

18 Elogio de los jueces. Editorial EJE. Buenos Aires, 1980, pags. 187-9. Derecho Procesal Civil. Editorial EJE. Buenos Aires, 1962. T III, p 232 y sigts.

Si lo adeudado es, por ejemplo, moneda metálica (oro o plata), la baja en su valor permite al deudor devolver un valor inferior al recibido.

Dos soluciones tiene este problema:

#### - La solución nominalista

De acuerdo con el principio nominalista el deudor está obligado a entregar las cantidades de monedas estipuladas, sin tomar en cuenta la variación del valor real o poder adquisitivo que dichas monedas hayan experimentado con posterioridad al nacimiento de la obligación.

Nuestro derecho se inspira en la solución nominalista. Así se deduce del art. 487 CC. de la Ley Monetaria vigente del 6 de mayo de 1979<sup>19</sup> y la Ley Monetaria del 14 de febrero de 1988<sup>20</sup>.

Este sistema es acogido por las legislaciones modernas: el art. 1895 del Código Civil francés, el art. 2389 del mexicano y el art. 1277 del italiano vigente que dice: “Las deudas pecuniarias se extinguen con moneda que tenga su uso legal en el Estado al tiempo del pago y por su valor nominal”.

#### - La solución valoralista

De acuerdo con esta solución el deudor debe entregar al acreedor el valor adquisitivo o intrínseco que tenía la suma pactada al momento en que se constituyó la obligación. Como consecuencia, si la moneda ha sido devaluada, el deudor debe entregar una suma superior a la convenida y si se ha revalorizado debe cumplir con una suma proporcionalmente inferior<sup>21</sup>.

La doctrina considera a esta solución como la más justa, porque mantiene el principio de conmutatividad o equivalencia de las prestaciones. No obstante, introduce inseguridad en la contratación: frecuentes liquidaciones e incertidumbre sobre la extensión de la prestación. Todo lo cual provoca cantidades de conflictos en la vida práctica.

La solución nominalista es menos justa, pero imprime mayor seguridad en el tráfico jurídico. De aquí su aceptación en casi todos los países.

#### vi) Correcciones al nominalismo

Dos tipos de remedios se dan para corregir las injusticias que puede causar el nominalismo frente a las variaciones del valor intrínseco o poder adquisitivo de la moneda o dinero: uno de carácter legal y otro convencional. Algunos autores agregan otro remedio: el judicial, como la cláusula *rebus sic stantibus*, el riesgo imprevisible, etc.

19 Arts. 3 y 7.

20 Arts. 2 y 5.

21. Por ejemplo, en Nicaragua, en 1990 la hiperinflación llegó a una cifra récord de 23.83% mensual, es decir un 285.90% anual.

Frente a una devaluación el legislador puede ordenar una revalorización de los créditos anteriormente constituidos. Así se procedió en España, después de la Guerra Civil y en Alemania, después de la Segunda Guerra Mundial.

A los convencionales también se les llama cláusulas de estabilización, ya que tienen como finalidad el mantenimiento del equilibrio de las prestaciones. De ellas trataremos a continuación:

#### **- Cláusulas de estabilización**

Las cláusulas más frecuentes son las siguientes:

#### **- Cláusula oro o plata**

Se conocen dos tipos de cláusulas: la cláusula moneda oro o plata y la cláusula valor oro o plata.

En virtud de la primera el pago debe realizarse en moneda de oro o plata, prescindiendo del papel moneda. Esta cláusula se encuentra prohibida por el art. 3 de la Ley Monetaria vigente. Declara su nulidad, pero es una nulidad que no afecta el acto o contrato, ejecutado o cumplido, ni a las obligaciones cuando estas puedan interpretarse en términos de la unidad monetaria nacional, caso en el cual se liquidarán las respectivas obligaciones en córdobas efectuando la conversión sobre la base del tipo de cambio legal o precio correspondiente, ya sea al tiempo de celebración del contrato, o bien al momento del pago según resulta más favorable al deudor. Es una especie de conversión del oro o la plata pactado en córdobas para su pago según lo expuesto. Lo prohibía el art. 2 del Decreto No. 455 del 21 de junio de 1980, ya derogado.

En virtud de la cláusula valor oro o plata el deudor pagará con la moneda en curso legal de acuerdo con el valor del oro o la plata al momento de hacerse el pago.

Esta cláusula no tiene validez de acuerdo con los arts. 6 y 9 respectivamente de las leyes monetarias anteriores, ahora puede adquirir valor si se tiene en cuenta que si se permite pactar una relación con respecto a cualquier otra moneda, no existe razón para negarle validez a esta cláusula con relación al valor del oro o la plata.

En las leyes monetarias anteriores no tenía validez.

#### **- Cláusulas de pago en especie y de valor en especie**

En virtud de la cláusula de pago en especie se sustituye el dinero a pagar por el pago de determinada cantidad de mercancías (algodón, café, trigo, etc.) equivalente a la que puede comprarse al momento de celebrarse el contrato. El procedimiento de esta cláusula es complicado y primitivo (regreso al trueque).

En virtud de la cláusula valor en especie la cantidad a pagar se determina de acuerdo con el valor de determinada mercancía al tiempo de hacerse el pago.

El deudor, pues, se obliga a pagar la suma de dinero necesaria para adquirir la misma cantidad de mercancía que se hubiera podido adquirir al celebrarse el contrato.

Estas cláusulas están prohibidas por los arts. 2 y 4 de la Ley Monetaria. Debe advertirse que en el art. 4 de la Ley se establecen excepciones a la prohibición de la cláusula de pago en especie.

#### **- Cláusula de moneda extranjera**

Dentro de este tipo de cláusulas se pueden distinguir: la cláusula de moneda extranjera y la cláusula de valor moneda extranjera.

En virtud de la primera se sustituye la moneda nacional por una extranjera (dólares, marcos, etc.) de mayor estabilidad. En virtud de la segunda el deudor se obliga a entregar en moneda nacional el equivalente, en el momento del pago, a la suma de la moneda extranjera pactada.

La cláusula de valor de moneda extranjera está permitida por el art. 16 de la Ley Monetaria, y se puede estipular en todo tipo de contrato.

El art. 16 dice así: “En todo contrato podrá establecerse una cláusula por la cual las obligaciones expresadas en córdobas mantendrán su valor en relación con una moneda extranjera. En este caso, si se produce una modificación en el tipo oficial de cambio del córdoba con relación a dicha moneda, el monto de la obligación expresada en córdoba deberá ajustarse en la misma proporción a la modificación operada.

En lo que respecta al crédito intermediado por las empresas autorizadas por la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras, corresponderá al Consejo Directivo del Banco Central de Nicaragua reglamentar la aplicación de la presente disposición”.

De acuerdo con el art. 3 de la Ley Monetaria es nula la cláusula moneda extranjera, pero agrega que no invalidará la obligación principal, si ésta puede interpretarse en términos de la unidad monetaria nacional. No obstante, señala varias excepciones en que es permitida como lo señalaremos más adelante.

El acreedor en los casos de excepción, puede demandar en la moneda extranjera pactada y el Juez debe condenarlo a pagar dicha moneda. Pero la realización de los bienes del deudor debe hacerse en moneda nacional.

De conformidad con los arts. 1 y 3 de la Ley Monetaria la unidad monetaria de Nicaragua es el córdoba. En esta moneda se expresarán y liquidarán los precios, impuestos, tasas, tarifas, honorarios, sueldos, salarios, contratos y obligaciones de cualquier clase o naturaleza que deban ser pagados, cobrados o ejecutados en Nicaragua. Toda cláusula calificativa o restrictiva, que imponga pagos en plata u oro metálico, monedas o divisas extranjeras o cualquier unidad monetaria o medio de pago que no sea el córdoba, será nula. No obstante, dicha nulidad no invalidará la obligación principal, cuando ésta pueda interpretarse en términos de la unidad monetaria nacional, caso en el cual se liquidarán las respectivas obligaciones en córdobas, efectuando la conversión sobre la base del tipo

de cambio legal o precio correspondiente, ya sea al tiempo de la celebración del contrato o bien al momento del pago según resulte más favorable al deudor. Como ya expresamos esta nulidad produce una conversión de la moneda extranjera a córdoba para su pago en los tiempos señalados.

No obstante, se permite la cláusula moneda extranjera y, en general, se exceptúan de las limitaciones de los arts. 3 y 4, en los casos siguientes:

**a)** Las obligaciones que se originen en transacciones públicas o privadas, derivadas del comercio exterior de la República de Nicaragua<sup>22</sup>

**b)** Las remuneraciones a personas o entidades domiciliadas en el extranjero, por servicios prestados temporalmente en el país<sup>23</sup>.

**c)** Los contratos de seguro o de reaseguro en moneda extranjera, celebrados por las Empresas de Seguro que operen en el país<sup>24</sup>.

**d)** La obligación a pagar en Nicaragua por servicios prestados por persona o por entidades nicaragüenses a personas o entidades extranjeras<sup>25</sup>.

**e)** Las operaciones que se realicen con recursos provenientes de fondos dados en fideicomiso o en administración, constituidos en moneda extranjera<sup>26</sup>.

**f)** El reembolso que cualquier deudor nicaragüense o extranjero residente en Nicaragua deba efectuar a un acreedor nacional o extranjero por cualquier suma que éste haya tenido que pagar en moneda extranjera fuera del país, por cuenta de dicho deudor, ya sea en calidad de avalista, codeudor, garante solidario o simple fiador, o mediante la extensión de una tarjeta de crédito o similar. Esta excepción no comprende los pagos que el acreedor haya tenido que efectuar en el país, en moneda nacional<sup>27</sup>.

**g)** Las obligaciones autorizadas por el Banco Central, y que tuvieren como fuente financiera recursos contratados en el exterior, siempre que fuesen debidamente registrados en dicha institución<sup>28</sup>.

**h)** Los depósitos en moneda extranjera constituidos en las empresas bancarias y financieras de conformidad con las normas que al efecto dicte el Consejo Directivo del Banco Central de Nicaragua<sup>29</sup>.

**i)** Cualquier otra que autorice el Consejo Directivo del Banco Central de Nicaragua<sup>30</sup>.

Este organismo ha decidido que:

**a)** Por resolución CD-BCN-XVI-1-95 que el art. 62 CD-BCN-VII-1-94 del 7 de abril de 1994 faculta plenamente y sin limitaciones a los bancos comerciales a otorgar préstamos en moneda extranjera.

22 Art. 4 inc. a).

23 Art. 4 inc. b).

24 Art. 4 inc. c).

25 Art. 4 inc. d).

26 Art. 4 inc. e).

27 Art. 4 inc. f).

28 Art. 4 inc. g).

29 Art. 4 inc. i)

30 Art. 4 inc. h).



**b)** Por resolución CD-BCN-X-3-96 se autoriza a las sociedades anónimas nicaragüenses a emitir títulos valores en moneda extranjera para negociarlos exclusivamente en una Bolsa de Valores previo registro en la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones.

**c)** Por resolución CD-BCN-VII-1-94 los bonos comerciales podrán utilizar libremente el de los depósitos en moneda nacional y el saldo de la moneda extranjera no sujetos a encaje legal.

**d)** Por resolución CD-BCN-IV-1-93 los bonos comerciales podrán otorgar préstamos en moneda extranjera con sus recursos. En el caso de que los recursos provengan de los depósitos recibidos, los préstamos se otorgarán de acuerdo a lo dispuesto en el art. 23.

El Banco Central de Nicaragua establecerá los términos y condiciones que regirán las obligaciones a que se refieren los literales e) hasta i), las cuales no excederán el monto de los compromisos externos adquiridos.

**vii)** El art. 1867 C. y la devaluación.

Se discute en la doctrina si el deudor moroso de una deuda de dinero responde de la devaluación que ésta haya experimentado durante la mora.

La solución reside en el alcance del art. 1867 C. Si se sostiene que de acuerdo con este artículo no es posible cobrar otros perjuicios fuera de los intereses, el deudor no asume la devaluación. Por el contrario, si se admite el cobro de otros perjuicios, el deudor debe asumir la obligación. Nos inclinamos a favor de la primera solución, ya que como he expresado en otra parte de esta obra, el art. 1867 C. no da margen para el cobro de otros perjuicios, además de los intereses.

**viii)** La devaluación monetaria y la cláusula *rebus sic stantibus*.

Parte de la doctrina considerada a la cláusula *rebus sic stantibus* como un instrumento de moderación del nominalismo frente a la devaluación monetaria.

Esta cláusula excede al supuesto de las alteraciones que sufre el contrato en virtud de la devaluación. No enfoca directamente el problema. A lo expuesto se agrega la discusión de si sus efectos resuelven o modifican el contrato. No obstante, si se dan todas las circunstancias necesarias para que opere dicha cláusula, puede funcionar frente a la devaluación.

### **g) Pago hecho con títulos valores**

El acreedor no está obligado a recibir en pago un título valor, pero si lo acepta se producirán los efectos del pago cuando sea realizado o se perjudique por su culpa.

Es un pago condicional (condición suspensiva). Se recibe el documento no en cancelación (*in solutum*), sino pro solvendo.

El art. 2024 C. dice: “La entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubieren sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubieren perjudicado.



Entre tanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso”.

## **G. Que el pago se haga en el lugar y época convenidos**

### **a) Lugar del pago**

Si existe convención el pago debe hacerse en el lugar que las partes hayan designado. Así lo dispone el art. 2030 C. que dice: “El pago debe hacerse en el lugar designado por la convención”.

Si no existe convenio es preciso distinguir si la deuda es de un cuerpo cierto o de otra naturaleza. En el primer caso se hará en el lugar en que dicho cuerpo se encontraba al momento de celebrarse el contrato. En el segundo caso, se hará el pago en el domicilio del deudor. Así se dispone en el art. 2031 C. que dice: «Si no se ha estipulado lugar para el pago y se trata de un cuerpo cierto, se hará el pago en el lugar en que dicho cuerpo existía al tiempo de constituirse la obligación.

Pero si se trata de otra cosa, se hará el pago en el domicilio del deudor».

Es posible que entre el nacimiento de la obligación y el pago, el deudor y el acreedor cambien de domicilio. En tal caso el art. 2032 dispone que el domicilio de ambos será el de la época del nacimiento de la obligación, salvo convenio en contrario. El mencionado artículo dice: “Si hubiere mudado de domicilio el acreedor o el deudor entre la celebración del contrato y el pago, se hará siempre éste en el lugar en que sin esa mudanza correspondería, salvo que las partes dispongan de común acuerdo otra cosa”.

El art. 2033 C. dispone que el deudor que después de celebrado el contrato mudare voluntariamente de domicilio, deberá indemnizar el acreedor de los mayores gastos que haga por esa causa.

El lugar del pago, por lo general, determina la competencia de los tribunales que deben conocer de las acciones que entable el acreedor para el cumplimiento de la obligación. El art. 265 Pr. dice: “Fuera de los casos de sumisión expresa o tácita de que tratan los artículos anteriores, se seguirán las siguientes reglas de competencia:

1ª. En los juicios en que se ejerciten acciones personales, será Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación, y a falta de éste, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque accidentalmente, pudiera hacerse el emplazamiento.

Cuando la demanda se dirija simultáneamente contra dos o más personas que residan en pueblos diferentes, y estén obligados mancomunada o solidariamente, no habiendo lugar destinado para el cumplimiento de la obligación, será Juez competente el del domicilio de cualquiera de los demandados, a elección del demandante”.

### **b) Epoca del pago**

El pago debe hacerse una vez que se vuelve exigible la obligación. Si no existe plazo debe hacerse el pago inmediatamente. Si existe plazo, una vez vencido debe hacerse el pago. Si hay condición, debe efectuarse el pago una vez cumplida la condición.

### **H. Gastos del pago**

Los gastos que ocasionare el pago serán de cuenta del deudor, sin perjuicio de lo estipulado y de lo que el Juez ordenare acerca de las costas judiciales<sup>31</sup>.

Los gastos, pues, corresponden al deudor, salvo convenio en contrario y de lo estipulado y de lo que el Juez ordenare acerca de las costas judiciales.

Existen disposiciones diseminadas en diferentes capítulos del Código Civil que regulan específicamente la obligación de pagar los gastos: arts. 1128, 1424, 2033, 2062, 2558, 2590, 3337 inc. 2, 3479, 3705 inc. 3 y 3877 C.

## **2. Imputación del pago**

### **A. Concepto**

La imputación es la aplicación del pago a un determinado crédito que deberá ser cancelado. En otras palabras: la escogencia de la obligación que deberá quedar extinguida por el pago.

### **B. Requisitos**

Para que la imputación tenga lugar es necesario que concurran los requisitos siguientes:

**a)** Que existan varias obligaciones entre el acreedor y el deudor, o por lo menos una obligación que produce intereses.

Es lógico pensar que si sólo existe una obligación entre el acreedor y el deudor a ella debe hacerse la imputación. No existe el problema de la elección.

No obstante, es posible que se presente el problema de la imputación cuando a pesar de ser una la obligación produce intereses, pues debe determinarse si la imputación debe hacerse al capital o a los intereses. El art. 2051 C. dice que el deudor de una deuda que produce intereses o rentas, no puede, sin consentimiento del acreedor, imputar sobre el capital lo que paga, con preferencia a los atrasos e intereses; el pago hecho por cuenta del capital y de los intereses, si no es íntegro, se imputa primero a los intereses.

<sup>31</sup> Art. 2009 C.

**b) Que las obligaciones del deudor se refieran a un mismo acreedor**

Sólo en esta forma puede existir elección.

**c) Que las deudas sean de la misma especie**

Si son de diferentes especies la imputación que hace el deudor debe hacerse a la que corresponda a la naturaleza de la cosa pagada. Ejemplo: Juan debe a Pedro la entrega de un caballo, la ejecución de un cuadro al óleo y diez mil córdobas. Si Juan paga diez mil, serán imputados a la obligación que tenía con Pedro por esa suma.

Si son de la misma naturaleza, principalmente dinero, el problema de la imputación con relación a todos los créditos surge de inmediato (Juan debe a Pedro C\$1.000.00, en virtud de mutuo y de C\$52.000.00 en virtud del saldo del precio de una venta, etc.).

La imputación tiene lugar en las obligaciones de género sobre cosas fungibles de la misma especie. No puede operar la imputación en el cuerpo cierto, pues en esta obligación se debe una cosa perfectamente determinada y con la misma debe pagarse.

**C) Quién puede hacer la imputación**

La imputación la puede hacer el deudor, el acreedor o la ley. En primer lugar le corresponde al deudor en segundo lugar al acreedor y por último a la ley.

**a) Imputación hecha por el deudor**

En primer lugar la imputación le corresponde al deudor. El art. 2050 C. expresa que el que tuviere contra si varias deudas de la misma especie, tiene derecho de declarar, cuando paga, cuál de ellas quiere pagar.

Es posible que el pago del deudor no cubra el valor de todas las obligaciones, sino una de ellas. En tal supuesto el deudor no puede imputarlo a la deuda mayor que no resulta solventada, por cuanto el acreedor, de acuerdo con el art. 2021 inc. 1 C., no está obligado a recibir un pago parcial. Si José le debe a Pedro C\$1.000.00 por mutuo y otros C\$1.500.00 por saldo de venta y le paga a Pedro C\$1.200.00, no podrá imputar el pago a la deuda de los C\$1.500.00.

La imputación la debe hacer el deudor en el momento de hacer el pago o antes que la haga el acreedor.

Expresa Colmo: “2, que la imputación sea hecha en el momento de verificarse el pago. Esto último no debe ser entendido literalmente. Lo que la ley quiere

---

32 Ob, cit., p.p. 462 y 463.

es que el deudor pueda hacer en tiempo esa imputación, siempre que el acreedor no la haya verificado, por lo mismo que no seguirá con ello perjuicio alguno y se consultaría el beneficio liberal del deudor. Si el acreedor manifestase en tal supuesto, que él había efectuado la imputación, entonces si carecería el deudor de todo derecho, pues lo ejercería extemporáneamente<sup>32</sup>.

La imputación de un pago que ha operado legítimamente en todo o en parte la extinción de una deuda, no puede ser retractada por las partes, en perjuicio de terceros<sup>33</sup>.

#### **b) Imputación hecha por el acreedor**

Si la imputación no la hace el deudor, la puede hacer el acreedor. El art. 2052 C. dice: “Si el que tiene contra sí varias deudas en favor de la misma persona, acepta un recibo en el cual el acreedor imputa especialmente la suma recibida a una de ellas, no puede hacerse la imputación sobre una deuda diferente, cuando no haya habido dolo o sorpresa de parte del acreedor”.

Se sostiene que las limitaciones que sufre el deudor en la imputación no las tiene el acreedor, quien puede imputar el pago al capital antes que a los intereses; como también imputar el pago a una obligación que sólo vaya a quedar parcialmente cancelada.

#### **c) Imputación de la ley**

En defecto de la imputación del deudor y del acreedor, la ley hace la imputación. El art. 2053 C. dice: “Cuando el recibo no expresa ninguna imputación, el pago debe imputarse a la deuda que el deudor tenía mayor interés en extinguir entre las que estaban vencidas: en caso contrario, sobre la deuda vencida, aunque sean menos onerosa que las aún no vencidas.

Si las deudas son de la misma naturaleza, la imputación se hace a la más antigua y en igualdad de circunstancias, la imputación se hace proporcionalmente a todas las deudas”.

### **3. Prueba del pago**

#### **A. Carga de la prueba**

El acreedor debe probar la existencia de la obligación y el deudor el pago de la misma. Si el acreedor demuestra la obligación y el deudor alega que ya la pagó está oponiendo una excepción que debe probar. Establecida la obligación, es a cargo del reo demostrar que ha sido pagada, por medios que lo establezcan de modo positivo, ha dicho la Suprema<sup>34</sup>.

33 Art. 2054 C.

34 S. 11 a.m. del 16 de diciembre de 1936, B.J., p. 9494.

35 S. 9:45 a.m. del 27 de mayo de 1964, B.J., p. 237.

Si el acreedor no presenta prueba de la obligación, pero el deudor reconoce que existe y agrega que ya la pagó, debe demostrar el pago, pues esta confesión es divisible<sup>35</sup>.

Si el deudor simplemente niega la existencia de la obligación, no tiene nada que probar, asumiendo la carga de la prueba el acreedor, que debe acreditar la existencia de la obligación.

### **B. El pago y la prueba testifical**

Nuestra Corte Suprema de Justicia estima que el pago no es un hecho puro y simple y, por lo tanto, la prueba testifical y de presunciones sólo son admisibles con las restricciones legales<sup>36</sup>.

Es conveniente expresar que un sector doctrinal sostiene que cuando el pago no constituye una convención, sino un hecho (obligaciones de hacer hechos materiales o de no hacer) se puede probar por testigos.

Es claro que el pago puede probarse en virtud de la confesión.

### **C. Presunción de pago**

De acuerdo con el art. 2034 C. la existencia en poder del deudor del documento privado hace presumir el pago, salvo prueba en contrario.

Los anotadores encuentran cierto roce entre el mencionado artículo y los arts. 2125 y 2126 C. Lo explican así:

Entre este artículo y los artículos 2125 y 2126 existe cierto razonamiento. Siempre que el documento original de donde resulte la deuda se halle en poder del deudor, se presume que el acreedor se lo entregó voluntariamente, salvo el derecho de éste a probar lo contrario (art. 2126 C.); ahora bien: cuando el acreedor entrega voluntariamente al deudor el documento original en que constare la deuda, habrá remisión de la deuda, si el deudor no alegare que la ha pagado (art. 2125 C.). De donde resulta que, según esos dos preceptos, la existencia en poder del deudor del documento en que constare la deuda hace presumir remisión de la deuda, y no el pago, como dice el artículo que anotamos.

La importancia de que sea pago o remisión se comprende pensando en las diversas consecuencias jurídicas que se desprenden de estas dos figuras. En efecto, remisión equivale a donación; alegar, pues, pago significa para el deudor sustraerse a las acciones de nulidad, si la entrega voluntaria del documento se hizo por quien no habría podido donar, o a quien no habría podido recibir donaciones, por ser incapaz para tales actos (arts. 2757, 2759, 2760, 2777 C.). Significa también sustraerse a la acción de revocación de la donación, cuando llegare el caso (art. 2793 C.); y en fin, si el pago que se supone emanare de un deudor solidario o de un fiador, éstos tendrán contra sus codeudores solidarios, o contra el deudor principal, respectivamente, sus recursos para repetir de sus demás

<sup>36</sup> S. 11 a.m. del 16 de diciembre de 1936, B. J., p. 9494.

codeudores la parte de cada uno (art. 1947 C.), o para el cobro de la cantidad total (art. 3705 C.); mientras que si se trata de remisión gratuita, el codeudor no tiene recursos contra sus codeudores, ni el fiador contra el deudor principal. Por otra parte, dice Baudry Lacantinerie, si el acto que ha liberado al deudor constituye una remisión de la deuda, puede ser atacado por medio de la acción pauliana, por los propios acreedores del donante, mientras que un pago se encontrará al abrigo de esta acción (arts. 2232, 2233 C.)<sup>37</sup>.

La Corte Suprema ha dicho que la presunción de pago que establece el art. 2094 C. se destruye por el hecho de que el acreedor haya dado prestado tal documento, ni puede el deudor conceptuarse dueño, sino que lo retiene precariamente en nombre del acreedor<sup>38</sup>.

#### **4. Naturaleza jurídica del pago**

Relacionado con el tema anterior tenemos la naturaleza jurídica del pago. Las posiciones doctrinarias son las siguientes:

##### **A. El pago como un hecho jurídico**

Se funda en que el pago requiere actividad voluntaria y *animus solvendi* del deudor. Basta que su conducta se ajuste al contenido de la prestación. Como ya se expresó, ésta tesis es rechazada por la Corte Suprema.

##### **B. El pago como un acto debido**

Parte de la idea de que el deudor no es libre de pagar o no pagar. Tiene el deber y al mismo tiempo el derecho de pagar. Tiene libertad psicológica, pero no jurídica.

##### **C. El pago como acto jurídico**

Es una variedad de los actos jurídicos voluntarios lícitos que extinguen, crean, modifican o conservan relaciones jurídicas entre las personas. Es un acto jurídico de extinción de la relación jurídica obligacional.

Los partidarios de esta doctrina se dividen entre:

**a)** Los que lo consideran un acto jurídico unilateral. Estiman que no es necesario la decisión del acreedor, quien no puede dejar de recibir el pago de la prestación en su integridad.

**b)** Los que lo consideran un acto jurídico bilateral.

<sup>37</sup> Nota al art. 2034 C.

<sup>38</sup> S. 12 m. del 15 de octubre de 1916, B.J., p. 1331.

Para unos es un contrato bilateral y para otros solamente un acto jurídico bilateral, sin llegar a estimarlo como contrato. Hay quien lo ve como un acto abstracto.

Para ser congruente con sus ideas sostienen que el pago por consignación no es un auténtico pago.

c) Los que estiman que es bilateral en las obligaciones de dar y en las demás unilateral, porque el pago se realiza al margen de la decisión del acreedor.

Este punto de vista se denomina teoría ecléctica o mixta.

d) Los que la estiman como la ejecución real de la prestación.

El pago no puede ser un negocio jurídico. Es al cumplimiento real de lo debido (prestación) por el vínculo obligacional. Es el cumplimiento de su ciclo vital. No existe un nuevo negocio jurídico.

## **5. La dación en pago**

### **A. Definición**

La dación en pago es el acuerdo celebrado entre el acreedor y el deudor, en virtud del cual el deudor realiza el pago con una prestación diferente a la debida.

Ya se ha dicho que la obligación se paga con la prestación debida, sin que se pueda forzar al acreedor a recibir otra diferente, ni aún a pretexto de ser igual o de mayor valor<sup>39</sup>.

No obstante, el acreedor puede aceptar voluntariamente que el deudor cumpla la obligación con una prestación diferente de la debida. “Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor”.

### **B. Su regulación legal**

Nuestro Código Civil no contiene una reglamentación general de la dación en pago. No obstante, existen algunas normas que se refieren a ella con ocasión de regular casos concretos: arts. 2103, 2532, 2645, 2717 y 3724.

### **C. Sus requisitos**

Para que opere la dación en pago es preciso que se reúnan los requisitos siguientes: a) acuerdo entre el acreedor y el deudor; b) existencia de la obligación objeto de la extinción; c) diferencia entre la obligación debida y la que la sustituye; d) capacidad del acreedor y del deudor.

#### **a) Acuerdo entre el acreedor y el deudor**

<sup>39</sup> Arts. 2007 inc. 2 y 2019 inc. 1 C.

<sup>40</sup> Arts. 2007 inc. 1 y 2019 inc. 1C.

El acreedor no está obligado a recibir cosa distinta de la debida<sup>40</sup>. Por otra parte, tampoco el acreedor puede obligar al deudor a que pague una prestación diferente a la debida.

Es preciso, pues, el consentimiento del acreedor y del deudor para sustituir la prestación debida. Este acuerdo es considerado como esencial.

#### **b) Existencia de la obligación objeto de la extinción**

Se requiere que exista una obligación que sea objeto de la extinción, la que puede ser de dar, hacer o no hacer. De no existir la obligación, el que realiza la dación en pago puede repetir la cosa pagada, pues ha hecho un pago indebido.

Puede ser objeto de dación en pago una obligación natural.

#### **c) Diferencia entre la obligación debida y la que sustituye**

Para Jorge Giorgi es preciso detenerse a investigar cuales pueden ser los cambios sustanciales de la prestación, y agrega que ante todo, si pensamos que toda prestación puede ser por mutuo consentimiento sustituida por otra, el objeto de la *datio in solutum* nos presenta unas veces:

**i)** Una cosa mueble o inmueble en lugar de otra o en lugar de dinero o de un hecho (*rem pro re, pro pecunia, pro facto*).

**ii)** Un hecho positivo o negativo del deudor en lugar de otro hecho, o de una cosa, o del dinero (*factum pro facto, pro re, pro pecunia*).

**iii)** Un crédito para con el acreedor o con respecto a otra persona en lugar de la cosa, o del dinero, o del hecho debido (*nomen iuris pro re, pro pecunia, pro facto*).

Supuesta, continúa Giorgi, por lo tanto, una de estas sustituciones, que evidentemente hacen pasar la prestación de una a otra de las grandes categorías en que se subdividen todas las prestaciones, comprendiendo también en el hacer la abstención (*non facere*), se tiene indudablemente *aliquid pro alio*<sup>41</sup>.

Se sostiene por un sector doctrinal que la obligación de hacer no puede sustituir a la que es objeto de extinción por cuanto el fin de la *datio in solutum* es realizar un pago sustitutorio, que debe ser de ejecución inmediata. La sustitución podrá hacerse, pero constituiría una novación y no una dación de pago.

Por otra parte, se sostiene por otro sector doctrinal que no cabe la dación en pago cuando lo entregado en sustitución es dinero. El Código de Argentina sigue este criterio<sup>42</sup>.

Tal criterio ha sido objeto de duras críticas.

#### **d) Capacidad del acreedor y del deudor**

41 Ob. cit., Vol. VII, p. 345.

42 Art. 779 Código Civil argentino.



Nuestro Código Civil no establece una reglamentación de la dación en pago, por lo que se deben aplicar las reglas generales.

El acreedor necesita de la capacidad general para recibir el pago. Es aplicable, por lo tanto, a la dación en pago el art. 2015 inc. 1 C.

El deudor debe tener capacidad para enajenar el objeto dado en pago<sup>43</sup>.

El diputado para hacer o recibir el pago necesita facultad especial para celebrar la dación en pago.

#### **D. Su naturaleza jurídica**

Este es un tema de gran discusión. Un gran sector doctrinal sostiene que la dación en pago es una modalidad del pago, por cuanto deroga la regla de que el deudor debe suministrar estrictamente lo debido. Otro, por el contrario, opina que la dación en pago constituye una novación por cambio de objeto (José le debe C\$1.000.00 a Pedro y en virtud de convenio aquél le paga a éste, no con los C\$1.000.00, sino con una archivadora).

##### **a) La dación como novación por cambio de objeto**

La novación, dice el art. 2095 C., es la sustitución de una nueva obligación a la antigua, que por lo mismo queda extinguida. En virtud de la dación en pago se extingue la obligación anterior para dar lugar a la que tiene por objeto la cosa dada en pago. Pero esta nueva obligación tiene una vida efímera, fugaz, se extingue al nacer.

Todas las teorías relacionadas con la naturaleza de la dación en pago se han formulado en torno al supuesto de la evicción de la cosa dada en pago y desde este aspecto pasaremos al análisis.

La dación en pago considerada como novación produce los efectos siguientes:

**i)** Se extingue la obligación primitiva y no revive aunque sobrevenga la evicción.

**ii)** Junto con la obligación primitiva se extinguen las fianzas, hipotecas y prendas que la garantizaban.

**iii)** El acreedor sólo puede intentar acción de indemnización contra el deudor para sanear la evicción, sin ninguna garantía, las que se extinguieron junto con la obligación principal.

Nuestro Código Civil acoge la teoría de la novación. Así se desprende de los arts. 2103 y 3724 C. que dicen:

Art. 2103. “La nulidad relativa del nuevo título, la pérdida o la evicción de la cosa dada en pago, no hacen revivir los derechos que resultaban de la obligación extinguida por la novación”.

<sup>43</sup> Art. 2025 C.

Art. 3724 C. “Si el acreedor acepta voluntariamente un inmueble u otros cualesquiera efectos en pago de la deuda, aunque después los pierda por evicción, queda libre el fiador”.

#### **b) La dación considerada como modalidad del pago**

Considerada como modalidad del pago produce los efectos siguientes:

- i)** En la dación en pago el deudor no contrae una nueva obligación.
- ii)** Si se produce la evicción, la dación no ha tenido la eficacia de producir la extinción de la obligación.
- iii)** Como no se ha extinguido la obligación original, puede el acreedor ejercitar todos los derechos y accesorios del mismo, a excepción de la fianza, la cual queda extinguida a tenor del art. 3724 C.

#### **E. Su afinidad con la venta**

Nuestro Código Civil en el art. 2532 C. dice: “Cuando las cosas se entreguen en pago de lo que se debe, el acto tendrá los mismos efectos que la compra y venta. El que la entrega está sujeto a las consecuencias de la evicción, de los vicios redhibitorios, y de las cargas reales no declaradas; más la deuda que se paga será juzgada por las disposiciones del pago”.

Dice Vélez Sarsfields:

Aunque la dación en pago parece tener una analogía con la venta, cuando la cosa se da en pago de una deuda de una suma de dinero; sin embargo se diferencian en el fin; pues el que da la cosa trata sólo de su liberación y no la entrega como vendedor. Uno de los efectos que de esto resulta, es que si el que da la cosa en pago prueba después que ha pagado por un error, puede repetir, no el precio por el que la cosa aparece enajenada, sino la cosa misma, puesto que el tenedor de ella no la ha recibido sino a título de acreedor, cuando en el caso supuesto no lo era en verdad, y el pago había sido indebido. En estas consideraciones se funda la resolución de la última parte del artículo. Véanse Troplong, Vente, No. 7. Pothier, Vente, nos 603 y 607. Mercadé sobre el Art. 1583 del Código Francés <sup>44</sup>.

### **5. Jurisprudencia**

La Corte Suprema ha dicho que:

- a)** Una orden gubernativa de hacer el pago a otra persona diferente al acreedor no libera al deudor<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> Nota del doctor Vélez Sarsfields al art. 1359 del Código Civil de Argentina.

<sup>45</sup> S. 10 a.m. del 2 de julio de 1919, B.J., p. 2396.

<sup>46</sup> S. 11 a.m. del 22 de agosto de 1919, B.J., p. 2487.

b) No se encuentra prohibido pagar una deuda pagando al acreedor del acreedor. Arts. 2006 y 2007<sup>46</sup>.

c) Si se dice en el documento que el pago se hará al deudor, o en su defecto a su esposa, esta es un *adjectus solutionis gratia* y, por lo tanto, no puede ésta endosar el documento, pero como lo hizo, puede oponerse al endosatario la excepción de falta de mérito ejecutivo<sup>47</sup>.

d) El pago se entiende imputado a la deuda vencida, prescindiendo de que sea más gravosa. La imputación se refiere siempre a pagos parciales<sup>48</sup>.

e) Si no se justifica el consentimiento expreso o tácito del deudor para el pago hecho por un tercero, éste sólo tiene derecho a reclamar lo que hubiere pagado. (art. 2010 C.)<sup>49</sup>.

## BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIBA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit, Tomo III, p. 279 y sigts., p. 317 y sigts., P. 374 y sigts. BENEDETTI, Julio Cesar. Las cláusulas de estabilización o de valor garantizado. Revista del Notariado. Argentina. 1972. No. 724. Julio -Agosto. p. 1129. BOFFI BOGGERO, Luis María. Dación en pago. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo V, p. 484 y sigts. BONET CORREA, José. La devaluación de la peseta ante el pago de deudas pecuniarias con cláusula «valor moneda extranjera». R.D.N. 1973. No. 79. Enero-Marzo. p. 21. Metalismo, nominalismo y valorismo en las deudas de dinero. R.D.N. 1976. No. 91. Enero-Marzo. p. 11. Los préstamos hipotecarios con cláusulas de estabilización. R.D.N. 1960. No. 29-30. p. 47. Problemática actual de las obligaciones pecuniarias. R.D.N. 1962. No. 36, p. 197 y sigts. La cláusula de estabilización en las obligaciones pecuniarias. R.D.N. 1963. No. 40. p. 91 y sigts. BORJA SORIANO, Manuel. Ob. cit., Tomo 11, p. 45 y sigts. BORRAJO DACRUZ, Efrén. La imputación del pago. R.D.N. 1955. No. 8 p. 151. BRENES CORDOBA, Alberto. Ob. cit., p. 173 y sigts. De la CAMARA ALVAREZ, Manuel. Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código Civil. Centenario de la ley del notariado. Editorial Reus. Madrid. 1964. Sección 3a. Vol. I., p. 713 y sigts. CASTAN TOBEÑAS, José. Ob. cit., Tomo III, p. 349 y sigts. CLARO SOLAR, Luis. Ob. cit., Tomo XII, Vol. III, p. 45 y sigts., p. 60 y sigts., p. 92 y sigts., p. 361 y sigts. COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H. Ob. cit., Tomo III, p. 179 y sigts. COLMO, Alfredo. Ob. cit., p. 384 y sigts., p. 461 y sigts. CASIO, Alfonso de. Ob. cit., 315 y sigts. CRUZ, Fernando. Ob. cit., Tomo III, p. 32 y sigts. DIEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., Vol. I, p. 611 y sigts. ENNECCERUS, Ludwing. Ob. cit., Vol. I, p. 298 y sigts. ETKIN, Alberto M. El pago. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo XXI. p. 366 y sigts. FLORES MICHEO, Rafael. Desvalorización monetaria y sus repercusiones en el Derecho

47 S. 11 a.m. del 8 de octubre de 1936, B.J., p. 9431.

48 S. 10:30 a.m. del 20 de marzo de 1959, B. J., p. 19418.

49 S. 10:30 a.m. del 17 de junio de 1919, B.J., p. 2370.

Civil. RCDI. Madrid. 1980. No. 540. Septiembre-Octubre. p. 1037 y sigts. FUEYO LANERI, Fernando. La actualización o reajustabilidad del valor de la deuda dineraria, como requisito del pago efectivo, cualquiera que sea la fuente de la obligación. Santiago de Chile. Chile. 1976. La ejecución de buena fe de los contratos como uno de los requisitos del pago. Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, Chile. 1958. Tomo LV. Nos. I y 2. Enero-Abril. p. 95 y sigts. GARCIA GOYENA, Florencio. Ob cit, p. 584 y sigts. GAUDEMET, Eugene. Ob. cit., p. 449. GIORGI, Jorge. Ob. cit, Vol. III. p. 19 y sigts. GOMEZ DE LA SERNA, Pedro de. y MONTALBAN, Juan Manuel D. Ob. cit., Tomo II, p. 206 y sigts. GONZALEZ PALOMINO, José. La adjudicación para pago de deudas. AAMN. Ob. cit., 1945. Tomo I, p. 207 y sigts. GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Ob cit, p. 654 y sigts., p. 895 y sigts. HERNANDEZ GIL, Antonio. Ob. cit., p. 273 y sigts. LARENZ, Karl. Ob. cit., Tomo I, p. 408 y sigts. MACHADO, José Olegario. Ob. cit, Tomo II, p. 501 y sigts. MANRESA Y NAVARRO, José María. Ob. cit., Tomo VIII, p. 258 y sigts. MARTIN-BALLESTEROS Y COSTEA. El pago de prestaciones debidas en moneda devaluada. Separata. R.C.J.J. 1950. MARTINEZ CALCERRADA, Luis. Cumplimiento defectuoso de la prestación. R.C.D.I. Madrid. 1976. No. 517, p. 1335 y sigts. MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean. Ob. cit., 2a. parte. Vol. III, p. 3 y sigts. MEJIA ROMERO, Luis. Ob. cit., p. 99 y sigts. MEZA BARROS, Ramón. Ob. cit., p. 288 y sigts., p. 320 y sigts., p. 351 y sigts. OSSORIO Y FLORIT, Manuel. Imputación del pago. Enciclopedia Jurídica Omega. Ob. cit., Tomo XXI, p. 374 y sigts. OSSORIO MORALES, Juan. Ob. cit., p. 110 y sigts. PALACIO P., H. Gustavo. Ob. cit., p. 270 y sigts. PELAYO HORE, Santiago. Cláusulas de estabilización. AAMN, Ob. cit., 1950, Tomo II, p. 42 y sigts. PEREZ VIVES, Alvaro. Ob cit., Vol. III, p. 321 y sigts., p. 371 y sigts. p. 381 y sigts. POTHIER, R. J. Ob. cit., p. 325 y sigts. PUENTE MUÑOZ, Teresa. El lugar de cumplimiento de la obligación. R.C.D.I. Madrid, 1968. No. 467, p. 905 y sigts. PUIG BRUTAU, José. Ob cit, Tomo I, Vol. II, p. 259 y sigts. RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Ob. cit., Tomo V, p. 376 y sigts. RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. Ob cit., p. 403 y sigts., p. 441 y sigts. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Ob. cit., Tomo V, Vol. III, p. 9 y sigts., p. 409 y sigts. RUGGIERO, Roberto de. Ob. cit., Tomo II, Vol. I, p. 101 y sigts. SALVAT M., Raymundo. Ob. cit, Tomo II, p. 179 y sigts. SANTOS BRIZ, Jaime. Ob. cit., Tomo III, p. 150 y sigts. SCHLESSINGER, Piero. El pago al tercero. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1971. SELVA, Buenaventura. Ob. cit., p. 291 y sigts. SMITH, Juan Carlos. Aspectos jurídicos de la depreciación monetaria. R.N. Buenas Aires, Argentina. 1977. No. 834. Septiembre-Octubre, p. 1323. TRABUCCHI, Alberto. Ob. cit, Tomo II, p. 48 y sigts. VALENCIA ZEA, Arturo. Ob. cit., Tomo III, p. 448 y sigts., p. 463 y sigts. VALVERDE Y VALVERDE, Calixto D. Ob. cit., Tomo III, p. 167 y sigts. VATTIER FUENZALIDA, Carlos. Problemas de las obligaciones pecuniarias en el Derecho Español. R.C.D.I. Madrid. 1980. No. 536. Enero-Febrero, p. 41 y sigts. VELEZ, Fernando. Ob. cit, Tomo VI, p. 258 y sigts. THUR, Von A. Ob. cit, Tomo II, p. 1 y sigts., p. II y sigts.

## Capítulo IV

### Del pago de subrogación

*SUMARIO: 1. Modalidades del pago. 2. Concepto. 3. La subrogación real. 4. Naturaleza jurídica de la subrogación: A. Clasificación de las teorías. B. Breve explicación de cada teoría. 5. Fuentes de la subrogación. 6. Subrogación convencional: A. Subrogación hecha por el acreedor. B. La subrogación hecha por el deudor. 7. Subrogación legal: A. En provecho del que, siendo acreedor, aun por documento privado, paga a otro acreedor que tiene derecho a ser preferido en razón de un privilegio o hipoteca. B. Del que habiendo comprado un inmueble es obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble esté hipotecado. C. En provecho del que, estando obligado con otros o por otros al pago de la deuda, tenía interés en pagarla. D. En provecho del heredero que ha pagado con sus propios fondos las deudas de la sucesión. E. Del que paga una deuda ajena, consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor. 8. Efectos de la subrogación. 9. La subrogación parcial. 10. La subrogación legal es de aplicación restrictiva. 11. Ventajas de la subrogación. 12. Jurisprudencia.*

#### 1. Modalidades del pago

Se consideran como modalidades del pago: el pago por consignación, el pago con subrogación, el pago por cesión de bienes y el pago con beneficio de competencia.

La dación en pago es considerada por algún sector doctrinal como una modalidad del pago. Como nuestro Código Civil no sigue esta teoría no la tratamos aquí.

#### 2. Concepto

La subrogación es la sustitución del acreedor por otro que paga y pasa a ocupar su posición jurídica, sin que se extinga la obligación y sus garantías. Esta subrogación se denomina personal. También la subrogación puede ser real. Esta consiste en la sustitución de una cosa por otra que viene a ocupar jurídicamente su lugar.

#### 3. La subrogación real

No existe en nuestro Código Civil una regulación general, pero se encuentran algunas disposiciones que la contemplan. Este tipo de subrogación no corresponde a nuestra materia, pero es conveniente señalar algunos casos de nuestra legislación:

a) Se produce una subrogación real en el supuesto del art. 2166 inc. 1 C., que dice: “Si la cosa cierta y determinada perece por culpa o durante la mora del obligación de éste subsiste, pero varía de deudor la obligación objeto; el deudor es obligado al precio y a los daños y perjuicios”.

b) Existe subrogación real en el supuesto del art. 3774 C., cuando expresa: “La hipoteca de un inmueble se extiende a todos los accesorios... y al importe de la indemnización concedida o debida por los aseguradores del inmueble...”

Por otra parte, el art. 3778 C. dispone: “Si la finca estuviere asegurada y se destruyere por incendio u otro caso fortuito, no sólo subsistir la hipoteca en los restos de la finca, sino que el valor del seguro quedar afecto al pago. Si el crédito fuere de plazo cumplido podrá el acreedor pedir la restitución (retención dice el modelo mexicano que deberá entenderse) del seguro; y si no lo fuere, podrá pedir que dicho valor se imponga a su satisfacción, para que se verifique el pago al vencimiento del plazo”. Lo colocado entre paréntesis es nuestro.

c) Hay subrogación real en el supuesto del art. 3 inc. 2 de la Ley de Prenda Agraria e Industrial, que dice: “El privilegio del acreedor prendario se extiende a la indemnización del seguro de los bienes pignorados, en caso de siniestro, y a la que corresponde abonar a los responsables por pérdidas o deterioro de los bienes gravados, así como a la indemnización proveniente de expropiación por causa de utilidad pública”.

d) Existe subrogación real en el supuesto del art. 1030 C.C., que dice: “En caso de pérdida del buque o de quedar inutilizado para la navegación, los acreedores hipotecarios, podrán ejercer sus derechos sobre los objetos salvados o sobre su producto, aunque los plazos de los créditos no estuvieren vencidos.

Los acreedores hipotecarios podrán igualmente ejercer sus derechos sobre el valor del seguro tomado por el dueño o armador sobre el buque hipotecado”.

#### 4. Naturaleza jurídica de la subrogación

##### A. Clasificación de las teorías

En la subrogación se ponen en juego dos ideas contradictorias: se habla de pago del tercero, el cual lógicamente extingue la obligación, y, por otra parte, se sostiene que el crédito se trasmite al tercero junto con las garantías.

Tal cuestión ha dado lugar a muchas teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica de la subrogación. De acuerdo con Diego Espin, hay tres grandes grupos de teorías que explican la naturaleza jurídica de la subrogación: **las teorías del pago o extinción del crédito**, en las cuales agrupa a la teoría de la transmisión ficticia del crédito, la teoría de la transmisión de las garantías y a la teoría del regreso legal; **las teorías de la transmisión del crédito**, en las

cuales agrupa a la teoría de la expropiación del crédito, a la teoría diferencial entre la subrogación y la cesión, y a la teoría de la cesión; y **las teorías eclécticas**, en las cuales agrupa a la teoría de la operación de la doble cara, a la teoría de la extinción relativa y la teoría del pago no extintivo. El primer grupo de doctrinas parte de la base de que el pago del tercero produce la extinción de la obligación; el segundo grupo estima que la subrogación no implica la extinción o pago de la obligación, sino la transmisión del lado activo, continuando igual en sus otros elementos; las eclécticas se fundan en las ideas de las dos primeras.

## **B. Breve explicación de cada teoría**

### **a) Teoría de la transmisión ficticia del crédito**

De conformidad con esta teoría se considera que el pago extingue el crédito con relación al acreedor, pero por una ficción se estima que se transmite junto con sus accesorios al tercero que paga.

La ficción, pues, consiste en estimar subsistente en poder del tercero una obligación extinguida por el pago.

### **b) Teoría de la transmisión de las garantías**

Esta teoría considera que lo único que se transmite al tercero son los accesorios, como hipotecas, prendas fianzas o privilegios, pues la obligación se extingue con el pago y, como consecuencia, no puede transmitirse. Para reclamar lo pagado, el acreedor no cuenta con la acción del primitivo acreedor, sino con la derivada del pago (mandato, gestión de negocios, etc.), a la cual se incorporan los accesorios del crédito anterior extinguido.

### **c) Teoría del regreso legal**

Se estima que en virtud de la ley nace una obligación de igual contenido a la extinguida en virtud del pago.

Todas las teorías expuestas son criticadas por cuanto estiman que la subrogación es un verdadero pago, opinión sumamente cuestionada, pues para que exista pago sería necesario que tenga por causa la extinción del crédito y no su adquisición.

### **d) Teoría de la cesión**

Esta teoría identifica la subrogación con la cesión.

### **e) Teoría de la expropiación del crédito**



Explica la transmisión del crédito a favor del que pagó a través de la expropiación.

**f) Teoría diferencial entre la subrogación y la cesión**

Se sostiene que tanto en la subrogación como en la cesión hay transmisión del crédito, pero son figuras diferentes, aunque con afinidades.

**g) Teoría de la operación de la doble cara**

Para esta teoría la subrogación encierra una operación de doble faz: hay pago en las relaciones del tercero (subrogado) con el acreedor, quien ya no podrá reclamar nada, y cesión en las relaciones del tercero con el deudor.

Colín y Capitant acogen esta teoría. Dicen: “Lo que hace en realidad la subrogación es una operación híbrida, que constituye, por una parte, el accesorio y la consecuencia de un pago, y por otra parte, se parece mucho a la cesión de crédito, pero se diferencia en puntos esenciales”.<sup>1</sup>

Se considera que el pago hecho por el tercero no extingue totalmente la obligación, por cuanto existen, además de la satisfacción del acreedor, otros fines que cumplir, como son: la liberación del deudor y el reembolso de lo pagado por el tercero. De aquí que el pago con subrogación sólo extingue la obligación en relación al acreedor primitivo, pero la deja subsistir con relación al deudor.

**h) Teoría del pago no extintivo**

Se estima que la subrogación es un verdadero pago, pero una forma especial del mismo que produce la exclusión del primitivo acreedor y la transmisión del derecho al que paga.

Se parte de la idea de que el pago en determinados casos no extingue la obligación. La obligación no se extingue porque la ley así lo dispone, por lo que no es preciso decir que no existe pago; la subrogación es un verdadero pago, pero especial.

## **5. Fuentes de la subrogación**

La subrogación puede ser convencional<sup>2</sup> o legal<sup>3</sup>. La voluntad de las partes y la ley son las dos fuentes de la subrogación<sup>4</sup>.

La convencional puede emanar del acreedor o del deudor<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Ob. cit., Tomo III, p. 207.

<sup>2</sup> Art. 2043 C.

<sup>3</sup> Art. 2044 C.

<sup>4</sup> Art. 2042 C.

<sup>5</sup> Art. 2043 C.



## **6. Subrogación convencional**

La subrogación convencional cobra importancia cuando no tiene lugar la legal.

### **A. Subrogación hecha por el acreedor**

La subrogación hecha por el acreedor está regulado por el art. 2043 inc. 1 C. que dice: “La subrogación es convencional: 1o. Cuando el acreedor, al recibir el pago de un tercero, lo subroga en los derechos, acciones, privilegios o hipotecas que tiene contra el deudor: esta subrogación debe ser expresa y hecha al mismo tiempo que el pago”.

Para que se efectúe la subrogación del acreedor es preciso que concurren los requisitos siguientes:

- a) Que el pago se haga por un tercero ajeno a la obligación.
- b) Que concurren la voluntad del acreedor y del tercero que paga.

El acreedor no se puede oponer a recibir el pago de manos de un tercero, pero no está obligado a subrogarlo en sus derechos contra el deudor. De aquí que sea fundamental la voluntad del acreedor, ya que es el titular del crédito y, como tal, es el que puede disponer del mismo. La voluntad o consentimiento del deudor no son necesarias, sin embargo de conformidad con el art. 2011 C., si el tercero paga, ignorándolo el deudor, no podrá aquel compeler al acreedor a subrogarle en sus derechos y tampoco queda subrogado en virtud de la ley. En este caso sólo cabe la subrogación convencional.

### **c) Que sea expresa y hecha al mismo tiempo que el pago**

La subrogación hecha por el acreedor debe ser expresa. No se admite el consentimiento tácito. Tampoco es preciso el uso de frases sacramentales. Por otra parte, el acreedor debe hacer la subrogación al momento del pago, ya que el pago extingue la obligación y, por lo tanto, con posterioridad al mismo no habrán derechos que transmitir, ya será tarde. Si se hace antes del pago habrá cesión y no subrogación.

Los autores se preguntan si el mandatario para recibir el pago puede subrogar al tercero y contestan en sentido afirmativo. En primer lugar, no resulta ningún perjuicio en contra del acreedor, y, en segundo lugar, puede suceder que el tercero señale como condición para pagar que lo subroguen, a lo que puede acceder el mandatario a tenor del art. 3329 C.

### **B. La subrogación hecha por el deudor**

La subrogación hecha por el deudor está regulada por el art. 2043 inc. 2 C. que dice: “La subrogación es convencional: 2o. Cuando el deudor toma prestada

una cantidad a fin de pagar una deuda y de subrogar al prestamista en los derechos del acreedor.

Para la validez de esta subrogación es necesario que el acto de préstamo y el de pago tengan fecha cierta; que en el acto del préstamo se declare haberse tomado este para hacer el pago; y que en el pago se declare que éste se ha hecho con dinero suministrado a este efecto por el nuevo acreedor. Esta subrogación se efectúa sin el concurso de la voluntad del acreedor”.

El origen de esta subrogación se encuentra en el Derecho antiguo francés. Cuando se prohibió el préstamo con interés, los prestamistas procedieron a colocar su dinero constituyendo una renta. Como se produjo una baja en la tasa de la misma, los deudores, aprovechándose de tal situación, recurrieron a la subrogación a favor de un nuevo acreedor. No obstante, los antiguos acreedores se negaban a efectuar la subrogación, por la que se promulga el edicto de mayo de 1609, concediéndole a los deudores de rentas el derecho de hacer la subrogación. Este edicto constituye el origen del art. 1250, 2 parte, del Código Civil francés.

Para que se efectúe esta subrogación deben concurrir las condiciones siguientes:

a) Que un tercero preste una cantidad de dinero a fin de pagar una deuda y que lo subroguen en los derechos del acreedor.

b) Que el acto del préstamo y el del pago tengan fecha cierta.

Se puede hacer en escritura pública o en documento privado de fecha cierta. De lo contrario no se podrá invocar contra terceros.

c) Que en el acto del préstamo se declare haberse tomado éste para hacer el pago.

d) Que en el acto del pago se declare que éste se ha hecho con dinero suministrado a este efecto por el nuevo acreedor. No existe obstáculo legal para que el préstamo y el pago se hagan en un mismo acto.

Esta subrogación se efectúa sin la voluntad del acreedor, circunstancia que ha dado lugar a duras críticas, pues choca contra el principio del derecho de que el deudor no puede disponer del crédito del acreedor sin su consentimiento. No obstante, la utilidad práctica que se obtiene obliga al legislador a apartarse de dicho principio.

Por lo expuesto, códigos como el chileno regulan a la subrogación por el deudor entre los supuestos de la subrogación legal<sup>6</sup>.

Conviene advertir que en este supuesto el pago no lo hace un tercero, sino el propio deudor con fondos suministrados por aquel.

## 7. Subrogación legal

La subrogación legal se produce por ministerio de la ley, sin necesidad de que concurra la voluntad del acreedor o del deudor.

<sup>6</sup> Art. 1610 No. 6.

De conformidad con el art. 2044 C., la subrogación tiene lugar por disposición de la ley:

**A. En provecho del que, siendo acreedor, aun por documento privado, paga a otro acreedor que tiene derecho a ser preferido en razón de un privilegio o hipoteca**

Para que esta subrogación se realice se exigen las condiciones siguientes:

a) Que el pago lo haya hecho otro acreedor. Este acreedor puede ser simple, o bien privilegiado, prendario o hipotecario, pues podría estar interesado en eliminar a un acreedor preferente.

b) Que el acreedor que reciba el pago sea preferente por razón de un privilegio o hipoteca.

Se sostiene que existe subrogación cuando se paga al acreedor que goza del derecho legal de retención, pues el art. 1426 Pr. considera a los bienes retenidos como hipotecados o constituidos en prenda, según fueren inmuebles o muebles.

**B. Del que habiendo comprado un inmueble es obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble este hipotecado**

No se exige que la hipoteca sea pagada con el precio de la venta.

Para que funcione esta subrogación es preciso que:

a) Pague el comprador de la finca hipotecada.

b) El pago se haga al acreedor hipotecario de la finca.

Cobra utilidad este supuesto de subrogación cuando existen varias hipotecas y el comprador paga la de primer grado y con posterioridad es demandado por el acreedor de segundo o tercer grado. El comprador deberá pagarse con preferencia sobre el producto de la venta, por cuanto se ha subrogado en los derechos del acreedor de primer grado.

**C. En provecho del que, estando obligado con otros o por otros al pago de la deuda, tenía interés en pagarla**

Cuando la ley habla del obligado con otros, comprende al codeudor solidario o indivisible que paga toda la deuda. Cuando habla del obligado por otros, se refiere al fiador que paga la deuda por el deudor.

Si la obligación interesa a todos y paga uno de ellos, se subroga en los derechos del acreedor, pero no funciona la solidaridad contra los otros codeudores. Si la obligación sólo interesa a alguno o algunos de ellos, si paga uno de los no interesados se subroga en los derechos del acreedor y tiene acción solidaria para cobrarle el total a los codeudores.

Se considera que el caso contemplado en el art. 3846 C. está comprendido en el que es objeto de estudio.

**D. En provecho del heredero que ha pagado con sus propios fondos las deudas de la sucesión**

Para que se realice esta subrogación es preciso que:

- a) El pago lo realice el heredero que goza del beneficio de inventario. En nuestro derecho la herencia se entiende aceptada bajo beneficio de inventario.
- b) Lo haga con sus propios fondos.

**E. Del que paga una deuda ajena, consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor**

El que paga en este caso es un tercero extraño a la obligación con el consentimiento expreso o tácito del deudor.

Si el deudor alega que fue pagado con sus fondos y no con los del tercero debe probar tal afirmación.

**8. Efectos de la subrogación**

El art. 2045 inc. 1 C. dice: “La subrogación tanto legal como convencional, traspa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria o subsidiariamente a la deuda”.

En virtud de la subrogación se transmiten:

**a) Los derechos**

Se transmiten bajo las mismas condiciones que tengan en poder del antiguo acreedor. Si gozaban de interés, continúan corriendo en igual forma y por el mismo monto en manos del nuevo acreedor. Si el derecho estaba por prescribir, continuará corriendo la prescripción en manos del nuevo acreedor, etc. Véase sentencia visible en No. 12 literal a) de este capítulo, en donde se confirma este criterio.

**b) Los privilegios**

Si el crédito pagado gozaba de un privilegio, también se transmite el privilegio.

**c) Las acciones**

Se transmiten las acciones de que gozaba el acreedor antiguo: acción resolutoria, acción de simulación, acción pauliana, etc.

Se sostiene que el que paga no sólo adquiere la calidad de acreedor sino también la de contratante. Si, por ejemplo, el tercero paga el saldo del precio de una compraventa se opera la subrogación y pasa a ser vendedor. Como tal podrá

entablar las acciones que nacen de ese contrato: acción resolutoria, de nulidad, etc.

**d) Las garantías**

Se transmiten las garantías que aseguran el crédito: hipoteca, prenda o fianza.

Se discute en la doctrina si se traspasan o no las acciones inherentes a la calidad del contratante. La mayor parte de la doctrina opina que no pasan al nuevo acreedor las acciones inherentes a la persona del antiguo acreedor.

Entre los juristas chilenos se ha trabado una encendida polémica con ocasión de un fallo de la Corte Suprema que declaró que el tercero que paga a la Caja de Ahorro no puede cobrar, en virtud de la acción subrogatoria, el interés penal que se le permite cobrar a esta institución, que es mayor al permitido por la ley.

Los autores de ese país se han dividido. Somarriva expresa que el fallo es correcto. Opinan en forma diferente Alessandri y Claro Solar.

La de Somarriva aparece recogida en la forma siguiente:

“Sin embargo Somarriva cree que la Suprema ha fallado perfectamente bien, tanto desde el punto de vista de la conveniencia como desde el punto de vista estrictamente jurídico. Porque en realidad sostener que en el pago con subrogación pasan aun al subrogante las acciones personalísimas, es extremar la cuestión. Y por eso dice Somarriva que esa identificación absoluta entre subrogante y subrogado es exagerada. Veamos, agrega, hasta que absurdos jurídicos llegaríamos. Así por ejemplo, si el acreedor era incapaz, demente, de acuerdo con las reglas del Código Civil, se le suspende la prescripción; si aceptamos que pasan aun las acciones personales, tenemos que aceptar que al tercero que ha pagado también se le suspende la prescripción, no obstante ser capaz. Hay una inconsecuencia. Pongamos por caso que el acreedor fuere incapaz de recibir. Si pasase la misma situación al subrogante, también éste pasaría a incapaz, no obstante ser capaz. Lo mismo acontecería con el privilegio de pobreza. Si un tercero pagare impuestos que debe un acreedor, se opera subrogación en los derechos del Fisco. Cómo éste tiene privilegio de pobreza, si aceptamos que se traspasa la calidad del subrogado al subrogante, éste también tendría que tener privilegio de pobreza si demanda al deudor, lo cual, es inaceptable. Y todavía, puede acontecer que el acreedor gozare de fuero para litigar; si aceptáramos que también pasan las excepciones personales, tendríamos, que concluir que el tercero que ha pagado gozarla igualmente de fuero. Por todas estas razones, termina Somarriva, puede concluirse que no pasan al tercero las acciones inherentes a la persona del subrogado<sup>7</sup>.

Dice Luis Claro Solar: “Desde que el nuevo acreedor sucede al antiguo en los derechos que tiene y puede hacer valer con motivo de la obligación, no puede cuestionarse que puede hacerlos valer todos ellos. Al indicar el alcance de la subrogación el artículo 1612 no ha establecido, por lo demás, limitación alguna; y no ha establecido, por lo tanto, que los derechos, acciones, privilegios, prendas e

7 Curso de Derecho Civil de Alessandri y Somarriva. Ob. cit., Tomo III, p. 352.

hipotecas que correspondían al antiguo acreedor pasen al nuevo acreedor sólo en cuanto sean inherentes al crédito subrogado y le pertenezcan en razón de su clase o naturaleza jurídica. La ley no establece esta limitación; y establecerla importa dictar una ley que el legislador no ha establecido”.

La interpretación que la Corte Suprema da a la disposición del artículo 1612, es caprichosa y carece de fundamento. Precisamente la ley al expresar que la subrogación traspasa al nuevo acreedor los privilegios del antiguo, sin hacer diferencia entre ellos, manifiesta que traspasa todos aquellos derechos que son transmisibles, es decir, que no suponen el ejercicio personal del titular. Y la palabra privilegio tomada en su sentido jurídico activo, se aplica a la ley particular o a una disposición particular de una ley que otorga ciertas prerrogativas especiales que no concede el derecho común; y en su sentido pasivo es la prerrogativa misma otorgada por dicha ley o disposición particular que si le es dada en consideración solamente al individuo, sin respecto a sus bienes, permanece adherida a la persona a quien se otorga, no pasa a sus herederos ni a sus cesionarios ni por lo mismo a los que se subrogan en sus derechos, es intransmisible e intransferible; pero en la subrogación, los privilegios a que la ley se refiere son los acordados a ciertas causas, a ciertas acciones en el ejercicio de las cuales el acreedor goza de derechos especiales de que no goza en el ejercicio de todas las acciones; y tales derechos especiales pasa, con los créditos, a las personas que suceden en ellos a los acreedores, por cesión, subrogación o de cualquier otra manera. Por eso dice el artículo 2470: “Estas causas de preferencias (el privilegio y la hipoteca) son inherentes a los créditos para cuya seguridad se han establecido, y pasan con ellos a todas las personas que los adquieren por cesión, subrogación, o de otra manera”.

No es personalísima la idea del privilegio de cobrar intereses de intereses e intereses penales subidos. La simple lectura del mensaje en que se propuso el proyecto que dio nacimiento a la Caja de Crédito Hipotecaria revela que los intereses subidos fueron fijados para asegurar el servicio puntual de las deudas a fin de que la institución tuviera con la debida oportunidad los recursos necesarios para hacer el servicio de intereses y amortización de sus letras. La misma razón hizo fijar por semestres anticipados el servicio de sus obligaciones por los deudores. Se trata, pues, como dice la misma Corte Suprema, de privilegios o derechos que según la propia ley de su institución son inherentes a esta clase de créditos y que les pertenecen en razón de su naturaleza jurídica especial. El temor del abuso que pudiera cometerse pagando deudas de estas instituciones para colocar capitales a altos intereses, no autoriza la interpretación que se ha dado en dicho fallo a una disposición precisa y clara<sup>8</sup>.

La subrogación legal y convencional producen los mismos efectos, pero la convencional puede ser modificada o limitada por las partes, mientras que la legal no puede ser modificada.

<sup>8</sup> Ob. cit., Tomo XII, p.p. 272, 273, 274 y 275.

## 9. La subrogación parcial

Existe subrogación parcial cuando el acreedor recibe un pago parcial. En tal supuesto el crédito pertenecerá en una parte al acreedor primitivo y en otra al acreedor subrogado.

El acreedor primitivo goza de preferencia con relación al subrogado para pagarse lo que se le resta del crédito.

El art. 2045 inc. 2 C. dice: “Si el acreedor ha sido solamente pagado en parte, podrá ejercer sus derechos, relativamente a la que se le reste debiendo, con preferencia al que sólo ha pagado una parte del crédito. De esta preferencia sólo gozan el acreedor o acreedores originarios o sus cesionarios, pero no existe la preferencia entre los subrogados si el acreedor ha recibido pagos parciales”<sup>9</sup>. El pago de estos se hará a prorrata. El art. 2049 C. dice: “Si varias personas han prestado dinero al deudor para el pago de una deuda, no habrá preferencia entre ellas, cualquiera que haya sido las fechas de los diferentes préstamos o subrogaciones”.

No cabe la subrogación parcial en deudas indivisibles. Así lo dispone el art. 2047 C.

## 10. La subrogación legal es de aplicación restrictiva

Para que exista la subrogación legal es preciso un texto legal que la contemple. El art. 2044 C. contempla cinco casos; pero no es una disposición taxativa, ya que el legislador ha establecido otros. Por ejemplo:

a) El contemplado en el art. 164 inc. 1 de la Ley General de Títulos Valores que dice: “El que paga por intervención adquiere los derechos inherentes a la letra de cambio, contra aquel por el cual ha pagado y contra aquellos que están obligados cambiariamente frente a este último. Sin embargo, no podrá endosar nuevamente la letra de cambio”.

b) El contemplado por el art. 2069 inc. 2 C, que dice: “Sin embargo, cuando una persona a consecuencia de un error suyo ha pagado una deuda ajena, no tendrá derecho de repetición contra el que a virtud del pago ha suprimido o cancelado de buena fe un título necesario para el cobro de su crédito, pero puede intentar contra el deudor las acciones del acreedor”.

c) El contemplado por el art. 555 CC. que dice: “El asegurador que ha pagado el daño o la pérdida de los objetos asegurados se subroga en todos los derechos del asegurado contra tercero, por razón del objeto de cuyo daño o pérdida fue indemnizado.

El asegurado es responsable al asegurador de todo acto que perjudique los derechos en que se ha subrogado”.

d) El caso del art. 572 CC., que dice: “El asegurador se subrogar no sólo en las acciones civiles del asegurado en relación con la cosa, sino también en las

<sup>9</sup> Art. 2046 C.



criminales contra todo los autores o responsables del incendio por cualquier carácter o título que sea”.

Por otra parte, no existe aplicación analógica. Si el caso no está expresamente contemplado por el texto legal, no se le puede aplicar por analogía la disposición que establezca otro semejante al no regulado.

## 11. Ventajas de la subrogación

El tercero que paga tiene a su favor acción personal para recuperar lo pagado; acción derivada de la relación jurídica que lo vincula con el deudor. Ejemplo: acción emanada del contrato de mandato cuando el tercero paga con el consentimiento expreso del deudor; acción derivada del mutuo cuando el tercero le presta al deudor para que pague la deuda; acción nacida del cuasicontrato de agencia oficiosa si el tercero actúa en ese carácter al verificar el pago.

Estas acciones las conserva el tercero aunque por la ley se subroga en los derechos del acreedor en virtud del pago. Tiene, pues, el tercero, en el supuesto que opere la subrogación, dos acciones: la personal proveniente del vínculo que lo une con el deudor y la subrogatoria.

La acción subrogatoria tiene la ventaja de ser más eficaz, ya que va acompañada de todos los privilegios y garantías que tiene el crédito objeto del pago. Empero, bajo ciertas circunstancias es posible que resulte más ventajoso al tercero entablar la acción personal y no la subrogatoria.

## 12. Jurisprudencia

La Corte Suprema ha dicho que:

a) Si uno de los codeudores solidarios paga no se extingue la obligación y nace un nuevo crédito. El crédito subsiste en manos del subrogado, por lo que debe desecharse el argumento de que la prescripción debe contarse desde el momento del pago<sup>10</sup>.

b) “...Si bien es verdad que en virtud de la subrogación legal pasan del subrogante al subrogado todos los derechos relativos al crédito, no sólo los accesorios, sino también los principales, debe entenderse que esa transmisión se realiza hasta el límite a que asciende el crédito propio del subrogado, el que no puede valerse de los derechos del subrogado más que para recobrar su crédito, esto es, el propio crédito que nació en virtud del pago efectuado al acreedor. De manera que cuando el crédito del subrogado llegue a ser, en la especialidad del hecho, menor que el del subrogante, no puede el primero hacer uso de las acciones adquiridas por la subrogación, sino hasta el límite de la menor suma representada por su crédito propio. Esta es precisamente la diferencia substancial que existe entre la subrogación y la cesión, pues ésta última confiere al cesionario el derecho al reintegro total del crédito cedido, en capital y accesorios. Así, si el subrogado

10 S. 12 m. del 22 de octubre de 1930, B. J., p. 7583.

11 S. 12 m. del 11 de octubre de 1930, B. J., p. 7572.



pagó al subrogante en billetes del Tesoro Nacional, no puede cobrar la deuda en plata<sup>11</sup>.

## BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit., Tomo III, p. 329 y sigts. BETTI, Emilio, Ob. cit., Tomo II, p. 253 y sigts. BRENES CORDOBA, Alberto. Ob. cit, p. 191 y sigts. BORJA SORIANO, Manuel. Ob. cit, Tomo II, p. 255 y sigts. CASTAN TOBEÑAS, José. Ob. cit., Tomo III, p. 384 y sigts. CLARO SOLAR, Luis. Ob. cit., Tomo XII. Vol. III, p. 211 y sigts. COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H. Ob. cit., Tomo III, p. 202 y sigts. COLMO, Alfredo. Ob. cit., p. 444 y sigts. CRUZ, Fernando. Ob. cit., Tomo III, p. 46. DIEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., Vol. I, p. 800 y sigts. GARCIA GOYENA, Florencio D. Ob. cit., p. 596 y sigts. GIORGI, Jorge. Ob. cit., Vol. VII, p. 179 y sigts. GAUDEMMENT, Eugene. Ob. cit, p. 489 y sigts. GOMEZ DE LA SERNA, Pedro D. y MONTALBAN, Juan Manuel D. Ob. cit., Tomo II, p. 208. GUAGLIANONE, Aquiles Horacio. La suerte del crédito en el pago subrogatorio por convenio con el deudor. Editorial Abeló-Perrot. Buenos Aires. 1960. GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Ob. cit., p. 770 y sigts. MACHADO, José Olegario. Ob. cit, Tomo II, p. 572 y sigts. MANRESA Y NAVARRO, José, María. Ob. cit., Tomo VIII, p. 447 y sigts. MARIN PADILLA, María Luisa. La formación del concepto de subrogación real. R.C.D.I. Madrid. 1975. No. 510, p. iii y sigts. Estudio y aplicación del principio general de subrogación real en el Derecho de sucesiones. R.C.D.I. Madrid. 1980. No. 541 Noviembre-Diciembre, P. 1399 y sigts. MAZEAUD, Henri., MAZEAUD, Leon y MAZEAUD, Jean. Ob. cit., 2a. parte. Vol. III, p. 129 y sigts. MESSINEO, Francesco. Ob. cit., Tomo IV, p. 195 y sigts. MEZA BARROS, Ramón, Ob. cit, p. 332 y sigts., p. 340 y sigts. OSSORIO MORALES, Juan. Ob. cit., p.p. 162 y 163. PALACIO P., H. Gustavo. Ob. cit., p. 283 y sigts. PEREZ VIVES, Alvaro. Ob. cit., Vol. III, p. 357 y sigts. RIPERT. Georges y BOULANGER, Jean. Ob. cit, Tomo V, p. 472 y sigts. RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. Ob. cit., p. 490 y sigts. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Ob. cit, Tomo V, Vol. III, p. 379 y sigts. KUGGIEKO, Roberto de. Ob. cit., Torno II, Vol. I, p. 108 y sigts. SALVAT M., Raymundo. Ob. cit., Pomo II, p. 414 Y sigts, SELVA, Buenaventura. Ob. cit., p. 299 y sigts. TRABUCCHI, Alberto. Ob. cit., Tomo II, p. 52. VALDERRAMA, Ignacio Andrade. Pago con subrogación. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo XXI, p. 376 y sigts. VALENCIA ZEA, Arturo. Ob. cit., Tomo III, p. 475 y sigts . p. 484 y sigts. VELEZ, Fernando Ob. cit., p. 27 y sigts.

## Capítulo V

### Del pago por consignación

*SUMARIO: 1. Concepto. 2. Cuándo procede la consignación: A. Cuando el acreedor no quiere recibir la cantidad o cosa que se debe. B. Cuando el acreedor fuere incapaz de recibir el pago al tiempo que el deudor vaya a hacerlo. C. Cuando el acreedor está ausente. D. Cuando fuere dudoso el derecho del acreedor a recibir el pago y concurrieren otras personas a exigirlo al deudor, o cuando fuere desconocido. E. Cuando la deuda fuere embargada o retenida en poder del deudor, y éste quisiere exonerarse del depósito. F. Cuando se hubiere perdido el título de la deuda. G. Cuando el deudor del precio de inmuebles adquiridos por él, quisiere redimir las hipotecas con que se hallaren gravados. 3. Requisitos de la consignación. 4. Efectos: A. Ideas generales. B. Epoca en que se producen los efectos de la consignación. 5. Retiro de lo consignado: A. Cuando la consignación no ha sido aceptada o declarada válida. B. Cuando ha sido aceptada o declarada válida. 6. Gastos y costas. 7. Consignación de cosa indeterminada y a elección del acreedor. 8. No es aplicable la consignación en las obligaciones de hacer y de no hacer.*

#### 1. Concepto

Al deudor le asiste el derecho de liberarse de la obligación, es indiscutible su interés en que se extinga la obligación. Las causas pueden ser muchas: liberación de intereses gravosos, liberación de una hipoteca o prenda, liberación de los riesgos, impedir la resolución de un contrato, y, en fin, su liberación del vínculo.

Basta, dice Giorgi, en efecto, un poco de buen sentido para comprender que el pago constituye no tanto una obligación como un derecho del deudor que, habiéndose encargado de un gravamen temporal, tiene buen derecho de querer liberarse de la carga cuando suena la hora del vencimiento<sup>1</sup>.

Pero es posible que el acreedor rehuse recibir el pago, que no pueda recibirlo, o bien que el deudor encuentre obstáculo relacionado con el acreedor para hacer un pago eficaz. Para hacerle posible la liberación al deudor en tales hipótesis, las leyes le conceden la vía del pago por consignación.

<sup>1</sup> Ob. cit. Vol. III, p. 293.

La consignación es el depósito hecho ante Juez o Notario de la suma o cosa que se debe. El art. 2055 C. dice: “Págase por consignación haciéndose depósito de la suma o cosa que se debe”.

En nuestro Código Civil son objeto de consignación tanto las sumas de dinero como las cosas. Dice Vélez Sarsfields: “En todos los Códigos de Europa y América la consignación comprende, tanto las deudas de sumas de dinero como las deudas de cosas ciertas o inciertas, cuando en realidad la consignación no puede tener lugar sino respecto a las deudas de dinero. ¿Cómo haría el deudor el depósito judicial de un cargamento de hierro para ofrecerlo al acreedor en su domicilio y seguir todas las reglas de la consignación para las sumas de dinero?”.<sup>2</sup>

## 2. Cuándo procede la consignación

Nuestro Código Civil, que tomó del argentino todo lo relacionado con la consignación, enumera los casos en que procede la consignación; en cambio, otras legislaciones (chilena, francesa, colombiana, etc.), apartándose de la casuística, sientan reglas generales de procedimiento, dejando al Juez la aplicación de las mismas a los casos concretos.

El art. 2057; C. hace una enumeración de los casos en que procede. Se considera que tal enumeración no es limitativa, pues la consignación también procede en supuestos análogos a los establecidos en el mencionado artículo.

Dentro de este orden de ideas, Colmo, al referirse al art. 757 del Código Civil de Argentina, modelo de nuestro art. 2057 C., expresa: «Esta larga y casuista disposición no dice más que lo siguiente: Procede la consignación en todos los casos en que el deudor no puede hacer un pago válido»<sup>3</sup>.

De acuerdo con el art. 2057 C., la consignación tiene lugar:

### A. Cuando el acreedor no quiere recibir la cantidad o cosa que se debe

Ya expresé que al deudor le asiste el derecho de liberarse de la obligación y que si el acreedor le rehusa el pago puede recurrir a la consignación.

Claro está, si al deudor no le asiste el derecho de obligar al acreedor a aceptar el pago o no existe la obligación, la consignación será desechada: Ejemplos: pago antes del vencimiento de una obligación;<sup>4</sup> pago del precio de un arriendo vencido que el arrendador no desea prorrogar<sup>5</sup>.

Se considera por la doctrina que se puede equiparar a la negativa de recibir el pago los casos siguientes: recibir el pago sin otorgar la cancelación; negativa

2 Nota al art. 790 del Código de Argentina.

3 Ob. cit., p. 431.

4 Art. 1899 C.

5 Art. 2928 C.

del acreedor de dar el recibo sin condiciones u otorgarlo a nombre de quien no es el deudor.

### **B. Cuando el acreedor fuere incapaz de recibir el pago al tiempo que el deudor vaya a hacerlo**

Se refiere al supuesto de que el incapaz carezca de representante legal, pues si lo tiene no cabe la consignación, debiéndose hacer el pago al representante legal.

No es justo privar al deudor del derecho de liberarse de su obligación forzándolo a esperar el nombramiento del representante legal al incapaz. El deudor puede consignar y deberá nombrarsele al incapaz un representante con quien se tramitará la consignación.

### **C. Cuando el acreedor está ausente**

Esta ausencia es la simple. Son aquellos ausentes a los que es preciso nombrarles representante para el juicio.<sup>6</sup>

El art. 2059 incs. 1 y 2 C. dice: “El acta será notificada al acreedor y si está ausente, a su representante.

Si no tiene representante conocido a cualquiera autoridad local».

### **D. Cuando fuere dudoso el derecho del acreedor a recibir el pago y concurrieren otras personas a exigirlo del deudor, o cuando fuere desconocido**

Se contemplan dos supuestos:

a) Cuando fuere dudoso el derecho del acreedor. Es dudoso el derecho del acreedor, por ejemplo, cuando concurren varias personas a exigirlo del deudor, situación contemplada en el literal que se estudia. Diferentes causas pueden provocar la duda, pero deberán ser fundadas y, por consiguiente, no es suficiente la afirmación del deudor de que el crédito es dudoso.

b) Cuando el acreedor fuese desconocido.

Por ejemplo: cuando falleciere el acreedor y se desconoce quienes sean sus herederos.

### **E. Cuando la deuda fuere embargada o retenida en poder del deudor, y éste quisiere exonerarse del depósito**

### **F. Cuando se hubiere perdido el título de la deuda**

<sup>6</sup> Art. 868 Pr.

Se le facilita al deudor su liberación sin responsabilidad posterior. La consignación la realiza a favor del que resulte acreedor.

G. Cuando el deudor del precio de inmuebles adquiridos por él, quisiere redimir las hipotecas con que se hallaren gravados.

Se le concede al adquirente del inmueble hipotecado el derecho de consignar y pedir la cancelación de la hipoteca.

### **3. Requisitos de la consignación**

La consignación es una modalidad de pago. De aquí que el art. 2060 C. disponga: “La consignación no tendrá la fuerza de pago, sino concurriendo en cuanto a las personas, objeto, lugar, modo y tiempo, todos los requisitos sin los cuales el pago no puede ser válido. No concurriendo estas circunstancias, el acreedor no está obligado a aceptar el pago”.

Para evitar repeticiones nos remitimos a lo expuesto en el estudio de los requisitos del pago.

### **4. Efectos**

#### **A. Ideas generales**

La consignación es una modalidad del pago y, por lo tanto, produce los mismos efectos del pago. Así lo dispone el art. 2061 C., que dice: “La consignación que no fuere impugnada por el acreedor surte todos los efectos del verdadero pago. Si fuere impugnada por no tener todas las condiciones debidas, surte los efectos del pago, desde el día de la sentencia que la declare legal”.

La consignación válida produce los efectos del pago y por consiguiente: a) el acreedor se convierte en propietario de lo consignado, asumiendo, por lo tanto, los riesgos; b) cesa la mora del deudor, dejando de correr los intereses.

#### **B. Epoca en que se producen los efectos de la consignación**

Es preciso distinguir si fue o no impugnada la consignación.

Si la consignación no fue impugnada surte sus efectos desde el día en que el depósito se hizo. No lo dice expresamente el art. 2061 C., que se limita a establecer que si no fuere impugnada la consignación surte todos los efectos del verdadero pago, pero los principios generales imponen esa solución, reforzada por la opinión de los autores.

Si la consignación fuere impugnada, produce los efectos del pago desde el día del depósito, al ser acogida por sentencia firme, a pesar de lo expresado literalmente en la segunda parte del Art. 2061 C. que dice: “...si fuese impugnada por no tener todas las condiciones debidas, surte los efectos del pago, desde el

día de la sentencia que la declare legal”. Esta opinión es sostenida por un fuerte sector doctrinal.

Lo establecido en la disposición citada ha sido objeto de fuertes críticas y, además, ha dado pie a una serie de interpretaciones de parte de la doctrina que comenta el Código Civil argentino, el que sirvió de modelo de nuestro 2061 C., que es una reproducción del art. 759 de aquél cuerpo legal.

De conformidad con lo dispuesto en el mencionado artículo, interpretado en su sentido literal, los intereses no se suspenden hasta el día de la sentencia, los riesgos continúan a cargo del deudor, etc. Se piensa que esta interpretación no es justa y además, violatoria de muchos principios, por lo que conocidos autores argentinos han propuesto diversas interpretaciones. Nos parece acertada la opinión de Salvat:

“En nuestra opinión el artículo 759, segunda parte, al establecer que en el caso de haber sido impugnada, la consignación surte los efectos del pago desde el día de la sentencia, se ha referido, no al momento desde cuándo se producen los efectos del pago, sino sólo al momento desde cuando podía la consignación ser invocada como pago. El principio de la ley se justifica en este caso ampliamente y sin dificultad alguna, puesto que la declaración judicial de validez de la consignación equivale a la aceptación del acreedor y es lógico entonces que ella haga perfecto el acto del pago y autorice el deudor, para invocarlo como tal, desde el día de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; hasta entonces, lo único que hay en pie, es la impugnación del creador, la cual no desaparece sino con la declaración judicial de validez de la consignación, pasada en cosa juzgada. En cuanto al momento desde el cual se producen los efectos, el artículo 759, segunda parte, no los ha legislado, como no lo legisla tampoco en su primera parte, para el caso de consignación aceptada por el acreedor. Establecido esto y a falta de disposiciones expresas, pensamos que deben aplicarse los principios generales y, de acuerdo con ellos, que los efectos de la consignación impugnada por el acreedor, pero declarada judicialmente válida, se producen desde el día del depósito. Desde entonces, de acuerdo con esa doctrina, debe cesar el curso de los intereses y son a cargo del acreedor los riesgos del depósito”.<sup>7</sup>

## 5. Retiro de lo consignado

Para el estudio de este tema es preciso distinguir: cuando la consignación no ha sido aceptada o declarada válida y cuando la consignación ha sido aceptada o declarada válida.

### A. Cuando la consignación no ha sido aceptada o declarada válida

<sup>7</sup> Ob. cit., Tomo II, p. 390.

<sup>8</sup> Art. 2450 C.

Si la consignación no ha sido aceptada o declarada válida por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, el deudor consignante podrá retirar la cantidad consignada, ya que hasta este momento la consignación constituye una oferta que el deudor puede retirar<sup>8</sup>.

Se sostiene que el deudor tiene en tal supuesto un derecho a revocar el pago, explicación que se ajusta mejor a la naturaleza del pago y a los efectos extintivos de la consignación.

Si la resolución que declara válida la consignación es objeto de recurso, se puede retirar la cantidad consignada, por cuanto no ha hecho tránsito a cosa juzgada.

Si el deudor retira la consignación, la obligación en tal caso, renacerá con todos sus accesorios, dice el art. 2063 C. El vocablo renacerá está mal empleado, por cuanto supone que la obligación ha sido extinguida y vuelve a la vida con sus accesorios (hipotecas, fianzas, prendas). Tal cosa no es cierto, ya que mientras el acreedor no acepte la consignación o sea declarada válida por sentencia firme no ha habido pago que extinga la obligación. Los accesorios no renacerán, sino que continuarán garantizando la obligación.

Los fiadores o codeudores no pueden oponerse al retiro de la cantidad consignada.

Si el acreedor impugna la consignación por ser inferior a la suma debida, puede retirar la cantidad depositada —pero no puede hacerlo el deudor consignante— ya que sobre dicha suma existe conformidad de ambos. A favor de esta solución se dan los argumentos siguientes: así como al deudor se le permite consignar bajo reserva de repetir lo pagado de más, también debe concedérsele al acreedor el derecho de retirar la suma consignada, con la reserva de que la sentencia decida sobre la diferencia; esto impide que las sumas depositadas queden improductivas, lo cual otorga ventajas a ambas partes.

## **B. Cuando ha sido aceptada o declarada válida**

Aceptada o declarada válida la consignación, la obligación queda extinguida con todos sus accesorios (fianzas, hipotecas, prendas), pasando las cantidades depositadas al dominio del acreedor, por lo que el deudor ya no puede retirarla. No obstante, el deudor podrá retirarlas con el consentimiento del acreedor, pero en tal caso no renace la obligación y sus accesorios, pues existe una nueva obligación, la obligación entre el deudor y el acreedor en virtud del retiro de las cantidades. De aquí que los arts. 2064 y 2065 C., con relación a la consignación declarada válida por la autoridad judicial, dispongan:

Art. 2064 C. Si ha habido sentencia declarado válida la consignación, el deudor no puede retirarla, ni con consentimiento del acreedor, en perjuicio de sus codeudores o fiadores.

Art. 2065 C. Si declarada válida la consignación, el acreedor consiente en que el deudor la retire, no puede, para el pago de su crédito, aprovecharse de las garantías o seguridades que le competían; y los codeudores y fiadores quedarán libres.

## 6. Gastos y costas

El art. 2062 C. dispone: “Si el acreedor no impugnare la consignación o si fuere vencido en la oposición que hiciere, los gastos del depósito y las costas judiciales serán a su cargo. Serán a cargo del deudor, si retirare el depósito o si la consignación se juzgare ilegal”.

De conformidad con la disposición transcrita los gastos pueden ser a cargo del acreedor o del deudor.

Los gastos son a cargo del acreedor:

### a) Si el acreedor no impugnare la consignación

El acreedor ha dado lugar a los gastos y es justo que los asuma.

El acreedor carga con los gastos y costas tanto si no la impugna como cuando la acepta expresamente.

### b) Si el acreedor fuere vencido en la oposición

Si la oposición fue rechazada es porque carecía de fundamento legal, y, por lo tanto, es justo que cargue con las costas y gastos el acreedor. Si después de impugnada la consignación desiste el acreedor también carga con los gastos.

Los gastos y costas son a cargo del deudor:

### a) Si retira el depósito

Retirado el depósito se concluyen las diligencias de la consignación y es justo que el deudor cargue con las costas y gastos, pues él ha tomado la iniciativa de la consignación.

### b) Si es declarada ilegal

Si es rechazada la consignación es justo que el deudor cargue con las costas y gastos, pues no tenía fundamento legal.

Las costas a que se refiere el art. 2062 C. son de derecho y, como consecuencia, no cabe hablar de motivos racionales o no para la condena o exoneración de las mismas<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> S. 11 a.m. del 21 de julio de 1921, B. J., p. 3369; S. 10 a.m. del 18 de mayo de 1934, B. J., p. 8629; S. 11 a.m. del 22 de enero de 1942, B. J. p. 11487; S. 11:30 a.m. del 2 de mayo de 1946, B. J. p. 13426; S. 9:30 a.m. del 20 de octubre de 1959, B. J., p. 19628.



## 7. Consignación de cosa indeterminada y a elección del acreedor

“Si la cosa debida, expresa el art. 2067 C., fuere indeterminada y a elección del acreedor, el deudor debe hacerle intimación judicial para que haga la elección. Si rehusare hacerla, el deudor podrá ser autorizado por el Juez para verificarla. Hecha esta, el deudor debe hacer el ofrecimiento y consignación al acreedor para que la reciba, como en caso de la deuda de cuerpo cierto.

Nuestros codificadores omitieron los arts. 764 y 765 del Código Civil de Argentina que regulan el procedimiento especial para el cuerpo cierto.

## 8. No es aplicable la consignación en las obligaciones de hacer y de no hacer

El art. 2055 C. se refiere únicamente al depósito de dinero o cosa (obligación de dar) y no a las obligaciones de hacer o no hacer. Por otra parte, en este tipo de obligaciones es materialmente imposible el depósito. Pero el deudor no puede quedar a merced del acreedor, por lo que la ley le otorga el derecho de constituir en mora al acreedor o a demandarlo.

En las obligaciones de no hacer la cosa es más sencilla. El deudor cumple su obligación absteniéndose.

## BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit, Tomo III, p. 318 y sigts. BETTI, Emilio. Ob. cit., Tomo II, p. 271 y sigts. BORJA SORIANO, Manuel. Ob. cit., Tomo II, p. 75 y sigts. BRENES CORDOBA, Alberto. Ob. cit., p. 203 y sigts. BUITRAGO, Nicolás y BUITRAGO, Roberto. Impugnación de una consignación. Alegatos, Estudios y consultas. Ediciones de la Universidad Nacional de Nicaragua. León, 1957, p. 77 y sigts. CASTAN TOBEÑAS, José. Ob. cit., Tomo III, p. 374 y sigts. CLARO SOLAR, Luis. Ob. cit., Tomo XII, Vol. III, p. 177 y sigts. COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H. Ob. cit., Tomo III, p. 189 y sigts. COLMO, Alfredo. Ob. cit., p. 430 y sigts. COSIO, Alfonso de. Ob. cit., p.p. 319 y 320. CRUZ, Fernando. Ob. cit., Tomo III, p.47 y sigts. DIEGO LORA, Carmelo de. La consignación judicial. Editorial Bosch. Barcelona, España 1952. ENNECCERUS, Ludwing. Ob. cit., Vol. I. p. 318 y sigts. GARCIA GOYENA, Florencio D. Ob. cit., p. 593 y sigts. GOMEZ DE LA SERNA, Pedro de y MONTALBAN, Juan Manuel D. Ob. cit., Tomo II, p. 209. GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Ob. cit, p. 673 y sigts. LAGOMARSINO, Carlos A.R. Pago por consignación. Enciclopedia Jurídica

Omeba. Ob. cit., Tomo XXI, p. 391 y sigts. LARENZ, Karl. Ob. cit., Tomo I, p. 420 y sigts. MACHADO, José Olegario. Ob. cit., Tomo II, p. 553 y sigts. MANRESA Y NAVARRO, José María. Ob. cit., Tomo VIII, p. 324 y sigts. MEJIA MORENO, Luis. Ob. cit., p. 125 y sigts. MEZA BARROS, Ramón. Ob. cit., p. 324 y sigts. OSSORIO MORALES, Juan. Ob. cit., p. 120 y sigts. PALACIO P., H. Gustavo. Ob. cit., Tomo III, p. 47 y sigts. PEREZ VIVES, Alvaro. Ob. cit., Vol. III, p. 350 y sigts. POTHIER, R.J. Ob. cit., p. 359 y sigts. PUIG BRUTAU, José. Ob. cit., Tomo I. Vol. II, p. 287 y sigts. RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. Ob. cit., p. 453 y sigts. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Ob. cit., Tomo V. Vol. III. p. 77 y sigts. SALVAT M., Raymundo. Ob. cit., Tomo II, p. 359 y sigts. SANTOS BRIZ, Jaime. Ob. cit., Tomo III, p. 159 y sigts. SELVA, Buenaventura. Ob. cit., p.p. 297 y 298. VALENCIA ZEA, Arturo. Ob. cit., Tomo III, p. 469. VALVERDE Y VALVERDE, Calixto D. Ob. cit., Tomo III, p. 184 y sigts. VELEZ, Fernando. Ob. cit., Tomo VI, p. 280 y sigts. TUHR, Von A. Ob. cit., Tomo II, p. 67 y sigts.

## Capítulo VI

### Del pago por cesión de bienes

*SUMARIO: 1. Definición. 2. Caracteres: A. Es personalísima. B. Es universal. C. Es irrenunciable. 3. Requisitos. 4. Oposición a la cesión. 5. Efectos de la cesión de bienes. 6. Extinción de la cesión de bienes.*

#### 1. Definición

De conformidad con el art. 2080 C. la cesión de bienes es el abandono voluntario que el deudor hace de todos los suyos a su acreedor o acreedores, cuando, a consecuencia de accidentes inevitables, no se halla en estado de pagar sus deudas.

#### 2. Caracteres

La cesión de bienes tiene tres características: personalísima, universal e irrenunciable.

##### A. Es personalísima

La cesión de bienes es un derecho personalísimo que sólo lo puede invocar el deudor que se encuentra en situación de esgrimirlo. De aquí que el art. 2089 C. expresa que la cesión de bienes no aprovecha a los codeudores solidarios o subsidiarios.

##### B. Es universal

De acuerdo con el art. 2084 C. la cesión comprende todos los bienes, derechos y acciones del deudor, excepto los no embargables.

El Art. 2084 C. señala los bienes inembargables. Pero este artículo no agota la enumeración de dichos bienes, pues existen otras leyes que declaran a ciertos bienes inembargables. Por ejemplo: es inembargable el patrimonio familiar<sup>1</sup>, las rentas, bienes o caudales del Estado<sup>2</sup>. La ley sustrae a dichos bienes de la prenda general de los acreedores y los declara inembargables.

##### C. Es irrenunciable

<sup>1</sup> Ley de 19 de mayo de 1959.

<sup>2</sup> Ley de 27 de febrero de 1913.

La cesión de bienes es irrenunciable. Así lo establece el art. 2081 C., que dice: “Esta cesión de bienes será admitida por el Juez, y el deudor podrá implorela, no obstante cualquiera estipulación es contrario”.

De no ser irrenunciable siempre sería impuesta por el acreedor.

### 3. Requisitos

De la definición dada por el art. 2080 C. se desprende que para poder hacer la cesión de bienes es preciso que el deudor se halle en estado de no poder pagar sus deudas a consecuencia de accidentes inevitables. De aquí que si la situación del deudor se debe a su culpa no cabe la cesión de bienes.

El deudor no necesita probar su inculpabilidad, mientras no se lo pida algún o algunos de sus acreedores. Si se lo piden debe probarla. Así se dispone en el art. 2082 C., que dice: “Para obtener la cesión, incumbe al deudor probar su inculpabilidad en el mal estado de sus negocios, siempre que alguno de los acreedores lo exija”.

### 4. Oposición a la cesión

De conformidad con el art. 2083 C. los acreedores no pueden oponerse a la cesión de bienes, salvo por las causales establecidas taxativamente por dicho artículo. Estas son las siguientes:

a) Cuando el deudor ha enajenado, empeñado o hipotecado como propios, bienes ajenos a sabiendas.

b) Cuando el deudor ha sido condenado por hurto o robo, falsificación o quiebra fraudulenta.

c) Cuando al deudor, antes de la cesión, los acreedores le hubieran hecho quitas o esperas.

d) Cuando el deudor ha dilapidado sus bienes, pues en este supuesto sería culpable de su mala situación económica.

e) Cuando el deudor no hubiere hecho una exposición circunstanciada y verídica del estado de sus negocios, o se ha valido de cualquier otro medio fraudulento para perjudicar a sus acreedores.

### 5. Efectos de la cesión de bienes

La cesión de bienes produce los efectos siguientes:

a) El deudor cesa en la administración de sus bienes. No obstante, podrán los acreedores dejar al deudor la administración de ellos y hacer con él los arreglos que estimen convenientes, siempre que éstos se aprobaran por la mayoría exigida por el art. 2302 C.<sup>3</sup>

b) Las deudas se extinguen sólo en la cantidad en que sean satisfechas con los bienes cedidos.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Art. 2087 C.

c) Si los bienes cedidos no hubieren bastado para la completa solución de las deudas, y el deudor adquiere otros bienes, está obligado a completar el pago con éstos.<sup>5</sup>

d) La cesión no transfiere la propiedad de los bienes del deudor cedente a los acreedores, sino sólo la facultad de disponer de ellos y de sus frutos hasta pagarse sus créditos.<sup>6</sup>

## 6. Extinción de la cesión de bienes

La cesión de bienes termina: por convenio entre el deudor y el acreedor o acreedores; cuando el deudor, haciendo uso del derecho que le concede el art. 2086 C., pague a sus acreedores; y por sentencia.

## BIBLIOGRAFIA

ACUÑA ANZORENA, Arturo. Pago por cesión de bienes. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo II, p. 980 y sigts. ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit., Tomo III, p. 358 y sigts. CASTAN TOBEÑAS, José. Ob. cit., Tomo III, p. 378 y sigts. CLARO SOLAR. Luis. Ob. cit., Tomo XII, Vol. III, p. 296 y sigts. COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H. Ob. cit., Tomo III, p. 200. COLMO, Alfredo. Ob. cit., p. 464 y sigts. DIEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., Vol. I, p. 654 y sigts. GARCIA GOYENA, Florencio D. Ob. cit., p. 610 y sigts. GOMEZ DE LA SERNA, Pedro de y MONTALBAN, Juan Manuel D. Ob. cit., Tomo II, p. 210. MACHADO, José Olegario. Ob. cit., Tomo II, p. 602 y sigts. MANRESA Y NAVARRO, José María. Ob. cit., Tomo VIII, p. 320 y sigts. MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean. Ob. cit., 2a. parte. Vol. III, p. 184 y sigts. MEJIA MORENO, Luis. Ob. cit., p. 116 y sigts. MEZA BARROS, Ramón. Ob. cit., p. 168 y sigts. OSSORIO MORALES, Juan. Ob. cit., p.p. 123 y 124. PEREZ VIVES, Alvaro. Ob. cit., Vol. III. p. 367 y sigts. PUIG BRUTAU, José. Ob. cit., Tomo I, Vol. II, p. 298 y sigts. RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. Ob. cit., p. 462 y sigts. SANTOS BRIZ, Jaime. Ob. cit., Tomo III, p.p. 169 y 170. SELVA, Buenaventura. Ob. cit., p. 701 y sigts. VALENCIA ZEA, Arturo. Ob. cit., Tomo III, p.p. 470 y 471. VALVERDE Y VALVERDE, Calixto D. Ob. cit., Tomo III, p.p. 173 y 174. VELEZ, Fernando. Ob. cit., Tomo VI, p. 296 y sigts.

4 Art. 2085 inc. 2 C.

5 Art. 2085 inc. 3 C.

6 Art. 2085 in fine C.

## Capítulo VII

### Del pago con beneficio de competencia

*SUMARIO: 1. Concepto. 2. Personas que gozan del beneficio de competencia. 3. Carácter alimenticio del beneficio de competencia. 4. Efectos.*

#### 1. Concepto

El pago con beneficio de competencia es una modalidad del pago, por cuanto constituye una excepción al principio de que el pago debe ser total y, consecuentemente, el acreedor no está obligado a recibir un pago parcial. Cuando el deudor goza del beneficio de competencia el acreedor está obligado a recibir el pago con deducción de lo indispensable para la subsistencia del deudor.

De acuerdo con el art. 2092 C. beneficio de competencia es el que se concede a ciertos deudores para no ser obligados a pagar más de lo que buena-mente puedan, dejándoseles lo indispensable para una modesta subsistencia, según su clase y circunstancias, siempre con el cargo de completar el pago de sus deudas cuando mejoren de fortuna.

El beneficio es una excepción de carácter personal.<sup>1</sup>

#### 2. Personas que gozan del beneficio de competencia

De acuerdo con el art. 2093 C. el acreedor es obligado a conceder el beneficio de competencia:

**a)** A sus descendientes o ascendientes, no habiendo éstos irrogado al acreedor ofensa alguna de las clasificadas entre las causas de indignidad. Las causas de indignidad están enumeradas en el art. 988 C. No se puede concebir que el ofensor viva a expensas del ofendido. La medida tiene legítimo fundamento moral.

**b)** A su cónyuge, no estando de él separado de cuerpo por su culpa.

**c)** A sus hermanos, con tal que no se hayan hecho culpables para con el acreedor de una ofensa igualmente grave de las indicadas como causas de indignidad, respecto de los descendientes o ascendientes.

**d)** A sus consocios en el mismo caso, es decir, que no sean autores de una ofensa de la gravedad de la anteriormente descrita, pero sólo en las acciones recíprocas que nazcan del contrato de sociedad.

**e)** Al donante, pero sólo en cuanto se trate de hacerle cumplir la donación prometida.

<sup>1</sup> Art. 823 Pr.

f) Al deudor de buena fe que hizo cesión de bienes y es perseguido en los que después ha adquirido para el pago completo de las deudas anteriores a la cesión; pero sólo le deben este beneficio los acreedores a cuyo favor se hizo.

También goza del beneficio de competencia el loco o demente, cuando no habiendo guardador legal responde con sus bienes del delito o cuasidelito a tenor del art. 2517 inc. 2 C.

### 3. Carácter alimenticio del beneficio de competencia

El beneficio de competencia tiene este carácter por cuanto el deudor tiene derecho de dejarse lo indispensable para su modesta subsistencia, según su clase y circunstancias<sup>2</sup>. Tal característica la confirma el art. 2094 C. cuando expresa que no se puede pedir alimentos y beneficio de competencia a un mismo tiempo. El deudor elegirá.

Nuestros anotadores expresan: “Dice Fabres, hablando de la legislación de Chile, que el beneficio de competencia puede ser mejor que el derecho de pedir alimento cuando sólo se pueden reclamar los naturales o estrictamente necesarios, y ser inferior a él, cuando los alimentos debidos son civiles y los bienes del alimentario no alcanzan a proporcionar una modesta subsistencia, según su clase y circunstancias”.<sup>3</sup>

### 4. Efectos

Cuando se paga con beneficio de competencia se paga en forma parcial, dejando un saldo insoluto, pero el deudor debe completar el pago cuando mejore de fortuna<sup>4</sup>.

## BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit., Tomo III, p. 370 y sigts. ROFFI BOGGERO, Luis María. Del pago con beneficio de competencia. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo II, p. 131 y sigts. CLARO SOLAR, Luis. Ob. cit., Tomo XII, Vol. III, p. 352 y sigts. COLMO, Alfredo. Ob. cit., p. 504 y sigts. MACHADO, José Olegario. Ob. cit., Tomo II, p. 632 y sigts. MEZA BARROS, Ramón. Ob. cit., p. 347 y sigts. PEREZ VIVES, Alvaro. Ob. cit., Vol. III, p. 361 y sigts. SALVAT M., Raymundo. Ob. cit., Tomo II; p. 518 y sigts. SELVA, Buenaventura. Ob. cit., p. 304. VALENCIA ZEA, Arturo. Ob. cit., Tomo III, p. 474. VELEZ, Fernando. Ob. cit., Tomo VI, p. 307 y sigts.

<sup>2</sup> Art. 2092 C.

<sup>3</sup> Nota al art. 2094 C.

<sup>4</sup> Art. 2092 C.

## Capítulo VIII

### La novación

*SUMARIO: 1. Concepto. 2. Importancia. 3. Requisitos: A. Su enumeración. B. Existencia de una obligación destinada a extinguirse. C. Nacimiento de una nueva obligación que extinga y reemplaza a la anterior. D. Diferencia fundamental entre la nueva obligación y la antigua. E. Capacidad para realizar la novación. F. Intención de novar (animus novandi). 4. Forma y prueba de la novación. 5. Clases de novación. 6. Novación objetiva. 7. Novación subjetiva: A. Novación subjetiva por cambio de acreedor. B. Novación subjetiva por cambio de deudor. 8. La delegación: A. Ideas generales. B. Personas que intervienen en la delegación. C. Clases de delegación: a) Delegación perfecta; b) Delegación imperfecta. 9. Efectos de la novación. 10. Las reservas de las hipotecas y prendas. 11. Renovación de prendas e hipotecas. 12. Jurisprudencia.*

#### 1. Concepto

De acuerdo con el art. 2095 C. la novación es la sustitución de una nueva obligación a la antigua, que por lo mismo queda extinguida.

Existe una doble operación: se extingue la antigua obligación y nace otra en sustitución. De aquí que el nombre novación, que viene de la voz latina “novare”, significa cambiar, hacer algo nuevo.

Pero no se trata de dos actos u operaciones separadas. En un sólo acto se produce la extinción de la obligación primitiva y el nacimiento de una nueva. Es un acto unitario.

Para Planiol, Ripert y Boulanger existe en realidad más bien una modificación de la obligación que una extinción. Es imposible separar la extinción de la primera obligación de la segunda. Una obligación es extinguida para reaparecer bajo otra forma. Por tanto, si se le considera por sus resultados, la novación aparece esencialmente como una transformación de la obligación y nada se opone a esa transformación por la voluntad de las partes, después del triunfo de consensualismo.<sup>1</sup>

#### 2. Importancia

En el Derecho Romano tuvo gran importancia la novación. Debido al carácter subjetivo que tenía la obligación en ese Derecho, no se admitió el cambio de

<sup>1</sup> Ob. cit., Tomo V, p. 494.



cualquiera de sus elementos personales (acreedor y deudor), por lo que se recurrió a la novación para lograr tal finalidad.

En el derecho moderno la obligación ha perdido el carácter personal que tenía en el Derecho Romano, pasando a reconocérsele un carácter objetivo, permitiendo la transmisión de la obligación en su lado activo y pasivo. La razón de su utilidad han dejado pues, de tener vigencia, por lo que los Códigos modernos o la eliminan como institución independiente o la regulan en forma limitada.

El Código Civil italiano de 1942 contempla la novación por cambio de objeto o título<sup>2</sup>, eliminando la subjetiva por cambio de acreedor. El Código Civil alemán no regula la novación, pero podrá ser objeto de convención.

Por otra parte, en la vida práctica la novación puede ser sustituida por otras figuras o instituciones: la novación por cambio de objeto puede ser reemplazada por la dación en pago; la novación por cambio de acreedor por la cesión de crédito o el pago con subrogación; y la novación por cambio de deudor por la asunción o cesión de deuda.

Planiol, Ripert y Boulanger expresan que ha tenido importancia mayúscula mientras se consideró intransmisible a la obligación, aceptando que esa función está terminándose en los tiempos modernos y tiende a no seguirse presentando como una institución distinta. Reconocen que la novación continúa siendo el único procedimiento jurídico posible para cambiar el objeto o la causa, o las modalidades de la obligación, pero admiten que el principio actual del consensualismo le ha hecho perder su carácter propio. Si el Código no hubiese dicho nada, no por eso la novación no hubiese podido ser realizada de manera sencilla: las partes pueden extinguir una obligación y hacer nacer de ella una nueva; pueden subordinar la creación de la nueva a la extinción de la anterior.<sup>3</sup>

Colin y Capitant aceptan que la novación ha perdido interés y que su papel es muy restringido. Por ejemplo: el acreedor no liberará nunca al primitivo deudor, pues prefiere conservarlo como garantía junto con el nuevo que se le ofrece, por lo que es de muy rara aplicación; el acreedor que necesita dinero recurre a la cesión de crédito, en lugar de la novación, la que requiere la intervención del deudor; la novación por cambio de objeto no es frecuente, pues es excepcional que las partes tengan interés en modificar el objeto de la obligación. Aceptan que las únicas aplicaciones de la novación con bastante frecuencia se encuentran en la novación por cambio de la causa.<sup>4</sup>

### **3. Requisitos**

#### **A. Su enumeración**

<sup>2</sup> Art. 1230.

<sup>3</sup> Ob. cit., Tomo V, p. 495.

<sup>4</sup> Ob. cit., Tomo III, p.p. 226 y 227.

De las diferentes disposiciones del Código Civil se pueden deducir los requisitos que debe reunir la novación, cualquiera que sea su clase. Son cinco los requisitos a saber: existencia de una obligación destinada a extinguirse; nacimiento de una nueva obligación que extinga y reemplace a la anterior; diferencia fundamental entre la nueva y la antigua; capacidad para realizar la novación; e intención de novar (*animus novandi*).

### **B. Existencia de una obligación destinada a extinguirse**

La novación extingue una obligación anterior, por lo que lógicamente para que pueda operar es preciso que exista esa obligación anterior. La obligación anterior le sirve de causa a la novación. De aquí que, si la obligación anterior no existe o se había extinguido (pago, remisión, etc.), no existirá novación. Por ejemplo: no se puede novar una obligación que ya fue pagada. El art. 2097 C. dice: “Si la primera obligación había dejado de existir cuando se contrajo la segunda, no se verificará novación. La segunda obligación quedará sin efecto, a no ser que tuviera causa propia”.

La obligación anterior debe ser válida. No debemos perder de vista el hecho de que si la obligación anterior adolece de nulidad relativa la novación puede constituir una ratificación.

Planiol, Ripert y Boulanger expresan que la novación se considera como un modo de extinguir las obligaciones y si no existe la primera deuda, falta una de las condiciones esenciales de la novación. Como consecuencia, no hay novación si la obligación que quiere extinguirse resulta de un contrato afectado de nulidad absoluta. Si la obligación anterior adoleciera de nulidad relativa cuya acción perteneciera al deudor solamente, quien podría invalidarla mediante su demanda, la nueva obligación resultante de la novación sería anulable, cuando la causa de la nulidad (por ejemplo incapacidad del deudor) todavía subsistiera, o cuando la causa de la nulidad permaneciese ignorada por las partes (por ejemplo un dolo o un error todavía no descubierto), y cuando el consentimiento dado en la nueva obligación estuviere viciado por una incapacidad o por un error. Sin embargo, si la novación se ha producido en época de capacidad y con pleno conocimiento de causa, habrá una renuncia tácita de la acción de nulidad y la nueva obligación será válida, pasando a ser la obligación anulable, la base sólida de una novación, porque se haya confirmado implícitamente.<sup>5</sup>

Según Colin y Capitant la novación supone necesariamente la existencia de una obligación que se trata de extinguir para reemplazarla por otra. Por lo tanto, si la primera obligación está afectada de nulidad absoluta, la novación no puede producir sus efectos. Si la primera obligación adolece de nulidad relativa, la novación sólo está afectada de la misma nulidad si el vicio que ha dado a la primera obligación (incapacidad, dolo, error, violencia) existía aun en el momento en que se verifique la novación. Por el contrario, si el vicio ha desaparecido o era

5 Ob. cit., Tomo V, p. 496.

6 Ob. cit., Tomo III, p. 229.

conocido por el interesado en el momento de la novación, si por ejemplo, se trata de un menor que sustituye una nueva deuda a su deudor antiguo, cuando se ha convertido en mayor, la novación es válida pues produce la confirmación de la antigua obligación.<sup>6</sup>

Por otra parte las obligaciones naturales pueden ser objeto de novación.

Cuando una de las obligaciones es condicional (sea la antigua o la nueva), la otra es pura, no habrá novación mientras esté pendiente la condición, o si ésta llegare a faltar o si antes de su cumplimiento se extinguiere la obligación antigua.

Pero si las partes, al celebrar el segundo contrato, convienen en que el primero quede desde luego abolido sin aguardar el cumplimiento de la condición, se estará a la voluntad de ellas.<sup>7</sup> Se estima que este convenio no constituye novación, por cuanto se crea una obligación, pero no extingue la anterior que no llegó a constituirse.

### **C. Nacimiento de una nueva obligación que extinga y reemplace a la anterior**

Se requiere el nacimiento de una nueva obligación que extinga y reemplace a la anterior. Esta nueva obligación debe ser válida. Si la nueva obligación es nula no se produce la novación por aplicación de lo preceptuado en el art. 2211 C.

Se sostiene que si la nueva obligación es natural se opera la novación. Dice Colmo: “Si es natural (por ejemplo, hay un vicio de formas en la respectiva convención), también es admisible la novación, si la obligación natural puede servir de causa de la novación, según se ha visto poco ha, también debe servir de efecto”.<sup>8</sup>

No debemos olvidar que de acuerdo con el art. 2099 C., cuando la nueva obligación está sujeta a una condición suspensiva no habrá novación mientras esté pendiente la condición o si ésta llegare a faltar.

Planiol, Ripert y Boulanger expresan que el acreedor no ha tenido la intención de renunciar gratuitamente a su derecho y, como consecuencia, la extinción de su crédito está subordinada a la creación de la nueva deuda. Por tanto, si la nueva deuda no nace, la novación no tiene lugar y subsiste el crédito que se quería extinguir. Así ocurre cuando la nueva obligación está afectada a una nulidad radical o absoluta. También si la nueva obligación depende de una condición suspensiva, la novación no se produce sino cuando se realiza la condición. Reconocen que es posible que nazca el nuevo crédito, pero que se encuentre amenazado de desaparición, sea por el efecto de una condición resolutoria, sea por el ejercicio de una acción de nulidad. Sin embargo, esa obligación produce sus efectos y, por tanto, se opera la novación. Únicamente si se ejerce la acción de nulidad o si se realiza la condición resolutoria, la nueva obligación es aniquilada retroactivamente y la novación, por tanto, será tenida por no realizada, y el

7 Art. 2099 C.

8 Ob. cit., p. 520.

antiguo crédito será tratado como si nunca se hubiere extinguido. No obstante, puede resultar de las circunstancias o de los propios términos del convenio que la intención del acreedor haya sido sustituir la obligación primitiva, firme y válida, por obligación frágil y contentarse con ella. En tal supuesto debe ser respetada su voluntad y su renuncia al antiguo crédito y valdría en forma definitiva, a pesar de la anulación o resolución de la nueva obligación.<sup>9</sup>

Colin y Capitant sostienen que la finalidad de la novación es reemplazar la antigua obligación con una nueva que difiere de aquella; por tanto la extinción de la antigua obligación está subordinada al nacimiento de la nueva obligación. De todo lo cual resulta que si la nueva obligación está afectada de nulidad, por ejemplo, por falta de observancia de las formalidades, o como contraria al orden público, o como afectada de un vicio cualquiera, la primera no se extingue.<sup>10</sup>

#### **D. Diferencia fundamental entre la nueva obligación y la antigua**

Existe novación cuando la nueva obligación produce cambios en los elementos esenciales de la antigua: acreedor, deudor y objeto; por el contrario no habrá novación si el cambio se refiere a elementos accidentales (ampliación de plazo, lugar del pago, etc.).

La Corte Suprema expresa que no constituye novación una escritura en que se: a) liquida un crédito; b) reconoce y liquida otro crédito que constaba en documento privado; c) constituye garantía hipotecaria; d) establece un nuevo modo de imponer los intereses en cuanto al tiempo y garantía de éstos; y e) sustituye la moneda en que debe hacerse el pago.<sup>11</sup>

También ha dicho que el recibo de intereses después del vencimiento no produce novación, sino ampliación del plazo.<sup>12</sup>

Citaré por vía de ejemplo algunos casos en que, por no modificarse un elemento esencial, no se produce la novación:

a) La ampliación del plazo no constituye novación. No obstante, cesa la responsabilidad de los fiadores y codeudores solidarios y se extinguen las prendas e hipotecas constituidas por terceros, salvo que acepten expresamente la ampliación. Así se dispone en el art. 2113 inc. C., que dice: “Por la mera ampliación del plazo de una deuda no se verifica novación; pero cesa la responsabilidad de los fiadores y codeudores solidarios y se extinguen las prendas e hipotecas constituidas sobre otros bienes que los del deudor; salvo que los fiadores, codeudores solidarios o los dueños de las cosas empeñadas o hipotecadas accedan expresamente a la ampliación”.

Si la hipoteca o prenda la dio el deudor no se extinguen por la ampliación del plazo.

9 Ob. cit., Tomo V, p.p. 497 y 498.

10 Ob. cit., Tomo III, p. 230.

11 S. 12 m. del 31 de octubre de 1924, B. J., p. 4631.

12 S. 10 a.m. del 2 de junio de 1925, B. J., p. 5041.

13 S. 9:30 a.m. del 5 de julio de 1963, B. J. p. 276.

14 S. 10:35 a.m. del 8 de mayo de 1964, B. J., p. 196.

El fiador y el tercero que otorgan la garantía son extraños al convenio entre el acreedor y el deudor y no tienen porque seguir vinculados en virtud de la ampliación del plazo, a menos que la consientan expresamente.

La Corte Suprema ha dicho que:

- i) La extensión del plazo de una obligación no es novación.<sup>13</sup>
- ii) La prórroga para el pago de un legado no constituye novación.<sup>14</sup>

b) La reducción del plazo tampoco constituye novación, pero el acreedor no puede pedir el cumplimiento de la obligación a los codeudores solidarios o subsidiarios sino al vencimiento del plazo primitivo. Así lo dispone el art. 2113 inc. 2 C., que dice: “Tampoco la mera reducción del plazo constituye novación; pero no podrá reconvenirse a los codeudores solidarios o subsidiarios, sino cuando expire el plazo primitivo”.

c) No constituye novación la mutación del lugar del pago. De acuerdo con el art. 2112 C. la simple mutación del lugar para el pago, dejará subsistente los privilegios, prendas e hipotecas de la obligación, y la responsabilidad de los codeudores solidarios y subsidiarios en todo lo que diga relación al lugar.

d) Cuando la segunda obligación consiste en añadir o quitar una especie, género o cantidad a la primera. El art. 2111 C. dispone: “Cuando la segunda obligación consiste simplemente en añadir o quitar una especie, género o cantidad a la primera, los codeudores solidarios y subsidiarios podrán ser obligados hasta concurrencia de aquello en que ambas obligaciones convienen”.

**e) Cuando se estipula una cláusula penal**

En principio la estipulación de una cláusula penal no produce novación, por cuanto es una garantía del cumplimiento de la obligación.

No obstante, es preciso distinguir: si sólo es exigible la pena hay novación y si es exigible la pena y la obligación principal no habrá novación. Esta distinción lo hace el art. 2110 C., que dice: “Si la nueva obligación se limita a imponer una pena para en caso de no cumplirse la primera, y son exigibles juntamente la primera obligación y la pena, los privilegios, fianzas, prendas e hipotecas subsistirán hasta concurrencia de la deuda principal sin la pena. Mas si en el caso de infracción es solamente exigible la pena, se entenderá novación desde que el acreedor exige sólo la pena, y quedarán por el mismo hecho extinguidos los privilegios, prendas e hipotecas de la obligación primitiva, y exonerados los que solidaria o subsidiariamente accedieron a la obligación primitiva y no a la estipulación penal”.

f) Cancelar o dar garantías a un crédito ya constituido.

g) Documentar en escritura pública un acto o contrato que constaba en documento privado o que se había celebrado verbalmente.

<sup>13</sup> Art. 2098 inc. 2 C.

h) Establecer intereses, si no los tenía la obligación, suprimir los establecidos, o bien aumentarlos o disminuirlos.

### **E. Capacidad para realizar la novación**

De acuerdo con el art. 2098 inc. 1 C. la novación sólo puede verificarse entre personas capaces de contratar y de renunciar el derecho constituido a su favor.

El mandatario necesita facultad especial para novar.<sup>15</sup>

### **F. Intención de novar (*animus novandi*)**

La novación no se presume. Debe existir la voluntad de sustituir la antigua obligación por la nueva. Esta voluntad puede manifestarse en forma expresa o resultar de la incompatibilidad de las obligaciones o de otra manera inequívoca. Así lo dispone el art. 2100 C., que dice: “La novación no se presume: es necesario que se declare la voluntad de verificarla o que resulte claramente del acto, por la incompatibilidad de las obligaciones, o de otra manera inequívoca, aunque no se use de la palabra novación<sup>1</sup>”.

La Corte Suprema ha dicho que la prórroga, ampliación del plazo o novación, deben ser expresas o fundadas en un hecho innegable que las haga suponer.<sup>16</sup>

No es preciso pues, que se use de la palabra novación. No existen frases sacramentales.

La apropiación de si existe o no ánimo de novar es una cuestión de hecho que queda bajo la apreciación soberana de los tribunales de instancia.

Planiol, Ripert y Boulanger expresan que la novación es una operación jurídica compleja, pues es necesario extinguir una obligación para crear una nueva, y su unidad no puede ser asegurada, sino por un elemento voluntario que liga a sus elementos componentes. Este elemento voluntario es la intención de novar (*animus novandi*).<sup>17</sup>

## **4. Forma y prueba de la novación**

La novación adquiere la forma que debe tener la nueva obligación: si la nueva obligación es consensual, será consensual, si es formal, la novación también lo será.

Las limitaciones de la prueba testifical se aplican a la novación. Si la novación sobrepasa la tasa legal, no se podrá probar por testigos.

## **5. Clases de novación**

<sup>16</sup> S. 9 a.m. del 3 de mayo de 1946, B. J., p. 13427.

<sup>17</sup> Ob. cit., Tomo V, p. 498.

La novación puede ser objetiva o subjetiva. Es objetiva cuando se cambia el objeto o causa de la obligación (art. 2096 inc. 1 C). Es subjetiva cuando se cambia la persona del acreedor o deudor (art. 2096 inc. 2 y 3).

## **6. Novación objetiva**

Se refiere a la novación objetiva el art. 2096 inc. 1C., que dice: “La novación se verifica de tres maneras:

### **1. Entre deudor y acreedor sin intervención de nueva persona, sustituyéndose nueva obligación en vez de la anterior**

#### **A. Novación por cambio de objeto**

La novación por cambio de objeto generalmente se produce mediante el cambio de la prestación: cambio el dar, hacer o no hacer por otro diferente. Veamos algunos casos en que se tiene lugar: Juan debe C\$10.000 a Pedro y en cambio se obliga a entregarle un automóvil; Pedro está obligado a hacer un cuadro y a cambio se obliga a hacer una escultura. También existe novación cuando se convierte una obligación alternativa en simple o una simple en alternativa.

Pero es necesario precisar esta idea general y señalar algunos supuestos en que no se produce novación: cuando se conviene recibir lo adeudado en una moneda diferente a la pactada<sup>18</sup>; el señalamiento entre el deudor y el acreedor de la cosa con que se pagará la prestación genérica; la supresión o aumento de una prestación de la obligación alternativa<sup>19</sup>, en cambio la conversión de una obligación alternativa en simple o viceversa se considera novación; el aumento o disminución del género debido (antes C\$10.000 hoy C\$500 art. 2111 C.); en el supuesto de la cuenta corriente contemplado en el art. 521 CC.

#### **B. Novación por cambio de causa**

Se produce este tipo de novación cuando la nueva obligación ya no descansa en la fuente que le dio origen, sino en otra bajo la cual se registrará.

Ejemplos: convertir en mutuo el saldo del precio de venta. (Juan debe a Pedro C\$5.000 como saldo del precio de una venta y posteriormente se conviene en que los deberá en calidad de mutuo); convertir un mutuo en renta vitalicia o viceversa; convertir un usufructo en renta vitalicia o viceversa; la conversión de una permuta en venta; cambiar una obligación civil en mercantil (lo que influye en hacer novación), aunque un sector doctrinal no la considera novación.

<sup>18</sup> Art. 2111 C.

<sup>19</sup> Art. 2111 C.

<sup>20</sup> Art. 2113 C. (El cambio de moneda es discutible en la doctrina).



### C. Enumeración de algunos casos que no constituyen novación

Veamos algunos casos:

**a)** La ampliación del plazo, pero cesa la responsabilidad de los fiadores y en los codeudores solidarios cesa la solidaridad y se extinguen las prendas o hipotecas constituidas sobre otros bienes que los del deudor, salvo que estos acepten la ampliación<sup>20</sup>, la reducción del plazo, pero no se podrá reconvenir a los codeudores solidarios, sino cuando expire el plazo primitivo. Tampoco se podrá demandar antes del vencimiento del plazo a los terceros que dieron garantías prendarias o hipotecarias.<sup>21</sup>

**b)** Cuando una de las dos obligaciones (la anterior o la nueva), provienen de una condición suspensiva, no existe novación), mientras puede la condición, o si ésta llegare a fallar. No obstante, pueden las partes convenir en el segundo contrato que el primero quedará abolido sin esperar el cumplimiento de la condición.<sup>22</sup>

**c)** El aumento o disminución de especie, cantidad o género de la primera obligación, pero los codeudores solidarios y subsidiarios podrán ser obligados hasta la concurrencia en que ambos coinciden.<sup>23</sup>

**d)** Cuando la nueva obligación se limita a establecer una cláusula penal para el supuesto de no cumplirse la primera. Pero si en el supuesto de infracción es exigible solamente la pena, se produce novación desde que el acreedor exige sólo la pena y, como consecuencia, quedan extinguidos los privilegios, prendas o hipotecas de la obligación primitiva y exonerados los que solidaria o subsidiariamente accedieron a la obligación primitiva y no a la estipulación penal.

**e)** Recibir pagos parciales antes o después del vencimiento del plazo sin perjuicio en éste último caso de lo dispuesto en el art. 2113 C.

**f)** Elevar a escritura pública el documento privado en que consta la obligación.

**g)** La *litis-contestio* y las sentencias judiciales. Se dice con fundamento en ideas de Derecho romano, que la causa de la obligación es novada por la *litis contestatio* o por la sentencia definitiva. Ninguna de las dos tesis es aceptada por la doctrina civil y procesal moderna.

En virtud del art. 923 C., la sentencia convierte en prescripción de largo tiempo (10 años), la de corto tiempo (1 y 3 años), en los créditos contemplados en los arts. 915 y 919 C. Esto ha servido de argumento para fundar el carácter novatorio de la sentencia.

**h)** La conglobación de deudas.

**i)** La renuncia a la solidaridad, cuyo efecto consiste en que el cobro sólo puede hacerse en cuotas.

**j)** La modificación o rectificación del nombre del deudor.

21 Art. 2113 C.

22 Art. 2099 C.

23 Art. 2111 C.



- k) El reconocimiento de una deuda.
- l) La remisión parcial de la deuda no constituye novación, menos cuando es al fiador.

## 7. Novación subjetiva

### A. Novación subjetiva por cambio de acreedor

A esta novación se refiere el art. 2096 inc. 2 C., que dice: “La novación se verifica de tres maneras:

2. Sustituyéndose en virtud de otro contrato, nuevo acreedor al antiguo, respecto del cual queda exonerado el deudor”. Ejemplo: Juan le debe a José C\$5.000 y convienen en que Juan no se los pagará a José, sino a Pedro, quien será el nuevo acreedor.

Tiene utilidad: si Pedro es acreedor de José por la misma cantidad de C\$5.000 se extinguen dos obligaciones: la que tenía Juan para con José y la de José para con Pedro.

Para que se produzca la novación por cambio de acreedor se necesitan los requisitos siguientes:

a) Consentimiento del primitivo acreedor. De conformidad con el ejemplo citado, el consentimiento de José.

b) El consentimiento del deudor. Es preciso que exprese su voluntad de obligarse con el nuevo acreedor. En el ejemplo propuesto se precisa del consentimiento de Juan.

En la cesión de crédito no es necesario el consentimiento del deudor, pero no existe novación, la obligación es la misma.

c) El consentimiento del nuevo acreedor. En el ejemplo propuesto es Pedro.

### B. Novación subjetiva por cambio de deudor

A ella se refiere el art. 2096 inc. 3 C., que dice: “La novación se verifica de tres maneras:

3. Sustituyéndose nuevo deudor al antiguo que queda exonerado por el acreedor. Esta tercera especie de novación puede efectuarse sin el consentimiento del primer deudor. Cuando se efectúa con su consentimiento, el segundo deudor se llama delegado del primero. Ejemplo: Juan debe a José C\$5.000. Pedro, que es deudor de Juan por C\$5.000, se obliga a pagar a José lo adeudado por Juan.

Para que opere la novación por cambio de deudor se requiere los requisitos siguientes:

a) Que el acreedor consienta expresamente en liberar al primitivo deudor. En el ejemplo se necesita que el acreedor José libere expresamente de la obligación a Juan.

Se refiere al consentimiento del acreedor el art. 2096 inc. 3, primera parte C., que dice: “La novación se verificará de tres maneras:

3. Sustituyéndose nuevo deudor al antiguo que queda exonerado por el acreedor». También se refiere al art. 2101 inc. 1 C., que dice: “La delegación por la que un deudor da otro que se obligue hacia el acreedor, no produce novación, a no ser que el acreedor haya declarado expresamente su voluntad de exonerar al deudor primitivo”. De la disposición transcrita se deduce que el consentimiento del acreedor debe ser expreso.

Si el acreedor no libera al deudor se entiende que el nuevo deudor es diputado para hacer el pago, o que se ha obligado con el primitivo deudor solidaria o subsidiariamente, según parezca deducirse del tenor o espíritu del acto. Así lo dispone el art. 2101 inc. 2 C., que dice: “De otro modo, se entenderá que el tercero es solamente diputado para hacer el pago, o que dicho tercero se obliga con él solidaria o subsidiariamente según parezca deducirse del tenor o espíritu del acto”.

En el ejemplo citado si José no libera a Juan, Pedro vendría a ser diputado para hacer el pago, o codeudor solidario de Juan o su fiador, según el tenor o espíritu del acto.

En el comercio inmobiliario se presenta con cierta frecuencia este problema. Juan le vende a Pedro el inmueble X que está hipotecado a José y como parte del precio asume la deuda hipotecaria. Si José no libera a Juan, Pedro será diputado de Juan para hacer el pago, su fiador o codeudor solidario, según se desprenda del acto.

### **b) Que consienta el nuevo deudor**

Sin el consentimiento del nuevo deudor no se produce la novación, sino una cesión de acciones. Así lo dispone el art. 2102 C.: “Si el delegado es sustituido contra la voluntad al delegante, no hay novación, sino solamente cesión de acciones del delegante a su acreedor; y los efectos de este acto se sujetan a las reglas de la cesión de acciones”.

La novación, de conformidad con el art. 2096 inc. 3 parte final C., por cambio de deudor puede ser con o sin el consentimiento del primitivo deudor.

Cuando se efectúa sin el consentimiento del primitivo deudor, la iniciativa la toma el nuevo deudor. Ejemplo: José le debe a Manuel C\$5.000 y Pedro por su propia iniciativa conviene con Manuel que pagará dicha suma en lugar de José, liberando Manuel a José de la obligación. A esta figura se denomina expromisión. Si Manuel no libera a José no habrá novación. A esta figura se denomina adpromisión.

Planiol, Ripert y Boulanger dicen que la ley expresa que la sustitución puede hacerse sin el consentimiento del primitivo deudor y esta regla no es sino una consecuencia de los principios que rigen el pago; un tercero puede pagar en lugar

del deudor y hasta a pesar de él. Si está permitido liberar al deudor con un pago, puede hacerse lo mismo con una novación. Agregan que es raro que haya novación por cambio de deudor sin que haya delegación, pues no se ve por qué motivo una persona aceptaría obligarse en lugar de otra, si no tuviese ese motivo de extinguir su propia deuda.<sup>24</sup>

Cuando se hace con el consentimiento del primitivo deudor estamos en presencia de la delegación. El art. 2096 inc. 3 parte final C., dice: “Cuando se efectúa con su consentimiento, el segundo deudor se llama delegado del primero”.

Según Colin y Capitant la novación por cambio de deudor puede implicar el consentimiento del primer deudor, al mismo tiempo que el del nuevo deudor y el del acreedor. Por ejemplo: soy inquilino de un piso y cedo mi alquiler a otro ocupante y se conviene en que pagará su alquiler directamente al arrendador que acepta y me libera de toda obligación respecto de él. O también soy vendedor de un inmueble y hago intervenir en la venta a uno de mis acreedores y se conviene que el comprador del inmueble pagará una parte de su precio a mi acreedor, el cual, me da carta de pago de mi deuda. Esta es la delegación novación o perfecta.<sup>25</sup>

## **8. La delegación**

### **A. Ideas generales**

Hay delegación cuando el deudor le pide a una persona que se obligue para un tercero. Se sostiene que la delegación tiene vida independiente y que puede operar sin que produzca novación. Por ejemplo: la carta de crédito que un banco (delegante) abre a favor de un viajero (delegatorio), en que se le encarga a otro banco o sucursal (delegado) que le sea entregada determinada suma de dinero.

### **B. Personas que intervienen en la delegación**

En la delegación intervienen tres personas: el delegante (deudor primitivo), el delegado (nuevo deudor) y el delegatorio (acreedor). De estas tres personas el delegante toma la iniciativa de esta operación.

### **C. Clases de delegación**

La delegación puede ser perfecta o imperfecta. Es perfecta cuando el acreedor consiente en liberar al primitivo deudor. Es imperfecta cuando el acreedor no consiente en liberar al primitivo deudor. La primera constituye novación, la segunda no constituye novación.

#### **a) Delegación perfecta**

---

<sup>25</sup> Ob. cit. Tomo III, p. p. 223 y 224.

La delegación perfecta debe reunir tres requisitos: consentimiento del deudor primitivo (delegante), consentimiento del nuevo deudor (delegado) y consentimiento del acreedor (delegatorio), que debe liberar al primitivo deudor. Se necesita, pues, el consentimiento de los tres.

Por ejemplo, Juan (delegante) le debe C\$5.000 a Pedro (delegatorio) y le propone que se los pagará José (delegado). Los tres aceptan tal propuesta y, además, Pedro libera de la obligación a Juan. Esta delegación está consagrada en el art. 2101 inc. 1 C., que dice: “La delegación por la que un deudor da a otro que se obligue hacia el acreedor, no produce novación, a no ser que el acreedor haya declarado expresamente su voluntad de exonerar al deudor primitivo”.

De acuerdo con la disposición transcrita el consentimiento del acreedor debe ser expreso.

#### **b) Delegación imperfecta**

La delegación es imperfecta cuando el acreedor no libera al deudor original (delegante). No produce novación y, como consecuencia, no se extingue la obligación original.

En el caso anterior Pedro no libera a Juan, quién continúa obligado. El nuevo deudor (José) se obliga solidaria o subsidiariamente, según parezca deducirse del tenor o espíritu del acto. Se requiere, pues, el consentimiento de Juan, Pedro y José. Refiriéndose a la delegación imperfecta el art. 2101 inc. 2. C., dice: “De otro modo, se entenderá que el tercero es solamente diputado para hacer el pago, o que dicho tercero se obliga con él solidaria o subsidiariamente, según parezca deducirse del tenor o espíritu del acto”.

En la delegación imperfecta el acreedor se encuentra en mejores condiciones, pues puede dirigir su acción contra el delegante y delegado (en el ejemplo contra Juan y José). De aquí que se aplique con mayor frecuencia. De conformidad a lo expuesto la expromisión y la delegación perfecta producen novación. Por el contrario, no la producen la adpromisión y la delegación imperfecta.

### **9. Efectos de la novación**

La novación extingue la obligación primitiva y crea una nueva obligación. Extingue y crea al mismo tiempo. Como consecuencia se producen los efectos siguientes:

**a)** Extinguida la obligación primitiva quedan extinguidos sus intereses. Así lo dispone el art. 2104 C., que dice: “De cualquier modo que se haga la novación quedan por ella extinguidos los intereses de la primera obligación, si no se expresa lo contrario”.

**b)** Se extinguen los privilegios de la primitiva obligación. Así lo dispone el art. 2105 C., que dice: “Sea que la novación se opere por la sustitución de un

nuevo deudor o sin ella, los privilegios de la primera deuda se extinguen por la novación”.

c) Se extinguen las prendas e hipotecas de la primitiva obligación. Así lo dispone el art. 2106 inc. 1 C., que dice: “Las prendas o hipotecas de la primera deuda no pasan a la deuda posterior, aunque la novación se opere dejando el mismo deudor, a menos que éste y el acreedor convengan expresamente en la reserva».

d) La novación entre el acreedor y uno cualquiera de los deudores solidarios, libera a los otros, a menos que éstos accedan a la obligación nuevamente constituida.<sup>26</sup>

Los efectos anteriormente señalados pueden ser modificados por las partes. Los artículos citados así lo expresan; como consecuencia, las partes pueden convenir en que se continúen debiendo los intereses; en que los privilegios subsistan a favor de la nueva obligación; y en que las prendas e hipotecas, que garantizaban la primitiva obligación, subsistan para garantizar el cumplimiento de la nueva obligación.

## 10. Las reservas de las hipotecas y prendas

Ya expresamos que las partes pueden hacer reservas de hipotecas y prendas. El Código Civil ha señalado una serie de reglas:

a) Si los bienes prendados o hipotecados pertenecen al deudor es necesario que el deudor y el acreedor convengan en la reserva.<sup>27</sup> De no existir tal convenio se extinguirán las garantías. Ejemplo: Juan le debe a Pedro C\$ 15.000, dándole en garantía hipoteca del inmueble X. Si se produce novación es necesario el consentimiento de Juan y Pedro para que la hipoteca garantice la nueva obligación.

Si los bienes pignorados o hipotecados pertenecen a terceros serán necesario el consentimiento de éstos. Así lo dispone el art. 2106 inc.2 C., que dice: “Pero esta reserva no valdrá, si las cosas empeñadas o hipotecadas pertenecieren a terceros que no hayan accedido a la segunda obligación”. Ejemplo: Juan le debe a Pedro C\$5.000. Esta obligación fue garantizada con hipoteca del inmueble X que pertenece a Joaquín. Si se produce novación entre Juan y Pedro, para hacer la reserva se requiere el consentimiento de Joaquín.

Cuando se opera la novación entre el acreedor y uno de los deudores solidarios, la reserva sólo tendrá lugar con relación a éste y las prendas e hipotecas constituidas por los otros se extinguen, a menos que accedan a la nueva obligación. El art. 2107 inc. 2 C., dice: “Cuando se opera la novación entre el

<sup>27</sup> Art. 2106 inc. 1 C.

<sup>28</sup> Planiol, Ripert y Boulanger expresan que cuando la novación se efectúa por cambio de deudor los privilegios e hipotecas no pueden pasar sobre los bienes del nuevo obligado. Las garantías reales no se desplazan de un bien al otro, aun dentro del patrimonio de una misma persona y con mucha más razón de un patrimonio a otro. En tal supuesto el acreedor puede reservarse la antigua hipoteca con el

acreedor y uno de sus deudores solidarios, la reserva no puede tener efecto sino relativamente a éste. Las prendas e hipotecas constituidas por los otros codeudores solidarios se extinguen, a pesar de toda estipulación contraria; salvo que estos accedan expresamente a la segunda obligación”. Ejemplo: Juan y Pedro deben solidariamente a Joaquín C\$4.000, habiendo dado Juan en garantía hipotecaria el inmueble X. Si la novación se produce entre Juan y Joaquín, la reserva tiene lugar en el inmueble X de Juan. Si la novación se produce entre Pedro y Joaquín, para que se pueda hacer la reserva se requiere el consentimiento de Juan.

b) De acuerdo con el art. 2107 inc. 1 C., si la novación se opera sustituyendo un nuevo deudor, la reserva no puede tener efecto sobre los bienes del nuevo deudor, ni aún con su consentimiento. Ejemplo: Juan le debe a Pedro la suma de C\$5.000, garantizando la obligación con hipoteca del inmueble X. Si en virtud de novación José debe pagar en vez de Juan, la hipoteca de éste no puede afectar al inmueble de José.<sup>28</sup>

El referido artículo no permite el traslado de las garantías (prenda o hipoteca) a los bienes del nuevo deudor.

c) Las hipotecas o prendas sólo garantizan el monto de la obligación primitiva. El art. 2106 inc.3 C., dice: “Tampoco valdrá la reserva en lo que la segunda obligación tuviere de más que la primera. Si por ejemplo, la primera deuda no producía intereses y la segunda los produjere, la hipoteca de la primera no se extenderá a los intereses”.

En virtud de las reservas, la nueva obligación será garantizada con la hipoteca o prenda de la primitiva obligación extinguida por la novación. Subsisten estas garantías adheridas a la nueva obligación, a pesar de haberse extinguido la obligación que ya garantizaban originalmente.

Se estima que son casos de reservas: la conservación de los intereses, de la solidaridad, de la fianza y de los privilegios a que se refieren los arts. 2105 y 2109 inc. 1 C., y los casos enumerados en los literales a) y c) de este numeral.

## 11. Renovación de prendas e hipotecas

De acuerdo con el art. 2108 C., en los casos y cuantía en que no puede tener efecto la reserva, podrán sin embargo renovarse las prendas e hipotecas con las mismas formalidades que si se constituyeren por primera vez. Su fecha será entonces la de la renovación.

Se trata de una nueva garantía que exige el acreedor ante la imposibilidad de que opere la reserva. En la reserva, como ya se dijo, la misma garantía que aseguraba la primitiva obligación viene a asegurar a la nueva.

## 12. Jurisprudencia

La Corte Suprema ha dicho que:

---

consentimiento del primitivo deudor o hacerse otorgar una nueva hipoteca sobre los bienes del nuevo deudor. (Ob. cit., Tomo V, p. 506).

29 S. 11:40 a.m. del 24 de noviembre de 1953, B. J., p. 16715.

30 S. 11 a.m. del 2 de junio de 1933, B. J. p. 8272.

a) No se acoge la excepción de novación si las partes han convenido que por falta de cumplimiento del deudor quedará resuelta y sin valor, renaciendo la obligación primitiva.<sup>29</sup>

b) Si el deudor del deudor se obliga a pagar al acreedor de éste, se constituye diputado para hacer el pago, pero no se verifica novación y no queda libre respecto a su acreedor.<sup>30</sup>

## BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit., Tomo III, p. 385 y sigts., p. 397 y sigts. BETTI, Emilio. Ob. cit., Tomo II, p. 315 y sigts. BORJA SORIANO, Manuel. Ob. cit., Tomo II, p. 283 y sigts. BRENES CORDOBA, Alberto. Ob. cit., p. 217 y sigts. CASTAN TOBEÑAS, José. Ob. cit., Tomo III, p. 412 y sigts. CLARO SOLAR, Luis. Ob. cit., Tomo XII. Vol. III, p. 383 y sigts. p. 424 y sigts. COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H. Ob. cit., Tomo III, p. 220 y sigts. COLMO, Alfredo. Ob. cit., p. 515 y sigts. COSIO, Alfonso de. Ob. cit, p. 324 y sigts. CRUZ, Fernando. Ob. cit., Tomo III, p. 67 y sigts. DIEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., Vol. I, p. 782 y sigts. ENNECCERUS, Ludwing. Ob. cit., Vol. I. p. 362 y sigts. GARCIA GOYENA, Florencio D. Ob. cit., p. 604 y sigts. GAUDEMET, Eugene. Ob. cit, p. 449. GIORGI, Jorge. Ob. cit, Vol. III, p. 419 y sigts. GOLDENBERG, Isidoro Herman. Novación. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo XX, p. 415 y sigts. GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Ob. cit., p. 830 y sigts. LARENZ, Karl. Ob. cit., Tomo I, p. 133 y sigts. GOMEZ DE LASERNA, Pedro de y MONTALBAN, Juan Manuel D. Ob. cit., Tomo II, p.p. 216 y 217. MACHADO, José Olegario. Ob. cit., Tomo II, p. 637 y sigts. MANRESA Y NAVARRO, José María. Ob. cit., Tomo VIII, p. 427 y sigts. MAZEAUD, Henri., MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean. Ob. cit., 2a. parte. Vol. III, p. 458 y sigts. MEJIA MORENO, Luis Ob. cit., p. 145 y sigts. MESSINEO, Francisco. Ob. cit., Tomo IV. p. 401 y sigts. MEZA BARROS, Ramón. Ob. cit, p. 356 y sigts. p. 366 y sigts. MONTES, Cristóbal. La llamada novación modificativa en el Derecho Civil Español. RCDI. Madrid. 1973. No. 498. P. 1167 y sigts. OSSORIO MORALES, Juan. Ob. cit, p. 152 y sigts. PALACIO P., H. Gustavo. Ob. cit., p. 295 y sigts. PEREZ VIVES, Alvaro. Ob. cit., Vol. III, p. 386 y sigts. POTHIER, R. J. Ob. cit, p. 369 y sigts. PUIG BRUTAU, José. Ob. cit., Tomo I, Vol. II, p. 345 y sigts. RIPERT, Georges y BOULANGUER, Jean. Ob. cit., Tomo V, p. 494 y sigts. RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. Ob. cit., p. 556 y sigts. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Ob. cit., Tomo V. Vol. III, p. 397 y sigts. RUGIERO, Roberto de. Ob. cit., Tomo II, Vol. I.p. 219 y sigts. SALVAT M. Raymundo. Ob. cit, Tomo III, p. 1 y sigts. SANTOS BRIZ, Jaime. Ob. cit., Tomo III, p. 175 y sigts. SELVA, Buenaventura. Ob. cit., p. 385 y sigts. SOTO NIETO, Francisco. Ob. cit., Tomo I, p. 277 y sigts. TRABUCCHI, Alberto. Ob. cit., Tomo II, p.p. 81-82. VALENCIA ZEA, Arturo. Ob. cit, Tomo III, p. 499 y sigts., p. 506 y sigts. VALVERDE Y VALVERDE, Calixto D. Ob. cit, Tomo III, p. 196 y sigts. VELEZ, Fernando. Ob. cit., Tomo VI, p. 311 y sigts. TUHR Von, A. Ob. cit, Tomo II, p. 147 y sigts.



## Capítulo IX

### La renuncia y remisión

*SUMARIO: 1. De la renuncia y de la remisión. 2. Concepto de renuncia. 3. Derechos renunciables. 4. Clases de renunciaciones. 5. Capacidad. 6. Formas de la renuncia. 7. Efectos de la renuncia. 8. Retiro de la renuncia. 9. Concepto de remisión. 10. Clases de remisiones. 11. Remisión expresa: A. Concepto. B. No está sujeta a forma especial. 12. Remisión tácita por entrega del título. 13. Efectos de la remisión: A. Extinción de la deuda. B. Remisión total a uno de los codeudores solidarios. C. La remisión y la fianza. D. La remisión y la prenda. 14. Jurisprudencia.*

#### 1. De la renuncia y de la remisión

Nuestro Código Civil regula en el Capítulo X, Título II, Libro III, en forma conjunta, la renuncia y la remisión, a diferencia del modelo argentino que le dedica un título a cada figura. Eso no quiere decir que renuncia y remisión se hayan empleado como sinónimos. Presentan sus diferencias, derivadas de ser la renuncia el género y la remisión una especie de renuncia. La renuncia es unilateral y se aplica a todos los derechos; la remisión, en cambio, es bilateral y se aplica a las obligaciones.

Trataremos primero sobre la renuncia y después sobre la remisión.

#### 2. Concepto de renuncia

Renuncia es la abdicación o abandono unilateral que hace el acreedor de su derecho. El carácter unilateral de la renuncia es reconocido por la doctrina y se traduce en el hecho de que no necesita de aceptación para que se produzca. La aceptación del deudor a que alude el art. 2117 C. es para dejar fijados los efectos de la renuncia en forma irrevocable.

Expresa Salvat: “Las razones dadas para considerar bilateral a la renuncia, no parecen convincentes. La aceptación a que se refiere el artículo 868, sólo juega para dejar fijados los efectos de la renuncia en forma irrevocable. Ya no sería posible su retractación, pero el mismo hecho de producir efectos, basta a demostrar su existencia, sin necesidad de la adhesión voluntaria del deudor.

A su vez el artículo 875, que legisla la retractación, admite en forma implícita, la subsistencia de la renuncia, mientras no sea retractada y la ausencia de efectos de la retractación, frente a los terceros que han adquirido derechos en



virtud de la renuncia. Configuraría un absurdo conceptual, al acto de inexistencia que produce efectos definitivos”.<sup>1</sup>

### 3. Derechos renunciables

De acuerdo con el art. 2121 C. las personas capaces de hacer una renuncia pueden renunciar a todos los derechos establecidos en su interés particular, aunque sean eventuales o condicionales; pero no a los derechos que la ley concede (más por razón del orden público que por el interés particular de las personas), los que no son susceptibles de ser objeto de una renuncia.

Los derechos renunciables pueden tener su origen en cualquiera de las fuentes de las obligaciones y referirse a derechos personales o reales.

Lo expuesto no es más que una repetición de art. XII del Título Preliminar en donde se expresa que podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren el interés individual del renunciante y no esté prohibida su renuncia.

La ley no permite la renuncia:

a) Del derecho a pedir alimentos, pero pueden renunciarse las pensiones atrasadas.<sup>2</sup>

b) De la prescripción en forma anticipada; pero se puede renunciar la cumplida.<sup>3</sup>

c) De la acción proveniente del dolo en forma anticipada, pero puede renunciarse al daño ya causado.<sup>4</sup>

d) De los derechos otorgados por el Código del Trabajo.<sup>5</sup>

### 4. Clases de renunciaciones

La renuncia puede ser onerosa y gratuita, por causa de muerte o por acto entre vivos. Es onerosa cuando el renunciante, por la renuncia, recibe una contra prestación y es gratuita cuando no recibe nada. Es por causa de muerte la hecha en testamento y por acto entre vivos la hecha en un acto o contrato.

De acuerdo con el art. 2119 C, la renuncia hecha en disposiciones de última voluntad es un legado, y se reglará por lo establecido sobre legados.

Si la renuncia es onerosa y se refiere a derechos litigiosos o dudosos, le serán aplicables las reglas de las transacciones, según lo dispone el art. 2120 C.

### 5. Capacidad

1 Ob. cit. p.p. 320 y 321.

2 Art. 13 Ley 143/92 Ley de alimento; 2186 inc. 2 C.

3 Art. 873 C.

4 Arts. 1861 y 2186 inc. 1 C.

5 Num. IV, Libro Primero, Tit. Prel. CT.

6 Art. 2757 C. y sigts.

Para hacer la renuncia, el renunciante debe tener la capacidad del donante y el que es favorecido por la renuncia debe tener la capacidad del donatario.<sup>6</sup> El art. 2117 C. dispone que toda persona capaz de dar o de recibir a título gratuito, puede hacer o aceptar la renuncia gratuita de una obligación. Tal cosa encuentra su explicación en el hecho de que la renuncia gratuita es en verdad una donación.

Para hacer una renuncia gratuita el apoderado general necesita autorización especial.

Si la renuncia se hace por un precio o una prestación cualquiera, la capacidad de quien la hace y la de quien la recibe, se determinan según las reglas relativas a los contratos a título oneroso.<sup>7</sup>

## 6. Formas de la renuncia

De acuerdo con el art. 2122 C. la renuncia no está sujeta a ninguna forma exterior, por lo que puede ser hecha verbalmente, o en documento público o privado.

La renuncia de los derechos hereditarios y de la sociedad conyugal deben hacerse en instrumento público, permitiéndose también hacer la renuncia de los primeros por medio de escrito presentado al Juzgado, todo de acuerdo con el art. 2483 inc. 4 C. Pero la exigencia de la escritura pública no es *adsolemnitatem*.

La renuncia de los derechos reales de usufructo, uso, habitación y servidumbre debe hacerse por escritura pública, de acuerdo con el art. 2483 inc. 1 C. Pero el instrumento público tampoco es exigido *adsolemnitatem*. Claro está que para que puedan ser inscritas y perjudicar a terceros, las referidas renunciaciones deben ser hechas por escritura pública.

De acuerdo con el art. 2122 C. la renuncia puede tener lugar aun tácitamente, a excepción de los casos en que exige que sea expresa, como por ejemplo:

- a) La renuncia a la evicción en materia de partición.<sup>8</sup>
- b) La renuncia a la hipoteca.<sup>9</sup>
- c) La renuncia al beneficio de excusión.<sup>10</sup>

Se exigen tales formalidades para evitar actos gratuitos precipitados en las que se despojan de sus bienes las personas. Las tácitas, por el contrario no exigen tales formas.

La prueba de la renuncia está sometida a las restricciones de la prueba testifical.

La intención de renunciar no se presume y, como consecuencia, la interpretación de los actos que induzcan a probarla, debe ser restrictiva.<sup>11</sup>

De acuerdo con lo expuesto si de los hechos no resulta en forma clara y concluyente la voluntad de renunciar, no deberá ser admitida la renuncia tácita.

7 Art. 2118 C.

8 Art. 1391 inc. 2 C.

9 Art. 3869 C.

10 Art. 3697 inc. 1 C.

11 Art. 2123 C.

Por otra parte, la renuncia debe concretarse a los derechos que se tuvo intención de renunciar y no debe extenderse a otros, so pretexto de relación. Por ejemplo: si renuncio a la hipoteca o a la fianza, no puede deducirse que renuncie a la obligación principal.

## **7. Efectos de la renuncia**

Hecha y aceptada la renuncia se extingue la obligación, dispone el art. 2117 C. La extinción de la obligación principal acarrea la extinción de los accesorios como las fianzas, prendas e hipotecas.

La renuncia no puede perjudicar a terceros. No puede ser retirada en perjuicio del tercero que adquirió algún derecho a consecuencia de la renuncia.<sup>12</sup>

Cuando se trata de una relación obligatoria (vínculo entre dos o más partes) el art. 2117 C. expresamente dispone que es necesaria la aceptación del favorecido para que la renuncia produzca su efecto extintivo. Se nos presenta aquí una renuncia bilateral.

En cambio, en materia de derechos reales la renuncia es unilateral, basta la voluntad del renunciante. Los derechos de usufructo, uso, habitación, servidumbre e hipoteca se pueden renunciar unilateralmente. Así se establece en los art. 1529 inc. 7, 1557, 1579 inc. 3 y 3869 C.

## **8. Retiro de la renuncia**

En materia de derechos reales, la renuncia no requiere de la aceptación del favorecido. Pero con relación a las obligaciones es preciso la aceptación, por lo que mientras no se produzca, esta podrá ser retirada, sin perjuicio de los derechos que hayan adquirido los terceros a consecuencia de la renuncia. El art. 2124 C. dice: “La renuncia puede ser retirada mientras no hubiere sido aceptada por la persona a cuyo favor se hace, salvo los derechos adquiridos por terceros, a consecuencia de la renuncia, desde el momento en que ella ha tenido lugar hasta el de su retracción”.

## **9. Concepto de remisión**

Si el acreedor renuncia al derecho de exigirle al deudor el cumplimiento de la obligación, estamos en presencia de la remisión. La remisión es pues, la renuncia de una obligación.

## **10. Clases de remisiones**

La remisión puede ser total o parcial, expresa o tácita, por acto entre vivos o por causa de muerte, a título gratuito o a título oneroso.

---

<sup>12</sup> Art. 2124 C.

Si la remisión es total se extingue totalmente la obligación. Si es parcial se extingue en forma parcial.

Nuestro Código Civil no tomó del modelo argentino el artículo que hace aplicable a la remisión los cuatro primeros artículos de la renuncia, entre los que se encuentra el que consagra la distinción entre la renuncia onerosa y gratuita. Pero tal hecho no quiere decir que no se puedan presentar renunciaciones onerosas, aunque debemos reconocer que en la gratuita es el campo propio donde opera. Expresa Salvat: “En la generalidad de los casos de remisión de deuda se nos presentara como un acto de liberalidad, lo cual ha inducido a algunos autores a afirmar que ella era esencialmente un acto a título gratuito. Pero la remisión a título oneroso la encontramos en la novación, en la transacción y hasta en casos que podrían vincularse al pago por entrega de bienes: si dos personas recíprocamente acreedores, la una de cierta suma de dinero, y la otra de un servicio convienen en hacerse remisión recíproca de deuda”.<sup>13</sup>

Expresa Alessandri y Somarriva: “Si la remisión es lisa y llanamente a título gratuito, es un acto aislado: remito a Pedro la obligación de pagarme C\$100. Pero cuando es a título oneroso no constituye un acto aislado, sino que puede ir acompañada o ser la resultante de una novación, dación en pago o transacción. Pedro me debe C\$100; yo acuerdo remitirle esta obligación siempre que él me construya la casa; remisión a título oneroso acompañada de una novación por cambio de objeto. Litigo en un juicio con Pedro sobre C\$100 que me adeuda; durante el juicio llegamos a una transacción: yo renuncio a los C\$100.00 y él me entrega su lapicero de C\$60. La obligación de los C\$100 queda extinguida, en virtud de la transacción que se produce”.<sup>14</sup>

El tema no es del todo pacífico.

## 11. Remisión expresa

### A. Concepto

Es expresa cuando el acreedor manifiesta en forma explícita su voluntad de renunciar el derecho de exigirle el pago de la obligación al deudor. No existen fórmulas sacramentales para manifestar dicha voluntad.

### B. No está sujeta a forma especial

De acuerdo con el art. 2136 C. no existe forma especial para hacer la remisión expresa, aunque la deuda conste en un documento público. La remisión,

13 Ob. cit., Obligaciones en general, Tomo III, p. 342.

14 Ob. cit., Tomo III, p. 426.

15 Art. 2768 inc. 2 C.

pues, puede ser verbal o por documento público o privado. Por excepción la remisión es solemne cuando se refiere a una deuda de bienes raíces.<sup>15</sup>

No obstante la libertad de forma consagrada, la remisión está sujeta a las limitaciones de la prueba testifical.

## 12. Remisión tácita por entrega del título

El Código Civil no se refiere expresamente a la remisión tácita, pero se desprende de los arts. 2125 a 2127 C.

El art. 2125 C. dispone que habrá remisión de la deuda cuando el acreedor entregue voluntariamente al deudor el documento original en que consta la deuda, si el deudor no alegare que la ha pagado. De acuerdo con la disposición relacionada es preciso que concurren los requisitos siguientes:

a) Que el acreedor entregue el documento original.

b) Que la entrega haya sido hecha voluntariamente por el acreedor; por lo que se excluye el caso de pérdida o sustracción.

Siempre que el documento original de donde resulte la deuda se halle en poder del deudor se presume que el acreedor se lo entregó voluntariamente, salvo el derecho de éste a probar lo contrario.<sup>16</sup>

c) Que la entrega haya sido hecha al deudor.

d) Que el deudor no alegue y pruebe el pago.

Algunos piensan que basta que el deudor alegue el pago para que desaparezca la remisión.

Cuando se trate de documento protocolizado, y su copia legalizada se hallare en poder del deudor sin anotación del pago o remisión del crédito, y el original se hallare también sin anotación de pago o remisión firmada por el acreedor, será a cargo del deudor probar que el acreedor se lo entregó por remisión de la deuda.

Expresa Colmo: “Las dos soluciones son sensatas; el deudor que recibe el documento original tiene en su mano la prueba única de la obligación por donde cabe suponer que el acreedor que se lo ha dado jamás podrá cancelarla; el deudor que tenga un testimonio del documento probatorio protocolizado carece de tal prueba, desde que poco le costaría al acreedor, hacerse otorgar otro testimonio”.<sup>17</sup>

## 13. Efectos de la remisión

### A. Extinción de la deuda

La remisión extingue la obligación con todos sus accesorios.<sup>18</sup> Existen disposiciones especiales, las que serán analizadas a continuación.

<sup>16</sup> Art. 2126 C.

<sup>17</sup> Ob. cit., p.p. 600 y 601.

<sup>18</sup> Art. 1877 C.

<sup>19</sup> Arts. 1940, 2130 y 2132 C.

## B. Remisión total a uno de los codeudores solidarios

La remisión total del crédito hecha a favor de uno de los codeudores solidarios extingue la obligación con respecto a los otros, a menos que el acreedor se haya reservado sus derechos contra éstos.<sup>19</sup>

El art. 2132 C. expresa que la remisión produce los mismos efectos jurídicos que el pago respecto de sus herederos, y a los codeudores solidarios. Con relación a éstos, ya vimos que se extingue la deuda, a lo que debemos agregar que en tal caso el deudor, a cuyo favor se hace gratuitamente la remisión, no tiene acción de repetición contra sus otros codeudores; en cambio la tendrá si hubiere sido onerosa.<sup>20</sup>

Con relación a los herederos, la mencionada disposición repite el principio de que el heredero es el continuador de la personalidad del difunto, reconocida en los arts. 934 y 2439 C.

## C. La remisión y la fianza

La remisión hecha al deudor principal libera a los fiadores, pero la remisión hecha al fiador no extingue la obligación principal, según se dispone en el art. 2128 C. Este artículo aplica las reglas que en materia de obligaciones consagra el art. 1877 C. Estas reglas son: extinguida la obligación principal, se extingue la accesoria; pero la extinción de la accesoria no envuelve a la principal.

La remisión hecha a uno de los fiadores no aprovecha a los demás fiadores, sino en la medida de la parte que correspondía al fiador que hubiere obtenido la remisión, expresa el art. 2133 C. Ejemplo: Juan, Pedro, José y Diego son fiadores de una obligación de C\$4.000 que Raúl le debe a Ricardo. La remisión que Ricardo haga de la obligación con respecto a Juan, sólo puede ser invocada por los otros cofiadores en una cuarta parte (C\$1.000), pero no por el resto de C\$3.000.

El artículo referido se aplica a la fianza solidaria. No faltan autores, como Machado y Colmo, que sostienen que es aplicable a la fianza simple, rigiéndose la solidaria por lo dispuesto para los deudores solidarios.

Si el fiador hubiese pagado al acreedor una parte de la obligación para obtener su liberación, tal pago debe ser imputado a la deuda, pero si el acreedor hubiere hecho después remisión de la deuda, el fiador no puede repetir la parte que hubiere pagado.<sup>21</sup>

## D. La remisión y la prenda

La devolución voluntaria de la prenda hecha por el acreedor causa la remisión del derecho de prenda, pero no de la obligación garantizada con ella.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> Art. 1947 C.

<sup>21</sup> Art. 2134 C.

<sup>22</sup> Art. 2137 C.

Renunciada la garantía, no se renuncia a la obligación principal. Igual cosa sucede con las otras garantías como la hipoteca y la fianza. El referido artículo es una aplicación de la regla consagrada en el art. 1877 C. de que la extinción de la obligación accesoria no envuelve la de la obligación principal.

La remisión por la entrega de la prenda se refiere a la prenda con desplazamiento, regulada en el Código Civil, pues la agraria o industrial no está sujeta a ella, ya que es sin desplazamiento.

#### 14. Jurisprudencia

La Suprema ha dicho que la remisión de una deuda puede ser retractada por el acreedor mientras no haya sido aceptada por el deudor.<sup>23</sup>

### BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit., Tomo III, p. 424 y sigts. BORJA SORIANO, Manuel. Ob. cit., Tomo II, p. 316., p. 325 y sigts. BRENES CORDOBA, Alberto. Ob. cit., p. 223 y sigts. CLARO SOLAR, Luis. Ob. cit., Tomo XII. Vol. III, p. 470 y sigts. CASTAN TOBEÑAS, José. Ob. cit., Tomo III, p. 393 y sigts. COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H. Ob. cit., Tomo III, p. 256 y sigts. COLMO, Alfredo. Ob. cit., p. 588 y sigts., p. 598 y sigts. CRUZ, Fernando. Ob. cit., Tomo III, p. 60 y sigts. DIEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., Vol. I, p. 656 y sigts. ENNECCERUS, Ludwing. Ob. cit., Vol. I, p. 756 y sigts. GUADEMENT, Eugene. Ob. cit., p. 450 GEORGI, Jorge. Ob. cit., Vol. VII, p. 364 y sigts. GUTIERREZ y GONZALEZ, Ernesto. Ob. cit., p. 874 y sigts. p. 877 y sigts. LARENZ, Karl. Ob. cit., Tomo I, p. 439 y sigts. GOMEZ DE LASERNA, Pedro de y MONTALBAN, Juan Manuel D. Ob. cit., Tomo II, p. 212. MAZEAUD, Henri., MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean. Ob. cit., 2a. parte. Vol. III, p. 445 y sigts. MESSINEO, Francesco. Ob. cit., Tomo IV, p. 395 y sigts. MEZA BARROS, Ramón. Ob. cit., p. 377 y sigts. OSSORIO Y FLORIT, Manuel. Remisión y condonación de la deuda. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo XXIV, p. 659 y sigts. PEREZ VIVES, Alvaro. Ob. cit., Vol. III, p. 420 y sigts. PUIG BRUTAU, José, Ob. cit., Tomo I, Vol. II, p. 361 y sigts. RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Ob. cit., Tomo V, p. 585 y sigts. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Ob. cit., Tomo V, Vol. III, p. 435 y sigts. RUGGIERO, Roberto de. Ob. cit., p. 317 y sigts. SELVA, Buenaventura. Ob. cit., p. 309 TRABUCCHI, Alberto. Ob. cit., Tomo II, p. 83. VALENCIA ZEA, Arturo. Ob. cit., Tomo III, p. 511. VELEZ, Fernando. Ob. cit., Tomo VI, p. 335 y sigts. TUHR, Von A. Ob. cit., Tomo II, p. 142 y sigts.

23 S. 11 a.m. del 24 de abril de 1915, B. J., p. 759.

## Capítulo X

### La compensación

*SUMARIO: 1. Concepto. 2. Su justificación. 3. Clases de compensación. 4. Requisitos de la compensación legal. 5. Que ambas partes sean personal y recíprocamente acreedoras y deudoras. 6. Que las obligaciones sean de dinero o de cosas consumibles, fungibles o indeterminadas de igual género y calidad. 7. Que ambas obligaciones sean líquidas. 8. Que ambas obligaciones sean actualmente exigibles. 9. Que ambas obligaciones sean pagaderas en el mismo lugar. 10. Que ambas deudas sean embargables. 11. Que la compensación no se realice en perjuicio de terceros. 12. Que la compensación sea alegada. 13. La compensación legal opera de pleno derecho. 14. Efectos de la compensación legal: A. Extinción de las obligaciones. B. La compensación legal puede renunciarse. 15. La imputación y la compensación. 16. Casos en que no procede la compensación. 17. La compensación voluntaria. 18. La compensación judicial. 19. Jurisprudencia.*

#### 1. Concepto

Cuando dos personas son acreedoras y deudoras recíprocamente se produce la extinción simultánea de ambas obligaciones. Esta extinción puede ser: a) Total. Ejemplo: Juan le debe a Pedro C\$85.000 y éste le debe a Juan C\$85.000. Se extinguen ambas obligaciones. b) Parcial. Ejemplo: Juan le debe a Pedro C\$15,000 y éste le debe a Juan C\$10,000. Ambas deudas hasta el valor de la menor, o sea C\$10,000. Subsistirá la obligación de Juan de pagarle a Pedro los restantes C\$5,000.

Como puede observarse, la compensación viene a ser en el fondo un pago doble abreviado. En el ejemplo Juan le paga a Pedro y éste a Juan, sin necesidad de que se realicen traslaciones de dinero.

Para Planiol, Ripert y Boulanger “la compensación equivale a un doble pago: extingue las dos deudas hasta cubrir el monto de la menor. Las dos deudas se extinguen con todos sus accesorios (hipotecas, fianzas). Los intereses dejan de correr”.<sup>1</sup>

#### 2. Su justificación

Dos razones han impulsado al legislador a establecer la compensación:

<sup>1</sup> Ob. cit., Tomo V., p. 611



a) Facilitar el pago de las obligaciones, evitando las traslaciones recíprocas de un doble pago: José le debe a Pedro C\$5,000 y éste le debe a José C\$5,000. La compensación evita que José le pague a Pedro los C\$5,000 y éste a su vez le pague los C\$5.000 a José. Por esto se dice que la compensación es un doble pago abreviado.

b) Garantizar el pago a ambas partes. En el ejemplo anterior si José le paga a Pedro corre el riesgo de no ser pagado a su vez si éste tiene acreedores privilegiados que deben pagarse con preferencia a él. Con la compensación se evita ese perjuicio a José.

La compensación es de aplicación frecuente en el derecho mercantil. Los bancos realizan compensaciones a gran escala con los cheques que cobran y pagan a través de la Cámara de Compensación. Su utilización está muy generalizada tanto a nivel nacional como internacional.

También la compensación ha dado pie a la cuenta corriente.

### 3. Clases de compensación

La compensación puede ser:

#### a) Total o parcial

Sobre esta clase de compensación tratamos anteriormente.

#### b) Legal

La compensación es legal cuando se produce por ministerio de la ley desde que se reúnen las condiciones señaladas por la misma, sin que sea necesario el consentimiento de las partes.

#### c) Voluntaria

Funciona en virtud de la voluntad de las partes ante la imposibilidad de que opere la legal por falta de los requisitos exigidos en la ley.

#### d) Judicial

Es la alegada por el demandado y decretada por el Juez, cuando el crédito de aquél no reúne los requisitos exigidos por la ley.

### 4. Requisitos de la compensación legal

La compensación debe reunir los requisitos siguientes: que ambas partes sean personal y recíprocamente acreedoras y deudoras; que los créditos sean los

aceptados sin reservas o adquiridos antes de la notificación de la cesión; que las obligaciones sean de dinero o de cosas consumibles, fungibles o indeterminadas o de igual género o calidad; que ambas obligaciones sean líquidas; que ambas obligaciones sean actualmente exigibles; que ambas obligaciones sean pagadas en el mismo lugar; que ambas deudas sean embargables, que la compensación no se realice en perjuicio de tercero; y que la compensación sea alegada.

De cada uno de estos requisitos trataremos a continuación.

## 5. Que ambas partes sean personal y recíprocamente acreedoras y deudoras

Este requisito está consagrado en los arts. 2139 y 2141 inc. 2 C. El primero expresa que se opera la compensación “cuando dos personas son deudoras una de otra». El segundo dispone que «para que haya lugar a la compensación, es preciso que las dos partes sean recíprocamente deudoras”.

La reciprocidad de obligaciones es la base sobre la que descansa la compensación.

La diversidad de causas de ambas no es obstáculo para que opere la compensación. Así lo dispone el art. 2148 inc. 2 C. que dice: “Tampoco lo es la diversidad de las causas en que se funden las dos deudas”. Ejemplo: una obligación derivada del mutuo es compensable con una que proviene de honorarios.

La reciprocidad debe ser personal, es decir, que se trate de obligaciones propias. El art. 1195 del Código Civil español expresa con claridad la idea: “Tendrá lugar la compensación cuando dos personas por derecho propio sean recíprocamente acreedores y deudores la una de la otra”.

El art. 2141 C. cita dos ejemplos de aplicación del carácter personal y recíproco de las obligaciones:

a) El deudor principal no puede oponer a su acreedor por vía de compensación lo que el acreedor deba al fiador.<sup>2</sup> Esta disposición está repetida en la parte final del art. 2145 C. Ejemplo: José le debe a Pedro C\$5.000 y Gustavo es el fiador. Si Pedro demanda a José, éste no puede oponer la compensación en base a un crédito que Gustavo tiene en contra de Pedro.

b) El deudor del pupilo requerido por el guardador no puede oponer por vía de compensación el crédito que tenga contra dicho guardador.<sup>3</sup> Ejemplo: José le debe al pupilo Pedro C\$5.000. Si Manuel, el guardador del pupilo, demanda a José para que le pague lo adeudado al pupilo, éste no podría oponer en compensación al crédito que tiene contra Manuel. Otros ejemplos: a) El socio no puede invocar la compensación aduciendo un crédito de la sociedad contra el acreedor, porque socio y sociedad son personas jurídicas distintas. b) El guardador no puede compensar su deuda invocando el crédito de su pupilo contra el acreedor, porque guardador y pupilo son dos personas distintas.

<sup>2</sup> Art. 2141 inc. 2 C.

<sup>3</sup> Ibidem. inc. 3 C.

Existen algunos casos en que opera la compensación entre personas no recíprocamente deudoras. Estos casos están contemplados en los arts. 2142, 2152 y 2153 C.:

a) De conformidad con el art. 2142 C. el deudor solidario no sólo puede oponer en compensación su crédito, sino el del codeudor. Ejemplo: Juan, José y Pedro le deben solidariamente a Manuel C\$5.000. Juan es acreedor de Manuel por C\$5.000. Si Manuel demanda a José, éste puede oponer en compensación el crédito de Juan contra Manuel.

b) De acuerdo con el art. 2145 C. el fiador no sólo puede oponer en compensación su crédito, sino el que tiene el deudor principal contra el acreedor.

c) De conformidad con el art. 2152 C. el mandatario no sólo puede oponer contra el acreedor de su mandante los créditos de éste, sino sus propios créditos, siempre que preste caución de que el demandante dará por firme la compensación. Ejemplo: Juan le debe a Pedro C\$5.000. Si Pedro demanda a Juan, representado por su mandatario José, éste puede oponer en compensación el crédito de C\$5.000 que tiene personalmente en contra de Pedro, siempre que dé caución de que Juan ratifique la compensación.

Pero de conformidad con el mismo art.2152 C. el mandatario no puede compensar su deuda con lo que el acreedor le deba al mandante, sino con la voluntad de éste. Ejemplo: Juan le debe a Pedro C\$5.000. José es acreedor de Pedro por C\$5.000. Si Pedro demanda a Juan, que es mandatario de José, por la suma que le debe, no puede oponer en compensación lo que Pedro le debe a José.

d) De acuerdo con el art. 2153 inc. 1 C. el deudor que acepta con reserva la cesión puede oponer en compensación el crédito que tenía contra el cedente. Ejemplo: Juan le debe a Pedro C\$5.000. Pedro cede su crédito a José, con la aceptación de Juan, quien se reserva el derecho de oponer en compensación el crédito de C\$2.000 que tiene contra Pedro. Si José demanda a Juan, éste puede oponer en compensación el crédito que tiene contra Pedro. Si la cesión solamente fue notificada al deudor, éste conserva el derecho de oponer la compensación.<sup>4</sup> Los créditos compensados son los anteriores a la notificación de la cesión. Los que adquiera con posterioridad no son compensables evidentemente.

El art. 2153 C. dice: “El deudor que acepta sin reserva alguna la cesión que el acreedor haya hecho de sus derechos a un tercero, no podrá oponer en compensación al cesionario los créditos que antes de la aceptación hubiere podido oponer al cedente.

Si la cesión no ha sido aceptada, podrá el deudor oponer al cesionario todos los créditos que antes de notificársele la cesión haya adquirido contra el cedente, aun cuando no hubieren llegado a ser exigibles sino después de la notificación”.

## **6. Que las obligaciones sean de dinero o de cosas consumibles, fungibles o indeterminadas de igual género o calidad**

<sup>4</sup> Art. 2153 inc. 2 C.

La fungibilidad debe ser recíproca. Se pueden compensar: dinero con dinero, diez sacos de Café Matagalpa con diez sacos de Café Matagalpa, un caballo de carrera, con otro caballo de carrera. No son compensables: diez sacos de Café Matagalpa con diez sacos de Café Carazo; diez sacos de Café Matagalpa con diez sacos de maíz.

El art. 819 del Código Civil argentino expresa la idea así: “Para que se verifique la compensación es preciso que la cosa debida por una de las partes pueda ser dada en pago de lo debido por la otra...”

Meza Barros dice: “La compensación es un pago doble y recíproco; por lo mismo, cada acreedor no puede ser obligado a recibir en compensación una cosa que no estaría obligado en recibir en pago.”

El objeto de las recíprocas obligaciones debe ser, pues, de tal manera semejante que pueda servir, indistintamente, para satisfacerlas ambas”.<sup>5</sup>

No cabe la compensación en las obligaciones de especie o cuerpo cierto, ya que el deudor no puede obligar al acreedor a recibir otra en sustitución.<sup>6</sup> Tampoco cabe en las obligaciones de hacer y no hacer, dada la naturaleza de éstas. Con relación a las obligaciones de hacer el art. 2151 C. expresa: “No son compensables las obligaciones de ejecutar algún hecho”.

## 7. Que ambas obligaciones sean líquidas

De acuerdo con el art. 2140 inc. 2 C. se requiere que ambas obligaciones sean líquidas.

La compensación es un doble pago, por lo que será preciso determinar de manera cierta la existencia y el monto de las obligaciones. Es preciso conocer los valores de ambas obligaciones para determinar la extensión de la compensación, es decir, si es total o parcial.

De acuerdo con el art. 1694 inc. 4 Pr. se entenderá cantidad líquida, no sólo la que actualmente tenga esta calidad, sino también la que pueda liquidarse mediante simples operaciones aritméticas con sólo datos que el mismo título ejecutivo suministre.

De acuerdo con el art. 2149 C. “el crédito se tiene por líquido si se justifica dentro de diez días, y por exigible cuando ha vencido este plazo y cumpliéndose la condición, existiendo ésta”.

## 8. Que ambas obligaciones sean actualmente exigibles

El art. 2140 inc. 3 C. establece como requisito para que tenga lugar la compensación, que ambas obligaciones sean actualmente exigibles, es decir, que se pueda reclamar su cumplimiento o pago.

<sup>5</sup> Ob. cit., p. 381.

<sup>6</sup> Art. 2019 C.

De acuerdo con lo dispuesto no son compensables: las obligaciones naturales, ya que éstas no son exigibles<sup>7</sup>; las obligaciones a plazo<sup>8</sup> y las sujetas a condición suspensiva.<sup>9</sup>

Si el demandado invoca la compensación y el demandante la impugna porque el crédito en que se fundamenta está prescrito, es preciso distinguir: opera la compensación legal, si no se produjo prescripción cuando ambas deudas coexistían; por el contrario no habrá compensación legal si la prescripción ya había operado antes de la coexistencia de ambas obligaciones.

Con relación a los plazos o esperas, el art. 2140 parte final C. dispone que las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero advierte que esa disposición no se aplica al plazo de gracia, que es la simple abstención unilateral del acreedor de no cobrar la deuda.

### **9. Que ambas obligaciones sean pagaderas en el mismo lugar**

De acuerdo con el art. 2156 C. cuando ambas deudas no son pagaderas en un mismo lugar, ninguna de las partes puede oponer la compensación, a menos que una y otra sean de dinero, y que el que opone la compensación tome en cuenta los costos de la remesa.

Se explica este requisito por cuanto la compensación es un doble pago y no se puede obligar al acreedor a recibirlo en lugar diferente al convenido.

Nuestro Código Civil, al igual que el chileno, de donde tomamos el artículo citado, se aparta del criterio general de otros, que estiman que no es obstáculo para la compensación el hecho de que las obligaciones se cumplan en lugares diferentes.

### **10. Que ambas deudas sean embargables**

El Código Civil no establece este requisito, pero resulta de los principios generales. Los créditos inembargables no forman parte del derecho de prenda general sobre el cual el acreedor realiza su pago, y como la compensación es un doble pago, no funciona cuando las deudas son inembargables. Expresa Meza Barros: “Los créditos inembargables, los bienes inembargables en general no quedan comprendidos en el derecho de prenda general de los acreedores (art. 2465). Le está vedado al acreedor perseguir el pago en tales bienes. Es lógico que no puede obtener por la vía de la compensación lo que no le está permitido obtener directamente”.<sup>10</sup>

Confirma el principio expuesto en el art. 2150 inc. 2 C. que dispone que no puede oponerse compensación a la demanda de alimentos no embargables.

### **11. Que la compensación no se realice en perjuicio de terceros**

7 Art. 1840 C.

8 Art. 1896 C.

9 Art. 1892 C.

10 Ob. cit., p. 383.

Lo dispone expresamente el art. 2147 inc. 1 C. que dice: “La compensación no puede tener lugar en perjuicio de los derechos de terceros”.

Este principio tiene dos aplicaciones:

a) De conformidad con el art. 2147 inc. 2 C. embargado un crédito no podrá el deudor compensarlo, en perjuicio del embargante, por ningún crédito suyo adquirido después del embargo. Ejemplo: José debe a Pablo C\$5.000. Pedro embarga el crédito de Pablo en virtud de una deuda. Con posterioridad José le presta a Pablo C\$4.000. José no le puede oponer a Pedro la compensación con base en el crédito que tiene contra Pablo. Los créditos anteriores que tenga José contra Pablo, si pueden oponerse en compensación a Pedro.

b) No es oponible la compensación con relación a las deudas contraídas, o que se hicieran exigibles y líquidas después de la época legal de la quiebra.

El art. 2144 C. expresa: “El deudor o acreedor de un fallido sólo podrá alegar compensación en cuanto a las deudas que antes de la época legal de la falencia ya existían, y eran exigibles y líquidas, mas no en cuanto a las deudas contraídas, o que se hicieren exigibles y líquidas después de la época legal de la quiebra.

El deudor del fallido en este último caso, debe pagar a la masa lo que deba y entrar por su crédito en el concurso general del fallido”.

## **12. Que la compensación sea alegada**

Aunque la compensación opera de pleno derecho, debe ser alegada, ya que el Juez no puede actuar de oficio. La sentencia del Juez es declarativa, pues se limita a declarar que se produjo la compensación en virtud de la ley. La compensación es una excepción.

## **13. La compensación legal opera de pleno derecho**

El art. 2140 C. dispone que la compensación opera por el sólo ministerio de la ley y aun sin conocimiento de los deudores; ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta concurrencia de sus valores. Opera con efecto retroactivo.

De dicho principio se derivan las consecuencias siguientes:

a) No es necesaria la voluntad de las partes. De aquí que de acuerdo con el art. 2148 inc. 1 C. la incapacidad personal de las partes, no es un obstáculo para la compensación.

b) Las obligaciones se extinguen desde el momento que una y otra reúnan los requisitos de ley<sup>11</sup>. La sentencia que declara la compensación producirá sus efectos desde este momento, es decir, tendrá efectos retroactivos.

Pero como dijimos en el numeral anterior, debe ser alegada y no puede ser suplida de oficio por el juez, aunque esté probada.

<sup>11</sup> Art. 2140 inc. 1 C.

## 14. Efectos de la compensación legal

### A. Extinción de las obligaciones

La compensación extingue las obligaciones recíprocas hasta la concurrencia de sus valores.<sup>12</sup>

Si las dos obligaciones tienen igual valor se extinguen ambas obligaciones. Si una es mayor que la otra se extinguirá la de menor valor y la de mayor valor subsistirá por el saldo. En la práctica es muy difícil que las obligaciones tengan igual valor.

Extinguidas las obligaciones principales se extinguen los accesorios<sup>13</sup>. Cabe advertir que en el caso de compensación parcial, el saldo de la obligación de mayor valor queda garantizado con las prendas e hipotecas dado el carácter indivisible de estas cauciones.<sup>14</sup>

### B. La compensación legal puede renunciarse

La compensación está establecida en interés de las partes, y, por lo tanto, puede renunciarse. Todo derecho que mire el interés individual puede renunciarse.<sup>15</sup>

Nuestro Código Civil establece expresamente la facultad de renunciar la compensación. El art. 2148 inc. 3 C. dice: “La compensación puede renunciarse, como cualquier otra ventaja”.

La renuncia puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se manifiesta en términos explícitos. Se puede dar antes del juicio, al celebrarse el contrato, o en otro convenio. Es tácita cuando se desprende de ciertos hechos: cuando el deudor acepta la cesión del crédito sin reserva<sup>16</sup>, cuando no se opone la compensación<sup>17</sup>, cuando el deudor paga al acreedor sin referirse a la compensación.

Con relación a la falta de oposición es preciso distinguir:

a) Cuando el deudor no opone la compensación por ignorar el crédito en que podría fundarla, conserva dicho crédito con todas las fianzas, privilegios, prendas e hipotecas. Así lo dispone el art. 2154 C. que dice: “Sin embargo de efectuarse la compensación por el ministerio de la ley, el deudor que no la alegare, ignorando un crédito que puede oponer a la deuda, conservará junto con el crédito mismo las fianzas, privilegios, prendas e hipotecas constituidas para su seguridad”.

b) Cuando el deudor no opone la compensación a pesar de conocer de que tiene un crédito, conserva el crédito junto con las prendas e hipotecas dadas por el propio deudor; pero se extinguen las fianzas, privilegios e hipotecas dadas por terceros. El art. 2157 C. expresa: “Por el pago que una de las partes hiciere de

12 Arts. 2139 y 2140 inc. 1 C.

13 Art. 1877 C.

14 Arts. 3763 y 3776 C.

15 Art. XII Tit. Prel. C.

16 Art. 2153 C.

17 Arts. 2154 y 2157 C.

la deuda compensado *ipso iure*, no revivirán en perjuicios de terceros las garantías de que gozaba para el cobro del crédito”.

### 15. La imputación y la compensación

Es posible que existan varias obligaciones entre ambas partes. En tal supuesto surge el problema para determinar cuál o cuáles se extinguirán por compensación. El Código Civil resuelve el problema remitiéndose al orden establecido en la imputación del pago. El art. 2155 C. dice: “Cuando hay muchas deudas compensables, deben seguirse para la compensación las mismas reglas que para la imputación del pago”.

### 16. Casos en que no procede la compensación

Todas las obligaciones son compensables, con independencia de su origen.<sup>18</sup> No obstante, existen excepciones. El art. 2150 C. establece una serie de casos en que no cabe la compensación; a saber:

a) No puede oponerse compensación a la demanda de restitución de una cosa de que su dueño ha sido injustamente despojado. Se opone a ello el orden público, ya que no puede aceptarse que las partes se hagan justicias por si mismas.

b) No puede oponerse compensación a la demanda de restitución de un depósito o comodato, aun cuando perdida la cosa, sólo subsista la obligación de pagarla en dinero.

Confirmando lo expuesto con relación al depósito el art. 3488 C. dice: “El depositario no puede compensar la obligación de devolver el depósito con ningún crédito, ni por otro depósito que él hubiere hecho al depositante aunque fuere de mayor suma o de cosa de más valor”.

c) No puede oponerse la compensación a la demanda de indemnización por un acto de violencia o fraude.

d) No puede oponerse la compensación a la demanda de alimentos de acuerdo al art. 13 de la Ley 143/92, (Ley de alimentos).

Estos tampoco son embargados.

### 17. La compensación voluntaria

Cuando no se produce la compensación legal por faltar los requisitos de ley, las partes pueden realizar la compensación.

Se requiere el consentimiento de las partes cuando el requisito que falta se encuentra establecido en interés de ambas. Esta compensación se denomina convencional. Si el requisito está establecido en interés de una de las partes, se

<sup>18</sup> Art. 2148 inc. 2 C.



requiere el consentimiento de ésta (renuncia al plazo, dando con ello lugar a la compensación). Esta compensación se llama facultativa.

Es conveniente advertir que el convenio sobre compensación no sólo se puede referir a la falta de uno de los requisitos para su procedencia. También se puede convenir sobre los efectos de la compensación en forma diversa a los señalados en la compensación legal.

## 18. La compensación judicial

Se da cuando el demandado reconviene al actor pidiendo que se declare la compensación por el juzgado. Ejemplo: Pedro demanda a Juan para que le pague C\$5.000. Juan reconviene a Pedro para que se le condene a pagar C\$5.000 a causa de daños y perjuicios y se declare la compensación de ambas obligaciones.

Esta compensación judicial produce efectos a partir de la sentencia que la acoge. Es la que remueve el obstáculo y decreta la compensación. No tiene efectos retroactivos ni al momento en que los créditos quedan en el proceso de ser compensado ni al momento de trabarse la litis, como piensa una minoría.

Se le niega autonomía pues el juez se limita a eliminar el obstáculo para que los créditos queden compensados legalmente. Por ejemplo: declara la existencia o fija la cuantía del crédito.

## 19. Jurisprudencia

La Corte Suprema ha dicho que:

a) Para oponer la compensación en un juicio ejecutivo es preciso que el ejecutado tenga título ejecutivo contra el ejecutante.<sup>19</sup>

b) No presta mérito ejecutivo el documento que se alega estar vencido por falta de pago dos mensualidades, si el ejecutado prueba que antes de la demanda pagó una deuda del ejecutante subrogándose en ella y operándose la compensación.<sup>20</sup>

## BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit, Tomo III, p. 411 y sigts. BORJA SORIANO, Manuel. Ob. cit., Tomo II, P. 317 y sigts. BRENES CORDOBA, Alberto. Ob. cit., p. 207 y sigts. CLARO SOLAR, Luis. Ob. cit., Tomo XII. Vol. III. p. 489 y sigts. CASTAN TOBEÑAS, José. Ob. cit., Tomo III, p. 400 y sigts. COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H. Ob. cit., Tomo III, p. 239 y sigts. COLMO, Alfredo. Ob. cit., p. 541 y sigts. CORTES GIMENEZ, Eduardo. La compensación. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo III, p. 432 y sigts. COSIO, Alfonso de. Ob. cit., p.p.

19 S. 11:30 a.m. del 18 de abril de 1917, B. J., p. 1549.

20 S. 9:30 a.m. del 30 de agosto de 1955, B. J., p. 17637.

323-324. CRUZ, Fernando. Ob. cit., Tomo III, p. 49 y sigts. DIEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit., Vol. I, p. 642 y sigts. ENNECCERUS, Ludwing. Ob. cit., Vol. I. p. 333 y sigts. GARCIA GOYENA, D. Florencio. Ob. cit., p. 599 y sigts. GAUDEMET, Eugene. Ob. cit., p. 450. GIORGI, Jorge. Ob. cit., Vol. VIII, p. 13 y sigts. GUTIERREZ, Juan Manuel. *Compensación*. Tipografía Progreso, Granada, Nicaragua. 1939. GUTIERREZ Y CONZALEZ, Ernesto. Ob. cit., p. 879 y sigts. LARENZ, Karl. Ob. cit., Tomo I, p. 425 y sigts. GOMEZ DE LA SERNA, Pedro de. y MONTALBAN, Juan Manuel D. Ob. cit., Tomo II, p.p. 213-214. LATORRE, Enrique C. Ob. cit., p. 58 y sigts. MANRESA y NAVARRO, José María. Ob. cit, Tomo VIII, p. 400 y sigts. MAZEAUD, Henri., MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean. Ob. cit., 2a. parte. Vol. III, p. 389 y sigts. MEJIA MORENO, Luis. Ob. cit., p. 139 y sigts. MESSINEO, Francisco. Ob. cit, Tomo IV, p. 982 y sigts. MEZA BARROS, Ramón. Ob. cit., p. 377 y sigts., p. 388 y sigts. OSSORIO MORALES, Juan. Ob. cit, p. 170 y sigts. PALACIO P., H. Gustavo. Ob. cit., p. 301 y sigts. PEREZ VIVES, Alvaro. Ob. cit., Vol. III, p. 406 y sigts., p. 415 y sigts. POTHIER, R. J. Ob. cit., p. 389 y sigts. PUIG BRUTAU, José. Ob. cit., Tomo I. Vol. II. p. 375 y sigts. RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Ob. cit, Tomo V, p. 599 y sigts. RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. Ob. cit, p. 531 y sigts. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Ob. cit, Tomo V. Vol. III, p. 413 y sigts. RUGGIERO, Roberto de. Ob. cit, Tomo II. Vol. I, p. 227 y sigts. SALVAT M., Raymundo. Ob. cit., Tomo III, p. 85 y sigts. SANTOS BRIZ, Jaime. Ob. cit., Tomo III, p. 185 y sigts. SELVA, Buenaventura. Ob. cit., p.p. 309 y 310. TRABUCCHI, Alberto. Ob. cit., Tomo II, p. p. 84 y 85. VALENCIA ZEA, Arturo. Ob. cit, Tomo III, p. 489 y sigts. VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. D. Ob. cit., Tomo III, p. 192 y sigts. VELEZ, Fernando. Ob. cit, Tomo VI, p. 340 y sigts. TUHR, Von. A. Ob. cit, Tomo II, p. 156 y sigts.

## Capítulo XI

### La confusión

*SUMARIO: 1. Concepto y requisitos. 2. Causas de la confusión: A. Por causa de muerte. B. Por acto entre vivos. 3. La confusión en los derechos reales. 4. Confusión total y parcial. 5. Efectos de la confusión. A. Extinción de la obligación. B. La confusión y la fianza. C. La confusión en las obligaciones solidarias: a) Confusión entre el acreedor común y uno de los deudores solidarios; b) Confusión entre el deudor y uno de los acreedores solidarios. 6. La confusión y las obligaciones mancomunadas. 7. Cesación de la confusión.*

#### 1. Concepto y requisitos

La confusión es un modo de extinguir las obligaciones que se da cuando se reúnen en una persona las calidades de acreedor y deudor de la misma obligación. La obligación tiene dos sujetos, es bipolar, luego al desaparecer uno, se extingue. Ejemplo: Juan le debe C\$85.000 a Pedro. Con posterioridad Juan adquiere el crédito de Pedro.

El Código Civil no formula una definición, pero sienta las bases sobre las que se produce la confusión. Expresa el art. 2158 C: “Cuando concurren en una misma persona las calidades de acreedor y deudor respecto de una misma cosa, se verifica de derecho una confusión que extingue la deuda y produce iguales efectos que el pago”.

La confusión, como modo de extinguir las obligaciones, se funda en la imposibilidad de la ejecución o cumplimiento de la obligación. Nadie puede ser acreedor de sí mismo. En el ejemplo anterior Juan no puede ejecutarse a sí mismo.

De acuerdo con el artículo transcrito, la confusión opera cuando concurren dos requisitos: **a)** Reunión en una misma (única) persona, las titularidades de acreedor y deudor. No se daría si se tiene una como representante y otra personal. **b)** Reunión de ambas calidades en una misma obligación. No puede darse si son obligaciones independientes.

#### 2. Causas de la confusión

La reunión de las calidades de deudor y acreedor en una persona puede tener origen en diversas causas.

##### A. Por causa de muerte

Cuando el deudor hereda al acreedor o viceversa, o cuando un tercero hereda al deudor y acreedor. Ejemplos: Juan le debe a Pedro y Juan hereda a Pedro. Manuel hereda a Juan (deudor) y a Pedro (acreedor). También tiene lugar si el acreedor lega el crédito al deudor.

Con relación a la herencia debemos tener en cuenta que de acuerdo con el art. 1254 C. toda herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario, lo cual significa que no se produce la confusión del patrimonio del causante con el del heredero. Por otra parte, el art. 1253 C. dispone que en ningún caso la aceptación de la herencia produce confusión de los bienes del causante con los del heredero. De aquí que el acreedor heredero conserve su derecho de cobrar su crédito contra la herencia y que el deudor heredero pueda ser obligado a pagar la deuda a favor de la herencia.

En nuestro sistema la confusión no opera sino hasta la partición de la herencia, por cuanto el beneficio de inventario impide la reunión de las calidades de acreedor y deudor.

No obstante, los arts. 1407 y 1951 C., siguiendo un sistema opuesto, permiten la confusión entre los bienes del causante y del heredero. Se explica tal dualidad por el diferente origen de los arts. 1254, 1407 y 1951 C. El primero fue tomado del Código Civil mexicano que no permite la confusión y los dos últimos de los Códigos de Chile e Italia que la permiten.

## **B. Por acto entre vivos**

Cuando el acreedor cede el crédito al deudor o en la cesión de los derechos va comprendido el crédito. Ejemplo: Juan debe a José C\$5.000 y éste cede el crédito a Juan.

La confusión es de escasa aplicación práctica: por causa de muerte no la deja operar el principio de que la herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario y por acto entre vivos casi no se presenta. Expresa el doctor Cuadra Zavala:

“2152. La deuda del heredero a favor de la sucesión no se extingue por confusión, porque figurando como debe figurar, en el activo hereditario, servirá para pagar a los acreedores. Tampoco se extingue por confusión del crédito del heredero contra la sucesión, porque asiste al heredero el derecho para reclamar el pago; como lo haría cualquier otro acreedor; y aun cuando el crédito del heredero fuere preferente, por hallarse garantizado, por ejemplo, con fianza, hipoteca, prenda, anticresis, etc., esas garantías continuarán afectas al pago de su crédito; de manera que el heredero podrá alegar esas preferencias a los demás acreedores. Es este quizá uno de los puntos más delicados de la teoría sobre el beneficio de inventario, por razón de los intereses que entran en conflicto, porque desde que queda limitada la responsabilidad del heredero, resulta como consecuencia que si la sucesión es deudora del heredero personalmente es conveniente pagar esa deuda para que quede establecido el pasivo; porque *bona non dicuntur, nisi deducto aere alieno*; y si, por el contrario, el heredero personalmente es

deudor de la sucesión, debe pagar la deuda, porque de otro modo los acreedores hereditarios y testamentarios no encontrarían íntegra la herencia del difunto. Es por esa razón que hablando del asunto, dicen los tratadistas que *credita et debita non extinguuntur per confusionem*. 2153. Resultarán pues, enteramente contradictorios de este principio, los artículos 1407, 1951, 2162, 3723, y los demás del Código Civil que hablan de la extinción de derechos personales, cuando alguno de los herederos fuere acreedor o deudor del difunto, o cuando concurren en una misma persona las cualidades de deudor y acreedor por sucesión hereditaria. 2154. Según estas conclusiones nos parece que hubiera sido más lógico nuestro Código Civil, si en vez de decir en el Art. 1253 que la aceptación en ningún caso produce confusión de los bienes del autor de la herencia y de los del heredero, hubiera adoptado el texto del Art. 1259 del Código de Chile que dice: “Que las deudas y créditos del heredero no se confunden con las deudas y créditos de la sucesión”. 2161. Cuando el heredero es acreedor hipotecario, puede oponer la falta de inscripción de una hipoteca concedida por el causante a su favor de un tercero sobre el inmueble hipotecado a favor, que pueda perjudicarlo; o la falta de inscripción de una venta de ese inmueble otorgada por el causante a un tercero. Son esas consecuencias naturales del ejercicio de su crédito y de las seguridades que lo garantizan”.<sup>1</sup>

### 3. La confusión en los derechos reales

La confusión funciona tanto en los derechos personales como en los reales.

El usufructo se extingue por la reunión del usufructo y la nuda propiedad en una misma persona<sup>2</sup>; las servidumbres terminan por la reunión de los predios dominante y sirviente bajo el dominio de un mismo dueño<sup>3</sup>; se extingue la prenda cuando la propiedad de la cosa empeñada pasa al acreedor por cualquier título<sup>4</sup>; cuando el acreedor adquiere el bien hipotecado o el deudor el crédito hipotecario, se extingue la hipoteca.<sup>5</sup>

### 4. Confusión total y parcial

La concurrencia de las calidades de acreedor y deudor puede verificarse en la totalidad de la deuda o en parte de la misma. Si se verifica en la totalidad se extingue toda la deuda. Por el contrario, si dicha concurrencia es en una parte, sólo en ella se produce la extinción: José debe a Diego C\$5.000. Diego cede el crédito por partes iguales a José y Manuel. La confusión se produce parcialmente

1 Ob. cit., Tomo II, p.p. 312, 313 y 314.

2 Art. 1529 inc. 3 C.

3 Art. 1579 inc. 1 C.

4 Art. 3770 inc. 3 C.

5 Arts. 3867 y 3874 C.

con relación a Diego y a José, conservando Manuel su parte en el crédito contra José (C\$2.500).

A la extinción parcial se refiere el art. 2161 C. que dice: “Si el concurso de las dos calidades se verifica solamente en una parte de la deuda, no hay lugar a la confusión, ni se extingue la deuda, sino en esa parte”.

## **5. Efectos de la confusión**

### **A. Extinción de la obligación**

El art. 2158 C. dispone que la confusión extingue la deuda y produce iguales efectos que el pago. Junto con la obligación se extinguen los privilegios, prendas, hipotecas y demás accesorios.

### **B. La confusión y la fianza**

De acuerdo con el art. 2159 C. es preciso distinguir:

a) Si la confusión recae en la persona del deudor o acreedor, es decir, en la obligación principal, se extingue la fianza, ya que extinguida la obligación principal se extingue la accesoria.<sup>6</sup> Dicen los anotadores: “Aunque la ley calla sobre la prenda y sobre la hipoteca, no se puede racionalmente dudar que también las garantías reales quedan extinguidas. Véase los Arts. 3770 inc. 3, 3856, 3857 y 3874 C.”<sup>7</sup>

b) Si la confusión se realiza en la persona de los fiadores (acreedor y fiador) se extinguirá la fianza, pero no se extingue la obligación principal, ya que la extinción de la obligación accesoria no envuelve la de la obligación principal.<sup>8</sup>

### **C. La confusión en las obligaciones solidarias**

#### **a) Confusión entre el acreedor común y uno de los deudores solidarios**

Si se produce la confusión entre el acreedor común y uno de los deudores solidarios, se extingue la obligación con relación a los otros codeudores. Pero el deudor en quien se operó la confusión tiene acción contra los otros codeudores para reclamarles su parte o cuota en la obligación.

El art. 2162 inc. 2 C. dice: «Si hay confusión entre uno de varios deudores solidarios y el acreedor, podrá el primero repetir contra cada uno de sus codeudores por la parte o cuota que respectivamente les corresponda en la deuda».

#### **b) Confusión entre el deudor y uno de los acreedores solidarios**

6 Art. 1877 C.

7 Nota al art. 2159 C.

8 Art. 1877 C.

Si se produce la confusión entre el deudor y uno de los acreedores solidarios, también se extingue la obligación, pero el acreedor en cuyo favor se operó la confusión deberá pagar a sus coacreedores las partes que les corresponden en el crédito.

El art. 2162 inc. 2 C. in fine dispone: “Si por el contrario, hay confusión entre uno de varios acreedores solidarios y el deudor, será obligado el primero a cada uno de sus coacreedores por la parte o cuota que respectivamente les corresponde en el crédito”.

## **6. La confusión y las obligaciones mancomunadas**

De conformidad con el art. 2160 C. la confusión no extingue la deuda mancomunada, sino en la proporción correspondiente al acreedor o deudor en quien concurren los dos conceptos.

## **7. Cesación de la confusión**

El art. 2163 C. dispone que si la confusión que se había operado viniese a cesar por la nulidad legal de su causa o por un acontecimiento posterior (nulidad o revocación del testamento, invalidación de la aceptación de la herencia, nulidad de la cesión de crédito, resolución del acto o contrato, etc.) que restablezca la separación de las calidades de acreedor y deudor reunidas en la misma persona, se desvanecen los efectos que había producido, recobrando las partes interesadas sus derechos anteriores con los privilegios, hipotecas y demás accesorios de la obligación. Pero revocada la confusión por mero convenio de las partes, aunque sea eficaz entre ellas la revocación, no podrá hacer revivir, en perjuicio de terceros, los accesorios de la obligación.

## **BIBLIOGRAFIA**

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit., Tomo III, p. 407 y sigts. BORJA SORIANO, Manuel. Ob. cit., Tomo II, p. 321 y sigts. BRENES CORDOBA, Alberto. Ob. cit., p. 229 y sigts. CLARO SOLAR, Luis. Ob. cit, Tomo XII. Vol. III, p. 540 y sigts. CASTAN TOBEÑAS, José Ob. cit., Tomo III, p. 398 y sigts. COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H. Ob. cit., Tomo III, p. 254. COLMO, Alfredo. Ob. cit., p. 581 y sigts. CRUZ, Fernando. Ob. cit., Tomo III, p. 70 y sigts. COSIO, Alfonso de. Ob. cit., p. 323. DIEZ-PICAZO, Luis. Ob. cit, Vol. I. p. 875 y sigts. ENNECCERUS,

Ludwing. Ob. cit., Vol. I. p. p. 371 y 372. GARCIA COYENA, Florencio D. Ob. cit., p. p. 614 y 615. CAUDEMETS, Eugene. Ob. cit, p. 450. GIORGI, Jorge. Ob. cit., Vol. VIII, p. 159 y sigts. GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Ob. cit., p. 872 y sigts. LARENZ, Karl. Ob. cit., Tomo I, p. 323. GOMEZ DE LA SERNA, Pedro. y MONTALBAN, Juan Manuel D. Ob. cit., Tomo II, p. 215. MANRESA Y NAVARRO, José María. Ob. cit., Tomo VIII, p. 388 y sigts. MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean. Ob. cit., 2a. parte. Vol. III, p. 387. MEJIA MORENO, Luis. Ob. cit., p. p. 137 y 138. MESINEO, Francesco. Ob. cit., Tomo IV, p. 391 y sigts. MEZA BARROS, Ramón. Ob. cit., p. 394 y sigts. OSSORIO MORALES, Juan. Ob. cit., p. 174. PALACIO P., H. Gustavo. Ob. cit., p. 306. PEREZ VIVES, Alvaro. Ob. cit., Vol. III, p. 417 y sigts. POTHIER, R.J. Ob. cit., p. 405 y sigts. PUIC BRUTAU, José. Ob. cit., Tomo I, Vol. II, p. 371 y sigts. RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Ob. cit., Tomo V, p. p. 595 y 596. RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. Ob. cit., p. 526 y sigts. ROJINA VILLECAS, Rafael. Ob. cit., Tomo V. Vol. III, p. 429 y sigts. RUGGIERO, Roberto de. Ob. cit., Tomo II. Vol. I., p. p. 236 y 237. SALVAT M., Raymundo. Ob- cit., Tomo III, p. 293 y sigts. SANTOS BRIZ, Jaime. Ob. cit, Tomo III, p. 204 y sigts. SELVA, Buenaventura. Ob. cit., P. 311, SILVA, Armando V. Confusión. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo III, p. p. 487 y 488. TRABUCCHI, Alberto. Ob. cit, Tomo II, p. 86. VALENCIA ZEA, Arturo. Ob. cit, Tomo III, p. p. 512 y 513. VALVERDE Y VALVERDE, Calixto D. Ob. cit., Tomo III, p. 191. VELEZ, Fernando. Ob. cit., Tomo VI, p. 360 y sigts. TUHR, Von A. Ob. cit, Tomo II,p. 153 y sigts.



## Capítulo XII

### La imposibilidad del pago

*SUMARIO: 1. Principio en que descansa. 2. La imposibilidad en las obligaciones de cuerpo cierto. 3. La imposibilidad en las obligaciones de género. 4. Cuándo se entiende que perece el cuerpo cierto. 5. Pérdida no imputable al deudor. 6. Pérdida imputable al deudor: A. Cuando proviene de su hecho o culpa. B. Cuando la cosa ha perecido durante la mora del deudor. 7. Caso de las cosas hurtadas o robadas. 8. Reparación de la cosa. 9. Los riesgos.*

#### 1. Principio en que descansa

A lo imposible nadie está obligado, dice un aforismo jurídico. Dicha imposibilidad sirve de fundamento de la extinción de la obligación. La imposibilidad a que nos referimos en este modo de extinguir las obligaciones es a la sobrevenida. Tal cosa se deduce del art. 2164 C. cuando expresa que la obligación se extingue si viene a ser física o legalmente imposible. Supone la formación válida del contrato, cuya prestación fue originalmente posible, pero que se tornó posteriormente imposible, ya sea física o legalmente. Ejemplo: Juan está obligado a entregar el toro “El Consentido” y éste muere a causa de un rayo; Juan, conocido pintor, está obligado a pintar un cuadro y a causa de un accidente pierde las manos. Pedro está obligado a no levantar un muro en su predio y es expropiado por el Estado. En todos estos casos se extingue la obligación.

Ya hemos visto que la imposibilidad originaria de la prestación produce la nulidad del contrato.<sup>1</sup>

La imposibilidad se puede presentar en las obligaciones de dar, hacer y no hacer. Así lo dispone el art. 2164 C. que dice: “La obligación, sea de dar, o de hacer o de no hacer, se extingue sin responsabilidad de daños y perjuicios, cuando la prestación que forma la materia de ella viene a ser física o legalmente imposible”.

El art. 1818 Pr. establece que “a más de las excepciones expresadas en el art. 1737 que sean aplicables al procedimiento de que trata este título, podrá oponer el deudor la de imposibilidad absoluta para la ejecución de la obra debida”.

#### 2. La imposibilidad en las obligaciones de cuerpo cierto

<sup>1</sup> Arts. 2474, 2476 y 2477 C.

La imposibilidad del pago tiene lugar en las obligaciones de hacer, no hacer y dar, pero dentro de éstas (las de cuerpo cierto) es donde cobra mayor aplicación. Se dice que la imposibilidad del pago es propia de este tipo de obligaciones.

La pérdida del cuerpo cierto torna imposible el cumplimiento de la obligación, pues el deudor debe pagar con el objeto determinado.

### 3. La imposibilidad en las obligaciones de género

La extinción de la obligación por imposibilidad del pago no es aplicable a las obligaciones de género, pues el género no perece. El art. 1923 C. expresa que la pérdida de algunas cosas del género no extingue la obligación, mientras subsistan otras para el cumplimiento de lo debido y el art. 2175 C. dispone que las disposiciones que regulan la imposibilidad del pago no son aplicables a las obligaciones de género que perecen siempre para el deudor.

No obstante, algunos autores reconocen que es imposible aplicar este medio de extinción a las obligaciones de género, aunque aceptan el carácter excepcional de dicha aplicación. Se fundan en el art. 1923 C. Dice Meza Barros, comentando el Art. 1510 del Código chileno y que sirvió de modelo al art. 1923 C.:

“Verdad es que el deudor de la obligación de género, satisface a su acreedor entregando cualquier individuo del género, con tal que sea de calidad mediana, y por lo tanto, para que la obligación pueda tornarse imposible de cumplir es menester que parezcan todos los individuos del género”.

El art. 1510 previene que la pérdida de “algunas cosas del género no extingue la obligación”. Menester será que se trate de un género limitado, como por ejemplo, de la obligación de entregar un ejemplar de cierta obra cuya circulación se prohíbe más tarde.

La ley que abolió la esclavitud en Chile hizo perecer el género esclavos y se hicieron imposibles de cumplir las obligaciones de dar relativos a ellos.

Pero es altamente problemático que parezcan todos los individuos de un género y de aquí que sean exacto, de un modo casi absoluto, que la pérdida de la cosa debida no extingue las obligaciones de género.<sup>2</sup>

### 4. Cuándo se entiende que perece el cuerpo cierto

De acuerdo con el art. 2165 C. la cosa cierta y determinada que debía darse sólo se entenderá que perece cuando:

- a) Se ha destruido totalmente.
- b) Ha dejado de estar en el comercio.
- c) Se ha perdido de modo que no se sepa de su existencia.

### 5. Pérdida no imputable al deudor

<sup>2</sup> Ob. cit., p. 398.

La pérdida de la cosa debida, sea imputable o no al deudor, trae como consecuencia la imposibilidad de cumplir con la obligación en la forma convenida.

No obstante, tiene importancia determinar si la pérdida es o no imputable al deudor, pues son diferentes los efectos en uno u otro caso. Cuando la pérdida de la cosa no es imputable al deudor, se extingue la obligación y el deudor queda liberado de toda responsabilidad. En tal supuesto el riesgo lo asume el acreedor.

Se estima que este supuesto es el caso típico de este modo de extinguir las obligaciones.

Se extingue la obligación sin responsabilidad de parte del deudor si la pérdida se produce por caso fortuito o fuerza mayor.

No obstante, si el deudor asumió el caso fortuito responde del mismo. El art. 2169 inc. 2 C. dice: “Si se ha constituido responsable de todo caso fortuito o de alguno en particular se observará lo pactado”.

El caso fortuito tiene que probarlo el que lo alega, en este supuesto el deudor.<sup>3</sup>

## **6. Pérdida imputable al deudor**

Si la pérdida es imputable al deudor no se extingue la obligación, pero cambia de objeto. No queda, pues, liberado el deudor.

La pérdida es imputable al deudor:

### **A. Cuando proviene de su hecho o culpa**

Es posible que el hecho del deudor que destruyó la cosa debida no sea culpable, pues empleó la diligencia adecuada. No obstante debe responder por la pérdida. Pero el art. 2171 C. suaviza la responsabilidad del deudor por falta de culpa. Dice: “Si la cosa debida se destruye por un hecho voluntario del deudor que inculpablemente ignoraba la obligación, se deberá el precio sin otras indemnizaciones”. Ejemplo: el heredero que ignorando la obligación del causante destruye el objeto debido.

Con relación a la culpa el art. 2166 inc. 1 C. dice: “Si la cosa cierta y determinada parece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación de este subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio y a los daños y perjuicios”. Por otra parte, el art. 2172 C. dice: “En el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable”.

En resumen, el deudor no es sólo responsable de su hecho o culpa, sino de los hechos o culpa de las personas por las que responde de acuerdo a lo establecido en el capítulo de los delitos y cuasidelitos (hijos, pupilos, etc.).

<sup>3</sup> Art. 2169 inc. 1 C.

Si la pérdida se causa por el hecho de un tercero del cual no responde el deudor, se extingue la obligación; pero pasan al acreedor los derechos y acciones contra el tercero. El hecho del tercero equivale a la fuerza mayor. El art. 2173 C. dice: “Cuando la cosa ha perecido sin hecho ni culpa del deudor, pasan al acreedor los derechos y acciones que por razón de ese suceso puedan competir al deudor”.

#### **B. Cuando la cosa ha perecido durante la mora del deudor**

Si la cosa perece por caso fortuito durante la mora del deudor, la obligación de éste subsiste pero varía de objeto, consistente en el precio y los daños y perjuicios.<sup>4</sup>

No obstante, si la cosa perece por caso fortuito durante la mora del deudor, pero éste prueba que habría sobrevenido igualmente en poder del acreedor, sólo deberá los daños y perjuicios de la mora.<sup>5</sup>

### **7. Caso de las cosas hurtadas o robadas**

De acuerdo con el art. 2170 C. al que ha hurtado o robado una cosa, no le será permitido alegar que ella ha perecido por caso fortuito, aun de los que habrían producido la destrucción o pérdida de la cosa en poder del acreedor.

### **8. Reparación de la cosa**

Si la cosa desaparece por caso fortuito, el deudor, una vez que aparezca, debe volverla al acreedor.

Si se extravió por el hecho o culpa del deudor y, como consecuencia, paga su precio, una vez aparecida y reclamada por el acreedor, debe éste restituirle dicho precio. El art. 2167 C. expresa “Si reaparece la cosa perdida cuya existencia se ignoraba podrá reclamarla el acreedor restituyendo lo que hubiere recibido en razón de su precio”.

### **9. Los riesgos**

En las obligaciones de dar el riesgo está a cargo del acreedor. En las obligaciones de hacer y no hacer está a cargo del deudor. El art. 2174 C. expresa:

<sup>4</sup> Art. 2166 inc. 1 C.

<sup>5</sup> Art. 2166 inc. 2 C.

“Tratándose de una obligación de dar, su extinción por la imposibilidad de la paga no hace extinguir la obligación recíproca del acreedor.

En las obligaciones de hacer o de no hacer, la extinción es no sólo para el deudor sino también para el acreedor, a quien aquél debe volver todo lo que hubiere recibido, con motivo de la obligación extinguida”.

## **BIBLIOGRAFIA**

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit., Tomo III, p. 470 y sigts. BORJA SORIANO, Manuel. Ob. cit., Tomo II, p. 55. CLARO SOLAR, Luis. ob. cit., Tomo XII. Vol. III, p. 557 sigts. CASTAN TOBEÑAS: José. Ob. cit., Tomo III, p. 388. COLMO, Alfredo. Ob. cit., p. 606 y sigts. ENNECCERUS, Ludwing. Ob. cit., Vol. I, p. 772 y sigts. GIORGI, Jorge. Ob. cit., Vol. VIII, p. 185 y sigts. MESSINEO, Francesco. Ob. cit., Tomo IV, p. 395 y sigts. MEZA BARROS, Ramón. Ob. cit., p. 397 y sigts. OSSORIO Y FLORIT, Manuel. Imposibilidad del pago. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo XXI, p. 369 y sigts. PUIG BRUTAU, José. Ob. cit., Tomo I. Vol. II, p. 345 y sigts. RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. Ob. cit., p. 507 y sigts. SALVAT M., Raymundo. Ob. cit., Tomo III, p. 375 y sigts. SANTOS BRIZ, Jaime. Ob. cit., Tomo III, p. 194 y sigts.

## Capítulo XIII

### La transacción

*SUMARIO: 1. Definición. 2. Su utilidad. 3. Elementos constitutivos: A. Existencia o posibilidad de un litigio. B. Que las partes hagan concesiones mutuas. 4. Carácter contractual de la transacción: A. Es un contrato bilateral. B. Es un contrato oneroso. C. Generalmente es conmutativo. D. Es un contrato consensual. 5. Clases de transacción. 6. Transacción simple y compleja. 7. Transacción declarativa y traslativa. 8. Transacción judicial y extrajudicial. 9. Requisitos de la transacción. 10. Causa de la transacción. 11. Capacidad. 12. Objeto de la transacción. 13. Efectos: A. Fuerza obligatoria. B. Equiparamiento a la cosa juzgada. C. Interpretación restrictiva. D. La transacción no perjudica a terceros. 14. Nulidad de la transacción. 15. Demanda de nulidad. 16. Efectos de la nulidad. 17. Comparación con otras figuras jurídicas.*

#### 1. Definición

La transacción es un contrato en virtud del cual las partes ponen término a un litigio pendiente o evitan uno eventual. En un medio de extinguir obligaciones litigiosas o dudosas.

El art. 2176 C. dispone que toda cuestión esté o no pendiente ante los tribunales puede terminarse por transacción.

En el Código Civil francés es tratada entre los contratos, a diferencia del nuestro que se ocupa de ella entre los modos de extinguir las obligaciones, siguiendo al Código argentino.

#### 2. Su utilidad

Someter un conflicto que surge al conocimiento de los tribunales de justicia representa gastos, pérdida de tiempo y disgustos, por lo que las partes pueden terminar la cuestión por medio de la transacción. Expresa Brenes Córdoba:

“En las desavenencias que suelen ocurrir en cuanto a los bienes y derechos, sucede a veces que para evitarse las molestias y disgustos que las contiendas judiciales producen, resuelven las partes arreglar amistosamente sus diferencias mediante un convenio que zanjando todas las dificultades, ponga término o evite litigios acerca de los puntos ajustados. Esto es lo que constituye una transacción, la forma más racional de dirimir las contiendas, puesto que así se evitan gastos,

pérdidas de tiempo y enojosas querellas. Hay la ventaja, sobre todo, de que por este medio se restablece la buena armonía y cordialidad entre los que se hallan divididos por antagonismos hijos del interés, del capricho o del egoísmo».<sup>1</sup>

Casi todas las legislaciones la contemplan y su utilidad es evidente. Sin embargo, no faltan autores que califican a la transacción como inmoral, ya que los poderosos se aprovechan de su posición y del miedo que se tiene a los juicios para imponer sus condiciones y lograr ventajas.

### 3. Elementos constitutivos

La transacción debe reunir los elementos siguientes:

#### A. Existencia o posibilidad de un litigio

La transacción puede referirse a un litigio pendiente o a un futuro.<sup>2</sup> Por lo que si ya fue decidido por sentencia será nula, por carecer de objeto el contrato. El art. 2187 inc. 2 C. dispone que es nula la transacción sobre cualquier negocio que está decidido judicialmente por sentencia irrevocable ignorada por los interesados o por uno de ellos.

Si los interesados conocían sobre la existencia de la sentencia firme, la transacción será válida, pues es de suponer que las partes no estaban de acuerdo en la forma en que quedó resuelto el litigio.

Brenes Córdoba considera errónea esta solución legal, pues con la sentencia firme habrá desaparecido la incertidumbre de la contienda que es elemento esencial de la transacción, como así lo reconocía el Derecho Romano: *Super indicata frustra transigi, non est opinionis incertae* (acerca de la cosa juzgada en vano se transige, puesto que ya no existe incertidumbre de parecer)<sup>3</sup>.

Se puede transigir en cualquier estado del juicio, pero antes de la sentencia firme. Después de ésta, si las partes conocen sobre la existencia de ella.

#### B. Que las partes hagan concesiones mutuas

Cada parte tiene que ceder una o varias de sus pretensiones. Esto no quiere decir que las ventajas renunciadas por las partes sean iguales.

Por lo expuesto no hay transacción cuando el demandante desiste, no obstante la aceptación del demandado. Tampoco la hay cuando el demandado se allana a la demanda.

1 Ob. cit., p. 563.

2 Arts. 2176, 2179 y 2180 C.

3 Ob. cit., p. 565.

#### 4. **Carácter contractual de la transacción**

La transacción es considerada por la doctrina y por muchos códigos como un contrato<sup>4</sup>. No obstante, debe reconocerse que ciertos autores la estiman como una convención, pues produce la extinción de las obligaciones.

Considerada como un contrato presenta las características siguientes:

##### **A. Es un contrato bilateral**

Es bilateral por cuando existen prestaciones entre las partes.<sup>5</sup> Como consecuencia, es susceptible de resolución por incumplimiento. Se puede pedir su cumplimiento o su resolución, con los daños y perjuicios, de acuerdo con el art. 1885 C.<sup>6</sup>

De acuerdo con el art. 2192 C. si en la transacción se ha pactado una pena para el que no cumpla habrá lugar a ella contra el que faltare, sin perjuicio de llevarse a efecto la transacción en todas sus partes, salvo que se haya estipulado lo contrario.

##### **B. Es un contrato oneroso**

Es oneroso porque las dos partes se gravan con prestaciones recíprocas.

##### **C. Generalmente es conmutativo**

La transacción generalmente es conmutativa.

Las pretensiones que los contratantes renuncian son equivalentes y quedan fijadas desde la celebración. Por ejemplo: Juan tiene entablado un juicio reivindicativo contra Pedro por el inmueble X. Los dos pueden poner término al litigio, renunciando Juan a su pretensión a cambio de C\$10.000.

---

4 No faltan autores que le niegan carácter contractual y otros la consideran como una convención, por cuanto produce la extinción de las obligaciones. Por otra parte, se discute en doctrina si es un contrato puramente procesal o un contrato de derecho privado. Existe entre esos extremos una teoría ecléctica que le atribuye doble naturaleza: es un acto procesal y un negocio de derecho privado.

5 El carácter bilateral es negado por un sector doctrinal.

6 En los códigos en que se establece que la transacción tiene entre las partes autoridad de cosa juzgada, es motivo de discusión si la condición resolutoria tácita tiene cabida. Unos autores consideran que sólo cabe pedir su cumplimiento, pero otros sostienen que se puede pedir su resolución cuando la transacción es compleja. En nuestro sistema tiene cabida tal discusión, ya que el art. 2183 C. preceptúa que entre las partes la transacción tiene la misma eficacia y autoridad de la cosa juzgada. Brenes Córdoba acepta la procedencia de la resolución. Dice: "Siendo, como es, la transacción, un contrato bilateral,



Pero también la transacción puede ser aleatoria cuando el beneficio, monto, o valor de las ventajas de una de las partes depende de un acontecimiento incierto. En el ejemplo anterior Juan podría renunciar a su prestación si se constituye a su favor una renta vitalicia o un usufructo. El valor de las ventajas a favor de Juan puede ser mayor o menor, según la fecha de su muerte.

#### **D. Es un contrato consensual**

La transacción es un contrato consensual.

No obstante, si el interés fuere mayor de ocho córdobas, debe constar por escrito. Pero tal requisito se exige *ad-probationem*, por lo que puede ser probada por la confesión. Si la transacción de un pleito pendiente se hace ante el Juez, las partes la deben pedir y el Juez por sentencia dará por terminado el juicio<sup>7</sup>.

De acuerdo con el art. 2178 C. toda transacción debe contener los nombres de los contratantes; la relación puntual de sus pretensiones; si hay pleito pendiente, su estado y el Juez ante quien pende, la forma y circunstancias del convenio y la renuncia que los contratantes hagan de cualquier acción que tengan el uno contra el otro.

### **5. Clases de transacción**

La transacción puede ser simple y compleja, declarativa y traslativa, extrajudicial y judicial.

### **6. Transacción simple y compleja**

La transacción puede ser simple y compleja. En la primera sólo se comprende la cosa objeto del litigio. En la segunda se comprenden, además, cosas que no son objeto de la controversia. La cosa litigiosa y otra u otras no litigiosas. Esta transacción es admitida por el art. 2191 C.

### **7. Transacción declarativa y traslativa**

De la transacción se ha dicho que es declarativa, constitutiva, traslativa o que puede ser traslativa y declarativa al mismo tiempo.

En un principio fue considerada como traslativa, pero con posterioridad se desechó tal criterio y se estimó declarativa. Los Códigos de Uruguay<sup>8</sup>, México<sup>9</sup> y Argentina<sup>10</sup> la consideran como declarativa. Pothier también así la estima, pero el Código francés calla al respecto. Este criterio impera en la doctrina y en la mayoría de las legislaciones. Otro sector doctrinal estima que la transacción

---

la falta de cumplimiento de sus estipulaciones, autoriza a la parte que la ha cumplido para pedir sea resuelta con daños y perjuicios". (Ob. cit., p. 571).

7 Art. 2180 C.

8 Art. 2160.

puede tener a la vez efectos constitutivos o traslativos y declarativos, como en la compleja, la que es declarativa con relación al recíproco reconocimiento de derechos y traslativa con relación a la atribución de derechos que uno de los contratantes hace al otro sobre bienes que no son objeto de litigio.

Tal distinción tiene importancia práctica, pues si se considera que es declarativa no habrá evicción y no podrá servir de justo título para la prescripción ordinaria; por el contrario, tales efectos se producen si la transacción es traslativa o constitutiva.

En nuestro sistema debemos distinguir si es simple o compleja.

La primera es declarativa. Así se desprende del art. 2197 C. que dice: “La evicción de la cosa renunciada por una de las partes en la transacción o trasferida a la otra que se juzgaba con derecho a ella, no invalida la transacción, ni da lugar a la restricción de lo que por ella se hubiere recibido”.<sup>11</sup>

De acuerdo con la disposición transcrita la transacción es mantenida y no existe garantía de evicción, ya que no se produce transmisión. En otras palabras: la transacción es declarativa. Esta transacción tampoco sería un justo título para la prescripción ordinaria.

Por el contrario, la transacción compleja es traslativa y, como consecuencia, tiene lugar la evicción y sirve de justo título para la prescripción.

La naturaleza constitutiva de la transacción se desprende de los arts. 2191 y 2198 C. que se refieren a la evicción y dicen:

Art. 2191 C. “En las transacciones ha lugar a la evicción o saneamiento únicamente en el caso en que por ellas, una de las partes dé a la otra alguna cosa que no era objeto de la disputa”.

Art. 2198 C. “La parte que hubiere transferido a la otra alguna cosa como suya en la transacción, si el poseedor de ella fuere vencido en juicio, está sujeta a la indemnización de pérdidas e intereses; pero la evicción sucedida no hará revivir la obligación extinguida en virtud de la transacción”.

Expresa Brenes Córdoba:

“Las cosas que son objeto directo de transacción, entran definitivamente en el dominio del adjudicatario, por cuenta y riesgo del mismo, en las condiciones físicas y legales en que estaban en el momento de verificarse el convenio; por eso, los derechos de evicción y saneamiento inherente a las transmisiones de propiedad a título oneroso, no tienen lugar en la especie, salvo que en virtud de la transacción diere uno de los contratantes al otro en compensación o en cualquier otra calidad, una cosa que no era materia de litigio, porque en ese caso son

<sup>9</sup> Art. 2961 C.

<sup>10</sup> Art. 836.

<sup>11</sup> El art. 2182 C. exige para celebrar la transacción la libre facultad de enajenar los bienes y derechos, lo que da pie para pensar que la transacción es constitutiva. Velez, en la nota al art. 840 del código de Argentina, expresa que aunque la transacción no es traslativa, sin embargo por ella se hace un

deducibles respecto a ella los indicados derechos, en virtud de regirse el punto de acuerdo con los preceptos ordinarios aplicables a las transmisiones de propiedad mediante una prestación del adquirente”<sup>12</sup>.

## **8. Transacción judicial y extrajudicial**

La transacción puede ser judicial y extrajudicial. Es extrajudicial cuando previene una controversia futura; y judicial cuando pone término a un pleito pendiente, ya sea que se celebre ante el Juez o ante Notario. No faltan autores que sostengan que es extrajudicial la que se celebra fuera del juzgado, sea para prevenir un pleito futuro o para concluir uno pendiente. Será judicial la que se celebre ante el Juez. En otras palabras: sólo se refiere a pleito pendiente y celebrado ante el Juez.

## **9. Requisitos de la transacción**

Ya hemos tratado en parte de los requisitos generales (consentimiento y formas) y especiales o propios (existencia o posibilidades de existencia del litigio y concesiones recíprocas), por lo que nos resta referirnos a la causa, capacidad y objeto de la transacción.

Es conveniente advertir que el capítulo que regula la transacción tiene reglas especiales que prevalecen sobre la de los contratos, las que también son aplicables a aquélla. El art. 2177 C. expresa: “La transacción se rige por las reglas generales de los contratos en lo que no esté expresamente previsto en este título”. Debe entenderse “en este capítulo”.

## **10. Causa de la transacción**

La causa de la transacción son las concesiones que se hacen las partes para evitar o poner término a un pleito.

## **II. Capacidad**

Fundada en el aforismo de que transigir es enajenar, el art. 2182 C. dispone que sólo pueden transigir los que tienen la libre facultad de enajenar sus bienes y derechos.

Como consecuencia, los guardadores necesitan autorización judicial para transar sobre los bienes del pupilo<sup>13</sup>; el padre necesita autorización para transar sobre los bienes inmuebles del menor, ya que no los puede enajenar ni gravar sin previa autorización judicial.<sup>14</sup>

---

abandono de una pretensión o derecho por lo que importe una disposición o enajenación de ese derecho. En el artículo argentino se exige la capacidad de disponer de los objetos que se abandonen.

12 Ob. cit., p. 570.

13 Art. 458 C.

Los mandatarios necesitan poder especial para transigir y es bastante la cláusula consignada en otras clases de poderes<sup>15</sup>. Así, por ejemplo, en el poder general judicial, basta la autorización expresa para transigir<sup>16</sup>. Sólo en los poderes especiales habrá necesidad de especificar los bienes, derechos y acciones sobre que se quieran transigir<sup>17</sup>.

El apoderado generalísimo no necesita facultad especial para transigir<sup>18</sup>.

## 12. Objeto de la transacción

Pueden ser objeto de transacción las cosas que no están sustraídas del comercio y que no esté prohibido transigir sobre ellas.

Por regla general se puede transigir sobre cualquier clase de derecho (real, personal, etc.). Pero no puede transigirse:

**A)** Sobre la acción penal proveniente de delitos de orden público; pero en los delitos de orden privado la transacción puede extenderse a la responsabilidad civil y penal.<sup>19</sup>

Pero se puede transigir, de acuerdo con el art. 2184 inc. 1 C., sobre la responsabilidad civil proveniente de un delito de orden público.

**B)** Sobre el estado civil de las personas, ni sobre la validez del matrimonio, pero si la transacción no importa la adquisición o pérdida del estado, puede transigirse sobre los derechos pecuniarios que de la declaración del estado civil pudieron declararse a favor de una persona.<sup>20</sup>

Estas cuestiones se refieren al orden público.

### C) Sobre los derechos irrenunciables

De acuerdo con el art. XII del Título Preliminar se puede renunciar a todos los derechos que miren el interés individual del renunciante y que no esté prohibida por la ley.

Son irrenunciables, por ejemplo, los derechos de los trabajadores derivados del Código del Trabajo<sup>21</sup> y los derechos a los alimentos<sup>22</sup>, por lo que no pueden ser objeto de transacción.

### D) Sobre los alimentos futuros

14 Art. 251 C.

15 Art. 2200 C.

16 Art. 3357 inc. 3 C.

17 Art. 2200 inc. 2 C.

18 S. 9:35 a.m. del 19 de febrero de 1964, B. J., p. 73.

19 Art. 2184 C.

20 Art. 2185 C. Este artículo fue tomado del código de Costa Rica, pero, por una parte, fue mal copiado, ya que el art. 1376 de este cuerpo de leyes dice: "mas si la transacción no importa"... lo que da sentido diferente al que aparece en el nuestro; de otra, contempla la prohibición de no transigir sobre los derechos irrenunciables.

Los alimentos futuros no pueden ser objeto de transacción, pero si los atrasados<sup>23</sup>. Brenes Córdoba sostiene que se puede transigir en lo que atañe exclusivamente al modo de suministrar los alimentos<sup>24</sup>. También así opina Salvat extendiendo la transacción a las garantías del crédito alimentario.

**E) Sobre el delito, dolo o culpa futuros y sobre la acción civil que nazca de ello**

El art. 2186 inc. 1 C. sanciona con nulidad esta transacción.

Lo prohibido es transigir anticipadamente, pero ya producido el daño, se puede transigir sobre éste, sin que adolezca de nulidad.

**F) Sobre la herencia futura**

El art. 2186 inc. 1 C. declara nula la transacción sobre sucesión futura, testada o intestada. Mientras la persona esté viva no se puede celebrar transacción sobre su futura herencia.

### **13. Efectos**

**A. Fuerza obligatoria**

La transacción es un contrato y, como consecuencia, se le aplican las reglas de estos actos. De aquí que las partes se obliguen al cumplimiento en los términos estipulados. Si una de las partes no cumple, el otro puede demandar su cumplimiento o la resolución, más los daños y perjuicios.

**B. Equiparamiento a la cosa juzgada**

De acuerdo con el art. 2193 C., la transacción tiene respecto a las partes la misma autoridad que la cosa juzgada.

La transacción es un modo de terminar con los juicios. De aquí que se la equipare a la cosa juzgada. Esta idea tiene origen romano. La doctrina moderna se pronuncia en contra de tal asimilación.

Se sostiene, de una parte, que para explicar el efecto extintivo de los derechos y obligaciones que las partes hubieren renunciado no es preciso recurrir a la idea de la cosa juzgada, ya que puede explicarse por el principio de que el contrato es ley para las partes, y si éstas concluyeron la cuestión por transacción, no pueden de nuevo volverla a discutir; de otra parte, entre la transacción y la sentencia existen diferencias: a) la transacción puede ser atacada por un vicio de la voluntad, la sentencia no; b) la transacción puede ser impugnada por una acción de nulidad, contra las sentencias solamente se dan los recursos establecidos por la ley; c) la transacción, por su carácter indivisible, debe ser mantenida o anulada en el todo; en cambio la sentencia puede ser confirmada, reformada, o revocada

en partes; d) la transacción puede recaer sobre un juicio pendiente o uno futuro, en cambio la sentencia recae sobre un juicio pendiente ante los tribunales de justicia; e) la transacción y la sentencia difieren en la forma de celebración.

La transacción está clasificada por nuestro Código de Procedimiento Civil entre las excepciones anómalas. Según este cuerpo de leyes las anómalas participan de la naturaleza de las perentorias y dilatorias y son: la transacción, la cosa juzgada y el finiquito. La transacción, como las otras anómalas pueden oponerse como dilatoria o como perentoria<sup>25</sup>.

### C. Interpretación restrictiva

Este carácter de la transacción está consagrado en el art. 2195 C. que dice: “Las transacciones deben interpretarse estrictamente. No reglan, sino las diferencias respecto de las cuales los contratantes han tenido en realidad intención de transigir, sea que esta intención resulte explícitamente de los términos de que se han servido, sea que se reconozca como una consecuencia necesaria de la que se halle expreso”.

La anterior disposición se repite en el art. 2181 C.

### D. La transacción no perjudica a terceros

La transacción como contrato que es, no perjudica ni beneficia a terceros. Sólo produce efecto entre las partes o sucesores, de acuerdo con el principio de la relatividad de los contratos<sup>26</sup>. No obstante, la transacción entre el acreedor y el deudor extingue la obligación del fiador, aunque éste estuviere ya condenado al pago por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, según lo dispone el art. 2196 C.

Esta extinción se explica por cuanto la fianza es una obligación accesoria y si se extingue la obligación principal, también se extingue la accesoria. La disposición citada comprende tanto a la fianza simple como a la solidaria.

Por otra parte, de acuerdo con el art. 2199 C. si una de las partes en la transacción adquiere un nuevo derecho sobre la cosa renunciada o transferida a la otra que se juzgaba con derecho a ella, la transacción no impedirá el ejercicio del nuevo derecho adquirido. La disposición se refiere al supuesto de que una de las partes adquiere un nuevo derecho después de la transacción.<sup>27</sup>

21 Art. IV, Tit. Prel. CT.

22 Art. 13 Ley 143/92, Ley de alimentos.

23 Art. 2186 inc. 2 C.

24 Ob. cit., p. 569.

25 Arts. 819, 822 y 826 Pr.

26 Arts. 1836 y 2439 inc. 1 C.

27 Salvat pone dos ejemplos: a) Juan y Pedro, hermanos entre sí, han estado en tutela: Juan, llegado a la mayor edad, celebra con su tutor una transacción sobre las cuentas de la tutela, si más tarde su hermano

## 14. Nulidad de la transacción

La transacción puede anularse:

### A. Por vicios del consentimiento

El error, el dolo y la violencia producen la nulidad de la transacción. El capítulo de la transacción no señala reglas especiales, por lo que deben aplicarse las de los contratos.<sup>28</sup>

### B. Cuando se celebra con base en documentos falsos

La transacción celebrada con presencia de documentos que después se han declarado falsos por sentencia judicial, es nula, dispone el art. 2187 inc. 1 C.

### C. Cuando se hace en razón de un título nulo

De acuerdo con el art. 2188 C. la transacción puede rescindirse cuando se hace en favor de un título nulo, a no ser que las partes hayan transado expresamente de la nulidad.<sup>29</sup>

### D. Cuando aparecen nuevos documentos y una de las partes actúa de mala fe

La aparición de nuevos documentos capaces de influir sobre la voluntad de las partes de haberles conocido no es causa de nulidad de la transacción, salvo que una de las partes los haya conocido antes de la transacción y ocultado. El art. 2189 C. dispone que el descubrimiento de nuevos títulos o documentos no es causa para anular o rescindir la transacción, si no ha habido mala fe en la otra parte, por haber ésta conocido y ocultado los títulos.

### E. Cuando las partes o una de ellas<sup>30</sup> no tenían conocimiento de que el pleito estaba ya decidido por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada

Así se deduce del art. 2187 inc. 1 C.

---

fallece, Juan podrá como heredero de éste, reanudar la discusión sobre aquellas; b) Juan y Pedro son legatarios de una cosa: Juan celebra en tal carácter una transacción con el heredero sobre la cosa legada; si más tarde su hermano fallece, Juan podrá como heredero de éste reanudar la discusión que había transigido por derecho propio (Ob. cit., Obligación en general, Tomo III, p.p. 261 y 262).

28 Art. 2456 C. y sigts.

## 15. Demanda de nulidad

Para que prospere la demanda de nulidad de la transacción es preciso asegurar la devolución de todo lo recibido en virtud del convenio. Así lo dispone el art. 2190 C. que dice: “No podrá intentarse demanda contra el valor o subsistencia de una transacción, sin que previamente se haya asegurado la devolución de todo lo recibido a virtud del convenio que se quiere impugnar”.

Expresa Brenes Córdoba:

“Sea cual fuere la causal que se invoque para pedir que se anule una transacción, el actor debe asegurar previamente la devolución de cuanto hubiere recibido con motivo de ella. Esto proviene de la circunstancia de que habiendo las partes al transigir tenido en mira poner fin a un litigio existente o impedir la instauración de alguno que se preveía, lejos de haber utilidad, sería más bien perjudicial, declarar la nulidad de un acto que está surtiendo efecto, cuando quien la reclama no se halla en condiciones de restituir; requisito sin el cual la anulación es prácticamente ineficaz”.<sup>31</sup>

## 16. Efectos de la nulidad

De acuerdo con la parte segunda del art. 2217 C. la nulidad parcial de una disposición del acto, no perjudica a las otras disposiciones válidas, siempre que sean separables.

Sin embargo, el art. 2194 C. establece una excepción a la regla anterior, consagrando así el principio de la indivisibilidad de la transacción. Dice así: “Las diferentes cláusulas de una transacción son indivisibles, y cualquiera de ellas que fuere nula, o que se anulare, deja sin efecto todo el acto de la transacción”.

Este principio no es absoluto. Salvat, por ejemplo, admite la divisibilidad de la transacción y, como consecuencia, la nulidad parcial si la voluntad de las partes ha sido en ese sentido.<sup>32</sup> Colmo opina que si se trata de una cláusula importante la transacción se anulará totalmente y si es secundaria y separable no acarreará la nulidad de lo principal y del conjunto<sup>33</sup>. Los Códigos de México<sup>34</sup> y Uruguay<sup>35</sup> establecen el carácter indivisible de la transacción, mientras las partes no convengan lo contrario.

Declarada la nulidad de la transacción, las cosas vuelven a su estado anterior. Como consecuencia, la cuestión y los juicios continuarán vigentes, y éstos deberán ser activados. Es el efecto normal de la nulidad.

29 El modelo de Costa Rica dice “en razón de un título” y no “en favor de un título”, pero debe entenderse en la forma del modelo. Así opinan los anotadores.

30 El art. 860 del Código Civil de Argentina concede la acción únicamente en el caso de que la parte que pide la rescisión hubiese ignorado la sentencia, que es la que ha sufrido el error. Si la parte que pide la nulidad tenía conocimiento de la sentencia, no puede prosperar su acción.



## 17. Comparación con otras figuras jurídicas

La transacción guarda semejanza con otras figuras jurídicas, pero es diferente a ellas, con las que no debe confundirse.

### A. Con el desistimiento, allanamiento y renuncia

El desistimiento se presenta cuando el actor<sup>36</sup> o recurrente<sup>37</sup> desiste de su demanda o recurso. Es un acto en el cual no existe concesiones recíprocas, como en la transacción.

El allanamiento es la aceptación que hace el demandado de las pretensiones del actor. Es un acto unilateral que pone término al juicio sin concesiones de parte del demandante, por lo que no existe transacción en esta figura.

La renuncia es el abandono del derecho por una persona, sin que haya sacrificio por parte del beneficiado. Por lo tanto no puede existir transacción en esta figura.

### B. Con la novación

La transacción puede producir la extinción de los derechos y acciones que le dieron origen y el reconocimiento de otras obligaciones en sustitución de las extinguidas, por la que guarda gran semejanza con la novación, en la que se extingue una obligación y nace otra. Es más, la transacción compleja puede producir la novación de la obligación precedente.

No obstante, son dos figuras distintas:

a) La novación funciona sin que exista cuestión o duda; en cambio la transacción requiere de esa circunstancia.

b) La transacción termina con el pleito y si está planteado en los tribunales, con el juicio; en cambio la novación no tiene esa finalidad.

31 Ob. cit., p. 570.

32 Ob. cit., Obligaciones en general, Tomo III, p. 289.

33 Ob. cit., p. 569.

34 Art. 2962.

35 Art. 2658.

36 Art. 383 Pr. y sigts.

c) La transacción entre las partes tiene la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada; en cambio la novación no la tiene.

d) La novación no requiere de las recíprocas concesiones; en cambio la transacción sí.

## **BIBLIOGRAFIA**

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit., Tomo IV, p. 559 y sigts. BRENES CORDOBA, Alberto. Ob. cit., p. 563 y sigts. COLMO, Alfredo. Ob. cit., p. 566 y sigts., p. 576 y sigts. DE COSIO, Alfonso. Ob. cit., p. 468 y sigts. CRUZ, Fernando. Ob. cit., Tomo III, p. 290 y sigts. DE DIEGO, Felipe Clemente. Ob. cit., Tomo II, p. 376 y sigts. ENNECCERUS, Ludwing, Ob. cit., Vol. III, p. 496 y sigts. GARCIA GOYENA, Florencio D. Ob. cit., p. 894 y sigts. GOMEZ ALFARO, Agustín. Transacción. Granada, Nicaragua, 1943. GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Ob. cit., p.p. 893-894. LAGOMARSINO, Carlos A. R. Transacción. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo XXVI, p.p. 342 y 343. LARENZ, Karl. Ob. cit, Tomo I, p. 136 y sigts. COMEZ DE LA SERNA, Pedro. y MONTALBAN, Juan Manuel D. Ob. cit., Tomo II, p. 371 y sigts. PALACIO P., H. Gustavo. Ob. cit., p. 307 y sigts. PUIG BRUTAU, José. Ob. cit., Tomo II. Vol. II, p. 563 y sigts. RUGGIERO, Roberto de. Ob. cit., Tomo II, Vol. I. p. 519 y sigts. SELVA Buenaventura. Ob. cit., p.p. 458 y 459. SALVAT M., Raymundo. Ob. cit., Tomo III. p. 189 y sigts. TRABUCCHI, Alberto. Ob. cit, Tomo II, p.p. 367 y 368. VALVERDE Y VALVERDE, Calixto D. Ob. cit., Tomo III, p. 703 y sigts. VELEZ, Fernando. Ob. cit., Tomo IX, p. 189 y sigts.

## Capítulo XIV

### Nulidad y rescisión

*SUMARIO: 1. Concepto. 2. Inexistencia y nulidad: A. Concepto. B. Origen de la teoría de la inexistencia. C. Diferencias entre la inexistencia y la nulidad. 3. Nulidad absoluta: A. Casos en que tiene lugar. B. Personas que pueden pedir la nulidad absoluta: a) El Juez de oficio; b) Los que tengan interés. C. La nulidad absoluta no puede ser ratificada por las partes. D. No puede subsanarse, sino por el lapso de la prescripción de diez años. 4. Nulidad relativa: A. Casos en que tiene lugar. B. Personas que pueden pedir la nulidad relativa. C. Ratificación de la nulidad relativa. D. Saneamiento de la nulidad relativa. 5. Efectos de la nulidad: A. Con relación a las partes. B. Con relación a terceros. 6. La acción de la nulidad: A. Legitimación activa. B. Legitimación pasiva. C. Condición para el ejercicio de la acción. 7. Nulidad total y parcial. 8. Diferencias entre la nulidad absoluta y la relativa. 9. La conversión del acto nulo: A. Concepto. B. Fundamentos. C. Requisitos. D. Clases: a) Conversión formal y materiales; b) Conversión legal y convencional. E. Reconocimiento legal. 10. Jurisprudencia.*

#### 1. Concepto

La nulidad es un vicio o defecto de fondo o de forma, que deja sin valor o eficacia a un acto o contrato. La ley señala ciertos requisitos y formalidades para la celebración de dichos actos jurídicos, con la finalidad de rodearlos de garantías que aseguren su seriedad. Si no se cumplen estos requisitos la misma ley sanciona al acto o contrato con su nulidad.

La nulidad y rescisión, pues, es una pena civil contra los que quebrantan las disposiciones legales. Como pena que es sólo existe en virtud de la ley<sup>1</sup>, y no puede ser creada por el Juez.

De lo expuesto se deduce que la nulidad es una excepción al derecho común y, como consecuencia, todo acto y contrato se presume válido mientras el Juez no declara por sentencia su nulidad. Así se desprende del art. 2211 C.

---

<sup>1</sup> Algunos autores hablan de nulidades expresas o textuales, que son las expresamente determinadas por la ley, y de virtuales o tácitas, que resultan de una prohibición de la ley o de la falta de una condición que la misma exige. Por ejemplo: Brenes Córdoba (Ob. cit., p. 251), Salvat (Ob. cit., Parte General, Tomo II, p. 703) y Mazeud (Ob. cit., Parte Primera, Vol. I, p. 518). En nuestro código civil tal distinción tiene escasa importancia, ya que de acuerdo con el art. X del Título Preliminar los actos

En sentencia de las 12 m. del 8 de Febrero de 1952, B.J., p. 15890, la Corte Suprema expresa: "...Si bien es cierto que según la opinión más generalizada la inexistencia o nulidad absoluta de un contrato o escritura procede de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial, tal doctrina no siempre puede admitirse como exacta pues todo negocio jurídico tiene una apariencia de validez, y es necesario destruir tal apariencia si constituye un obstáculo para el ejercicio de un derecho".

Se estima que la nulidad y la rescisión no son medio de extinguir las obligaciones por las razones siguientes: a) ambas tienen efectos retroactivos y, como consecuencia, se reputa que tales obligaciones no han existido jamás, por lo que no se puede extinguir lo que no ha existido; b) se refieren a los actos y contratos, concretando su campo de acción a las que emanan de ellos.

Las disposiciones contenidas en el capítulo de la nulidad se aplican a los actos unilaterales o bilaterales, es decir, tanto si emanan de la voluntad de una persona o de las partes.

## **2. Inexistencia y nulidad**

### **A. Concepto**

Si se cumplen todos los requisitos de existencia y validez, los actos son perfectos. Por el contrario, si no se cumplen son imperfectos. Estos se clasifican en inexistentes, si falta una condición de existencia del acto (consentimiento, objeto, causa y las solemnidades establecidas para la existencia del acto), y nulos si faltan las condiciones de validez (consentimiento sin vicios, capacidad, objeto y causa lícitos).

El acto inexistente no nace, carece de existencia, Por ejemplo: no puede haber venta sin precio, pues éste es un elemento esencial de dicho contrato. Es inexistente.

### **B. Origen de la teoría de la inexistencia**

La formulación de esta teoría se le atribuye a Zachariae, distinguido jurista alemán, de quien se dice escribió uno de los mejores comentarios sobre el Código Civil de Francia. La expuso a principio del siglo XIX con relación al matrimonio.

En materia matrimonial la jurisprudencia francesa no declara la nulidad del matrimonio, si no existe un texto expreso de la ley que la contemple (nulidad textual). Por ejemplo: el Código francés no ha establecido la nulidad del matrimonio contraído por un loco, por personas del mismo sexo (dos hombres o dos mujeres), o sin ninguna celebración civil.

Para declarar la ineficacia de estos matrimonios se recurrió a la teoría de la inexistencia. La ley no necesitó declarar expresamente la nulidad, pues el acto

es inexistente, más que nulo. Una solución contraria sería opuesta al sentido común y a la moral.

Esta teoría se extendió con posterioridad a todos los contratos.

### C. Diferencias entre la inexistencia y la nulidad

La inexistencia y la nulidad tienen diferencias, y entre estas podemos señalar como las más importantes, las siguientes:

a) La inexistencia no requiere de una sentencia previa. El Juez se limitará a reconocer que no existe el acto o contrato si se recurrió a los tribunales; en cambio la nulidad necesita ser declarada por el Juez.<sup>2</sup>

b) El acto inexistente no produce ningún efecto; en cambio el nulo produce efectos mientras no sea declarada la nulidad.

c) El acto inexistente no puede ser saneado por el transcurso del tiempo; por el contrario el nulo se puede sanear por el tiempo, si la nulidad es relativa.

d) El acto inexistente no puede ser objeto de ratificación; en cambio la nulidad relativa puede sanearse por ratificación o confirmación<sup>3</sup>. La nulidad absoluta tampoco puede ser objeto de ratificación.

e) La inexistencia solamente puede oponerse como excepción; en cambio la nulidad puede invocarse como acción y excepción.

f) El acto inexistente no puede ser objeto de conversión; en cambio el nulo sí.

Nuestro Código Civil regula la inexistencia dentro de la nulidad absoluta. Así se deduce el art. 2201 C. Dicho cuerpo de leyes sólo regula y distingue la nulidad absoluta y la relativa (rescisión).

## 3. Nulidad absoluta

### A. Casos en que tiene lugar

De acuerdo con el art. 2201 C. existe nulidad absoluta en los actos y contratos:

a) Cuando falta alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia.

Estos elementos esenciales son: el consentimiento, el objeto o cosa cierta y posible y la causa. También existe nulidad absoluta cuando el objeto y la causa son ilícitos. Con relación a la causa ilícita, el art. 1874 C. dispone que la obligación fundada en una causa ilícita es de ningún efecto.

---

ejecutados contra leyes prohibitivas o preceptivas son de ningún valor, si ellas no designan expresamente otro efecto para el caso de contravención.

2 Alessandri y Somarriva ponen como ejemplo el caso de una venta. Si adolece de nulidad, la parte interesada en pedir la devolución de la cosa debe primero solicitar la nulidad y, una vez declarada, podrá pedir la restitución. Por el contrario, si la venta fuere inexistente (falta de precio) podrá pedir de inmediato la restitución, ejerciendo la acción reivindicatoria de la misma manera que el dueño de una

Existe ilicitud cuando: a) el objeto está fuera del comercio; b) los servicios en que consista el contrato sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres; c) los actos y contratos están prohibidos por las leyes.

De conformidad con el art. X Tít. Prel. C., los actos ejecutados contra leyes prohibitivas o preceptivas son de ningún valor, si ellas no designan expresamente otro efecto para el caso de contravención.

Están prohibidos por la ley, y, como consecuencia, adolecen de nulidad absoluta:

**i)** Todo contrato sobre herencia futura.<sup>4</sup>

**ii)** La adquisición que haga el guardador, su cónyuge, ascendientes o descendientes, de los bienes raíces y muebles preciosos o que tengan valor de afección del pupilo que está bajo su guarda. También está prohibido tomarlos en arriendo.<sup>5</sup>

De acuerdo con los arts. 465 y 466 C. el guardador puede adquirir los muebles no preciosos con autorización judicial. La falta de esta autorización produciría nulidad relativa en la adquisición, pues este requisito es en consideración al estado o calidad de las personas.

**iii)** La adquisición hecha por los empleados públicos de los bienes del Estado, de los municipios, de los pueblos, de los establecimientos también públicos, de cuya administración estuvieren encargados.

La sanción de la nulidad absoluta se extiende a los jueces y peritos que de cualquier modo intervienen en la venta.<sup>6</sup>

**iv)** Las adquisiciones hechas por los magistrados, jueces y demás funcionarios a que alude el art. 2565 inc. 5 C., de los bienes y derechos que estuvieren en litigio ante el tribunal.

**v)** La adquisición que haga el padre o la madre de los bienes del hijo que estuviere bajo su patria potestad. Está prohibida por el art. 2565 inc. 6 C.

Existe un derecho para disponer del cuerpo humano. En un principio se estimó que sobre el cuerpo humano existía un derecho de propiedad; opinión abandonada, aunque aún existen pocos autores que la defienden. Modernamente se considera al derecho a disponer del cuerpo como un derecho de la personalidad.

Pero este derecho tiene importantes e insuperables límites, pues el cuerpo humano es el substratum de la personalidad y, como consecuencia, no puede disponerse de él como se dispone de una cosa, ya que el orden jurídico está interesado en mantener la integridad física y espiritual del hombre.

Nuestro Código Civil no contempla expresamente el derecho a disponer del cuerpo, con sus características propias, a diferencia del italiano que lo consagra

---

cosa singular cuya posesión ha sido arrebatada (Ob. cit., Parte General, Tomo 1, Vol. 1, p.p. 417, 418 y 419).

en el art. 5 que dice: “Actos de disposición del propio cuerpo. Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionaren una disminución permanente de la integridad física, o cuando sean contrarios en otra forma a la ley, al orden público o a las buenas costumbres”.

Podría sostenerse que de acuerdo con el art. 2477 C. el cuerpo humano, por estar fuera del comercio de los hombres, no puede ser objeto de contrato. Pero el problema propiamente no se refiere al objeto, sino a la causa. Entonces habrá que determinar, según la finalidad perseguida, cuando es lícita o ilícita la disposición corporal.

Para el estudio de la disposición del cuerpo hay que distinguir: si la cesión tiene efecto durante la vida del cedente o si tendrá efecto para después de su muerte.

Si la cesión se realiza durante la vida del cedente es preciso distinguir:

i) Cesión de piezas o elementos integrados al cuerpo humano.

Este tipo de cesión encuentra límites en las leyes, la moral y la doctrina de los autores.

La cesión podría permitirse cuando no represente un peligro a la vida o al eficiente funcionamiento del resto del cuerpo, o no sea contraria a la moral, al orden público o a las buenas costumbres. Se considera, por ejemplo, que no puede venderse por acto inter-vivos la córnea; que es ilícita la cesión de un testículo o de un ojo.

Pero se estima válida, por ejemplo, la cesión de un riñón, si con el otro se garantiza el eficiente funcionamiento del cuerpo.

Ramón Badenes Gasset es extremadamente estricto con relación a la disposición de piezas anatómicas. Sostiene que al no legislarse sobre la extracción de piezas de un cuerpo vivo, autoriza a afirmar que tales actos están prohibidos. No obstante, agrega que podría admitirse la licitud de ciertos actos heroicos producto del amor (v. gr., la cesión de un riñón hecha por una madre a su hijo), pero no es justificable una enajenación a título oneroso, en cuya causa existe un fin de lucro con ausencia del fin humanitario. Un contrato de tal naturaleza es nulo, por aplicación de la regla general de que la persona humana no está dentro del tráfico, como nulo es también cualquier contrato de disponibilidad corporal cuando produzca un perjuicio o mutilación irreparable.

Para José María Reyes Monterreal la cesión debe ir acompañada de las exigencias siguientes:

-El consentimiento espontáneo del cedente.

-Excluye la simple no oposición.

-Que sea personalmente prestado, con plena capacidad.

Excluye la representación voluntario y legal para prestar el consentimiento.

Que lo cedido no constituya elemento orgánico vital para el cedente.

Como consecuencia considera inadmisibles los convenios o actos unilaterales por los cuales se cede lo que, extraído en vida, por insignificante que sea, implique

un efectivo peligro de extinción de la persona o la simple puesta en riesgo de que se extinga.

Por la misma razón se autoriza la cesión de elementos corporales de natural y espontánea regeneración o reproducción (tejidos, sangre, leche. etc.).

- Que, como consecuencia, cuantitativamente lo cedido nunca supere el límite científicamente previsto como mínimo para el normal e ininterrumpido funcionamiento orgánico. Por lo que si bien es plausible la donación de sangre, no deben extraerse dosis que la ciencia considere excesiva.

- Que la cesión se haga por convenciones que no supongan un tráfico constante ni motivo de repetido y evidente lucro para el cedente. No excluye a la cesión onerosa, en principio admisible y perfectamente lícita.

- Que el elemento cedido tenga plena y eficiente aptitud para salvar la vida humana o, al menos, para restablecer con éxito el adecuado funcionamiento del organismo del cesionario.

- Que la cesión no sea contraria a la naturaleza humana.

Cita el caso del estudiante egipcio que convino en dejarse extraer uno de sus testículos, mediante la práctica del injerto Voronoff, para su implantación en otro hombre, ya viejo y decadente en su facultad generativa.

- Que la cesión no sea contraria a la dignidad humana, a la moral, a las buenas costumbres o a la ley.

## **ii) Cesión de piezas inútiles**

Se permite la cesión de piezas inútiles, sin posibilidad de recuperación, siempre que no suponga un peligro o riesgo del cedente y pueda ser útil al cesionario.

Dentro de este orden de ideas se permite que una persona no vidente por lesión en la retina pueda ceder la córnea.

## **iii) Cesión de elementos separados**

Se permite la cesión de piezas separadas (cabellos, dientes, huesos, etc.).

Se permite también la disposición sobre el cuerpo para después de la muerte del cedente. A los familiares se les permite disponer del cadáver, en todo o en parte, para fines humanitarios o científicos.

**b)** Cuando falta algún requisito o formalidad que la ley exige para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración de la naturaleza del acto o contrato y no a la calidad o estado de la persona que en ellos interviene.

---

3 Consultas comentario al art. 2205 C., realizado por los anotadores de la Edición Oficial del Código Civil.



Los requisitos o formalidades (solemnidades) son los exigidos para la existencia o validez del acto. Por ejemplo, se exige el instrumento público, bajo pena de nulidad absoluta:

- i) En la constitución del usufructo sobre bienes inmuebles.<sup>7</sup>
- ii) En las donaciones entre vivos de bienes inmuebles.<sup>8</sup>
- iii) En la cesión de los derechos litigiosos; aunque también puede hacerse en acta judicial ante el Juez.<sup>9</sup>
- iv) En las donaciones a título universal.<sup>10</sup>
- v) En las sociedades civiles en que se aportan inmuebles o derechos reales o el aporte excediere de ocho córdobas.<sup>11</sup>
- vi) En la constitución de la anticresis.<sup>12</sup>
- viii) En la permuta, cuando una o ambas de las cosas que se cambian son bienes raíces o derechos hereditarios.<sup>13</sup>

**c) Cuando se ejecutan o celebran por personas absolutamente incapaces**

De acuerdo con los arts. 7, 8 y 2472 inc. 1 C. son absolutamente incapaces:

**- Los dementes**

La Corte Suprema ha encontrado una antinomia entre los arts. 7 Num. 3, 2201 Num. 3, 2472 C.; y el 347 C., que dispone que la nulidad no puede pedirse sino por el guardador, interdicto, sus herederos o causahabientes, lo que da pie para sostener que se trata de una nulidad relativa. Pero decidió que es una nulidad absoluta.<sup>14</sup>

**- Los impúberes**

Son impúberes el varón que no ha cumplido quince años y la mujer que no ha cumplido catorce. El Código Civil no ha señalado expresamente esas edades, pero de diferentes disposiciones de dicho cuerpo legal se desprenden. Expresa Joaquín Cuadra Chamorro:

“Nuestro Código Civil no tiene una referencia legislativa directiva para establecer el concepto de “impúberes”. Sólo podemos llegar a él mediante la interpretación sistemática, es decir, explicando las diferentes normas en su integridad y por medio de las otras normas”.

4 Art. 2473 inc. 2 C.

5 Arts. 466 y 2565 inc. 1 C.

6 Art. 2565 inc. 4 C.

7 Art. 1479 C.

8 Art. 2768 C.

9 Art. 2743 C.

El art. 101 C., dice que “son hábiles para contraer matrimonio el varón que ha cumplido quince y la mujer que ha cumplido catorce”.

El art. 111 C., dice que “son impedimentos relativos para contraer matrimonio: 3º. El no tener la edad determinada en el art. 101”.

Y el art. 115, refiriéndose al art. 111, dice que “se tendrá por revalidado ipso jure y sin necesidad de declaración expresa, el matrimonio contraído por impúberes, si un día después de haber llegado a la pubertad legal hubieren vivido juntos sin haber reclamado en juicio contra la validez, o si la mujer hubiere concebido antes de la pubertad legal o de haberse entablado la reclamación. Del estudio combinado de esos tres artículos es fácil deducir que son impúberes el varón que no ha cumplido quince años y la mujer que no ha cumplido catorce”.<sup>15</sup>

Los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito o de otro modo claro o indubitable.

Los anotadores hacen ver que no sería absolutamente incapaz el sordomudo que no pueda escribir, pero que puede leer. Dicen:

“El modelo chileno de este artículo y el modelo argentino (Art.54 C. Argentina) de nuestro Art. 7 se limitan a señalar entre los absolutamente incapaces a los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Nuestro Código, tanto en el artículo que anotamos como en el citado Art. 7, ha ampliado la disposición incluyendo a los que no pueden entender por escrito. Según eso, pues, entre nosotros no sería absolutamente incapaz el sordomudo que no pueda escribir, pero que pueda leer, en otras palabras, que no pueda darse a entender por escrito, pero que pueda entender por escrito; caso que por cierto será muy raro. Por lo demás. Véase los Arts. 979 No. 4-1038-1056-1057-2367 C”.<sup>16</sup>

## **B. Personas que pueden pedir la nulidad absoluta**

La nulidad absoluta se establece en interés de la ley y de la moral, por lo que es amplio el número de las personas que la pueden pedir.

Puede ser pedida por quien tenga interés en ella y, si consta en autos, debe declararse de oficio por el Juez, aunque no sea alegada.

Dice la primera parte del art. 2204 C.: “La nulidad absoluta puede alegarse por todo el que tenga interés en ella, y debe, cuando conste en autos, declararse de oficio, aunque las partes no la aleguen...”

### **a) El juez de oficio**

10 Art. 2774 C.

11 Arts. 3182 y 3183 C.

12 Art. 3900 C.

13 Art. 2749 C.

14 S. 12 m. del 9 de junio de 1930, B. J., p. 7432.

Para que el Juez pueda declarar de oficio la nulidad absoluta es necesario que ésta conste en autos y que los actos y contratos en que recaiga hayan sido invocados como fundamentos de las pretensiones de las partes.<sup>17</sup>

Esta es una excepción del principio dispositivo consagrado en los arts. 56 y 193 Pr.

La Corte Suprema ha dicho que:

**i)** Si la nulidad se refiere a la forma, como la falta de testigo por inhabilidad del mismo, se necesita para declararla de oficio que se halle de manifiesto en el instrumento.<sup>18</sup>

**ii)** Debe declararse de oficio la nulidad absoluta cuando consta en autos, aunque no haya sido objeto del debate.<sup>19</sup>

**iii)** Las nulidades absolutas pueden declararse de oficio en casación, aun cuando no sean materia del recurso, pues el art. 2204 C. prevalece sobre el 2062 Pr., por ser de carácter especial.<sup>20</sup>

**iv)** Las nulidades de fondo de un testamento, por ejemplo: que se deje la institución de heredero al arbitrio de otra persona, sólo pueden ser declaradas a solicitud de los interesados que serían los herederos ab intestato; pero las de forma pueden alegarse por cualquiera a quien se oponga en juicio el testamento, y, además, puede ser declarada de oficio.<sup>21</sup>

#### **b) Los que tengan interés**

Todos los que resulten perjudicados por el acto o contrato que adolece de nulidad absoluta pueden pedir que sea declarado<sup>22</sup>. El perjuicio es la medida de la acción.

El art. 2204 C. establece que puede pedirse por todo el que tenga interés en ella. Por lo tanto la nulidad absoluta puede ser pedida por las partes, sus sucesores y acreedores. Solamente debe acreditarse un interés pecuniario para pedir la nulidad. No es suficiente un interés moral.

#### **C. La nulidad absoluta no puede ser ratificada por las partes**

De acuerdo con el art. 2204 C. la nulidad absoluta no puede subsanarse por la confirmación o ratificación de las partes.<sup>23</sup> Las razones que se dan son las siguientes: a) se establece en interés de la moral y de la ley, superiores a la

<sup>15</sup> Comentarios del Código Civil. Managua. Mimeógrafo, p.p. 26 y 27.

<sup>16</sup> Nota N° 2 al art. 2472 C.

<sup>17</sup> El art. 1683 del Código de Chile exige que la nulidad absoluta aparezca de manifiesto en el acto o contrato. De aquí que la doctrina y la jurisprudencia sostenga que no cabe declararla de oficio si es preciso relacionar el acto o contrato con otras piezas de los autos. Nuestro código no es tan exigente. Basta con que conste en autos.

voluntad de las partes; y b) la pueden pedir todos los interesados y declararse de oficio por el Juez, quien conserva la facultad de declararla, a pesar de la confirmación de los contratantes, por lo que ésta resultaría ineficaz.

Las partes pueden celebrar un nuevo acto, pero no es una confirmación del nulo, sino uno nuevo, independiente, que principia a surtir efectos desde su fecha.

#### **D. No puede subsanarse, sino por el lapso de la prescripción de diez años**

De acuerdo con el art. 2204 C. la nulidad absoluta no puede subsanarse por un lapso menor que el exigido para la prescripción ordinaria. Esta prescripción es la prescripción negativa de diez años consagrada en el art. 905 C. En otras legislaciones es imprescriptible.

### **4. Nulidad relativa**

#### **A. Casos en que tiene lugar**

De acuerdo con el art. 2202 C. existe nulidad relativa y acción para rescindir los actos o contratos:

**a)** Cuando alguna de las condiciones esenciales para su formación o para su existencia es imperfecta o irregular.

Las condiciones esenciales existen, pero en forma imperfecta o viciada. Producen nulidad relativa la violencia, el error y el dolo.

**b)** Cuando falta alguno de los requisitos o formalidades que la ley exige, teniendo en mira el exclusivo y particular interés de las partes.

La nulidad se establece en interés de los particulares, teniendo en cuenta la calidad o estado de las personas que intervienen en el acto.

Estos son los requisitos que se establecen para proteger y completar la capacidad del incapaz. En doctrina se llaman formalidades habilitantes, como, por ejemplo, la autorización judicial. La Suprema ha dicho que adolece de nulidad relativa la escritura de partición en que estando interesados menores no medió autorización de Juez y no se hizo con las solemnidades judiciales, porque esos vicios que consisten en defectos de simples formalidades establecidas para protección de los incapaces, no entrañan la inexistencia del acto, sino que solamente constituyen nulidades relativas oponibles por las solas partes que la ley desea garantizar.<sup>24</sup>

18 S. 11:30 a.m. del 8 de julio de 1919, B. J., p. 2408.

19 S. 11:00 a.m. del 13 de septiembre de 1927, B. J., p. 6097.

20 S. 11: a.m. del 30 de junio de 1959, B. J., p. 19528.

21 S. 11 a.m. del 3 de junio de 1930, B. J., p. 7428.

22 Algunos códigos no permiten que la nulidad sea pedida por el contratante que celebró el acto a sabiendas o debiendo saber el vicio que lo invalidaba: art. 1863 del chileno, art. 1742 del colombiano y art. 1047 del argentino.

c) Cuando se ejecutan o celebran por personas relativamente incapaces.

De acuerdo con el art. 8 C. los menores adultos tienen incapacidad relativa. Son menores adultos los varones mayores de quince y las mujeres de catorce, pero menores de veintiuno. Pero si estos menores logran la mayorización o su emancipación regirán su persona y bienes como si fueren mayores de edad, desapareciendo la incapacidad relativa.<sup>25</sup>

Los actos ejecutados por los relativamente incapaces adolecen de nulidad relativa, sino se cumplen con los requisitos que la ley exige. Estos requisitos son exigidos en consideración a la persona. Los menores adultos pueden celebrar acto y contrato por medio de sus representantes, pero por excepción pueden celebrar personalmente ciertos actos válidamente, como contraer matrimonio sin permiso de los padres, abuelos o representantes legales, la mujer mayor de dieciocho años<sup>26</sup>, otorgar testamento la mujer mayor de catorce y el varón mayor de quince<sup>27</sup>, administrar su peculio profesional o industrial.<sup>28</sup>

El art. 9 C. preceptúa que, además de la incapacidad absoluta y relativa, existen otras que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a algunas personas para ejecutar ciertos actos. En realidad estas son prohibiciones de celebrar actos, cuya violación produce la nulidad por objeto ilícito. Por ejemplo: las prohibiciones de los arts. 466 y 2565 incs. 1, 4, 5 y 6 C.

## **B. Personas que pueden pedir la nulidad relativa**

De acuerdo con el art. 2205 C. la nulidad relativa:

a) No puede declararse de oficio. La nulidad relativa está regulada en interés de los particulares y puede subsanarse, por lo que no se justifica que se declare de oficio. Para que sea declarada se requiere la petición de la parte.

b) No puede alegarse más que por la persona o personas en cuyo favor la ha establecido la ley o por sus herederos o cesionarios.<sup>29</sup> Solamente el incapaz, la víctima del error, dolo o violencia, o la persona a cuyo favor se establece, pueden pedir la nulidad. La Suprema ha dicho que: i) la nulidad relativa sólo puede ser alegada por la persona a cuyo favor se ha establecido; ii) la nulidad de una escritura suscrita por un menor es relativa y, por tanto, no puede ser alegada por un tercero.<sup>30</sup>

El menor no puede impugnar la obligación si con amaños o medios fraudulentos ha ocultado su menor edad. No basta que el menor declare al otro con-

23 Los anotadores ven en el art. 1396 C. un caso de ratificación tácita de la nulidad absoluta, contra todos los principios que gobiernan esta materia. Así, si un impúber figura por sí solo en una partición de bienes, ésta adolece del vicio de nulidad absoluta (arts. 7-2201 No. 3 C.), nulidad que no puede subsanarse por lo tanto por medio de la ratificación expresa; y, sin embargo, queda válida para ese incapaz la partición si él enajenara una parte cualesquiera de los bienes que hubiese recibido (Nota al art. 2204 C.).

24 S. 10:30 a.m. del 24 de marzo de 1926, B. J., p. 5558.

25 Arts. 271 C. y sigts. 278 C. y sigts.

26 Arts. 112 Num. 1 y 140 C.

tratante que es mayor. Así se establece en el art. 2203 C. que dice: “La obligación no puede impugnarse por el menor que, con mañas o medios fraudulentos, haya ocultado su menor edad.

Pero para suponer dolo por parte del menor, no es bastante que éste haya declarado ser mayor de edad”.<sup>31</sup>

### C. Ratificación de la nulidad relativa

La nulidad relativa puede subsanarse por la ratificación del acto o contrato nulo. Así lo establece el art. 2205 C. La ratificación es un acto unilateral y en el fondo es una renuncia a la acción de nulidad. Puede ser expresa o tácita.

Es expresa la que se realiza en forma explícita y debe hacerse con las solemnidades a que por la ley está sujeto el acto o contrato que se ratifica.

La tácita resulta de la ejecución de la obligación contraída. Ejemplos: entrega del inmueble vendido, entrega del precio de la venta.<sup>32</sup>

Tal como aparece redactado el art. 2206 C. da pie para sostener que solamente la ejecución o pago total y no el parcial produce la ratificación, pero no es así, ya que ambos la producen.<sup>33</sup>

Para que la ratificación, expresa o tácita, sea eficaz es preciso que: a) se haga por quien tiene derecho de pedir la rescisión; y b) el acto de ratificación hecho por el perjudicado, una vez cesada la incapacidad, se halle exento de todo vicio de nulidad<sup>34</sup> (sin violencia, sin error).

### D. Saneamiento de la nulidad relativa

La nulidad relativa queda subsanada por el lapso de cuatro años. Pasados los cuatro años prescribe la acción y el acto o contrato queda subsanado. Pero esta prescripción se refiere a las acciones patrimoniales y sólo puede oponerse entre las partes que han intervenido en el acto o contrato y los que de ellos tuvieren su derecho. Las otras acciones prescriben en diez años, a menos que la ley establezca un término especial.<sup>35</sup>

De acuerdo con el art. 2208 C. el plazo de cuatro años se contará:

~~a) En caso de violencia, desde que ésta hubiere cesado;~~

<sup>27</sup> Art. 979 C.

<sup>28</sup> Arts. 7 y 15 Num. 9 C.C.

<sup>29</sup> Brenes Córdoba sostiene que también podría pedir la nulidad el legatario (Ob. cit., p. 259).

<sup>30</sup> S. 11:30 a.m. del 8 de julio de 1919, B. J., p. 2408.

<sup>31</sup> Expresa Ricci que aun cuando esta declaración se hiciese con el objeto de engañar al otro contratante, no constituirá nunca arte fraudulento, siendo fácil al tercero saber, por el registro civil, la verdadera edad de la persona con quien contrata. Es necesario, por lo tanto, que a la declaración vaya unida alguna otra maniobra capciosa, usada por el menor (Ob. cit., Tomo XIV, p. 115).

<sup>32</sup> Art. 2206 C.

<sup>33</sup> Luis Claro Solar admite la ratificación por medio de la ejecución parcial, principalmente en los contratos de tracto sucesivo (Ob. cit., De las obligaciones, Tomo XII, Vol. III, p. 642). El art. 1063 del Código Civil de Argentina admite la confirmación por la ejecución parcial o total. Salvat acepta la confirmación en virtud de hechos que la suponen. Ejemplos: el comprador de una casa que después de descubrir el dolo o la violencia de que fue víctima en su adquisición la vende con posterioridad a un tercero o realiza obras importantes de edificaciones; pero no es confirmación si realiza simples actos de administración (Ob. cit., Parte General, Tomo II, p.p. 760 y 761).

<sup>34</sup> Art. 2207 C.

<sup>35</sup> Arts. 2205, 2208 y 2209 C.

b) En los actos y contratos ejecutados o celebrados por el menor, desde que el padre, madre o guardador tuvieren conocimiento del acto o contrato, y a falta de ese conocimiento, desde que el menor fuere emancipado o mayor;

c) En los demás casos, desde la fecha de la celebración del acto. En estos otros casos están comprendidos el error y el dolo.<sup>36</sup>

Todo lo cual, expresa la parte final del mencionado artículo, se entiende y se observará, cuando la ley no hubiere señalado especialmente otro plazo. Por ejemplo: los casos del art. 115 C.

La nulidad absoluta y la relativa pueden oponerse como acción y excepción. Como excepción es imprescriptible a tenor del art. 2210 C. que dice: “La nulidad ya sea absoluta o relativa, puede oponerse siempre como excepción. La Corte Suprema ha dicho que la nulidad como excepción puede alegarse en todo tiempo, según lo establecido en el art. 2210 C.”<sup>37</sup>

## 5. Efectos de la nulidad

Tanto la nulidad absoluta como la relativa producen iguales efectos. La nulidad hace desaparecer el acto o contrato y las cosas vuelven al estado anterior en que se encontraban antes de su celebración, como si no hubieren existido. La nulidad, pues, produce efectos retroactivos.

El estudio de los efectos lo haremos con relación a las partes y con relación a terceros.

### A. Con relación a las partes

De acuerdo con el art. 2211 C. la nulidad absoluta, lo mismo que la relativa, declaradas por sentencia firme, dan derecho a las partes para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiere existido el acto o contrato nulo, siempre que la nulidad no sea por lo ilícito del objeto o de la causa, en cuyo caso no podrá repetirse lo que se ha dado o pagado a sabiendas.

De conformidad con la anterior disposición tanto en la nulidad absoluta como en la relativa las partes deben restituir lo recibido. Ejemplo: Juan le vende a Pedro el inmueble X por C\$5.000. Si se declara la nulidad, Juan debe devolver a Pedro los C\$5.000 que recibió como precio de venta y Pedro, a su vez, debe regresar el inmueble que recibió de Juan.

La anterior regla tiene dos excepciones:

a) La contemplada en la parte final del mismo art. 2211 C. que preceptúa que no puede repetirse lo que se ha dado o pagado a sabiendas en razón de una causa u objeto ilícitos.

b) La contemplada en el art. 2212 C. que dice: “Si la nulidad procede de incapacidad de una de las partes, la otra sólo tendrá derecho a que se le restituya

<sup>36</sup> El art. 1961 del código chileno sigue nuestra misma técnica de contar el plazo en los supuestos de

lo que hubiere dado o pagado con motivo del acto o contrato, en cuanto ello haya aprovechado al incapaz”. Expresa Brenes Córdoba:

“Por consiguiente, todo lo que se hubiere recibido con motivo del acto anulado, es preciso devolverlo a su dueño con sus frutos y accesorios. Esto no reza, sin embargo, respecto a los actos que se hubiesen declarado nulos por lo ilícito de su objeto o de la causa, pues entonces no procede reclamar lo que pagó a sabiendas, esto es, con conocimiento del vicio. A pesar de lo que en general queda dicho en cuanto a la devolución recíproca que las partes deben hacerse de las cosas recibidas en virtud del pacto una vez declarada la nulidad, si ésta se hubiere originado por incapacidad de uno de los contratantes, no puede exigirse de parte suya restitución de lo que recibió sino en la medida en que su contrario pruebe que la cosa dada se dio en efectivo provecho del incapaz. Esto, a la vez que tiende a la protección de los intereses de quien por sí mismo no puede valerse, se encamina también a poner una sanción civil por el dolo con que posiblemente procedió al que fue causa de perjuicio para el incapaz directa o indirectamente”.<sup>38</sup>

Si las partes no han cumplido con sus prestaciones, nada tendrán que devolver. Pero, en cambio, estarán eximidas de cumplirlas. El vendedor no entregará la cosa y el comprador el precio.

Los efectos señalados en el art. 2211 C. no sólo tienen excepciones, sino también limitaciones. Si se declara la nulidad y ambas prestaciones consisten en sumas de dinero o en cosas productivas de frutos no cabe la restitución de intereses o de los frutos del período anterior a la demanda, porque quedan compensados. Con posterioridad a la demanda deben restituirse los intereses y frutos. Así se dispone en el art. 2218 C.: “Si el acto fuere bilateral, y las obligaciones correlativas consistieren ambas en sumas de dinero, o en cosas productivas de frutos, no habrá lugar a la restitución respectiva de intereses o frutos, sino desde el día de la demanda de nulidad. Los intereses y los frutos percibidos hasta esa época se compensan entre sí”.

Si sólo una de las prestaciones consiste en suma de dinero o en cosa productiva de frutos, la restitución de los frutos o intereses se hará desde el día del pago o entrega. Así lo dispone el art. 2219 C. que dice: “Si de dos objetos que forman la materia del acto bilateral, uno solo de ellos consiste en una suma de dinero, o en una cosa productiva de frutos, la restitución de los intereses o de los frutos, debe hacerse desde el día en que la suma de dinero fué pagada, o fué entregada la cosa productiva de frutos”.

## **B. Con relación a terceros**

Los efectos de la nulidad comprende o afecta a los terceros poseedores de la cosa y objeto del acto o contrato nulo, salvo:

---

violencia, error y dolo, pero lo dice expresamente para los dos últimos casos. El código francés, por



a) A los terceros protegidos por el Registro. Así se desprende de los arts. 2214, 3796 y 3949 C.

b) A los terceros poseedores de buena fe de bienes muebles. El art. 1770 C. dispone: “Las acciones de resolución, nulidad, o rescisión a que se halle sometido el precedente poseedor, no pueden dirigirse contra el poseedor actual de buena fe”.

c) A los terceros que contrataron de buena fe con el mandatario, cuyo mandato había cesado. Así se desprende del art. 3355 C.

## **6. La acción de nulidad**

### **A. Legitimación activa**

Como ya vimos, la nulidad absoluta la pueden pedir las partes, sus sucesores y acreedores o cualquiera que tiene interés en que se declare. También puede ser declarada de oficio por el Juez. La nulidad relativa solamente puede ser pedida por la persona a cuyo favor la establece la ley.

### **B. Legitimación pasiva**

La demanda debe dirigirse en contra de los contratantes, pues existe un liticonsorcio necesario entre ellos.

La Corte Suprema ha dicho que:

a) Para que la nulidad de derecho a ser restituido al mismo estado anterior es necesario que sean partes en el juicio de nulidad, como legítimos contradictores, los mismos que otorgan el acto o contrato que se supone nulo, pues de lo contrario se obligaría contra derecho a uno que no lo ha sido, a pasar, por un estado jurídico de cosas que no tuvo conocimiento legal por no haber sido emplazado al respecto.<sup>39</sup>

b) No puede declararse la nulidad de un contrato si una de las partes en él no figura en el juicio.<sup>40</sup>

El art. 2215 C. dispone que cuando dos o más personas contratan con un tercero, la nulidad declarada a favor de uno de ellos, no aprovecha a las otras. Ejemplo: Juan, Pedro y José contratan con Manuel. José demanda a Manuel y se declara la nulidad. La nulidad declarada a favor de José no aprovecha a Juan y a Pedro. Esto es una consecuencia del efecto relativo de la cosa juzgada. No puede afectar a los que no han sido partes.

### **C. Condición para el ejercicio de la acción**

---

el contrario, para los casos de error y dolo establece que correrá desde el día del descubrimiento del vicio. Expresa Claro Solar: “Sin conocimiento de la existencia del error y el dolo no puede presentarse

El art. 2213 C. dispone que sin la previa entrega o consignación de lo que se debe devolver con motivo de la nulidad, no puede una parte exigir que se compela a la otra parte a la devolución de lo que le corresponde.

## 7. Nulidad total y parcial

Desde el punto de vista de la extensión en que la nulidad afecta al acto, esta puede ser total o parcial. Es total cuando afecta a todo el acto la nulidad por defectos de forma, el acto o contrato con objeto ilícito, etc. Es parcial cuando sólo afecta una parte del mismo. Ejemplo: la nulidad de una cláusula no afecta a las demás, siempre que sean separables.

Estos dos tipos de nulidades los contempla el art. 2217 C. que dice:

“La nulidad de un acto jurídico puede ser completa o sólo parcial. La nulidad parcial de una disposición en el acto, no perjudica a las otras disposiciones válidas, siempre que sean separables”.

Por excepción las cláusulas de la transacción son indivisibles de acuerdo con el art. 2194 C.

## 8. Diferencias entre la nulidad absoluta y la relativa

La nulidad absoluta y la relativa presentan las diferencias siguientes:

a) La nulidad absoluta está establecida en interés de la ley y de la moral; en cambio la relativa lo está en interés de los particulares.

b) La nulidad absoluta debe ser declarada de oficio por el Juez cuando conste en autos; en cambio la relativa sólo puede ser declarada a petición del interesado.

c) La nulidad absoluta puede ser pedida por todo el que tenga interés; en cambio la relativa sólo puede ser pedida por la persona en cuyo beneficio la establece la ley.

d) La nulidad absoluta se sana por la prescripción de diez años; en cambio la relativa por la de cuatro años.

e) La nulidad absoluta no puede ratificarse; en cambio la relativa sí.

La Corte Suprema sostiene que el verdadero criterio para determinar en el hecho cuales sean nulidades absolutas y cuales relativas consiste en la posibilidad de una confirmación o ratificación.<sup>41</sup>

## 9. La conversión del acto nulo

### A. Concepto

---

la idea de ratificación del acto o contrato, ni del abandono de un derecho que no sabe que sí se tiene. Si el código modifica la regla ha debido ser por la dificultad de la prueba del conocimiento del error, siendo por lo demás, natural, que al ejecutarse el contrato por el contratante que debe entregar la cosa,

Un negocio jurídico puede ser nulo en su tipo, pero resultar válido como acto o negocio de otro tipo diferente. Se produce la sustitución de un acto nulo por otro válido. A este fenómeno se le denomina conversión del negocio jurídico.

Manuel Albaladejo expresa que hay conversión cuando un negocio jurídico nulo es mantenido como negocio jurídico válido de otro tipo diferente.<sup>42</sup>

José Luis De los Mozos expresa que la conversión consiste en la sustitución de los efectos jurídicos del negocio nulo, ineficaz, por los producidos por un negocio afín, pero distinto, con el objeto de salvaguardar y mantener en lo posible el fin propuesto por las partes al concertar el negocio tachado de nulidad o ineficacia.<sup>43</sup>

Por su parte Luis Díez-Picazo dice que la conversión es aquel medio jurídico por virtud del cual un contrato o, en general, un negocio jurídico nulo, que contiene sin embargo los requisitos sustanciales y de forma de otro contrato o negocio jurídico válido, puede salvarse de la nulidad quedando transformado en aquel contrato cuyos requisitos reúne.<sup>44</sup>

Para Carnelutti la hipótesis de la conversión la da un acto que, sino tiene todos los requisitos necesarios para la producción de todos los efectos correspondientes al fin del agente, posee en cambio requisitos suficientes para producir algunos efectos implicados en aquel fin. Agrega que la conversión de un acto lícito, así aclarado, presenta una figura análoga a la de la tentativa de un acto ilícito, en especial de un delito, en cuanto que también la tentativa no sólo consiste en un desenlace menor que el desenlace correspondiente al fin, sino que produce efectos jurídicos menores que el delito consumado.<sup>45</sup>

## B. Fundamentos

Dos teorías fundamentan este fenómeno: a) la subjetiva, que se basa en la voluntad de las partes, expresa o tácita, real o presunta; b) la objetiva, que se basa en el principio de la conservación del acto, que el derecho moderno propicia entre otros medios por la conversión, si con el acto convertido se consiguen los propósitos prácticos perseguidos por las partes, no precisándose una voluntad expresa o tácita de los interesados.

## C. Requisitos

Dos son los requisitos que se exigen:

**a)** Uno objetivo, que consiste en que el acto nulo suministre los requisitos sustanciales y formales del contrato en que se convierte; **b)** otro subjetivo, consistente en que el contrato convertido, aun no habiendo sido querido por las partes,

---

el que ha sufrido el error o el dolo, lo descubra" (Ob. cit., De las obligaciones, Tomo XII, Vol. III, p. 625).

37 S. 10:30 a.m. del 3 de octubre de 1955, B. J., p. 17713.

38 Ob. cit., p.p. 249 y 260.

39 S. 11 a.m. del 14 de enero de 1919, B. J., p. 2183.

ni siquiera eventualmente, quede dentro de la órbita del interés práctico por ellas perseguido.

De los Mozos expresa que dos requisitos son necesarios, pues, para que se opere la conversión: el objetivo, constituido por la existencia en el negocio nulo de los requisitos sustanciales y formales del negocio que le va a sustituir, y el subjetivo que no es otro que el intento práctico de las partes. En el elemento objetivo descansa toda la mecánica de la conversión; y en el subjetivo su límite negativo, el condicionamiento obligado de la aplicación del principio de la buena fe. Los requisitos objetivos son: consentimiento, objeto, causa y forma; además, los propios del nuevo tipo.<sup>46</sup>

#### **D. Clases**

##### **a) Conversión formal y material**

Es formal cuando el acto nulo se conserva, pero en forma diferente.<sup>47</sup>

Es material cuando el acto nulo se convierte en otro tipo diferente. Por ejemplo: si el depositario tiene autorización del dueño para usar o servirse de la cosa, se convertirá en mutuo, uso o usufructo, según el caso.<sup>48</sup>

##### **b) Conversión legal y convencional**

Es legal cuando proviene de la ley<sup>49</sup> y convencional cuando tiene su origen en la voluntad de las partes<sup>50</sup>. Se ha estimado por un sector doctrinal que ésta no es propiamente una verdadera conversión, ya que se funda en una voluntad subsidiaria. Las partes expresamente convienen que en caso de nulidad del negocio sea convertido.

#### **E. Reconocimiento legal**

Los Códigos de Alemania e Italia acogen en forma general la convertibilidad. El art. 140 del primero dice: “Si un negocio jurídico nulo satisface los requisitos de otro negocio jurídico vale el último, si ha de entenderse que su validez sería

40 S. 12 m. del 10 de febrero de 1923, B. J., p. 3911.

41 S. 12 m. del 28 de agosto de 1929, B. J., p. 7115.

42 El Negocio Jurídico. Librería Bosch. Barcelona 1958, p. 407.

43 La conversión del negocio jurídico. Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1959, p. 43.

44 Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias. Editorial Tecnos. Madrid, 1979 Vol. I, p. 304.

45 Teoría general del derecho. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1953, p.p. 428 y 429.

46 Ob. cit., p. 89.

47 Los autores españoles citan como ejemplo el del testamento cerrado nulo que vale como ológrafo de acuerdo con el art. 715 infine del Código Civil.

48 Art. 3464 C.

deseada con conocimiento de la nulidad”. El art. 1424 del segundo dispone: “Conversión del contrato nulo. El contrato nulo podrá producir los efectos de un contrato distinto del que contenga sus requisitos de sustancia y de forma, cuando, teniendo en consideración el fin perseguido por las partes, haya de estimarse que éstos lo habrían querido si hubiesen conocido la nulidad”.

Nuestro ordenamiento legal no contiene una regulación general, pero se contemplan algunos casos concretos:

a) El depósito en que el dueño concede permiso al depositario para usar o servirse de la cosa, se convierte en mutuo, comodato, uso o usufructo<sup>51</sup>.

b) El préstamo a la gruesa en que no se ponga en riesgo los efectos sobre los que se toma el dinero, vale como un contrato de préstamo sencillo.<sup>52</sup>

c) La conversión de la escritura pública defectuosa, por incompetencia del cartulario, en documento privado.<sup>53</sup>

d) La disposición hecha a favor de los parientes del testador o de los de otra persona sin designación expresa, se tomará como referente a los más próximos del testador o de la persona indicada, conforme al orden de la sucesión legal.<sup>54</sup>

Algunos autores españoles acogen, en general, la conversión.<sup>55</sup>

La conversión no tiene lugar en los actos inexistentes por la falta de los elementos esenciales del negocio jurídico (consentimiento, objeto y causa) o de los requisitos de formas exigidos *ad solemnitatem*, que nosotros sancionamos con nulidad absoluta. Tampoco es aplicable a los actos ilícitos.

## 10. Jurisprudencia

La Corte Suprema ha dicho que:

a) Es nula la escritura que omite expresar el estado del otorgante. Se estima que no es suficiente la mención de que el otorgante era sacerdote del culto católico, pues esta calidad se refiere tan sólo al oficio religioso que ejercía y no a su condición de soltero, casado o viudo. También produce nulidad el no dar a conocer al compareciente de una escritura el valor y trascendencia del acto.<sup>56</sup>

b) No produce nulidad la no advertencia de la obligación de inscribir la escritura, la de la boleta de libertad de gravamen, ni la no advertencia del objeto de las cláusulas generales, porque dándose a conocer el valor y trascendencia del acto, queda por ello conocido el objeto del mismo.<sup>57</sup>

c) Los bienes de los menores no pueden enajenarse sin autorización del Juez, por lo que es nula la escritura de partición suscrita por la esposa, cuando

49 Para De los Mozos la conversión legal no es una verdadera conversión. La conversión legal opera en virtud de una norma inderogable; en cambio la verdadera en virtud de una norma dispositiva que puede ser excluida por una contraria manifestación de voluntad privada (Ob. cit., p. 137).

50 En la edad media se usaba la fórmula que consistía en declarar que si el testamento no pudiese valer jurídicamente, debía valer como codicilo, donación mortis causa, fideicomiso o en cualquier otra forma que de mejor manera satisfaga el derecho.

51 Art. 3464 C.

52 Art. 890 C. C.

53 Art. 2380 C.

la propiedad pertenece a la sucesión del esposo representada por ella y sus hijos menores.<sup>58</sup>

**d)** El Juez, para decidir sobre la nulidad de un poder en que no se menciona la profesión de los testigos, otorgado en Costa Rica, debe estar a la *lex loci*.<sup>59</sup>

**e)** La nulidad absoluta de fondo no puede alegarse en un incidente.<sup>60</sup>

**f)** La falta de inserción en una escritura de partición de las partidas de defunción y nacimiento de los hijos en que comparece la madre, produce la nulidad absoluta de dicha partición y no puede servir de fundamento para una demanda reivindicatoria.<sup>61</sup>

**g)** La acción de nulidad de los contratos no puede ser propuesta más que por las partes que intervinieron en ellos, o por aquel de los contratantes a quien la ley en ciertos casos se la concede exclusivamente; pero nunca puede ser ejercitada por los que, siendo extraños al contrato, lo son también a las relaciones que éstos producen entre las partes y quienes no pueden por lo tanto pretender modificar o descubrir esas relaciones.<sup>62</sup>

**h)** Tratándose de una nulidad relativa, como es la cesión de derechos ajenos, no puede pedirse la nulidad por quien no es parte.<sup>63</sup>

**i)** La madre, en ejercicio de la patria potestad, no puede contratar con el hijo, porque en todo contrato deben haber dos o más voluntades distintas y autónomas. Como consecuencia, es absolutamente nula la venta hecha por la madre al menor, en que éste está representado por un mandatario con poder conferido por la misma madre.<sup>64</sup>

**j)** No tiene ningún efecto la alegación de la nulidad de una escritura por defecto de forma, si el contrato contenido en ella pudo haberse consignado en documento privado.<sup>65</sup>

**k)** La escritura en que se confiesa deber por dinero recibido es de mutuo y no requiere la presencia del acreedor, por lo que la falta de representación de quien comparece en su nombre no produce nulidad.<sup>66</sup>

## BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit., Tomo IV, p. 311 y sigts. BANEDES GASSET, Ramón. Los derechos del hombre sobre el propio cuerpo. R.G.L.J. Madrid. 1958. BOFFI BOGGERO, Luis María. La anulación del acto jurídico y el anteproyecto de Código Civil Brasileño. RN. Buenos Aires, Argentina. 1972. No. 803. Julio-Agosto. p. 989. Nulidad de los actos Jurídicos. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo XX, p. 455 y sigts. BORJA SORIANO, Manuel. Ob. cit., Tomo I, p. 275 y sigts., Tomo II, p. 113. BRENES CORDOBA, Alberto. Ob. cit., p. 249 y sigts. BUTELER,

54 Art. 949 C.

55 Albaladejo (Ob. cit., p. 411) y De los Mozos (Ob. cit., p. 160).

56 S. 11:30 a.m. del 23 de julio de 1913, B. J., p. 122.

57 S. 10 a.m. del 6 de noviembre de 1913, B. J., p. 251.

58 S. 10:30 a.m. del 15 de diciembre de 1916, B. J., p. 1421.

59 S. 22 de febrero de 1918, B. J., p. 1919.

60 S. 11 a.m. del 14 de febrero de 1919, B. J., p. 2183.

61 S. 11:30 a.m. del 24 de marzo de 1926, B. J., p. 5558.

62 S. 11:30 a.m. del 19 de septiembre de 1929, B. J., p. 7153.

José A. Nulidad e Inexistencia. *Revista de Derecho y Legislación*. Caracas, Venezuela. 1961. No. 606-607. Noviembre-Diciembre. p. 263 y sigts. CLARO SOLAR, Luis. Ob. cit., Tomo XII, Vol. III, p. 580 y sigts., p. 591 y sigts., p. 612 y sigts. CASTAN TOBENAS, José. Ob. cit., Tomo III, p. 615 y sigts. COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H. Ob. cit., Tomo III, p. 789 y sigts. COLMO, Alfredo. Ob. cit., p. 578 y sigts. DE LOS MOZOS, José Luis. *La inexistencia del negocio jurídico*. Instituto Editorial Reus. Madrid. 1960. DIEGO, Felipe Clemente de. Ob. cit., Tomo II, p. 130 y sigts. DIEZ-DIAZ, Joaquín. *El derecho a la disposición del cuerpo*. (Separata). R.G. L.J. Madrid. 1967. ESCOBAR RIFFO, Francisco. Ob. cit., Tomo I, p. 138 y sigts. FARINA, Juan M. *Rescisión*. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo XVIII, p. 229 y sigts. GARCIA GOYENA, D. Florencio. Ob. cit., p. 618 y sigts., p. 628 y sigts. GAUDEMET, Eugene. Ob. cit., p. 519 y sigts., p. 442 y sigts. GIORGI, Jorge. Ob. cit., Vol. VIII, p. 212 y sigts. GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Ob. cit., p. 134 y sigts., p. 519 y sigts. GUZMAN QUIROZ, Gerardo. *De la nulidad y rescisión* *Revista de Ciencias Jurídico-Sociales*. San José, Costa Rica. 1956. Vol. I. No. I. Marzo p. 175 y sigts. LARENZ, Karl. Ob. cit., Tomo I, p. 443. GOMEZ DE LA SERNA, Pedro de Y MONTALBAN, Juan Manuel D. Ob. cit., Tomo II. MANRESA Y NAVARRRO, José María. Ob. cit., Tomo VIII, p. 747 y sigts., p. 788 y sigts. MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean. Ob. cit, 2a. parte Vol. I, p. 775 y sigt- MEJIA MORENO, Luis. Ob. cit., p. 254 y sigts. NUÑEZ LAGOS, Rafael. *La Ratificación*. Editorial Universidad Notarial Argentina. La Plata, Argentina. 1969.; *Condictio ob turpen vel injustam causam*. RDN. 1961. No. 32, p. 7. OSSORIO MORALES, Juan. Ob. cit., p. 290 y sigts. PALACIO P., H. Gustavo. Ob. cit., p. 73 y sigts. PESCIO V., Victorio. Ob. cit., Tomo II, p. 186 y sigts. PEREZ VIVES, Alvaro. Ob. cit., Vol. III, p. 435 y sigts. POCH, Teresa Estela. *Algunas consideraciones sobre nulidad del matrimonio*. RN. Buenos Aires, Argentina. 1972 No. 803. Julio-Agosto, p. 1017. REYES MONTERREAL, José María. *Problemática jurídica de los trasplantes de órganos*. Separata R.G.L.J. Madrid. 1969. RUGGIERO, Roberto de. Ob. cit., Tomo II. Vol. I, p. 242 y sigts. SALVAT M., Raymundo. Ob. cit., Parte General, Tomo II, p. 701 y sigts. SANTOS BRIZ, Jaime. Ob. cit, Tomo III. p. 449 y sigts., p. 453 y sigts. SELVA, Buenaventura. Ob. cit, p. 314 y sigts. URIBE-HOLGUIN, Ricardo. Ob. cit, p. 24 y sigts. VALVERDE Y VALVERDE, Calixto D. Ob. cit., Tomo III, p. 298 y sigts. VELEZ, Fernando. Ob. cit, Tomo VI, p. 373 y sigts. TUHR, Von A. Ob. cit., Tomo I. p. 162 y sigts., Tomo II, p. 133 y sigts.



## Capítulo XV

### La prescripción negativa

*SUMARIO: 1. Ubicación de la prescripción negativa. 2. Clases de prescripción. 3. Fundamentos de la prescripción negativa. 4. Requisitos de la prescripción negativa. 5. Que las acciones sean prescriptibles: A. Prescriptibilidad de las acciones. B. Acciones y derechos imprescriptibles. C. La prescripción y las excepciones. 6. Que la prescripción no sea interrumpida: A. Ideas generales. B. Causas de la interrupción. C. Efectos de la interrupción. 7. Que la prescripción no se haya suspendido. 8. Que transcurra el tiempo señalado en la ley: A. El tiempo como elemento fundamental. B. Plazo de la prescripción extintiva. C. Forma de computar el plazo de la prescripción. D. Epoca en que se comienza a contar el plazo de la prescripción. E. La libre contratación y el plazo de la prescripción. 9. Que la prescripción sea alegada: A. Alegación de la prescripción. B. Quién puede alegar la prescripción. C. Renuncia de la prescripción. 10. Prescripción de las acciones reales: A. El dominio. B. Desmembraciones del dominio. 11. La caducidad: A. Concepto. B. Casos de caducidad. C. Diferencias entre la caducidad y la prescripción. 12. Jurisprudencia.*

#### 1. Ubicación de la prescripción negativa

Nuestro Código Civil no trata de la prescripción negativa en los modos de extinguir las obligaciones; limitándose a señalarla como uno de ellos, sin expresar si se refiere a la positiva o a la negativa.<sup>1</sup>

Se ocupa de la prescripción, tanto de la positiva como de la negativa, en el Tomo I, Libro II, Título V, Capítulos I a VII. El primero está dedicado a las disposiciones generales, muchas de ellas comunes a ambas prescripciones, el segundo, tercero y cuarto regulan la prescripción positiva, el quinto regula la prescripción negativa y los dos últimos hablan de la interrupción y suspensión.

De acuerdo a una depurada técnica legislativa la prescripción negativa debe ser regulada dentro de los modos de extinguir las obligaciones. Pero debe reconocerse que ambas prescripciones tienen reglas y principios comunes que justifican un tratamiento unitario para evitar una dispersión innecesaria.

#### 2. Clases de prescripción

<sup>1</sup> Art. 2005 inc. 9 C.



La prescripción puede ser de dos clases: positiva, llamada también adquisitiva o usucapión, y negativa, llamada también extintiva.

Por medio de la prescripción positiva se adquiere el dominio y los otros derechos reales, excepto las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas aparentes o no<sup>2</sup>. El tiempo y la posesión son los elementos básicos, los cuales implican actividad del prescribiente e inactividad del dueño. No se adquieren derechos de créditos, pues éstos sólo surgen de las fuentes de las obligaciones. La calidad de acreedor no se adquiere con el tiempo.

Por medio de la prescripción negativa se extingue un derecho. Sus elementos son el tiempo y la inactividad del acreedor, sin necesidad de actividad del deudor, como veremos.

El art. 902 C. expresa que por la prescripción negativa se pierde un derecho. Los arts. 868, 569 y 903 C. dicen:

Art. 868. “La prescripción es un medio de adquirir un derecho o de libertarse de una carga u obligación, por el lapso y bajo las condiciones determinados por la ley”.

Art. 869. “La adquisición de cosas o derechos en virtud de la posesión, se llama prescripción positiva: la exoneración de obligaciones por no exigirse su cumplimiento, se llama prescripción negativa”.

Art. 903. “La acción para hacer efectivo un derecho, se extingue por la prescripción del mismo derecho”.

Del análisis de los artículos transcritos se desprende que: a) el elemento común a ambas prescripciones es el tiempo<sup>3</sup>; b) la posesión es el elemento fundamental de la prescripción positiva<sup>4</sup>; y c) la falta de ejercicio del derecho es la base de la prescripción negativa.<sup>5</sup>

Expresa Cuadra Zavala: “Ha dicho un escritor que la prescripción en el derecho civil, es en sentido lato, una razón de adquirir por el decurso del tiempo. Y que, puesto que ninguno puede conquistar un derecho si no es a expensas de quien pierde el derecho correspondiente, resulta que toda prescripción, mirada en sus últimas consecuencias es a la vez adquisitiva y extintiva. Esto no obstante, las legislaciones y los juristas distinguen dos especies de prescripciones: la positiva o adquisitiva, que tiene por objeto hacer adquirir un derecho sobre las cosas; y la negativa, extintiva o liberatoria, por la cual un deudor se libra de una obligación.

Es esto precisamente lo que ha dicho nuestro Código Civil, en el art. 869, que distingue entre la prescripción positiva, que es la adquisición de las cosas en virtud de la posesión; y la prescripción negativa, que es la exoneración de la obligación por no exigir su cumplimiento”.<sup>6</sup>

### 3. Fundamentos de la prescripción negativa

2 Art. 1570 C.

3 Art. 868 C.

4 Art. 869 C.

5 Idem.

6 Ob. cit., Tomo III, p. 395.

Se han aducido una serie de razones que tratan de justificar esta prescripción:

a) La presunción de abandono del derecho por parte del acreedor, fundada en el no ejercicio del mismo.

b) Se estima que la prescripción negativa es una pena impuesta al acreedor negligente en el ejercicio de su derecho.

c) También se considera por algunos autores que existe una presunción legal, al no ejercitarse la acción dentro del término legal, de haberse satisfecho la obligación por pago, remisión u otro medio equivalente.

Dice Cuadra Zavala: “La prescripción extintiva, según nuestro derecho, no es una presunción de pago, sino solamente un medio de extinguir una acción, por las razones de conveniencia social de que hemos hablado. Tanto es así cuanto que un deudor demandado pudiera bien confesar que no ha pagado, reconociéndose deudor, y sin embargo oponer eficazmente la prescripción para ser liberado”.<sup>7</sup>

d) Por último se piensa que la prescripción obedece al interés social de no dejar en forma incierta las relaciones jurídicas.

#### 4. Requisitos de la prescripción negativa

El art. 902 C. dice: “Por la prescripción negativa se pierde un derecho. Para ello basta el transcurso del tiempo”.

Visto el artículo transcrito en forma aislada, parece que únicamente se exige el transcurso de un lapso de tiempo. Pero a poco que se ahonde en el problema nos daremos cuenta que son varios los requisitos. El art. 868 C. dispone que la prescripción es un medio de liberarse de una carga u obligación, por el lapso y bajo las condiciones determinados por la ley.

Expresa Cuadra Zavala: “No basta pues, el transcurso del tiempo para que se consuma la prescripción, porque si el acreedor o el dueño ejercitasen la acción, el derecho no se extinguiría nunca por el solo efecto del tiempo; sino que es necesario que concurren también las condiciones determinadas por la ley; sea por circunstancias que afecten a la inercia del acreedor; o bien por la naturaleza de la posesión, a los actos interruptivos o de suspensión; que pudieran constituir obstáculos que por virtud de la ley misma impidan que se cumpla la prescripción.

Esto no obstante de que el art. 902 de nuestro Código Civil dice que para la prescripción negativa basta el transcurso del tiempo”.<sup>8</sup>

De acuerdo con las diferentes disposiciones que regulan la prescripción negativa, podemos señalar los requisitos siguientes: a) que las acciones sean prescriptibles; b) que la prescripción no se haya interrumpido; c) que la prescripción no se haya suspendido; d) que trascorra el tiempo señalado en la ley; y e) que la prescripción sea alegada.

7 Ob. cit., Tomo III, p. 398 y 399.

8 Ob. cit., Tomo III, p. 396.

## 5. Que las acciones sean prescriptibles

### A. Prescriptibilidad de las acciones

Como regla general todas las acciones son prescriptibles, salvo las excepciones legales.

### B. Acciones y derechos imprescriptibles

“Pueden prescribirse todas las cosas y obligaciones que están en el comercio, salvo las excepciones establecidas en la ley”.<sup>9</sup>

Son imprescriptibles:

a) El derecho de los hijos legítimos para reclamar el estado que les pertenece.<sup>10</sup>

b) El derecho de reivindicar los bienes confiscados.<sup>11</sup>

c) La acción de partición de la herencia es imprescriptible, mientras que de hecho continúe la indivisión; pero es susceptible de prescripción, cuando la indivisión ha cesado de hecho, porque alguno de los herederos, obrando como único propietario, ha comenzado a poseerla de una manera exclusiva.<sup>12</sup>

d) La acción para rectificar el error en la colocación de mojones hecha con base en un título no contestado.<sup>13</sup>

e) Los huecos o ventanas que se abran en paredes no medianeras contiguas a fincas ajenas.<sup>14</sup>

f) La acción para pedir la destrucción de la obra nueva, aunque haya transcurrido el lapso necesario para constituir una servidumbre, siempre que se trate de obras que corrompan el aire y lo hagan conocidamente dañoso.<sup>15</sup>

g) El derecho a exigir alimentos. Art. 13 Ley No. 143/92.

Expresa Cuadra Zavala: “Las acciones para reclamar una servidumbre, para adquirir una medianería, y otra de esa índole, son imprescriptibles; pero es propiamente por la razón de que su causa se renueva todos los días, y, por consiguiente, en cualquiera época en que se ejerciten siempre se estará en el día siguiente del hecho que les da nacimiento”.

Esas acciones tienen más bien el carácter de facultades adherentes a la propiedad, que de verdaderas acciones.<sup>16</sup>

9 Art. 870 C. 1

10 Art. 208 C.

11 Art. 876 inc. 2 C.

12 Art. 1356 C; S. 12 m. del 9 de abril de 1920, B. J., p. 2872; S. 11:00 a.m. del 7 de septiembre de 1922, B. J., p. 3764; S. 12 m. del 1 de julio de 1924, B. J. p. 4482; S. 11:55 a.m. del 26 de febrero de 1925, B. J., p. 4804; S. 11:30 a.m. del 19 de septiembre de 1929, B. J., p. 7153; S. 11:30 a.m. del 2 de mayo de 1935, B. J., p. 8963; S. 12 m. del 23 de enero de 1936, B. J., p. 9176; S. 10 a.m. del 2 de marzo de 1943, B. J., p. 11936; S. 9 a.m. del 31 de enero de 1956, B. J., p. 17934.

13 Art. 1661 C.

14 Art. 1670 C.

15 Art. 1820 C.

16 Ob. cit., T. III, p. 399.

### C. La prescripción y las excepciones

Las excepciones son imprescriptibles cuando sólo se pueden hacer valer como defensa y no como acción. Se pueden oponer en cualquier tiempo en que la acción se ejercite. Ejemplo: la excepción de pago y de remisión, puede oponerse en cualquier tiempo que el acreedor demande el cumplimiento de la obligación. No obstante, cuando la excepción constituye un derecho que puede hacerse valer como acción es prescriptible.

No obstante, cuando la excepción constituye un derecho que puede hacerse valer como acción es prescriptible.

Para Cuadra Zavala la excepción nunca prescribe (*temporalia ad agendum, perpetua ad exhibendum*) y agrega que en la discusión en torno a la prescriptibilidad o imprescriptibilidad de las excepciones nuestro Código ha tomado partido declarando que la nulidad, de acuerdo con el art. 2210 C., puede oponerse siempre, adverbio éste que indica en todo tiempo”.<sup>17</sup>

Refiriéndose concretamente a la nulidad expresa: “La acción de nulidad se extingue por prescripción, de conformidad con lo establecido en los arts. 2204, 2205, 2208 C. Sobre esto no hay dificultad alguna. La dificultad surge sobre la cuestión de si la excepción de nulidad también se extingue por prescripción. Es decir, si la parte que ya no puede atacar el acto con acción de nulidad, por haber ésta prescrito, puede siempre defenderse, cuando esa parte sea demandada, oponiendo la excepción de nulidad del acto: Por ejemplo un acto fue celebrado por un menor, sin que se hayan llenado los requisitos legales, y llega poco tiempo después a la mayoría de edad; y transcurren cuatro años sin que el acto haya sido atacado de nulidad; y como la cosa que constituye el objeto de ese acto se encuentra en poder del que era menor, la contraparte capaz procede a demandar la entrega de esa cosa, en ejecución del acto. En ese caso se pregunta si podrá la parte demandada, o sea el que era menor, quien ya no puede ejercitar la acción de nulidad, por haber prescrito al cabo de los cuatro años, defenderse contra la demanda de la contraparte, oponiendo la excepción de nulidad del acto.

La excepción de nulidad se ha considerado que es perpetua ad excipiendum, en el sentido de que nunca prescribe. Eso es, precisamente lo que quiere decir el art. 2210 al expresar que la nulidad ya sea absoluta o relativa, puede oponerse siempre como excepción. Tal es la significación del adverbio **siempre** que se encuentra en el art. 2210 C”.<sup>18</sup>

Algunos autores consideran que las excepciones son prescriptibles. El tema, pues, es controvertido: unos sostienen que son imprescriptibles; otros que prescriben y finalmente los que como nosotros hacemos distinciones.

### 6. Que la prescripción no sea interrumpida

17 Ob. cit., T. III, p.p. 399 y 400.

18 Ob. cit., T. III, p. 249.

## A. Ideas generales

Para que la prescripción opere es necesario que el acreedor permanezca en inactividad en el ejercicio de su derecho.

También requiere el funcionamiento de la prescripción la pasividad del deudor. En resumen: si el acreedor reclama su crédito, o el deudor, a pesar de la inactividad del acreedor, reconoce la existencia de la obligación, no opera la prescripción. A esta inactividad activa y pasiva, que permite el juego de la prescripción, los autores españoles la llaman silencio de la relación jurídica.

Algunas legislaciones declaran que son imprescriptibles la acción y excepción de nulidad absoluta. En nuestro Código la acción es prescriptible y la excepción no lo es.

## B. Causas de la interrupción

La prescripción negativa se interrumpe:

**a)** Por cualquier gestión judicial o extrajudicial para el cobro de la deuda y cumplimiento de la obligación.<sup>19</sup>

En sentencia de las 12 m. del 17 de diciembre de 1928, B.J., p. 6863, la Corte Suprema dijo que no procedía la ejecución de sentencia sobre derechos declarados contra el Fisco, los que no prescriben a su favor, porque están desprovistos de medios para hacerlos efectivos, ya que el acreedor está en la imposibilidad de obrar contra el ejecutivo y sólo corresponde a éste el pago cuando así lo determine por la ley del presupuesto. No puede acusarse de negligente al acreedor cuando falta la posibilidad jurídica de ejercitar la acción.

La Suprema ha dicho también que el reconocimiento de firma no interrumpe la prescripción.<sup>20</sup>

**b)** Por el emplazamiento judicial, embargo o secuestro notificado al deudor, aunque el Juez que conozca estos actos sea incompetente, aunque dichos actos sean nulos por defecto en la forma, y aunque el demandante no haya tenido capacidad para presentarse en juicio.<sup>21</sup>

La Corte Suprema ha dicho que:

**i)** La prescripción se interrumpe con la demanda y continúa produciendo sus efectos mientras está pendiente el juicio<sup>22</sup>.

**ii)** "... La índole jurídica del acto interruptivo es la de ser una providencia que tiende efectivamente a la conservación del crédito. Es claro que comprende, por consiguiente, todo acto de cumplimiento y aun aquellos que, no siendo estrictamente de ejecución o cumplimiento contienen sin embargo la voluntad del acreedor de mantenerse en su derecho. En esa virtud los actos interruptivos constan de dos

19 Art. 930 inc. 1 C.

20 S. 9 a.m. del 7 de noviembre de 1952, B. J., p. 16229.

21 Art. 927 inc. 2 C.

22 S. 11 a.m. del 19 de julio de 1919, B. J., p. 2441.

elementos indispensables: 1ª. Manifestación de la voluntad de la conservación del derecho y 2º. Notificación de esa voluntad al deudor. Ahora bien, esos elementos se pueden encontrar desde luego en el emplazamiento judicial, embargo o secuestro notificado al deudor (Art. 927 C.) y, en general, en todos los actos de apremio o que signifiquen una gestión de cobro, aunque sean extrajudiciales. Pero a juicio del Tribunal, ni la liquidación de un crédito efectuada sin la intervención del deudor, ni la inclusión del crédito en el inventario, ni su adjudicación en el juicio de partición, pueden tener los caracteres dichos para conferirles la virtud interruptiva de la prescripción...<sup>23</sup>

**iii)** Para que una demanda interrumpa la prescripción debe ser notificada.<sup>24</sup>

**iv)** La prescripción sólo se interrumpe en los casos de los artos. 926 y 927 C. y no por trámites o actuaciones que no sean parte de la demanda correspondiente.<sup>25</sup>

**v)** El término de la prescripción negativa comienza a correr desde que la deuda es exigible y no se interrumpe con la presentación de la demanda, sino con la notificación de la misma.<sup>26</sup>

**vi)** La prescripción no se interrumpe por la demanda, sino por el emplazamiento notificado al reo.<sup>27</sup>

**vii)** La presentación de la demanda ejecutiva no interrumpe la prescripción, sino el requerimiento de pago.<sup>28</sup>

En la prescripción positiva, ni el emplazamiento judicial, ni el embargo, aunque llegue a contestarse la demanda, interrumpe la prescripción: si el actor desistiere de la demanda; si la demanda se declara abandonada; si el demandado fuera absuelto por sentencia ejecutoriada.<sup>29</sup>

El que desiste de la demanda reconoce la ilegitimidad de su pretensión. Si la demanda no ha sido notificada, la sentencia que acepta el desistimiento no produce cosa juzgada y, como consecuencia, el actor puede hacer valer o ejercitar su derecho<sup>30</sup>, pero su primera demanda no tuvo la virtud de interrumpir la prescripción, por lo que si al tiempo de presentarse la nueva demanda ya transcurrió el tiempo de la prescripción, el deudor puede oponerla.

Si el desistimiento se hace después de notificada la demanda, la sentencia que la acepta extingue la acción<sup>31</sup>, por lo que carece de interés para el demandado que no se haya operando la interrupción, ya que el derecho quedó extinguido y no podrá exigírsele que cumpla la obligación.

Al actor que ejercita su acción no puede calificársele de negligente, pero si una vez entablada la demanda la deja en abandono, vuelve a incurrir en negligente.

23 S. 12 m. del 4 de agosto de 1927, B. J., p. 6055.

24 S. 11 a.m. del 2 de noviembre de 1928, B. J., p. 6470.

25 S. 12 m. del 25 de septiembre de 1940, B. J., p. 11038.

26 S. 12 m. del 25 de septiembre de 1940, B. J., p. 11038.

27 S. 10 a.m. del 28 de mayo de 1946, B. J., p. 13460.

28 S. 9 a.m. del 7 de noviembre de 1952, B. J., p. 16229.

29 Art. 928 C.

30 Art. 386 Pr., y S. 12 m. del 21 de marzo de 1935, B. J., p. 8935.

31 Art. 389 Pr.

cia, que la ley castiga con la no interrupción. Si el abandono es de la primera instancia el actor puede volver a reclamar su derecho<sup>32</sup>, pero la demanda no tuvo la virtud de interrumpir la prescripción.

Si el actor apeló o recurrió de casación por haber perdido y se declaró la caducidad, la sentencia recurrida hace tránsito a cosa juzgada<sup>33</sup> y se habrá extinguido, por consiguiente, el derecho del actor, no pudiendo volverlo a ejercitar, por lo que ya no cabe hablar de interrupción.

Si se absuelve al deudor de la demanda el derecho se habrá extinguido y el deudor ante una nueva demanda evidentemente esgrimirá la excepción de cosa juzgada y no la de prescripción.

De acuerdo con el art. 930 C. la prescripción negativa se interrumpe por cobros extrajudiciales. A este tipo de cobro quedaría convertido el emplazamiento o requerimiento hecho en el juicio abandonado, por lo que la prescripción se interrumpe a pesar del abandono. Por otra parte, la sanción del art. 928 C. es para la prescripción positiva y no puede hacerse extensiva a la negativa.

c) Por el reconocimiento tácito o expreso que el deudor haga a favor del acreedor del derecho que trata de prescribirse.<sup>34</sup> Ejemplos: pagar intereses, solicitar nuevo plazo, dar una nueva garantía, etc. La Corte Suprema ha dicho que:

i) La transacción interrumpe la prescripción.<sup>35</sup>

ii) El pago hecho por un deudor solidario interrumpe la prescripción respecto de todos.<sup>36</sup>

iii) La novación que queda sin efecto por incumplimiento conserva su efecto interruptivo de la prescripción.<sup>37</sup>

iv) El pago parcial hecho por un tercero interrumpe la prescripción si fue invocado por el deudor y convenido y aceptado por ambas partes que se imputase a la cuenta de éste.<sup>38</sup>

v) Después de cumplida la prescripción no pueden haber actos interruptivos. El pago de intereses como interruptor de la prescripción no puede probarse por testigos.<sup>39</sup>

### C. Efectos de la interrupción

El art. 929 C. dispone que el efecto de la interrupción es inutilizar para la prescripción todo el tiempo corrido anteriormente. Se puede iniciar posteriormente una nueva prescripción, pero al tiempo de ésta no puede sumarse el tiempo de la interrumpida, ya que dicho término quedó inutilizado. El art. 217 del B.G.B. dice: “Cuando se interrumpe la prescripción no se contará el tiempo transcurrido

32 Art. 404 Pr., reformado por Ley del 17 de agosto de 1945.

33 Art. 401 Pr.

34 Art. 927 inc. 1 C.

35 S. 12 m. del 6 de noviembre de 1922, B. J., p. 3825.

36 S. 12 m. del 22 de octubre de 1930, B. J., p. 7583.

37 S. 11 a.m. del 2 de junio de 1933, B. J., p. 8272.

38 Idem.

39 S. 12 m. del 5 de marzo de 1943, B. J., p. 11942.



hasta entonces. La nueva prescripción comenzará cuando termine la interrupción”.

La prescripción interrumpida respecto de uno de los deudores de la obligación indivisible, lo es igualmente respecto del otro.<sup>40</sup>

## 7. Que la prescripción no se haya suspendido

La ley suspende el curso de la prescripción para favorecer a ciertas personas que se encuentran en situación de no poder interrumpir la prescripción. Estas personas están enumeradas en el art. 931 C. Par ejemplo: las menores o incapaces sin guardador, la herencia yacente mientras no haya albacea que hubiere aceptado, etc. Por excepción la prescripción no se suspende con relación al plazo de prescripción de tres años de los pactos de reventa y retroventa, pues, éste corre de acuerdo con el art. 2690 C., contra toda clase de personas, aunque sean incapaces.

La suspensión produce el efecto de inutilizar el lapso que dura la causa legal que le dio origen, pero no perjudica el tiempo anterior que transcurrió antes de la suspensión. De aquí que una vez desaparecida la causa de la suspensión continúa corriendo el tiempo anterior suspendido. Sin embargo la prescripción negativa aprovecha a todos, aun a los que por si mismos no pueden obligarse.<sup>41</sup>

La Corte Suprema ha dicho que no corre la prescripción contra los menores sin guardador.<sup>42</sup>

Aunque no está contemplada por el artículo 931 C., la doctrina considera que la fuerza mayor puede ser causa de suspensión de la prescripción, por cuanto razones de equidad así lo imponen.

Planiol, Ripert y Boulanger consideran que sería demasiado duro dejar correr las prescripciones contra los interesados que no han podido encontrar jueces debido a la interrupción del curso de la justicia a causa de una invasión. Admiten que la fuerza mayor tiene la virtud de suspender el curso de la prescripción, pero restringen, con razón, su campo de acción: “Puede preguntarse sin embargo si se trata realmente de una suspensión, con todas las consecuencias jurídicas anexas a ella. El acontecimiento de fuerza mayor no puede ser invocado útilmente sino cuando ocurre casi contemporáneamente a la expiración del término. No tiene consecuencia, por el contrario, si se ha producido en una época tal que el acreedor podría haber intentado fácilmente la acción en el tiempo que aún quedaba por correr. La contemplación de la fuerza mayor aparece entonces más bien como un medio equitativo de relevar de la imposibilidad de actuar al titular del derecho”.<sup>43</sup>

40 Art. 1973 C.

41 Art. 872 C.

42 S. 11 a.m. del 15 de mayo de 1959, B. J., p. 19478.

43 Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Ediciones La Ley. Buenos Aires 1965, T. V., p. 630.



Nuestra Corte Suprema ha reconocido la posibilidad de que se interrumpa la prescripción si hay prueba concreta de que el estado en que se encontraba el país impedía el ejercicio de la acción.<sup>44</sup>

Recién terminada la guerra de 1979 el Decreto No. 37 del 8 de agosto de ese año suspendió los términos judiciales de los juicios civiles, mercantiles y administrativos y los referentes a la prescripción positiva y negativa.

## **8. Que transcurra el tiempo señalado en la ley**

### **A. El tiempo como elemento fundamental**

El transcurso del tiempo es un elemento esencial de la prescripción común a la positiva y a la negativa.

### **B. Plazo de la prescripción extintiva**

Como regla general la prescripción negativa requiere el plazo de diez años, salvo las excepciones señaladas por la ley.

Los arts. 905 y 906 C. dicen:

Art. 905 C. “Todo derecho y su correspondiente acción se prescribe por diez años. Esta regla admite las excepciones que prescriben los artículos siguientes, y las demás establecidas expresamente por la ley”.

Art. 906 C. “La prescripción negativa para exigir una deuda, se consuma por el lapso de diez años”.

En el Código Civil y otras leyes existen muchas disposiciones que contemplan excepciones a la regla general: 115, 162, 205, 209, 223, 228, 289, 497, 640, 663, 684, 686, 699, 704, 908, 917, 918, 919, 921, 1223, 1345, 1390, 1812, 1829, 2208, 2326, 2555, 2647, 2649, 2656, 2659, 2662, 2667, 2792, 2795, 3111, 3394 y 3484 C.

Todos los plazos señalados en las mencionadas disposiciones son menores de los diez años. A esta prescripción se le denomina prescripción de corto tiempo y a la de diez años se le denomina de largo tiempo.

Las acciones a que se refieren los arts. 908, 915, 919 C., si después de ser exigible la obligación, se otorgare documento o recayere sentencia judicial, no prescribirán en el tiempo corto que señalan dichas disposiciones, sino en diez años, el que se comenzará a contar desde el vencimiento del documento o desde el día de la sentencia ejecutoriada.<sup>45</sup>

### **C. Forma de computar el plazo de la prescripción**

Los arts. XXVI a XXXI del Título Preliminar regulan el modo de contar los intervalos del derecho. Estas reglas son aplicables a la prescripción de acuerdo

44 S. 12 m. del 11 de agosto de 1919, B. J., p. 2459.

45 Art. 923 C.

con el art. XXXII de dicho Título, el que dispone que los mencionados artículos son aplicables a todos los plazos señalados por las leyes y bien es sabido que el plazo de la prescripción lo fija la ley.

#### **D. Epoca en que se comienza a contar el plazo de la prescripción**

El art. 924 C. dispone que por lo general, el término para la prescripción de acciones comenzará a correr, desde el día en que la obligación sea exigible. Ejemplos: si hay plazo, desde el vencimiento del plazo; si hay condición suspensiva desde el cumplimiento del hecho.

No obstante, la prescripción de la acción resolutoria que proviene del pacto comisorio comienza a contar, a partir de la celebración del contrato y no desde el incumplimiento.<sup>46</sup>

Los arts. 909 y 914 C. señalan las épocas en que debe comenzarse a contar el plazo de prescripción de dos años para los casos contemplados en el art. 908 C. Se consagran otras disposiciones que señalan épocas en que comienza la prescripción: art. 909 C. y sigts.

Existen algunas disposiciones como el art. 918 y 919 que regulan el pago y comienzo de la prescripción de determinadas prestaciones periódicas (tracto sucesivo), pero se dan supuestos que no estén regulados por las mencionadas disposiciones. Supongamos un mutuo que deberá ser pagado en varias cuotas. La prescripción principia a correr desde el vencimiento de la primera cuota y no al vencimiento de la última, como piensan algunos autores porque consideran que la deuda es única. Todo esto sin perjuicio de la prescripción de intereses que prescriben en el tiempo y forma de acuerdo al art. 919 C.

#### **E. La libre contratación y el plazo de la prescripción**

De conformidad con el art. 2437 C. los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas o condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público.

Con base en el principio de la libre contratación, consagrado en el mencionado artículo, podrán las partes ampliar o restringir el plazo de la prescripción.

Se sostiene por un sector doctrinal que las partes no pueden ampliar o restringir el plazo de la prescripción por cuanto lo fija la ley, salvo los casos en los que la misma lo permite, como en los supuestos de los arts. 2647 y 2656 C.

La mayoría de los autores estiman que no puede ampliarse el plazo de la prescripción, pues se podría convertir en una renuncia anticipada de la prescripción al convenirse plazos largos. También una gran mayoría de autores aceptan que puede restringirse el plazo de la prescripción.

Cuadra Zavala opina que es permitida la reducción del plazo de la prescripción, pero no su ampliación: No es permitido alargar el plazo de la prescripción, porque aunque ningún texto de ley lo prohíbe expresamente, se comprende que

<sup>46</sup> Arts. 2262 inc. 2 y 2667 C.

es aquello una consecuencia de lo dispuesto en el art. 873 C., que es de orden público y no admite la renuncia anticipada, pues si así no fuere se llegaría a establecer un modo de burlar ese precepto conviniendo anticipadamente en un plazo muy largo.

Por el contrario, nada impide abreviar el plazo de la prescripción, porque con ello no se agrava sino más bien se favorece la liberación del deudor; y el pacto no tiene nada de contrario al orden público. Sin desconocer que en determinadas circunstancias pudiera ese convenio presentar un aspecto de inmoralidad, si tiende a fomentar la mala fe.<sup>47</sup>

La acción redibitoria dura seis meses respecto de las cosas muebles y un año respecto a las raíces, pero se permite a las partes ampliarlos o restringirlos<sup>48</sup>. Este es un caso en que la ley permite a las partes ampliar o restringir el plazo de la prescripción.

Por otra parte, el art. 2667 C. no permite que las partes amplíen el plazo de la prescripción del pacto comisorio.

## **9. Que la prescripción sea alegada**

### **A. Alegación de la prescripción**

La prescripción negativa debe ser alegada. En el proceso civil el Juez no puede actuar de oficio.<sup>49</sup> Así lo exige el principio dispositivo que campea en este tipo de proceso<sup>50</sup>. La prescripción negativa sólo puede ser alegada como excepción<sup>51</sup>; por el contrario, la positiva se puede alegar como acción y como excepción.<sup>52</sup>

En otras legislaciones la ley no expresa que la prescripción negativa sólo se puede alegar como excepción, pero la doctrina admite que no existe obstáculo para que lo pueda hacer como acción el favorecido. Cobra intereses cuando el deudor desea cancelar una hipoteca que garantiza la obligación prescrita.

La Corte Suprema, con un voto disidente, expresa que la prescripción negativa sólo puede alegarse como excepción.<sup>53</sup>

### **B. Quién puede alegar la prescripción**

La prescripción la puede alegar el deudor principal, el fiador y el tercero que haya dado prenda o hipoteca.<sup>54</sup>

47 Ob. cit., T. III, p. 402.

48 Art. 2647 C.

49 Art. 876 inc. 1 C.

50 Arts. 56 y 193 Pr.

51 Art. 885 inc. 2 C. Se exigen su alegación para dar libre curso a la moralidad del deudor que frente a una injusticia decide no esgrimirla, tal sucede con el pago de las obligaciones naturales (Alessandri y Somarriva, Ob. cit. T. III p. 34).

52 Art. 885 y 887 C.

53 S. 11 a.m. del 14 de junio de 1968, B. J., p. 122.

La excepción de prescripción adquirida por un deudor solidario no aprovecha a los demás, sino cuando el tiempo exigido por la ley, haya debido correr del mismo modo para todos ellos. El acreedor sólo podrá exigir a los deudores que no prescribieren, el valor de la obligación deducida la parte que corresponde al deudor que prescribió.<sup>55</sup>

Los acreedores o cualquiera otra persona interesada en hacer valer la prescripción, pueden oponerla aun que el deudor o el propietario renuncie a ella.<sup>56</sup>

Lo expuesto es aplicable tanto a la prescripción positiva como a la negativa.

Las excepciones perentorias deben oponerse junto con la contestación de la demanda, pero podrán oponerse con posterioridad, en cualquier estado del pleito y en cualquier instancia antes de la sentencia definitiva, protestando, quien la opone, que hasta entonces no han llegado a su noticia<sup>57</sup>.

La prescripción es una excepción perentoria<sup>58</sup> y, como tal, debe ser opuesta junto con la contestación de la demanda; pero de acuerdo con el art. 874 C. puede ser opuesta antes de la sentencia firme, sin necesidad de la protesta a que se refiere el art. 825 inc. 2 Pr. El art. 874 C. tiene preferente aplicación, pues de acuerdo con el art. 2142 Pr. no quedaron derogadas las disposiciones contenidas en el Código Civil referente a procedimiento civil o materias tratadas en el Código de Procedimiento Civil.

La Corte Suprema en el año de mil novecientos trece sostuvo que para alegar fuera de tiempo la excepción de prescripción se necesita hacer la protesta del art. 825 Pr.<sup>59</sup> Sin embargo, esta doctrina fue modificada por sentencias posteriores, en las que se expresa que puede oponerse la prescripción en cualquier tiempo, sin necesidad de la protesta del art. 825 inc. 2 Pr.<sup>60</sup>

La Corte Suprema ha dicho que:

a) La excepción de prescripción puede ser alegada en cualquier estado del juicio, pero no en casación.<sup>61</sup>

b) La excepción de prescripción no puede alegarse una vez que se han tenido por concluso los autos, porque entonces queda cerrado el debate y no puede atenderse ninguna solicitud que se haga.<sup>62</sup>

En el juicio ejecutivo la prescripción debe invocarse en la oposición y no puede esgrimirse después con base en el art. 825 inc. 2 Pr. Así lo confirma la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia.<sup>63</sup>

### C. Renuncia de la prescripción

54 Arts. 884 y 904 C.

55 Arts. 882 y 883 C.

56 Art. 877 C.

57 Art. 825 Pr.

58 Art. 820 Pr.

59 S. 10 a.m. del 31 de julio de 1913, B. J., p. 196.

60 S. 11 a.m. del 18 de enero de 1938, B. J., p. 10027; S. 12 m. del 13 de octubre de 1947, B. J., p. 14061; S. 9:45 a.m. del 5 de abril de 1968, B. J. p. 67.

61 S. 10 a.m. del 8 de septiembre de 1914, B. J., p. 516; S. 12 m. del 13 de junio de 1916, B. J., p. 1203; S. 9 a.m. del 23 de junio de 1917, B.J., P. 1590.

62 S. 12 m. del 6 de agosto de 1915, B. J., p. 872.

El art. 873 C. expresa que la prescripción no puede renunciarse anticipadamente, pero agrega que se puede renunciar una vez cumplida la prescripción. La renuncia de la cumplida no afecta más que al deudor, el cual puede disponer de su patrimonio. En cambio la renuncia anticipada podría dejar burlada la institución de la prescripción, pues todo acreedor la exigiría y todo deudor accedería a ello.

Expresa Cuadra Zavala: “Sería un contrasentido haber instituido la prescripción y al mismo tiempo permitir que se pudiera renunciar anticipadamente. No habría acreedor que no lo exigiera, ni deudor que no se avergonzase de rechazar el pacto. La renuncia anticipada vendría a ser una cosa obligada en todo caso por el uso; y la prescripción un remedio fuera de uso”.<sup>64</sup>

La renuncia de la prescripción puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando en términos explícitos así lo manifiesta el deudor. Es tácita cuando no se opone la excepción o el que la pueda oponer manifieste por un hecho suyo que reconoce el derecho del acreedor.<sup>65</sup>

Dice Cuadra Zavala: “La renuncia tácita resultará, pues, de todo acto o hecho incompatible con la voluntad de aprovecharse de la prescripción”.<sup>66</sup>

Para poder renunciar el deudor debe tener capacidad para enajenar.<sup>67</sup>

La renuncia no debe perjudicar al acreedor o interesado en alegarla.<sup>68</sup>

La Corte Suprema ha dicho que:

a) Se renuncia a la prescripción extintiva cuando se presenta un documento otorgado por el acreedor en que se habla de una rebaja pactada con el deudor.<sup>69</sup>

b) El hecho de que el deudor al ser requerido confiese la deuda, no implica renuncia de la prescripción y puede alegarla en la oposición.<sup>70</sup>

c) El emplazamiento interrumpe la prescripción.<sup>71</sup>

d) El que confiesa que no debe no siempre renuncia a la prescripción.<sup>72</sup>

e) La inclusión de una deuda como pasivo en una Declaración de Capital no implica renuncia a la prescripción.<sup>73</sup>

f) No hay renuncia tácita de la prescripción por no oponerse ésta en una diligencia prejudicial de posiciones, pues donde debe oponerse es en el juicio que se inicie.<sup>74</sup>

La renuncia se considera como un acto unilateral que no necesita ser aceptada.<sup>75</sup>

## 10. Prescripción de las acciones reales

63 S. 10 a.m. del 21 de septiembre de 1926, B. J., p. 5706; S. 9 a.m. del 7 de noviembre de 1952, B. J., p. 16229.

64 Ob. cit., Tomo III p. 401.

65 Art. 874 C.

66 Ob. cit., T. III, p. 402.

67 Art. 875 C.

68 Art. 877 C.

69 S. 11 a.m. del 9 de octubre de 1915, B. J., p. 938.

70 S. 11 a.m. del 9 de octubre de 1928, B. J., p. 6470.

71 S. 12 m. del 8 de abril de 1938, B. J., p. 7373.

72 S. 11 a.m. del 3 de julio de 1934, B. J. p. 8684.

### A. El dominio

El dominio no se pierde por el hecho de no ejercitarlo. Se pierde cuando otra persona lo adquiere, extinguiéndose así la acción reivindicatoria que emana de ese derecho. La razón es muy sencilla: el dominio es un derecho que se ejercita activamente, o absteniéndose de ejercerlo. Por lo expuesto el derecho de dominio no se extingue por la prescripción negativa. Lo mismo sucede con el derecho real de herencia. Ambos derechos se pierden por la prescripción adquisitiva de un tercero. Con relación al derecho de herencia la Corte Suprema reconoce lo expuesto.<sup>76</sup>

El derecho real de herencia se adquiere a los diez años, pero el heredero putativo que por decreto judicial ha sido declarado heredero, lo adquiere a los cinco años<sup>77</sup>. Adquirido el derecho de herencia, se extingue también la acción de petición de herencia en los plazos indicados, según el caso.

### B. Desmembraciones del dominio

Por la prescripción adquisitiva se adquiere el dominio y los otros derechos reales.<sup>78</sup>

El usufructo se adquiere por la prescripción de la misma manera que se adquiere la propiedad de los bienes, dice el art. 1480 C. De la misma manera se adquiere por prescripción el uso y la habitación.<sup>79</sup>

Las servidumbres contínuas aparentes pueden constituirse por cualquier modo de adquirir, incluyendo la prescripción adquisitiva.<sup>80</sup> Pero no pueden adquirirse por esa prescripción las servidumbres contínuas no aparentes y las discontinuas aparentes o no.<sup>81</sup>

La Suprema ha dicho que:

a) La servidumbre de acueducto es contínua y puede adquirirse por prescripción.<sup>82</sup>

b) La medianería, que es una copropiedad con indivisión forzada, puede adquirirse por prescripción.<sup>83</sup>

Las servidumbres se extinguen por la prescripción extintiva. El art. 1579 inc. 2 C. expresa: "Las servidumbres se terminan: 2°. Por el no uso durante el tiempo necesario para la prescripción".

73 S. 11 a.m. del 25 de enero de 1944, B. J., p. 12290.

74 S. 9 a.m. del 12 de noviembre de 1958, B. J., p. 19221.

75 Cuadra Zavala, Ob. cit., T. III, p. 401.

76 S. 9:45 a.m. del 9 de junio de 1962, B. J., p. 238.

77 Art. 1302 C.

78 Arts. 869 y 926 C.

79 Art. 1553 C.

80 Art. 1570 C.

81 Art. 1570 C.

Los derechos de usufructo, uso y habitación, según un sector doctrinal, también se extinguen por el no uso, es decir, por la prescripción negativa. Debe advertirse que la cuestión no es clara, pues el Código no lo dice expresamente como en las servidumbres.

## 11. La caducidad

### A. Concepto

Es la extinción *ipso jure* de la facultad de ejercer un derecho por no haberse hecho dentro del término fatal establecido por la ley.

### B. Casos de caducidad

Podemos citar algunos casos de caducidad.

a) Es de caducidad el plazo de los sesenta días que tienen el padre para impugnar la legitimidad del hijo.<sup>84</sup> Vencido sin haberse ejercitado queda irrevocablemente extinguido el derecho.

b) Es de caducidad el plazo de un año que tiene el menor reconocido para desechar el reconocimiento al llegar a la mayoría de edad.<sup>85</sup>

c) Es de caducidad el plazo de un año que tiene el hijo para pedir la investigación de la paternidad, después de muerto el padre, a partir de ser declarado mayor o llegar a la mayoría de edad.<sup>86</sup>

d) Es de caducidad el plazo de un año que tiene el hijo para investigar la paternidad, después de muerto el padre, a partir de la aparición del documento que revela la paternidad.<sup>87</sup>

e) Es de caducidad el plazo de un mes que tiene el dueño de los árboles arrancados y transportados por la corriente de agua contra el dueño del terreno en donde llegaron a parar.<sup>88</sup>

f) Es de caducidad el plazo de quince días que tiene el dueño del animal volátil para reclamar contra el que lo encontró. Este plazo se cuenta a partir de la publicación de los tres carteles que anuncien el hallazgo.<sup>89</sup>

Si el animal hallado fuere ganado mayor o cuadrúpedo mayor, el plazo de caducidad será de tres meses.<sup>90</sup>

g) Es de caducidad el plazo de cuatro años de extinción de la hipoteca naval.<sup>91</sup> La Suprema ha dicho que a los cuatro años de inscrita se opera la extinción de la hipoteca naval.<sup>92</sup>

82 S. 12 m. del 30 de septiembre de 1937, B. J. p. 9859.

83 S. 12 m. del 11 de marzo de 1948, B. J., p. 14183.

84 Arts. 203 y 205 C.

85 Art. 223 C.

86 Art. 228 C.

87 Idem.

88 Art. 640 C.

Se estima que existen otros casos que pueden considerarse de caducidad, entre los cuales se señalan los de los arts. 1482, 1703, 2452, 2700, 2707, 2820 C. y 89 CC.

Se podría alegar que algunos de los casos citados se refieren a la prescripción y no a la caducidad. Por ejemplo: la Suprema ha dicho que el plazo de un año a que se refiere el art. 229 C. es de prescripción.<sup>93</sup>

### C. Diferencias entre la caducidad y la prescripción

La doctrina señala las diferencias siguientes:

a) En la prescripción extintiva se castiga al acreedor negligente y opera, generalmente, sobre una presunción de pago; por el contrario en la caducidad no existe tal negligencia ni presunción de pago. Lo que la ley señala es un plazo para ejercitar el derecho o celebrar un acto, ya que no resulta conveniente dejarlos en suspensión en forma indefinida.

b) Generalmente la prescripción funciona entre partes ligadas por un vínculo contractual; por el contrario la caducidad opera en las obligaciones legales.

c) La caducidad puede ser declarada de oficio; en cambio la prescripción debe ser alegada.

d) La caducidad no admite suspensión e interrupción; en cambio la prescripción puede ser interrumpida y suspendida.

e) La caducidad extingue el derecho; la prescripción la acción judicial.

f) La prescripción es un instituto general que afecta a todos los derechos, salvo excepciones, la caducidad, por el contrario, no es general, sino particular de ciertos hechos con vida limitada en el tiempo.

g) La prescripción siempre proviene de la ley; en cambio la caducidad puede provenir de la ley o del convenio.

h) Los plazos de la prescripción generalmente son más prolongados; en cambio los de la caducidad son más breves, dándole el diferente fundamento a ambos institutos.

## 12. Jurisprudencia

La Corte Suprema de Justicia ha dicho que:

a) El plazo de la prescripción de la acción resolutoria de una compraventa no se cuenta desde la fecha del contrato, sino desde la fecha en que debió pagarse el precio.<sup>94</sup>

b) Al no estar probado la existencia de la obligación, resulta innecesario resolver sobre la prescripción.<sup>95</sup>

c) Si después del vencimiento hubo pago de intereses, es a partir del pago que se cuenta la prescripción.<sup>96</sup>

89 Art. 684 C.

90 Art. 686 C.

91 Art. 1028 C.C.

92 Cta. 11 de marzo de 1960, B. J., p. 20032.



- d)** La acción de falsedad prescribe en diez años.<sup>97</sup>
- e)** La regla del art. 919 C. es aplicable a los intereses moratorios.<sup>98</sup>
- f)** La acción para el cobro de los alimentos suministrados prescribe en dos años.<sup>99</sup>
- g)** Las nulidades de forma de una escritura no pueden alegarse después de diez años.<sup>100</sup>
- h)** La acción para pedir la disolución de una sociedad de hecho comienza a prescribir al casarse uno de los socios.<sup>101</sup>
- i)** El derecho de pedir la ejecución de sentencia prescribe en diez años contados desde la fecha en que quedó firme.<sup>102</sup>
- j)** La prescripción de las acciones procedentes de la prenda agraria comenzará a correr desde que son exigibles.<sup>103</sup>
- k)** Transcurridos diez años desde la fecha en que el prometiende estaba obligado a otorgar la escritura de venta y el promisario a pagar el resto del precio prescribe la acción de resolución de la promesa de venta y de recuperar la propiedad entregada.<sup>104</sup>

## BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit., Tomo III, p. 435 y sigts. -BRENES CORDOBA, Alberto, Ob. cit., p. 273 y sigts. COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H. Ob. cit., Tomo III, p. 263 y sigts. COLMO, Alfredo. Ob. cit., p. 614 y sigts. p. 626 y sigts. CRUZ, Fernando. Ob. cit., Tomo II, p. 106 y sigts. DIEZ-PICAZO PONCE, DE LEON, Luis. La interrupción de la prescripción. RDN. 1963. No. 4142. p. 11. GARCIA GOYENA, D. Florencio. Ob. cit., p. 997 y sigts. GIORGI, Jorge. Ob. cit, Vol. VIII, p. 325 sigts. CAUDEMMENT, Eugene, Ob. cit, p. 450. GOMEZ DE LA SERNA, Pedro de y MONTALBAN, Juan Manuel D. Ob. cit, Tomo II, p. 220 y sigts. LATORRE, Enrique C. Ob. cit, p. 510 y sigts. MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean. Ob. cit., 2a. parte. Vol. III, p. 409 y sigts. MEZA BARROS, Ramón. Ob. cit, p. 404 y sigts. OSSORIO MORALES, Juan. Ob. cit., p. 185. PALACIO P., H. Custavo. Ob. cit., p. 313 y sigts. PESCIO V., Victorio. Ob. cit, Tomo II, p. 421 y sigts. PEREZ VIVES, Alvaro. Ob. cit., Vol. III, p. 459 y sigts. RINESSI, Antonio J. Prescripción liberatoria. Enciclopedia

93 S. 11 a.m. del 15 de febrero de 1923, B. J., p. 3914.

94 S. 12 m. del 6 de agosto de 1915, B. J., p. 872.

95 S. 11 a.m. del 18 de septiembre de 1919, B. J., p. 2526.

96 S. 10 a.m. del 2 de junio de 1925, B. J., p. 504.

97 S. 11 a.m. del 30 de marzo de 1933, B. J., p. 8219.

98 S. 12 m. del 20 de febrero de 1935, B. J., p. 8903.

99 S. 11 a.m. del 26 de octubre de 1937, B. J., p. 9913.

100 S. 12 m. del 21 de enero de 1957, B. J., p. 18415.

101 S. 10 a.m. del 6 de mayo de 1952, B. J., p. 16015.

102 S. 11 a.m. del 24 de noviembre de 1959, B. J., p. 19674.

103 Cta. 11 de mayo de 1961, B. J., p. 20777; Cta. 14 de octubre de 1968, B. J., p. 428.

104 S. 11:30 a.m. del 17 de enero de 1977, B. J., p. 17304.

Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo XXII, p. 931 y sigts. RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Ob. cit., Tomo V, p. 614 y sigts. SALVAT Raymundo. Ob. cit., Tomo III, p. 385 y sigts. SELVA, Buenaventura. Ob. cit, p. 466 v sigts. SOTO NIETO, Francisco. Derecho Vivo. Jurisprudencia comentada. Editorial Revista de Derecho Judicial. Madrid 1970. Tomo I, p. 7 y sigts. SPOTA, Alberto G. Tratado de derecho civil. Prescripción y caducidad. Editorial Depalma. Buenos Aires. 968. Tomo I, Vol. III. VALENCIA ZEA, Arturo. Ob. cit., Tomo III, p. 515 y sigts. VALVERDE Y VALVERDE, Calixto D. Ob. cit., Tomo III, p. 204 y sigts. VELEZ, Fernando. Ob. cit., Tomo IX, p. 299 y sigts.

## Capítulo XVI

### Extinción o modificación de la obligación por cambio de las circunstancias originales

*Sumario: 1. Ideas generales. 2. Teorías que tratan de resolver el problema. 3. Teoría de la cláusula rebus sic stantibus. 4. Teoría del riesgo imprevisible. 5. Teoría de la base del negocio jurídico. 6. Aplicación de dichas teorías en nuestro Derecho.*

#### I. Ideas generales

Es posible que el cambio de las circunstancias existentes al tiempo de celebrarse el contrato provoque un excesivo desequilibrio de las prestaciones o la frustración del fin perseguido. Para remediar las injusticias que resultan de una relación en el estado mencionado se han propuesto las soluciones siguientes:

##### a) Solución contractual

Las partes preven las posibles alteraciones y establecen los pactos necesarios para solucionar el problema esperado. Por ejemplo: las condiciones, las cláusulas de estabilización, etc.

##### b) Solución legal

Se presenta cuando el Estado dicta leyes de emergencia o de contenido social que alteran la relación obligatoria.

##### c) Solución judicial

Se llama judicial por cuanto la revisión o resolución de los actos jurídicos es confiada a los tribunales de justicia, siempre que sean pedidas por las partes interesadas. Por la vía judicial, pues, se puede pretender la resolución o la modificación del contrato.<sup>1</sup>

Se discute sobre la solución preferible. Algunos autores se inclinan a favor de la resolución del contrato, por cuanto la modificación o revisión equivale a contratar, lo que requiere la voluntad de las partes. Otros, por el contrario, se

---

<sup>1</sup> Un sector doctrinal agrega la suspensión o prórroga, la que se podrá obtener a través de una ley de emergencia o social, o del plazo de gracia. Nuestro código no contempla este plazo, por lo que no es aplicable esta solución. En las soluciones de tipo legal es frecuente.

inclinan por la modificación o revisión, o aceptan que se le conceda al Juez la facultad, de acuerdo al caso, de adoptar la resolución o la modificación.

Veamos algunos casos importantes:

**a)** La jurisprudencia francesa presenta el caso de la diligencia París-Rouen. Se celebró en 1824 entre dos firmas de París y Rouen un contrato por el plazo de dos años para la explotación común de una diligencia que debía hacer el recorrido entre esas dos ciudades en tres días. Pero al año siguiente se inauguró el ferrocarril entre París y Rouen, que hacía el recorrido en medio día. La firma de París solicitó a los tribunales la resolución del contrato, carente ya de finalidad.

**b)** El caso de Más y Carsí de la jurisprudencia española. Las señoras Más habían recibido del señor Carsí una opción de compra sobre un solar de éste para que el terreno de aquéllas pudiera tener fachada a una nueva calle en proyecto. Las actoras, a pesar de haber vendido el referido terreno, demandaron a Carsí para el cumplimiento de la opción; pero fue desestimada la demanda por sentencia del 30 de junio de 1948. Se consideró que, al venderse el mencionado terreno, ya no era posible obtener el fin perseguido, pues el interés de la adquisición del inmueble tenía por base el darle fachada a la calle en proyecto al inmueble vendido.

**c)** El dueño de una fábrica de muebles celebra, contrato con un comerciante en virtud del cual debe suministrarle cien sillas mensuales al precio de C\$300 por unidad durante dos años. Cinco meses después, el país sufre disturbios sociales y políticos y, como consecuencia, la mano de obra y la materia prima suben, lo que incide en los costos de las sillas de tal manera que resulta excesivamente gravoso al fabricante de muebles cumplir con su obligación, lo que puede llevarlo a la ruina.

**d)** El demandante había alquilado al demandado su vivienda que se encontraba en la ruta que seguiría el desfile de la Coronación de Eduardo VII, el que se suspendió por enfermedad de éste. El Juez desestimó la demanda del pago de la renta convenida.

**e)** De Larenz tomamos el caso siguiente: un buque de salvamento se obliga a remolcar un barco hundido; pero antes de llegar al lugar del accidente el barco es puesto a flote por la marea alta y puede continuar viaje sin ayuda ajena. En este supuesto el fin del convenio es realizado en otra forma a la prevista, por lo que el acreedor queda satisfecho. La prestación no deviene imposible, sino que carece de sentido. De aquí que deben aplicarse las mismas consecuencias jurídicas de la frustración del fin: el acreedor puede rehusar la prestación que iba a realizar el buque de salvamento que para él es superflua, y así queda liberado de su obligación de cumplir la contraprestación, pero está obligado a pagar los gastos de la otra parte en atención a su confianza en la declaración de voluntad.

No obstante, si lo satisfecho fue únicamente la finalidad subjetiva que se propuso una de las partes, la relación obligatoria no se extingue, pues no constituye el contenido del contrato. Ejemplo: una persona compra un piano, pero antes de que le sea entregado, le regalan uno mejor.<sup>2</sup>

f) El demandante se había comprometido a fabricar durante la guerra marcos de madera para el demandado, y colocar en ellos aparatos eléctricos, los que a su vez eran entregados por éste al ejército. Las partes litigaron sobre la subsistencia del contrato y sobre el pago de las mercaderías enviadas en marzo de 1945 (llegadas a poder del demandado en octubre de ese año) y de los marcos de maderas fabricados por el demandante, a los que no se les había colocado los aparatos eléctricos, por cuanto no los suministró oportunamente. El tribunal declaró que el hecho de que los utensilios se destinaban al Ejército era conocido por ambas partes. La derrota del ejército alemán y el fin de la guerra exigía liberar al demandado de aquellos suministros que no se habían comenzado a ejecutar. Sin embargo, el demandado debe pagar al demandante el precio y gastos de los suministros ya ejecutados.

## 2. Teorías que tratan de resolver el problema

En torno al problema expuesto se han formulado una serie de teorías, pero las de mayor divulgación son: la de la cláusula *rebus sic stantibus*, la del riesgo imprevisible y la de la base del negocio jurídico.

## 3. Teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*

En virtud de la cláusula *rebus sic stantibus* el contrato subsiste mientras no varíen las circunstancias originales, o sea, las existentes al momento de su celebración. Esta es una cláusula incorporada en forma implícita en los contratos.

La consagración se debe a los post-glosadores. En la Edad Media los tribunales canónicos la utilizaban con frecuencia<sup>3</sup> y fue codificada en los códigos: bávaro de 1756 (Código de Maximiliano), prusiano de 1794 y austríaco de 1812.

Su prestigio decae a finales del siglo XVIII y es olvidada durante el siglo XIX, apareciendo de nuevo con posterioridad a la Primera Guerra Mundial. El Código Polaco de las obligaciones de 1935 la consagra en el art. 269 y el Código Civil italiano vigente, la contempla en los arts. 1467 a 1469.

La doctrina señala varios requisitos para que opere la referida cláusula a saber:

a) Debe tratarse de contratos de tracto sucesivo o de prestaciones diferidas. El art. 1467 del Código Civil italiano dispone: “En los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida...”

b) Cambio extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato con relación a la época del pago.

c) Que la aparición de las circunstancias sea radicalmente imprevisible.

2 Derecho de Obligaciones. Tomo I, p.p. 322 y 323. Larenz.

3 Se entendía, siguiendo el principio de equidad que caracterizaba a ese derecho en las relaciones contractuales, que en todo contrato se incorporaba la cláusula *rebus sic stantibus*, en virtud de la cual los contratantes se obligan en el entendimiento de que las condiciones existentes subsistan al tiempo de ejecutar completamente la obligación.

d) Que el cambio de circunstancias imponga una gravosa y desproporcionada prestación con relación a lo pactado.

e) Que el acontecimiento no se deba a culpa o dolo del deudor, pues en tales casos debe cargar con los resultados onerosos.

f) El contrato no debe ser aleatorio, pues en éste el deudor asume los riesgos voluntariamente y el acreedor se obliga en atención a los mismos. El art. 1469 del Código Civil italiano vigente excluye a los contratos aleatorios. Es conveniente advertir que no faltan autores que sostienen que puede aplicarse a dicho contrato, pues dentro del alea existe un límite previsto, fuera del cual se cae en la imprevisión.

A esta teoría se le hace la crítica siguiente:

i) La voluntad presunta viene a ser una ficción.

ii) No puntualiza las cosas que deben mantenerse inalterables, ni los efectos que producirá la alteración.

#### 4. Teoría del riesgo imprevisible

Hauriou es el líder de esta teoría. Los mismos requisitos de procedencia de la teoría anterior se aplican a la del riesgo imprevisible.

Esta teoría, como las otras, provoca un conflicto entre la equidad y el principio de que el contrato legalmente celebrado es ley para las partes, en base al cual se mantiene la estabilidad contractual, de importancia fundamental para la seguridad del tráfico jurídico. Lo que se pretende con la mencionada teoría es suavizar el rigor del principio establecido en los arts. 1836 y 2479 C.

En el derecho administrativo ha tenido amplia acogida. En Francia la jurisprudencia la ha aceptado en la contratación administrativa.

No pasó lo mismo en el derecho privado en donde ha tenido menos aceptación. La doctrina y la jurisprudencia se resisten a acogerla.

Los autores fundamentan la aplicación de la mencionada teoría en diferentes doctrinas y principios, a saber:

a) En la buena fe que debe existir en el cumplimiento de los contratos. Es contrario al principio de la buena fe que el acreedor exija al deudor el cumplimiento del contrato si, por el cambio de las circunstancias originales, le resulta excesivamente oneroso, pues actuaría de mala fe.

El principio de la buena fe en el cumplimiento de los contratos se contempla expresamente en algunos Códigos Civiles, como por ejemplo el Español, que lo consagra en el art. 1258, en el cual se han fundado algunos autores para aceptar la aplicación de la teoría del riesgo imprevisible.<sup>4</sup>

Expresa Von Tuhr: «Es contrario a la buena fe mantener las obligaciones impuestas al deudor por el contrato, si las circunstancias se han modificado hasta el punto de que, a cambio de la prestación, no reciba ninguna contraprestación o solamente una prestación absolutamente irrisoria».<sup>5</sup>

4 Ramón Badenes Gasset. Ob. cit., p. 188 y sigts. Cossio. Ob. cit., Tomo I, p. 272.

No debemos perder de vista que la buena fe es un principio general del Derecho.

**b) En la teoría del abuso del derecho**

Se piensa que abusa de su derecho quien exige la prestación convenida, a pesar de que el cambio de las circunstancias originales la haya tornado sumamente onerosa.

**c) En el principio del enriquecimiento injusto**

No obstante, su aplicación encuentra dificultades, si en el cambio de las circunstancias no se presenta un desplazamiento patrimonial.

**d) En los vicios del consentimiento**

Se sostiene que el deudor no hubiera contratado de haber sabido el desproporcionado sacrificio.

Esta doctrina es rechazada, pues la falta de previsión de los acontecimientos futuros no es un error que invalide el consentimiento.

**e) En la doctrina del caso fortuito o fuerza mayor**

Cierto sector doctrinal equipara la excesiva onerosidad con la imposibilidad absoluta derivada del caso fortuito o fuerza mayor. Esta teoría carece de fundamento, pues existen diferencias entre el caso fortuito y la imprevisión:

**i)** El caso fortuito toma en consideración una situación objetiva, mientras que la imprevisión es una noción más bien subjetiva.

**ii)** El caso fortuito exime de responsabilidad al deudor y extingue la obligación desvinculándolo de la relación concluída; en cambio la imprevisión no conduce inevitablemente a la extinción del vínculo obligacional, pues también puede dar pie a una modificación. Por ejemplo: el que tenía que pagar C\$50.000 pagará C\$25.000.

**iii)** El caso fortuito produce una imposibilidad absoluta para el cumplimiento de la obligación; por el contrario en la imprevisión la imposibilidad es relativa, pero el deudor tiene que hacer un esfuerzo desproporcionado.

**f)** En la regla de que el deudor sólo responde de los daños previstos y excepcionalmente, en caso de dolo, de los imprevistos, consagrada en el art. 1866 C.

**g)** En la cláusula *rebus sic stantibus*, ya estudiada.

**h)** En la teoría de la causa

Se parte de la idea que la causa, como requisito de validez del contrato, no sólo interviene en el momento de su celebración, sino también en su ejecución o

cumplimiento. Si el cambio de circunstancias es grave, puede provocar la inexistencia de la causa, lo que daría lugar a una modificación o resolución del contrato. Pero tal criterio no tiene apoyo legal en nuestro Código Civil. La teoría de la causa termina su papel con la celebración del contrato.

## 5. Teoría de la base del negocio jurídico

Esta teoría es alemana. Se inicia con Windscheid y la desarrolla ampliamente Karl Larenz. Este autor distingue entre base subjetiva y objetiva. Desaparecidas éstas por el cambio de circunstancias, desaparece la base en que descansa la subsistencia del negocio. Veamos cuando desaparece la base:

**a)** Cuando las partes han celebrado el acto en atención a circunstancias consideradas como existentes o esperadas en el futuro (base del negocio subjetiva). La aparición o persistencia de las circunstancias debe ser esperada por todas las partes.

Expresa Larenz: «Entendemos por base del negocio subjetiva aquella común representación mental de los contratantes por la que ambos se han dejado guiar al fijar el contenido del contrato. La representación tiene que haber inducido a concluir el contrato no a uno sino a ambas partes... Con motivo de la celebración de una feria o un congreso, la dirección de la feria (o los organizadores del congreso) pidió a los habitantes de la ciudad que pusiesen a la disposición de los visitantes de la feria (participantes del congreso) habitaciones en casas particulares. Por mediación de la oficina de la feria (o del congreso), fue alquilado por escrito cierto número de habitaciones a determinados visitantes. La feria (el Congreso) fue suspendida en el último momento; los visitantes, avisados telegráficamente, no llegaron a venir. En este caso ha desaparecido la base del negocio (subjetiva) del contrato de arrendamiento celebrado. No sólo los arrendatarios habían alquilado las habitaciones en consideración al acontecimiento esperado; también los arrendadores habían partido de la misma esperanza. Habían puesto sus habitaciones a disposición de «unos visitantes de la feria» («participantes del congreso») y habían concluido el contrato con el arrendatario por tratarse de un visitante (participante).

El contrato se celebró en la presunción, bilateralmente considerada como evidente, de que la feria (el congreso) se celebraría. Sería distinto, en cambio, si alguno hubiese reservado por un día una habitación de un hotel; el hotelero no alquila su habitación por un motivo determinado, le es indiferente la razón por lo que el huésped viene al hotel».<sup>6</sup>

**b)** Cuando la subsistencia de las circunstancias que acompañaron a la celebración del contrato, es objetivamente necesaria para que el contrato subsista como una regulación dotada de sentido (base del negocio objetiva).

Expresa Larenz: «Entendemos por base del negocio objetiva las circunstancias y estado general de cosas cuya existencia o subsistencia es objetivamente

<sup>6</sup> Base del negocio, p.p. 41 y 88.



necesaria para que el contrato subsista, según el significado de las intenciones de ambos contratantes, como regulación dotada de sentido. Un contrato no puede subsistir como regulación dotada de sentido:

a) Cuando la relación de equivalencia entre prestación y contraprestación que en él se presupone, se haya destruído en tal medida que no pueda ya hablarse racionalmente de una contraprestación.

b) Cuando la finalidad objetiva del contrato, expresada en su contenido, haya resultado inalcanzable, aun cuando la prestación del deudor sea todavía posible.<sup>7</sup>

## 6. Aplicación de dichas teorías en nuestro Derecho

Nuestro Código Civil, de inspiración individualista, no ha regulado ninguna de las mencionadas teorías. Por el contrario, ha establecido el principio de que las partes deben cumplir con lo estipulado (*pacta sunt servanda*). Así se desprende de los arts. 1836 y 2479 C.

Este principio, desarrollado en otras disposiciones del Código<sup>8</sup>, es un obstáculo para la aplicación de dichas teorías, si es visto en forma aislada. Pero no puede ser así contemplado, ya que existen argumentos legales que permiten dicha aplicación:

a) Se encuentran diseminados en el Código Civil una serie de artículos que, frente a las variaciones de circunstancias especiales, permiten la modificación o resolución del contrato: 1901, 2594, 2661 inc. 2, 2942, 3445 y 3482. En todos ellos vive la idea de la resolución o modificación que proponen dichas teorías.

b) De acuerdo con el art. 2480 C., el contrato no sólo obliga a lo que se exprese en él, sino también a las consecuencias que la equidad hace nacer de la obligación. Una obligación de equidad es, por ejemplo, la de no oponerse a la modificación o resolución del contrato sumamente gravoso por el cambio de las circunstancias originales.

El citado artículo puede servir de vehículo para la aplicación de la citadas teorías.

Por otra parte, es difícil que los Jueces, frente a las injusticias del caso concreto, rechacen la aplicación de cualquiera de ellas.

## BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel Ob. cit., Tomo III, p. 88 y sigts. BADENES GASSET, Ramón. El Riesgo Imprevisible. Bosch, Casa Editorial. Barcelona 1964. BETTI, Emilio. Ob. cit., Tomo I, p. 209 y sigts. BORJA SORIANO, Manuel. Ob. cit., Tomo I, p. 322 y sigts. CASTAN TOBEÑAS, José. Ob. cit., Tomo III, p. 585 y sigts. DIEZ-

<sup>7</sup> Ibidem, p. 170.

<sup>8</sup> Ver los artículos enumerados en la nota No. 1 al art. 2479 C.

PICAZO, Luis, Ob. cit., Vol. I, p. 863 y sigts. ENNECCERUS, Ludwing. Derecho de Obligaciones. Vol. I, p. 205 y sigts. GOLDENBERG, Isidro H. Cláusula rebus sic stantibus. Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo III, p. 48 y sigts. GOMEZ-FERRER SAPIÑO, Rafael. Algunas consideraciones en torno a rebus sic stantibus en el derecho Interno e Internacional. R.D.N. 1970, No. 67, p. 103 y sigts. LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones. Tomo I, p. 314 y sigts. Base del negocio Jurídico. Ob. cit., LLUIS Y NAVAS BRUSI, Jaime. La llamada cláusula rebus sic stantibus. R.G.L.J. 1956. MESSINEO, Franceso. Ob. cit., Tomo IV, p. 527 y sigts. MEZA BARROS, Ramón. Ob. cit., p. 222 y sigts. OSSORIO MORALES, Juan. Ob. cit., p. 274 y sigts. RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. Ob. cit., p. 511 y sigts. SANCHEZ DEL VALLE, José. Sugerencias a la doctrina de la cláusula rebus sic stantibus. R.C.D.I. No. 311, 1954, p. 262 y sigts. SANTOS BRIZ, Jaime. ob. cit., Tomo III, p. 197 y sigts. SOTO NIETO, Francisco. Revisión contractual por la alteración de las circunstancias. Ob. cit., Tomo II, p. 383 y sigts. TRABUCCHI, Alberto. Ob. cit., Tomo II, p.p. 220 y 221. TUHR, Von A. Ob. cit, Tomo II, p. 139 y sigts. URIBE-HOLGUIM, Ricardo. Cincuenta breves ensayos. Teoría sobre la irnprevisión, p. 149 y sigts. VALENCIA ZEA, Arturo. Ob. cit, Tomo III, p. 410 y sigts.

## *Séptima parte*

# **Responsabilidad civil (delitos y cuasidelitos)**

### **Capítulo I**

#### **Generalidades**

*SUMARIO: 1. Regulación legal. 2. Del delito y cuasidelito civil. 3. Comparación entre el delito y cuasidelito civil con el delito y cuasidelito penal. 4. La responsabilidad objetiva y subjetiva. 5. Elementos del hecho ilícito: A. La culpa y el dolo. a. Consulta y regulación legal; b. Legítima defensa; c. Estado de necesidad; d. Abuso del derecho. e. Prueba del dolo y de la culpa. f. Simultaneidad de culpas. B. La imputabilidad o capacidad delictual. C. El daño. D. Relación de causalidad entre el acto y el daño. 6. Solidaridad. A. Daño causado por personas que han actuado conjuntamente. B. Daño causado por varias personas que han obrado independientemente. C. Daño causado por varias personas sin que pueda determinarse quien lo causa (causalidad alternativa). D. Daños separados causados por varias personas. 7. Los perjuicios directos e indirectos. 8. Interrupción del nexo causal.*

#### **1. Regulación legal**

De conformidad con el art. 1831 inc. 2 C. el delito y el cuasidelito (hechos obligatorios ilícitos) son generadores de obligaciones.

La responsabilidad proveniente de los daños causados por los delitos y cuasidelitos está regulada en nuestro Código Civil en el Título VIII, Capítulo Unico, Libro III, Tomo II. Esta responsabilidad es denominada por los autores extracontractual o aquiliana. Se responde no por el incumplimiento de una obligación preestablecida, sino por el daño causado a otra persona, ya sea por sí mismo, ya sea por medio de otra persona de la cual responde, o ya sea por una cosa de su propiedad, sin existir vínculo contractual entre ellos.

De la culpa contractual tratan los arts. 1861, 1862, 1863 y 1864 C.

El art. 2509 C. dice: “Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia o por un hecho malicioso causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios”.

## **2. Del delito y cuasidelito civil**

Delito es todo acto intencional (doloso) que causa un perjuicio a otro.

Cuasidelito es el acto culpable que causa daño a otra persona. No hay intención dolosa.

El dolo es un elemento del delito, y la culpa es un elemento del cuasidelito.

Se ha sostenido que es de escasa importancia la diferencia entre el delito y cuasidelito, salvo casos muy excepcionales. El delito y el cuasidelito producen la misma indemnización. Es más, en la práctica los interesados fundan su acción en el cuasidelito, ya que es más difícil probar el dolo que la culpa, y a los mismos resultados se llega. Por lo expuesto, algunos códigos modernos han suprimido la diferencia entre delito y cuasidelito. El Código Civil alemán sólo se refiere a los actos ilícitos.

## **3. Comparación entre el delito y cuasidelito civil con el delito y cuasidelito penal**

Son conceptos que presentan diferencias fundamentales:

a) En el delito penal se tutelan intereses sociales en cambio en el delito civil se tutelan intereses privados.

b) En el delito penal se castiga el hecho inmoral, prevalece un factor moral; en cambio por medio del delito civil se repara el daño que recibe una persona en su patrimonio. Prevalece el factor económico.

c) El delito civil tiene un ámbito de aplicación más amplio, pues existe siempre que una persona cause un daño a otra, sin que se pueda hacer una enumeración de los delitos civiles; en cambio para que exista el delito penal es preciso que la ley lo tipifique y señale la pena que lo sanciona. No hay más delitos penales que los contemplados por la ley.

Por lo expuesto es posible que un delito civil no constituya un delito penal. También es posible que un delito penal no pueda constituir un delito civil.

## **4. La responsabilidad objetiva y subjetiva**

La responsabilidad objetiva mira hacia el daño desentendiéndose si existe culpa o dolo de parte del autor del daño. Producido el daño hay que repararlo prescindiendo de la culpa. Este tipo de responsabilidad prevaleció en las sociedades primitivas.

Contra la anterior concepción de la responsabilidad se alza la tesis subjetiva para la cual no basta el daño, sino que es preciso que exista, además, culpa o dolo de parte del sujeto activo del daño. Esta tesis fue consagrada por el Código de Napoleón y los que lo siguen. No obstante, en la actualidad se observa un renacer

de la tesis objetiva, disputándose con la subjetiva su imposición en varias ramas del derecho.

Por ejemplo, en el Derecho del Trabajo prevalece la tesis objetiva. Así se deduce de los arts. 109, 110 y 112 del Código del Trabajo. El art. 109 nos dice: Se entiende por riesgos profesionales los accidentes y las enfermedades a que están expuestos los trabajadores en ocasión del trabajo.

El Código de Aviación Civil en el art. 213 establece la obligación a cargo del porteador de indemnizar los daños y perjuicios que sufren los pasajeros por muerte o accidente aunque se deban por caso fortuito o fuerza mayor. Cuando hay culpa o dolo sube la indemnización.<sup>1</sup>

El Tribunal Superior del Trabajo, en sentencia de las 9 a.m. del 7 de octubre de 1980, B. J. p. 318, ha dicho que el Derecho Laboral ha evolucionado lo suficiente para hacer abstracción de la noción de culpa del empleador, fundando la indemnización en un concepto más amplio, el de la teoría del riesgo profesional.

A la tesis subjetiva se le formulan las críticas siguientes:

a) La sociedad moderna, con todo su desarrollo, sus avances tecnológicos, sus industrias, etc., crea una serie de comodidades y beneficios, pero, a su vez, produce serios riesgos que persiguen constantemente a los individuos, que en muchos casos los soportan las personas que no disfrutan de los mencionados beneficios. Ante tal situación, la tesis subjetiva se vuelve inadecuada, pues de acuerdo a la misma es preciso probar la culpa del autor del daño para obligarlo a resarcirlo.

b) La tesis subjetiva es injusta, ya que generalmente el causante del daño es una persona de recursos poderosos que se puede defender en los tribunales buscando a los mejores abogados; en cambio el perjudicado generalmente es una persona de pocos recursos y, además, se le obliga a probar la culpa o dolo del demandado, cosa difícil en el proceso. La desigualdad en el proceso es evidente.

c) En muchas ocasiones es difícil determinar la culpabilidad de una persona, dado el carácter sofisticado de algunas maquinarias.

Tanto en material laboral como de aviación los daños y perjuicios aparecen tasados por los cuerpos legales anteriormente citados.

La escuela positiva italiana de Derecho Penal funda la responsabilidad penal en el riesgo. El dolo y la culpa no fundamentan esta responsabilidad. La pena tiene por objeto defender a la sociedad y no castigar a cada cual según su acto. Ferri expresa que la pena es una medida de defensa social. Pero es en la doctrina civil donde ha encontrado mayor impulso, y en algunas ramas del derecho (como en el laboral) o en ciertas actividades, ha sido acogida.

Existe una serie de actividades de carácter peligroso, en donde prevalece la responsabilidad objetiva. Por ejemplo: se considera daños de industrias o explotaciones peligrosas los causados por ferrocarriles, automóviles, naves aé-

<sup>1</sup> Arts. 216 y 217.

<sup>2</sup> La Ley de uso y circulación de vehículos a motor de España regula una responsabilidad de marcado tono objetivo (art. 39).

reas, marítimas y fluviales, etc. El que conduce un automóvil crea un riesgo de cuyas consecuencias debe responder, a pesar de que haya actuado sin culpa<sup>2</sup>. La víctima no tiene que probar la culpabilidad del conductor; éste, por el contrario, tiene la carga de probar la culpabilidad de la víctima a fin de liberarse de responsabilidad.

Las leyes y códigos de Alemania, México y Suiza regulan algunos tipos de dichas actividades.

## **5. Elementos del hecho ilícito**

### **A. La culpa y el dolo**

#### **a) Concepto y regulación legal**

Nuestro Código Civil sigue la tesis subjetiva de la responsabilidad, ya que en el art. 2509 se exige, como primer elemento de la responsabilidad, la culpa o el dolo del autor del acto dañoso. Si falta el dolo o la culpa en el acto u omisión no existe responsabilidad.

La Corte Suprema de Justicia ha dicho que nuestro Código sigue la tesis subjetiva.<sup>3</sup>

Dolo es la intención de causar daño a la persona o propiedad de otro. Culpa es la falta de la diligencia que ordinariamente emplea una persona prudente. Para que exista responsabilidad es preciso que se viole un derecho y no una mera expectativa. Los autores señalan los ejemplos siguientes: la querida no puede demandar los daños y perjuicios en contra del que mató a su amante; el que recibía regalos o donaciones de parte del muerto no puede demandar al autor del delito por los daños y perjuicios.

Por otro lado, es posible que la contraparte obre con base en un derecho de mayor jerarquía, por ejemplo: el ingeniero mecánico puede criticar los defectos de un automóvil y no se le puede exigir responsabilidad; cosa igual ocurre con el crítico literario que fuertemente critica una obra, o con el médico o farmacéutico que se pronuncia sobre los efectos dañinos de una medicina. Pero si alguna persona sin la preparación adecuada, por ejemplo, inicia una campaña de desprestigio en contra de una marca de automóvil o contra una determinada medicina, debe responder por los daños causados.

#### **b) Legítima defensa**

La legítima defensa exime de responsabilidad por el daño causado a otra persona.

<sup>3</sup> S. 9:45 a.m. del 2 de abril de 1968, B. J., p. 56.

Por la legítima defensa se rechaza una agresión actual ilícita en contra de la persona y sus derechos o en contra de la persona y derechos de otra. Se requieren los requisitos siguientes:

- i) Agresión ilegítima.
- ii) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; y
- iii) Falta de provocación del que hace la defensa.

En materia penal la legítima defensa es una eximente de responsabilidad que lleva consigo la excepción de responsabilidad civil.<sup>4</sup>

El Código Civil alemán la contempla en el art. 227 que dice: “Un acto realizado en legítima defensa no es antijurídico. Legítima defensa es aquella defensa que es necesaria para apartar de si o de otro un ataque actual contrario a derecho”.

### c) Estado de necesidad

El estado de necesidad es una situación de inminente peligro que conduce a una persona a causar daño a otra.

Nuestro Código Civil no hace una regulación de esta figura. No obstante, con base en algunas disposiciones se deduce que el estado de necesidad no es eximente de responsabilidad civil.

El art. 1628 C., párrafo I, establece: “El propietario que teniendo su predio rodeado por la propiedad de otro, no tiene salida a la vía pública y no puede procurársela sin un gasto excesivo o sin gran incomodidad, tiene derecho a obtener el paso por los predios vecinos para la explotación y uso conveniente de su propiedad”.

Pero en el art. 1629 C. se dispone que se deberá una indemnización proporcional al daño causado, por el acceso o paso, al dueño del predio afectado por la servidumbre de paso.

De conformidad con el art. 3430 C. el comodatario responde del caso fortuito si en la alternativa de conservar la cosa prestada o la propia, ha preferido conservar la suya.

En materia penal el estado de necesidad es eximente de responsabilidad criminal, pero no de la civil, la cual es asumida por las personas a cuyo favor se haya precavido el mal y en proporción del beneficio que hubiere reportado. Los tribunales señalarán según su prudente arbitrio la cuota proporcional por la que cada interesado debe responder. Pero si la responsabilidad se extiende al Estado o la mayor parte de una población, o el daño se hubiere causado con intervención de la autoridad o no pudiese hacerse de un modo equitativo la asignación de cuotas o la designación de personas responsables ni aún aproximadamente, entonces se hará la indemnización en la forma que establezcan las leyes o regla-

4 Arts. 28 inc. 4 y 42 Pn.

5 Arts. 28 inc. 7 y 39 Pn.

mentos especiales y a falta de éstos conforme a los principios generales de justicia.<sup>5</sup>

Creo que las reglas anteriores, que regulan la responsabilidad civil provenientes del delito penal, deben aplicarse a la responsabilidad que se derive del delito y cuasidelito civil.

Para que exista el estado de necesidad es preciso que concurran las circunstancias siguientes:

i) Realidad o peligro inminente del mal que se trate de evitar;

ii) Que el daño que se trate de evitar sea mayor que el causado para evitarlo;

y

iii) Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

En el Código Civil alemán es causal de eximente de responsabilidad, pero si el autor ha tenido la culpa debe los daños. El art. 228 de dicho código dice: "Quien deteriora o destruye una cosa ajena para apartar de si o de otro un riesgo que por dicha cosa amenaza, no actúa antijurídicamente si el deterioro o la destrucción son necesarios para el alejamiento del riesgo, y el daño no está en desproporción con dicho riesgo. Si el agente ha tenido la culpa del riesgo está obligado a la indemnización del daño".

#### **d) Abuso del derecho**

##### **i) Concepto y breve historia**

Quien su derecho ejerce a nadie ofende, dice un aforismo jurídico. En verdad quien usa su derecho a nadie daña. Sin embargo, cuando se ejerce con dolo o culpa, lo hace en forma abusiva y, como consecuencia, debe repararse el daño causado.

La teoría del abuso del derecho tiene un antiguo origen. En el Derecho Romano fue aceptada, aunque existen algunos aforismos que interpretados aisladamente parece que la rechazan, pero no es así. En la Edad Media también fue aceptada. En el siglo XIX, al aparecer el individualismo, sufre un fuerte revés. Pero modernamente surge nuevamente, teniendo buena acogida entre los autores y códigos. Los Códigos del Perú, Alemania, México y otros admiten esta teoría.

El ejercicio del derecho en sus tres formas principales puede dar pie a un abuso del mismo. Se puede abusar del derecho y causar un daño cuando a) se disfruta de su contenido de hecho, al sembrar, construir, etc.; b) se dispone de dicho derecho (cesión venta, etc.); c) se ejercita contra el deudor o terceros. En cualquiera de estas formas, pues, se puede abusar del derecho.

El abuso puede recaer en toda clase de derechos, ya sean reales o personales, patrimoniales o de familia, ya sea que emanen de una ley ordinaria o de una constitucional. También tiene lugar en los derechos que emanan del contrato.



Se exceptúan los derechos absolutos, en los cuales el uso abusivo no tiene lugar. Se pueden ejercer en forma arbitraria o caprichosa. Se citan como ejemplos: el derecho que tiene el testador de disponer de sus bienes, exceptuando las asignaciones forzadas. Cualquiera que sea el motivo o móvil tiene derecho a disponer de sus bienes, aunque no tome en cuenta a sus herederos ab intestato. El derecho que tiene el comunero de pedir la cesación de comunidad. Lo puede hacer, cualquiera que sea el móvil.

## ii) Su regulación

Nuestro Código Civil, el Procedimiento Civil y la jurisprudencia han consagrado importantes aplicaciones de la teoría del abuso del derecho, a saber:

- De conformidad con los arts. 3285 inc. 4 C. y 3290 C. la sociedad de duración ilimitada se termina por la renuncia de alguno de los socios, notificada a los demás y que no sea maliciosa ni extemporánea. Una renuncia contrariando estas disposiciones no valdría el socio tendría que buscar la época oportuna para presentarla. De otra forma se abusaría de un derecho en perjuicio de los otros socios.

- De acuerdo con el art. 3345 inc. 4 C. el mandatario le puede poner término al mandato por su renuncia; pero esta obligado a continuar en el desempeño de aquellos negocios cuya paralización puede perjudicar al mandante hasta que avisado éste haya tenido tiempo bastante para proveer al cuidado de sus intereses, según lo dispone el art. 3353 C. Esta medida se toma para evitar un perjuicio al mandante, ante el abuso del mandatario.

- De acuerdo con el art. 152 C. el marido está obligado a vivir con su mujer y ésta a vivir con su marido y a seguirle donde quiera que traslade su residencia. Cesan estos derechos cuando su ejecución acarrea grave perjuicio a la mujer y al marido. Con esto se trata de evitar un perjuicio al cónyuge, ya que esos derechos son susceptibles de abuso.

- De acuerdo con el art. 888 Pr. el que embarga preventivamente está obligado a rendir fianza, para responder por la cosa que se trata de embargar y de los daños y perjuicios que ocasionare el embargo. Se desprende de esta disposición que puede haber abuso de esa medida precautelar.

- El art. 1741 Pr. faculta al ejecutante para desistir de la acción ejecutiva, pero lo hace responsable de los daños y perjuicios que hubiere causado con la demanda. Se parte de la idea de que el ejecutante ha obrado con precipitación y frente a los argumentos del ejecutado desiste de su ejecución.

La teoría del abuso del derecho es acogido por la Corte Suprema de Justicia:

“El principio *nemo demnun dicit qui sou jure utitur* no puede tomarse de una manera absoluta porque ello daría lugar a muchos abusos, cuando se ha obrado con temeridad o mala fe, persiguiendo solamente el daño ajeno. Es por eso

6 S. 11:30 a.m. del 12 de junio de 1948, B. J., p. 14281.

7 S. 1:30 p.m. del 24 de febrero de 1915, B. J., p. 918.

que la jurisprudencia ha venido a atenuar el rigor del principio sentando, que no se incurre en responsabilidad cuando se ha usado del derecho con prudencia y buena fe; no habiéndose demostrado en el caso de autos que los demandados hayan abusado de su derecho o procedido con malicia.<sup>6</sup>

- El hecho de promover cualquier persona juicio relativo a un derecho cuya existencia se declara por sentencia en ese juicio, no puede servir de base para exigir daños y perjuicios del demandante vencedor.<sup>7</sup>

- Los litigantes están autorizados para usar del embargo preventivo a fin de garantizar los resultados del juicio, pero también cabe la indemnización de los perjuicios que con ello se cause si el embargo, por la declaratoria de su improcedencia, carece de causa legal para que fue pedido.<sup>8</sup>

- Declarada la nulidad de un juicio de desposeimiento pueden demandarse los daños y perjuicios contra el ejecutante, para lo cual no basta demostrar la existencia de los daños, sino también que son imputables al ejecutante por su culpa, negligencia o imprudencia (art. 2059 C.), sin que pueda alegar que al intentar la acción de desposeimiento hizo uso de un derecho que concede la ley, pues no usa de su derecho quien sostiene en juicio pretensiones temerarias, como tampoco el hecho de la no imposición de costas en el juicio de desposeimiento, pues no causa estado en el debate sobre daños y perjuicios; asimismo no es atendible la alegación de que siendo el secuestro un acto judicial, no pueda conceptuarse como un acto doloso de quien lo solicitó.<sup>9</sup>

- El actor no funda su demanda en que su acusador cometió un delito, sino en el art. 2509 C., y, por lo tanto, no es necesaria la existencia de una sentencia criminal. (Art. 40 Pn.). ...la sola existencia del daño no es suficiente para sujetar al causante a la obligación de resarcir, sino que es circunstancia esencial que intervenga dolo, culpa, negligencia o imprudencia... Pero ¿cuál es en definitiva el criterio para distinguir cuando un acusador restringiendo la cuestión al caso presente, usa o abusa de su derecho? Acerca de este punto se encuentran dos opiniones desacordes que se disputan el campo: queriendo que el acusador no sea responsable de los daños, sino sólo cuando sea de mala fe; y otros, por el contrario, opinan que es suficiente la sentencia de absolución para someter al acusador a la obligación de resarcimiento. Opiniones ambas excesivas, rechazadas por la doctrina prevalente, que sigue el criterio de que sólo se debe reconocer responsable a quien resultando dañado por un delito, en lugar de proceder con la ponderación necesaria para poner a la justicia sobre las huellas del reo, acusa inconsideradamente, sin rodeos y con ligereza imperdonable a un tercero inocente. La malicia del acusador no es un requisito indispensable para declarar sus responsabilidades, porque si bien la buena fe excluye siempre el dolo o la malicia, no excluye igualmente la falta, la negligencia o la imprudencia, y lo cierto es que la buena o la mala fe del acusador no deben ser tomadas en consideración más

8 S. 11 a.m. del 11 de diciembre de 1926, B. J., p. 5784.

9 S. 11 a.m. del 29 de septiembre de 1931, B. J., p. 7854.

10 S. 11 a.m. del 13 de julio de 1934, B. J., p. 8699.

11 S. 12 m. del 30 de noviembre de 1944, B. J., p. 12588.

que para decidir si el acusador ha cometido delito o cuasidelito, y porque de esa diferencia puede surgir la importancia y la cuantía de los daños...<sup>10</sup>

- Si el actor pide el cumplimiento de la sentencia de restitución del bien arrendado que fue apelada en un solo efecto, incurre en daños y perjuicios si es revocada, pues existe imprudencia aun cuando no sea temeraria.<sup>11</sup>

La enumeración anterior de los casos legales y el reconocimiento por la jurisprudencia fundamentan la aplicación general en nuestro ordenamiento jurídico de la teoría del abuso del derecho.

En las relaciones de vecindad tiene amplia aplicación. Estas relaciones imponen obligaciones y derechos. Los vecinos tienen derechos y, a su vez, obligaciones. Como obligados deben soportar el ejercicio del derecho del vecino, pero cuando ese ejercicio excede el límite de la tolerancia de las obligaciones de vecindad, se abusa del derecho. Imaginemos los insoportables ruidos y gases de una fábrica en un barrio residencial, etc. El dueño de la fábrica será responsable de los daños y perjuicios que cause, y además deberá tomar las medidas para evitar en el futuro otros daños. Tal responsabilidad se produce aunque se encuentre autorizado por las autoridades administrativas correspondientes.

### **iii) Tipo de responsabilidad**

Para que exista el abuso del derecho es preciso que se ejerza con dolo o culpa. Si el titular lo ejerce sin dolo o culpa no habrá abuso. Lo concerniente al abuso del derecho debe regirse de acuerdo con la regulación de los delitos y cuasidelitos, pues es una especie de acto ilícito. Nuestra jurisprudencia se pronuncia a favor de esta teoría, fundada en la responsabilidad subjetiva.

No obstante, existe una corriente doctrinal que funda la responsabilidad proveniente del abuso del derecho en un criterio objetivo. Basta que se ejercite el derecho en contra de sus fines individuales y sociales para que exista abuso, prescindiendo de la culpa. Esta responsabilidad objetiva se funda en los riesgos y peligros que conlleva el hecho de ser titular de derechos que se ejercen o no se ejercen.

### **iv) Algunos casos de la doctrina y la jurisprudencia extranjeras**

La doctrina y la jurisprudencia extranjeras han considerado muchos casos, entre los que cito:

- Si la ley entrega armas a la fuerza de policía es para proteger a la sociedad de los malhechores, y no para matar o herir a otro.

- Si el dueño de un predio abre un pozo secando por ello el del vecino, o mermando su caudal, con el fin de perjudicarlo o si no obtiene con ello utilidad alguna, abusa del derecho y está obligado a cegarlo.

El art. 1599 C. permite que el dueño cave el pozo aunque se disminuya el agua del abierto en el fundo ajeno, sin estar obligado a indemnizar. No obstante,

si el dueño que cava el pozo lo hace con malicia o no recibiere con ello utilidad alguna, abusa de su derecho y debe los daños y perjuicios causados.

- El empleador que publica en los periódicos anunciando a su clientela que un dependiente o empleado de una empresa ha dejado de pertenecer a ella, no abusa de su derecho.

- Los diputados y senadores pueden emitir en el ejercicio de sus cargos sus opiniones sin responsabilidad alguna. Nuestro derecho constitucional le ha concedido esta prerrogativa absoluta a los legisladores (Art. 139 Cn.).

- La jurisprudencia francesa ha declarado que si en el contrato de arrendamiento se le autoriza al arrendatario a subarrendar con la venia del arrendador y éste rechaza a todas las personas que el arrendatario les presenta para el subarriendo, no porque sean inconvenientes, sino con el fin de molestar al arrendatario, abusa de su derecho.

- Autorizar a la Junta Directiva de la sociedad anónima para rechazar sin razón suficiente el traspaso de las acciones por los socios, es un abuso del derecho.

- En el derecho de propiedad el hecho de no cultivar las tierras aptas para ello constituye un abuso de dicho derecho, por cuanto se causa perjuicio a la colectividad.

- Es abusivo el ejercicio de las acciones judiciales o recursos cuando se actúa con dolo o culpa.

- Los que ejercen profesiones liberales (médicos, abogados, ingenieros, etc.) no son libres para seleccionar su clientela y abstenerse de contratar con otros. De hacerlo abusan del derecho. Imaginémos un caso extremo en que el médico se niega a atender a un herido de gravedad y no existe posibilidad de obtener otro médico.

- La clínica u hospital que se niega a recibir al enfermo en virtud de que no puede pagar o garantizar el pago, es responsable de los perjuicios que sufre el enfermo por la falta de una atención inmediata. Esta responsabilidad se funda en la ausencia de un derecho legítimo para no contratar. Por otra parte, el estado de necesidad del enfermo prevalece sobre los reglamentos de dichos centros, si éstos se invocaren. Si el centro tiene un motivo justo, puede abstenerse de contratar (enfermedad contagiosa).

- La revocación tempestiva de una oferta produce daños y perjuicios (gastos, desembolsos). Pero no se deben los derivados de la no celebración del contrato.

#### **v) Sanción**

La sanción que se impone por el abuso del derecho puede ser de diferentes formas, dependiendo del caso:

a) daños y perjuicios; b) publicación de la sentencia que condena el abuso (abuso de libertad de opinión); c) ineficacia del acto abusivo.

### e) Prueba del dolo y de la culpa

El que demanda la indemnización debe probar el dolo o la culpa del autor del acto dañoso.

Hay culpa también cuando se han violado leyes o reglamentos. La Corte Suprema ha dicho que llevar en el asiento delantero más personas de las permitidas por la capacidad del vehículo, es suficiente para determinar la responsabilidad del conductor.<sup>12</sup>

### f) Simultaneidad de culpas

Es posible que haya mediado culpa por parte del autor del daño y de la víctima. Tal situación no la contempla nuestro Código, a diferencia del colombiano<sup>13</sup> y chileno<sup>14</sup>. En ambos se permite reducir la indemnización que debe pagar el autor.

Es de justicia que si existe culpa común la víctima soporte parte del daño y, como consecuencia, se reduzca la del autor del acto dañoso. Para tal reducción se tomará en consideración la gravedad de las culpas, de manera que si la culpa del autor es más grave que la culpa de la víctima, la reducción de los daños que tiene que pagar el autor será mínima; por el contrario, será mayor la reducción de los daños que tiene que pagar el autor si la culpa de la víctima es de mayor intensidad que la de él. Transcribo el ejemplo de Von Tuhr sobre culpa más grave: “Si un ciclista que no lleva su derecha es atropellado por un automóvil con exceso de velocidad, podrá reputarse que la culpa predominante es la del automovilista, ya que esta conducta es más peligrosa para la circulación que la infracción cometida por el ciclistas”.<sup>15</sup>

Es posible también que las culpas tengan igual intensidad, en cuyo caso se reparte el daño.

Puede suceder que la culpa de la víctima sea tan grave que absorba o envuelva en su totalidad a la del autor. En tal caso no hay indemnización o ésta es mínima. Se citan de las fuentes romanas los ejemplos siguientes:

**i)** No se puede transitar por el lugar donde se hacen ejercicios con dardos. El que lo hace, sobre todo intempestivamente, y fuere herido, es culpable de su mal y no existe responsabilidad de parte del que ha lanzado el dardo.

**ii)** El podador no es responsable del daño que sufre una persona con una rama si ha dado voces para evitar el peligro, pero a pesar de ello esa persona,

12 S. 9:45 a.m. del 2 de abril de 1968, B. J. p. 56.

13 Art. 2357.

14 Art. 2330.

15 Ob. cit., Tomo I, p. 79.

16 Dice Von Tuhr: «Así, si el causante del daño obró con dolo, será indiferente la simple culpa del perjudicado y no influirá para nada en su deber de indemnización. Así, por ejemplo, un empleado que ha cometido una estafa no puede invocar el hecho de que la estafa haya sido posible por la defectuosa

confiando en su agilidad y habilidad, pasa por debajo del árbol y es golpeado por la rama.

El reparto de la responsabilidad tiene lugar únicamente cuando existe culpa por parte del autor y de la víctima; por lo que si una de las partes obra con dolo y la otra con culpa, la que obra con dolo asume la totalidad de los daños, sin que pueda pedir rebaja alegando culpa de la víctima.<sup>16</sup>

Igual cosa sucede si la víctima actúa con dolo (se lanza a las ruedas de un automóvil o un ferrocarril); el autor debe ser exonerado de responsabilidad. Si la víctima quiso el daño debe soportarlo.

Si las partes actuaron con dolo habrá lugar a una compensación de daños. En el monto excedente de la compensación se toma en cuenta, al igual que en la culpa, a fin de repartir la responsabilidad, la gravedad del hecho delictuoso de las partes. Se cita el siguiente ejemplo de las fuentes romanas: una persona golpea con un látigo al posadero y éste le vacía el ojo. En este caso la compensación se produce hasta el daño menor (latigazo), pero el resto lo debe asumir y pagar el autor del daño mayor, es decir, el posadero.

## **B. La imputabilidad o capacidad delictual**

De conformidad con el art. 2517 C. el loco o demente no es capaz de delito o cuasidelito, pero será responsable civilmente de los hechos que ejecute la persona que lo tenga bajo su guarda legal, a menos que no exista por su parte culpa, es decir, si no hay culpa del guardador no responde de los daños y perjuicios.

No habiendo guardador legal, responde con sus bienes el mismo loco o demente; pero en tal caso se establece a su favor el beneficio de competencia. La posibilidad de pagarse con los bienes del loco o demente es una solución inspirada en la tesis objetiva de la responsabilidad.

La misma solución debe aplicarse en el supuesto de ausencia de culpa del guardador, pues no sería justo dejar sin debida satisfacción el daño causado. De conformidad con el art. 829 del Código Civil Alemán los no responsables por razón de la edad o de inconsciencia o perturbación, siempre que la indemnización no pueda ser exigida al tercero con deber de vigilancia, han de indemnizar en la medida en que la equidad exija una compensación según las circunstancias, especialmente según las relaciones entre los interesados y en la medida que no sea privado de los medios de los que necesita para sustento adecuado a su situación, así como para el cumplimiento de sus obligaciones legales de alimentos.

El enfermo mental está exento de responsabilidad penal y de la responsabilidad civil proveniente del hecho responde el guardador, salvo que pruebe que no hubo de su parte descuido o negligencia. Si probare esto, el daño será reparado con el patrimonio de los bienes del enajenado.<sup>17</sup>

---

inspección. En cambio, el fiador del empleado si podría oponer este hecho al acreedor» (Ob. cit., Tomo I, p. 79).

El menor de diez años y el mayor de diez y menor de quince años que haya obrado sin discernimiento están exentos de responsabilidad criminal, y la civil proveniente del hecho la asumen los que los tengan bajo su potestad o guarda, salvo que prueben que no hubo de su parte descuido o negligencia. Probado esto los daños serán pagados con el patrimonio del menor.<sup>18</sup>

Nuestro Código Civil no hace un pronunciamiento expreso sobre la incapacidad delictual de dichos menores, pero el art. 2511 C. implícitamente la establece. Por otra parte, las exenciones penales y civiles confirman la incapacidad delictual del menor.

En el art. 2511 C. se exige que el menor de quince años viva con los padres. También se dispone que en defecto del padre son responsables los guardadores o encargados del menor.

### C. El daño

Para que proceda la acción de indemnización de los daños es preciso que efectivamente se hayan causado. Sin daño no hay acción, pues sin interés no existe acción.

En sentencia de las 12 m. del 21 de Diciembre de 1934, B.J., p. 8871 la Suprema dijo: “Que para que procediera la condena en daños y perjuicios fundada en el art. 2509 C., es preciso: a) que forme el objeto de una acción principal a fin de que con toda la amplitud de un juicio declarativo se ventile el derecho de reclamar, estableciéndose si realmente ha habido por parte del embargante el hecho malicioso o la negligencia o imprudencia, B.J., 7854; y b) que se establezca la existencia real de los perjuicios, porque no basta que de los preceptos del derecho sustantivo se derive la obligación de resarcirlos, porque no tratándose de una sanción penal de ineludible aplicación, cabe que, no obstante la realización de un acto de culpa o negligencia, no se irroque perjuicio alguno, en cuyo caso falta uno de los elementos precisos para la realidad del derecho”.

Los daños los puede recibir la víctima en su persona o en su patrimonio.

Los autores modernos distinguen entre los daños causados a los derechos patrimoniales y los causados a los derechos extra patrimoniales. Entre los primeros tenemos: a) Los derechos reales (la propiedad, el usufructo, etc.); b) Los derechos personales (créditos); c) los derechos inmateriales (Propiedad intelectual o industrial); d) los derechos sobre universalidades (derechos hereditarios). Entre los segundos tenemos: a) los derechos de la personalidad: la vida, la integridad corporal, la salud, la libertad, el nombre y apellido, el honor, el de un secreto importante y el del domicilio; b) los derechos de la familia.

A los derechos reales o bien a la posesión se le pueden causar perjuicios sin desconocerlos. Estos daños deben indemnizarse de acuerdo con lo establecido en el art. 2509 C. y sigts. Cuando la lesión es por incumplimiento a un derecho de crédito, la reparación se rige por las reglas estudiadas con ocasión del efecto de las obligaciones.



Los daños resultantes de la lesión a los derechos de familia se estudian en el Derecho de Familia. Los causados a los derechos de la personalidad se rigen por el art. 2509 C. y sigts. Este artículo, sin hacer distinción, se refiere tanto a los derechos patrimoniales como a los derechos de la personalidad.

Son objeto de indemnización tanto los daños patrimoniales como los morales. El daño moral puede tener repercusiones en el patrimonio como cuando se calumnia y difama a un comerciante que ve mermado su crédito. Pero también existe un daño que sólo causa dolor, depresión, complejo, etc., afectando la personalidad de la víctima, como por ejemplo, el honor de la mujer seducida, la cojera de una mujer hermosa. Este daño también debe ser indemnizado aunque resulta difícil calcular en dinero el monto de la misma. Se resarcen estos perjuicios como lenitivos a los sufrimientos.

El daño moral resulta de la lesión que sufran los derechos extra patrimoniales (derechos de la personalidad: honor, libertad, etc., y los de familia). El art. 1196 del Código Civil de Venezuela dice: “La obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito.

El juez puede, especialmente, acordar una indemnización a la víctima en caso de lesión corporal, de atentado a su honor, a su reputación, a los de su familia, a su libertad personal, como también en caso de violación de su domicilio o de un secreto concerniente a la parte lesionada.

El juez puede igualmente conceder una indemnización a los parientes, afines o cónyuge, como reparación del dolo sufrido, en caso de muerte de la víctima”.

El inciso primero del art. 823 del Código Civil Alemán dice: “Quien dolosa o culpablemente lesiona de forma antijurídica la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o cualquiera otro derecho de otra persona, está obligado para con ella a la indemnización del daño causado por esto”.

El art. 46 de nuestro Código Penal dice: “La indemnización de perjuicios se hará determinando prudencialmente el Tribunal, a falta de prueba, el valor del perjuicio material o moral originado por el hecho punible y especialmente el perjuicio causado en la industria o negocio, en la vida, salud, honra o reputación del ofendido”.

Los daños morales pueden acumularse a los patrimoniales y su valoración queda al criterio discrecional del Juez. Pero esto no quiere decir que el Juez pueda valorarlos en ausencia completa de prueba, pues deben existir por lo menos antecedentes suficientes en el proceso para valorarlos sobre ellos.

El art. 46 Pn., anteriormente transcrito, es amplio, pues deja la determinación de los perjuicios al prudente arbitrio del Juez, aun a falta de prueba.

Son daños materiales aquellos producidos en los bienes, las personas y sus facultades susceptibles de fácil apreciación pecuniaria. También existen los morales puros, los cuales afectan la parte afectiva de la persona: dolor, soledad, tristeza, ansiedad, disgusto, temores, etc.

La Corte Suprema en consulta del 5 de Octubre de 1992 sostiene que en la responsabilidad extracontractual se deben los daños morales, pues el art. 2509



C. y sigts. establecen los daños y perjuicios, sin distinguir entre morales y materiales.

La Asamblea Nacional por Ley No. 157 del 23 de Marzo de 1993 interpretó en forma auténtica varios artículos del Código Civil, entre ellos el art. 2509 C. y sigts. Dispone que estos artículos consagran el daño moral. No fue sancionada por el Ejecutivo, siendo publicada en el Nuevo Diario del 26 de Marzo de 1993, por lo que no está vigente.

El daño debe ser real o cierto, por lo que no son resarcibles aquellas lesiones que no logran vulnerar los derechos o bien obstaculizar su ejercicio, como asimismo los denominados daños eventuales o hipotéticos.

La jurisprudencia francesa desechó una demanda en virtud de la cual se reclamaban perjuicios por la desaparición del benefactor que le hacía a menudo regalos.

Los tribunales colombianos han resuelto varios casos:

a) Se rechaza la indemnización pedida por el marido calculada con base a las utilidades que le producía el negocio que manejaba su difunta esposa, la vida probable de supervivencia de ésta y las utilidades que hubiera hecho, por cuanto fueron calificadas de eventuales esas utilidades.

b) No existe perjuicios materiales futuros reparables por los padres por la muerte de un hijo menor que aún carece de actividad productiva, pues las esperanzas de que fueran ayudados en su vejez por el hijo muerto son inciertas y eventuales, ya que nadie puede escrutar el porvenir para precisar en que condiciones, educado y establecido el hijo, llegaría a ser el apoyo y sostén de sus progenitores. Para que un perjuicio futuro sea indemnizable es preciso que aparezca como prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual estimable inmediatamente. Así, muerto un profesional o mecánico que en el momento de morir tenía una actividad productiva, es posible calcular las pérdidas futuras partiendo de la pérdida actual.

No es necesario que el daño sea actual. Es posible que el daño no emerja inmediatamente después de producido el hecho ilícito, pero en cambio fatalmente ha de producirse.

#### **D. Relación de causalidad entre el acto y el daño**

Para que exista una responsabilidad es preciso que el daño sea el resultado del acto ilícito. Tal cosa se desprende de los artículos siguientes:

a) El art. 2509 C. dice: “Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia o por un hecho malicioso causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios”.

b) El art. 2511 C. dice: “Los padres son responsables del daño causado por sus hijos menores...”

c) El art. 2512 C. dice: “Los jefes de colegios o escuelas y artesanos son responsables de los daños causados por los discípulos menores...”

d) El art. 2513 C. dice: “El dueño de un animal o el que lo utilice, durante el tiempo que lo haga, está obligado por el daño que el mismo cause...”

e) El art. 2514 C. dice: “El propietario de un edificio está obligado por los daños ocasionados por la ruina del mismo...”

f) El art. 2516 C. dice: “El ebrio es responsable del daño causado por su delito o cuasidelito”.

g) El art. 2518 C. dice: “Los dueños de hoteles, casas de hospedaje y de los establecimientos públicos de todo género, son responsables del daño causado por sus agentes o empleados...”

Para que el acto se estime como la causa del daño es preciso que sea actual o próximo (no remoto) y, además, determinante.

Cuando se habla de daño actual o próximo se está indicando que no deben tomarse en cuenta actos remotos que no son idóneos o aptos para producir el acto dañoso, según la común opinión que prevalece en el comercio de los hombres. Importa excluir, dice Enneccerus, la responsabilidad por circunstancias que, según su naturaleza general y las reglas de la vida corriente, son totalmente indiferentes para que surja un daño de esa índole y que, sólo como consecuencia de un encadenamiento totalmente extraordinario de las circunstancias, se convierte en condición del daño<sup>19</sup>.

Por ejemplo: Juan, sastre de Pedro, no le entrega a éste oportunamente el traje de viaje por lo que pospone el vuelo aéreo para el día siguiente, en el cual muere por accidente del avión. En el caso planteado el retraso en la entrega del traje es una causa remota del accidente, por lo que se puede responsabilizar al sastre del accidente que sufrió Pedro por tener que viajar otro día diferente. Como he dicho estos actos remotos no son determinantes, aptos o idóneos para causar el daño referido.

También los autores citan el caso del dueño del carro que no tomó las precauciones para que el automóvil no fuera robado y con el cual el ladrón causa un daño. La negligencia del dueño es una culpa remota que no es idónea o apta para causar el daño referido.

Los actos referidos, pues, no son determinantes, aptos o idóneos para causar el daño; por el contrario, son causas remotas del mismo que no toma en cuenta el derecho para determinar la imputabilidad del hecho dañoso.

Los autores alemanes piensan que las causas excesivamente remotas no deben tomarse en cuenta, pues se corre el riesgo de negarle responsabilidad al autor inmediato de la culpa, como, por ejemplo: cuando el autor del hecho alegue que si Juan hubiera asistido a su clase de Obligaciones, no se habría producido el accidente en el cual pereció, o de responsabilizar indefinidamente a personas que no han tenido participación actual o determinante en el hecho dañoso, como por ejemplo, en los casos del sastre y del dueño del automóvil.

No se vaya a pensar que cuando se exige que la causa sea actual, sólo se tome en cuenta a la última causa en el orden cronológico, pues es factible que concurran cronológicamente en momentos diferentes varias causas que contribu-

<sup>19</sup> Arts. 28 inc. 1 y 37 Pn.

yan en forma determinante a la producción del daño actual, en cuyo caso deben de tenerse en cuenta todas ellas, como sucede, por ejemplo, cuando una persona recibe dos tiros, uno primero y otro después, de dos personas diferentes, cuyas heridas causan conjuntamente la muerte de la víctima.

El otro requisito del acto es que sea determinante, con lo cual se indica que sin él no se hubiera causado el daño (acto necesario) y que, además, sea idóneo o apto para causarlo.

Se estima por la doctrina que el acto es determinante en la acusación del daño cuando ha sido la condición más activa, más importante, en la producción del daño, es decir, ha contribuido en mayor grado a que se cause el daño.

La doctrina señala los ejemplos siguientes:

a) El conductor de un vehículo atropella a un peatón y la fractura un brazo. El conductor responde del accidente aunque pudiera probar que las anteriores luxaciones que había padecido el peatón en el mismo brazo fueron también causa de la fractura y que el golpe que recibió no la hubiera producido en un hombre bien conformado.

b) Una persona enferma que, habiendo recibido una herida leve, muere por enclenque y débil. Aquí la causa que se toma en cuenta es la que provoca la herida, pues el hecho de que está enfermo se considera una condición, como lo sería el hecho de que el herido sea varón, una mujer o un niño.

## 6. Solidaridad

El art. 2510 C. dice: “La obligación de reparar los daños y perjuicios ocasionados con un delito o cuasidelito, pesa solidariamente sobre todos los que han participado en el delito o cuasidelito, sea como autores y cómplices y sobre sus herederos”.

El origen de la mencionada solidaridad se encuentra en el Derecho Romano en donde se estableció la solidaridad para el dolo o violencia cometidos por dos o más personas.

En el Derecho Francés se extendió dicha solidaridad al campo extra contractual. En una época la mencionada solidaridad descansaba en la idea de que el daño es indivisible y que resultaba difícil repartir el daño entre los autores; por lo que no había más camino que hacer una condena por el todo.

Tal punto de vista ha perdido apoyo, pues es evidente que el dinero con el que se pagan generalmente los daños y perjuicios es divisible. Esta solidaridad encuentra su fundamento en la ley y su finalidad o propósito es garantizarle a la víctima el resarcimiento del daño causado por varios, cubriéndole de la insolvencia de uno de los autores del hecho evitándole la dificultad de cobrarle la parte de daño que le corresponda pagar.

Es conveniente determinar los casos en que se aplica el art. 2510 C.

### **A. Daño causado por varias personas que han actuado conjuntamente**

Existe el obrar conjunto cuando varias personas realizan el hecho dañoso. Ejemplos de obrar conjunto que pone la doctrina:

a) Dos personas derriban conjuntamente una viga que causa daño a un transeúnte.

b) Dos ingenieros abren una zanja y una persona cae en ella, sufriendo daños.

Se puede participar en forma conjunta ya sea como autor o como encubridor.<sup>20</sup>

La doctrina estima que existe obrar conjunto cuando de cualquier manera varios intervienen en un acto ilícito, cooperando conjuntamente a su realización sea en concepto de coautores, inductores o auxiliares. “Así por ejemplo — expresa Enneccerus— todos y cada uno de los partícipes en un robo responden del daño total, aunque alguno de ellos se haya limitado a retirar las cosas robadas sin quedarse con ninguna de ellas, o su misión se haya reducido a trazar el plan del robo o a guardar la salida de los que se apoderaron de las cosas”.<sup>21</sup>

El art. 2510 C. se refiere principalmente a este tipo de obrar y, como consecuencia, hay responsabilidad solidaria.

### **B. Daño causado por varias personas que han obrado independientemente**

Es posible que varias personas, obrando independientemente, causen un mismo daño. Se citan por la doctrina los ejemplos siguientes:

a) José no custodia con la debida diligencia un depósito de pólvora y Diego lo hace estallar por descuido;

b) Dos fabricantes hacen desembocar en un río las aguas de sus fábricas y ya mezcladas producen daño por la emanación de gases que producen (destrucción de la pesca);

c) Dos cazadores furtivos, sin cooperación consciente, disparan simultáneamente sus armas, con efecto mortal, contra el guardabosques.

Como cualquiera de las culpas hubiera causado el daño existe solidaridad.

### **C. Daño causado por varias personas sin que pueda determinarse quien lo causa (causalidad alternativa)**

En este supuesto existe una responsabilidad solidaria de todos los que participaron en el hecho dañoso. Por ejemplo: en una reyerta una persona resulta

19 Ob. cit., Derecho de Obligaciones, Vol. I p. 66.

20 Art. 2510 C.

herida con un cuchillo, sin que se sepa quien es el autor. Todos han participado en la reyerta y como resultado se causó un daño. Si es posible imputar el daño a una determinada persona o algunas prueban su inocencia no se aplica la causalidad alternativa.

#### **D. Daños separados causados por varias personas**

Cuando varias personas causan daño separados no hay solidaridad, ya que cada cual responde de la parte de daño que se le puede imputar.

Enneccerus cita el caso de que varios culposamente dejan pastar sus animales en el campo vecino.<sup>22</sup>

### **7. Los perjuicios directos e indirectos**

El perjuicio causado por el acto culposo puede ser la causa de otro perjuicio y así sucesivamente.

Una larga discusión se ha suscitado en torno al problema de que si el culpable del daño debe responder solamente de los daños directos o inmediatos o si también debe responder de los indirectos. Daño directo es el que proviene de manera inmediata del hecho dañoso y daño indirecto es el que resulta como una consecuencia más o menos lejana del hecho dañoso.

El famoso caso de la vaca enferma de Pothier nos ayudará a comprender la mencionada distinción: una persona vende a otra una vaca que sufre de una enfermedad contagiosa; el comprador no sólo pierde la vaca enferma, sino también todo su ganado, que muere contagiado; como consecuencia de estas pérdidas el comprador no puede cultivar sus tierras; y finalmente, el comprador carente ya de recursos no puede pagar sus compromisos y, por esa razón, sus acreedores venden sus bienes a vil precio.<sup>23</sup>

¿Responderá el vendedor de todo este cúmulo de perjuicios? Pothier señala la solución: el vendedor doloso sólo responde por la pérdida de la vaca y de los bueyes que murieron por el contagio; no será responsable de los daños causados por la venta a precio vil, por cuanto este resultado no es más que una consecuencia lejana de su dolo, y no una relación necesaria. La pérdida por el no cultivo de tierras, no es consecuencia absolutamente necesaria de la pérdida del ganado, pues el comprador bien podría haber arrendado o comprado otros bueyes.

En el caso de Pothier son perjuicios indirectos los ocasionados por la falta de cultivo de la tierra, por la incapacidad de pagar los compromisos y la venta

21 Ob. cit., Derecho de Obligaciones, Vol. II, p. 672.

22 Ob. cit., p.p. 98 y 99.

23 Ob. cit., pp. 98 y 99.

24 Ossorio Morales cita el ejemplo siguiente: el camión de un transportista sufre daños a consecuencia de un accidente y permanece sin utilizarse quince días. En este mismo camión se transportaba una medicina para un enfermo de gravedad, que la necesita con urgencia, la que por el accidente no llega a tiempo, determinando la muerte del enfermo. La reparación del camión (daño emergente) y el pago de los quince días que no pudo trabajar (lucro cesante) son daños directos y la muerte indirecto. (Ob. cit., p.p. 80 y 87).

a vil precio. Estos perjuicios no los paga ni el deudor doloso, por cuanto la enfermedad del animal es solamente una causa remota de los mismos. En cambio el deudor responde de los daños directos: muerte de la vaca y del ganado.<sup>24</sup>

En materia extra contractual el autor del hecho dañoso responde de los perjuicios que sean una consecuencia necesaria del mismo, sean directos o indirectos.

Con base en la distinción entre perjuicios indirectos y directos se sostiene que los primeros no son indemnizables, en cambio los segundos si. Modernamente tal distinción se encuentra abandonada, como asimismo la distinción entre perjuicios causados con dolo o con culpa.

Los perjuicios indemnizables son aquellos que están ligados por una relación de causalidad con la culpa; por el contrario, los que no tienen vinculo causal con la culpa no son indemnizables.

Como consecuencia, es objeto de indemnización cualquier perjuicio que guarde una adecuada conexión causal con la culpa inicial.

Se considera que existe conexión adecuada cuando sin la culpa inicial el perjuicio no se hubiere causado y que, además, no haya intervenido un acontecimiento al que debe imputarse un nuevo perjuicio. Se pone el ejemplo del deterioro de una máquina, en el cual el daño inmediato es la disminución de valor que la máquina sufre; pero se considera también daño que tiene relación necesaria con el deterioro, el paro de la industria durante el tiempo que se necesite para repararla.

## **8. Interrupción del nexos causal**

La relación de causalidad puede ser interrumpida, sea por culpa de la víctima, sea por el hecho de un tercero o por circunstancia extraña a la culpa inicial de la víctima. Ejemplos de la doctrina:

**a)** En el caso del deterioro de la máquina, si el dueño no la repara oportunamente por su culpa, se interrumpe la relación causal;

**b)** Si un herido muere a causa de una enfermedad extraña a la herida, el autor solo responde por la herida y no por la muerte, pues la enfermedad interrumpió la relación causal. No obstante, Enneccerus cita un caso de la jurisprudencia alemana en que se decidió que si el herido con arma de fuego muere en el hospital como consecuencia de una epidemia de gripe allí declarada, el autor de la herida responde de la muerte.

El art. 152 Pn. condiciona la existencia de los delitos de asesinato, homicidio, parricidio o infanticidio, a la circunstancia de que las lesiones o violencias causen la muerte dentro de los sesenta días después de inferidas.

## BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit., Tomo IV, p. 855 y sigs. ALTAVILLA, Enrico. La culpa. El delito culposo, sus repercusiones civiles, sus análisis sociológicos. Editorial Temis. Bogotá. 1956. ARROYO C. Duilio. Algunos aspectos del daño moral en el derecho panameño. Anuario de Derecho C. Panamá. 1963-1965. No. 6 p. 57 y sigs. BARSALLO, J. Pedro A. La responsabilidad civil del denunciante. Anuario de Derecho. Panamá. 1963-1965. No. 6., P. 73 y sigs. BATLLE VAZQUEZ, Manuel. La evaluación del daño en las personas. Centenario de la ley del notariado. Editorial Reus, Madrid. 1962. Sección tercera. Vol. II, p. 469 y sigs. BETTI, Emilio. Ob. cit., Tomo II, p. 171 y sigs. BONET CORREA, José. La responsabilidad objetiva. R.D.N. 1960. No. 28, p. 75. BORJA SORIANO, Manuel. Ob. cit., Tomo I, p. 397 y sigs. BRENES CORDOBA, Alberto. Ob. cit., p. 354. BUSSO, Eduardo 8. Ob. cit., Tomo III, p. 392 y sigs. CLARO SOLAR, Luis. Ob. cit., Tomo X. Vol. I. p. 598 y sigs. COLIN Ambrosio y CAPITANT, H. Ob. cit., Tomo III, p. 812 y sigs. COLMO, Alfredo. Ob. cit., 696 y sigs. COLOM, Emilio y MARIMON, Federico. Compendio Jurídico del accidente de automóvil. Editorial Bosch. Barcelona, España. 1933. Tomos I y II. COLOMBO, Leonardo A. El cuasidelito. Enciclopedia Jurídica Omeba, Ob. cit., Tomo V, p. 166 y sigs. CRUZ, Fernando. Ob. cit., Tomo III, p. 469 y sigs. ELIA, Carlos M. A. de. El delito. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit, Tomo VI, p. 218 Y sigs. ENNECCERUS, Ludwig. Ob. cit., Vol. II, p. 615 y sigs. ESCOBAR H., Manuel. Fines ilícitos de ciertas sociedades. Publicaciones Jurídicas. Editorial El Herald. Masaya, Nicaragua. 1958. p. 17 y sigs. ESCOBAR RIFFO, Francisco. Ob. cit., Tomo I, P. 183 y sigs. FAIREN, Manuel. El abuso del derecho. R.D.N. 1960. No. 27, p. 245. FERNANDEZ DE VILLAVICENCIO, Francisco. Responsabilidad civil sin culpa y responsabilidad objetiva. A.A.M.N. Ob. cit., 1962. Tomo XIII, p. 25 y sigs. FUEYO LANERI, Fernando. El daño extra patrimonial y su indemnización; especialmente en materia contractual. Revista de Derecho Privado Santiago de Chile No. I. Enero-Marzo. 1966, p. II y sigs. GAUDEMET, Eugene, Ob. cit, p. 319 y sigs. GIORGI, Jorge. Ob. cit., V01. V, p. 206 y sigs. GUTIERREZ y GONZALEZ, Ernesto. Ob. cit., p. 440 y sigs. LACAYO LACAYO, Alberto. La responsabilidad ante el Derecho. Tipografía Pérez. Granada, Nicaragua. LOMBARDI T., Juan E. La responsabilidad extracontractual civil en el Derecho Panameño. Editorial impresora Panamá. Panamá. 1965. Serie D. Vol. IV, p. 26 Y sigs. MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean. Ob. cit., 2da. parte. Vol. II, p. 4. civil delictual y contractual. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1961. Tomo I., p. 1 y sigs. p. 251 y sigs., p. 423 y sigs. Tomo I. Vol. II, p. 29 Y sigs., p. 36 y sigs. p. 94 y sigs. p. 232 y sigs. MEZA BARROS, Ramón. Ob. cit., p. 20. NUNEZ, Ricardo C. La acción civil para la preparación de los perjuicios en el proceso penal. Editorial Bibliográfica



Argentina. Buenos Aires. 1948. PALACIO P., H. Gustavo. Ob. cit., p. 79 y sigts. PUIG BRUTAU, José. Ob. cit., Tomo II. Vol. II, p. 659 y sigts. RICCI, Francisco. Ob. cit, Tomo XIII, p. 171 y sigts. RODRIGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, Lino. Ob. cit., p. X8 y sigts. RUGGIERO, Roberto de. Ob. cit., Tomo II. Vol. 1, p. 544 y sigts. SALVAT, Raymundo. Ob. cit, Tomo IV, p. 15 y sigts. p. 105 y sigts., p. 125 y sigts. SANTOS BRIZ, Jaime. Ob. cit., Tomo III, p. 492 v sigts. p. 547 y sigts. SELVA, Buenaventura. Ob. cit., p. 472 y sigts. SOTO NIETO, Francisco. Ob. cit., Tomo I, p. 135 y sigts., p. 205 y sigts. SPOTA, Alberto. Tratado de Derecho Civil. Relatividad y abuso de los derechos. Editorial De palma. Buenos Aires. 1977. Tomo I., Vol. II. TEZANOS PINTO, María Angélica. CARCAMO, Estela Raquel. Responsabilidad civil. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo XXIV, p. 543 y sigts. URIBE-HOLGUIN, Ricardo. La culpa, criterio de responsabilidad. Ob. cit., p. 29 y sigts., p. 59 y sigts., p. 167 y sigts. VALENCIA ZEA, Arturo. Ob. cit, Tomo I, p. 173 y sigts., p. 214 y sigts. TUHR. Von II. Ob. cit., Tomo I, p. 263 y sigts.



## Capítulo II

### Tipos de responsabilidad

*SUMARIO: 1. Responsabilidad por hecho propio. 2. Responsabilidad por hecho ajeno. 3. Responsabilidad por las cosas: A. Daños causados por los animales. B. Daños causados por la ruina de un edificio. 4. Responsabilidad de las personas jurídicas.*

#### 1. Responsabilidad por hecho propio

Son hechos propios los causados directamente por una persona por medio de sus manos, pies, etc., o valiéndose de armas o instrumentos, como pistolas, cuchillos, palos, piedras, etc., o a través de la exteriorización de sus ideas, como sucede con la calumnia o la injuria.

En los daños causados por los animales es preciso distinguir: si el daño lo causa el animal mediante su impulso, estamos en presencia de hecho del animal; en cambio si el animal causa daño estimulado o impulsado por la persona, estamos en presencia de la responsabilidad por hecho propio. Ejemplos: un jinete lanza su caballo contra una persona a la que causa daño. Una persona lanza o estimula a su perro para que muerda a otra, que recibe varias mordidas del perro. Estamos en presencia de hecho propio del jinete o del dueño del perro. En cambio si el animal actúa con independencia de la voluntad de la persona que lo guía, como por ejemplo, si el caballo se desboca a causa de un ruido (claxon de un automóvil), nos encontramos ante el hecho del animal.

Es importante determinar si nos encontramos frente a un hecho propio, pues en este tipo de responsabilidad es preciso probar la culpa del autor del daño; en cambio en la responsabilidad de los hechos ajenos, se presume la culpa del que tiene bajo su cuidado a la persona que causa el daño. En este caso el demandante no necesita probar la culpa, pues ésta se presume. Le basta probar los hechos de donde se deriva la presunción. El demandado sólo se puede exonerar probando su irresponsabilidad, mediante la comprobación de que el hecho se causó por caso fortuito, por un tercero o por culpa de la víctima. A la responsabilidad por hecho propio se refiere el art. 2509 C.

#### 2. Responsabilidad por hecho ajeno

Como regla general, la persona sólo responde de su propia culpa y no de la ajena. En la responsabilidad por hechos ajenos no se rompe esa regla, pues

tiene por fundamento una causa que, a pesar de no ser inmediata, es determinante en la producción del daño. Esta causa es la falta de diligencia del que tiene bajo su cuidado a una persona para evitar que se cause el daño. Se responde por un hecho ajeno que tiene por fundamento la culpa del responsable.

La responsabilidad por hecho ajeno está regulada en los arts. 2511, 2512, 2517, 2518 y 2519 C. En este tipo de responsabilidad no existe interpretación extensiva, pues no se aplica a otros supuestos similares.

Diferente solución siguen los códigos de Chile y Colombia, pues los arts. 2320 y 2347, respectivamente, no señalan taxativamente los casos en que procede la responsabilidad por hechos ajenos. Cabe la responsabilidad siempre que una persona está al cuidado de otra.

De dos maneras una persona o cosa está al cuidado de otra:

a) En virtud de la ley, como el menor bajo la patria potestad de sus padres o bajo guarda en su caso;

b) En virtud del contrario, como las sometidas al cuidado de los dueños de los hoteles, casas de hospedaje, establecimientos públicos, jefes de colegios o escuelas y artesanos, etc.

El art. 2511 inc. 1 C. dispone que los padres son responsables del daño causado por sus hijos menores de quince años que habiten en su casa. De conformidad a la disposición citada para que el padre responda por el hecho del hijo es preciso que:

a) El hijo sea menor de quince años.

b) Habite en la casa del padre o madre.

Si el hijo se fugó de la casa no cabe tal responsabilidad del padre o madre, como también, si ha sido colocado en algún establecimiento o se encuentra bajo la guarda de otra persona.

El padre o madre se pueden exonerar de la responsabilidad si demuestran que hubo culpa por parte de la víctima o que han cumplido con el deber de vigilancia y que no les fue posible impedir el acto dañoso.

Algunos autores sostienen que la responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos se funda en la patria potestad; en cambio otros opinan que se funda en la obligación de cuidar, dirigir y educar a los hijos que corresponde a los padres.

A la misma responsabilidad están sometidos los guardadores del menor, en defecto de los padres, de conformidad con el art. 2511 inc. 2 C.

El guardador responde de los hechos que ejecuta un loco o demente, a no ser que pruebe que no hubo de su parte culpa ni negligencia.<sup>1</sup>

De conformidad con el art. 2512 C. los jefes de colegios o escuelas y artesanos son responsables de los daños causados por sus discípulos menores de quince años mientras estén bajo su cuidado.

La responsabilidad de las mencionadas personas se compromete cuando el menor, el alumno o aprendiz está bajo la vigilancia o cuidado, por lo que si comete un delito fuera del establecimiento no hay responsabilidad.

<sup>1</sup> Art. 2517 C.

Aquí, como en el caso del menor, existe una presunción de culpabilidad en contra de las mencionadas personas. No obstante, pueden exonerarse de la responsabilidad si prueban que el daño proviene de la mala educación que el alumno recibió en el hogar, cuando es imposible evitarlo, probando culpa en la víctima, o en general, si se prueba que no habrían podido impedir el hecho dañoso, ni aun con el cuidado y vigilancia común u ordinaria a tenor de lo dispuesto en el art. 2512 inc. 2 C.

De conformidad con el art. 2512 inc. 1 C. los amos también son responsables por los daños que causen sus criados menores de quince años.

La Corte Suprema de Justicia ha expresado que:

a) El Código italiano imputa a los amos la responsabilidad por los cuasidelitos de sus criados, en tanto el art. 2512 del nuestro establece que los amos son responsables por los daños que causen sus criados menores de quince años, lo cual significa que cuando los criados son mayores de quince años la responsabilidad es directa y, como consecuencia, los amos no son responsables de los daños causados por sus criados o dependientes mayores de quince años.<sup>2</sup>

b) El propietario del vehículo no responde por el accidente causado por su empleado que lo usó en asuntos personales fuera de las horas de oficina.<sup>3</sup>

c) El principio general es que las culpas son personales y cada cual responde por las que comete. No tienen alguna responsabilidad debido a la falta de cuidado y vigilancia que están obligados a tener sobre las personas o bienes que causen el daño; como sucede con los padres, guardadores, hoteleros o dueños de animales o inmuebles que responden por los delitos civiles cometidos por sus hijos, pupilos, empleados, semovientes o edificios. Esta presunción debe ser excepcional y no puede extenderse a otros casos que no estén comprendidos en la excepción. El art. 2509 C. establece la regla de que el que causa daño debe repararlo y las excepciones a esta regla están contenidas en los arts. 2511, 2512, 2513, 2514, 2516, 2518 y 2519 C. El art. 2509 C. se refiere a la responsabilidad que nace del hecho propio.<sup>4</sup>

d) El dueño de un vehículo es responsable de los daños causados a otros por su chofer, por no tener éste licencia, ni revisado el vehículo, no siendo atendible la alegación de que la responsabilidad por hechos de tercero sólo ocurre en los casos de los art. 2511 C. y siguientes, pues en este caso se responde por la propia negligencia. Se agrega que aunque la ley no exige el revisado, él materializa auténticamente la diligencia que debe tener el dueño del vehículo.<sup>5</sup>

Los amos podrán exonerarse si prueban que no habrían podido impedir el hecho de que se origina su responsabilidad, ni aún con el cuidado o vigilancia común u ordinaria.<sup>6</sup>

2 S. 12 m. del 28 de agosto de 1951, B. J., p. 15673.

3 S. 4:45 a.m. del 2 de abril de 1968, B. J., p. 56.

4 S. 10 a.m. del 17 de agosto de 1952, B. J., p. 16293.

5 S. 10:30 a.m. del 7 de marzo de 1958, B. J., p. 18911.

6 Art. 2512 inc. 2 C.

Los dueños de hoteles, casa de hospedaje y de los establecimientos públicos de todo género son responsables del daño causado por sus agentes o empleados en los efectos de los que habitan en ellos o cuando desapareciesen, aunque prueben que les fue imposible impedir el daño.<sup>7</sup>

Los capitanes de buques y patrones de embarcaciones responden de los daños causados por la gente de la tripulación en los efectos embarcados, o cuando estos se extravíen, aunque prueben que les fue imposible impedir el daño. Los agentes de transporte terrestre también son responsables por los daños que causen sus empleados en los efectos que recibieron para trasportar, como también del extravío de los mismos.<sup>8</sup>

### **3. Responsabilidad por las cosas**

Se distinguen dos clases de daños: los causados por animales y los causados por la ruina de un edificio.

#### **A. Daños causados por los animales**

Tanto el dueño de un animal como el que lo utilice, durante el tiempo que lo haga, son responsables por los daños que causare, ya sea que el animal se encuentre en el poder de ellos o se hubiere perdido y huído, salvo que la pérdida o huída no pueda imputarse a culpa del dueño o del dependiente encargado de la guarda o servicio del animal.<sup>9</sup>

Cuando el animal causa el daño mientras es utilizado por otro no existe acción en contra del dueño, sino en contra del que lo utilizaba de conformidad con lo expuesto antes.

Como puede observarse existe una presunción de responsabilidad y, como consecuencia, la víctima sólo debe probar que el daño lo hizo el animal y quien es el dueño o el que lo utiliza; pero el dueño o el que se sirve del animal pueden destruir esa presunción y exonerarse de la responsabilidad probando que el daño se produjo por caso fortuito o por fuerza mayor o que se produjo por culpa de la víctima.<sup>10</sup>

Si el animal fuere impulsado o estimulado por un tercero, la responsabilidad es de éste y no del dueño.<sup>11</sup>

Los daños que causan los animales pueden ser en otros animales, en personas o en cualquier otra cosa. En la doctrina también se considera como daño la enfermedad que comunica un animal enfermo a uno sano.

---

7 Art. 2518 C.

8 Art. 2519 C.

9 Art. 2513 inc. 1 C.

10 Art. 2513 inc. 3 C.

11 Art. 2513 inc. 2 C.

El daño debe ser causado por el propio impulso del animal, pues si éste obedece a la voluntad humana, no estamos en presencia del hecho de un animal, sino del hombre.

Cuando el animal es conducido por el hombre se hace la distinción siguiente: por ejemplo, si el conductor del coche con intención de causar daño dirige el animal y atropella a una persona, estamos en presencia de una responsabilidad fundada en un hecho propio, regulada en el art. 2509 C. Por el contrario, si el cochero causa el daño porque le fue imposible controlar al animal, sin que haya tenido intención de causar daño, nos encontramos ante el hecho del animal, regulado en el art. 2513 C.

Con relación a lo expuesto los autores alemanes discuten la naturaleza de hecho animal o propio del daño causado por la infección o contagio de ciertos animales. Piensan algunos que el cultivador de bacilos, por los cuales se infecta a una persona, responde de su culpa y no como tenedor de animales. No obstante otros sostienen la tesis contraria.

El fundamento de la responsabilidad del dueño o del que utiliza al animal, radica en la falta de vigilancia y cuidados que aquellos deben tener en éste.

La Corte Suprema condenó al demandado por los daños que causaron sus cerdos en la plantación del demandante.<sup>12</sup>

### **B. Daños causados por la ruina de un edificio**

De conformidad con el art. 2514 C. el propietario de un edificio está obligado por los daños ocasionados por la ruina del mismo, cuando este hubiere ocurrido por falta de reparos o por vicios en la construcción.

Para que surja esta responsabilidad es preciso que: a) El daño lo cause un edificio.

Por edificio se entiende no sólo las casas de habitación, sino los destinados a industrias, comercios, teatros, etc., los monumentos y muros; es más, algunos autores estiman como edificio los postes de conducción de teléfonos y telégrafos y energía eléctrica. El término “edificio” usado por el art. 2514 C. es amplio.

b) El daño sea causado por la ruina del edificio, ya sea por su caída total o parcial. Dentro de la caída parcial se comprende el desprendimiento de cualquier parte adherida al edificio, como vidrios, ventanas, etc.

El dueño del edificio, puede exonerarse de responsabilidad probando que el daño no es imputable a la ruina del edificio, sino a caso fortuito o fuerza mayor, como un terremoto, guerra, etc.

El art. 2514 C. responsabiliza al dueño del edificio y no al constructor o arquitecto que construyó el edificio, apartándose de la solución dada por otros Códigos que responsabilizan a éstos. Creo que el dueño conserva acción para

<sup>12</sup> S. 10 a.m. del 9 de junio de 1915, B. J., p. 808.

reclamar lo pagado al constructor o arquitecto, al tenor de lo dispuesto en el art. 3050 C.

La responsabilidad por el daño causado por un edificio en ruina recae sobre el dueño y no sobre los arrendatarios o administradores, según se desprende del art. 2514 C.

#### **4. Responsabilidad de las personas jurídicas**

Se sostiene por un sector doctrinal que las personas jurídicas no son responsables de delito o cuasidelito penal.

No obstante, en ciertos países se acepta que se les imponga penas tales como multas, cierre de sus establecimientos y cancelación de la personalidad jurídica.

Nuestra Corte Suprema de Justicia ha dicho que las personas jurídicas no cometen delitos, por lo que sus acciones deben ser sancionadas por el Derecho Civil.<sup>13</sup>

El Estado y sus empresas son responsables de los daños cometidos por hechos realizados por sus funcionarios y empleados, asimismo de los hechos de los animales que posea y de los daños causados por los edificios en ruina. Le son aplicables los arts. 2512, 2513, 2514, 2518 y 2519 C.

Sobre la responsabilidad civil de las personas jurídicas de derecho privado no existe discusión. Es aceptada por la doctrina y la jurisprudencia.

Nuestra Corte Suprema de Justicia acepta la responsabilidad de las empresas del Estado por los daños y perjuicios ocasionados por sus empleados.<sup>14</sup>

También acepta la responsabilidad de las personas jurídicas de derecho privado.<sup>15</sup>

Con relación a la responsabilidad del Estado, la Corte Suprema elude el problema al manifestar que la cuestión de la responsabilidad del Estado por culpa de los funcionarios públicos o por las infracciones cometidas por ellos o sus agentes por daños en los individuos es cuestión llena de dificultades, siendo más escabroso cuando se contrae a determinar la responsabilidad por los daños ocasionados por militares, o por fuerzas indisciplinadas, en tiempo de paz o de guerra.<sup>16</sup>

Sostener la irresponsabilidad del Estado es peligroso y atentatorio contra el orden jurídico.

Claro está que a las personas jurídicas no se les puede aplicar el art. 2511 C., pues éste se refiere a las personas naturales.

La responsabilidad, como hemos expuesto, puede ser por:

- a) Hecho propio o personal, llamada también responsabilidad directa;
- b) El hecho de personas que están bajo el cuidado de otra, llamada también indirecta; y

13 S. 11 a.m. del 2 de mayo de 1960, B. J., p. 19946.

14 S. 11 a.m. del 2 de mayo de 1960, B. J., p. 19946; S. 9:45 a.m. del 12 de enero de 1965, B. J. p. 8.

15 S. 10:30 a.m. del 7 de marzo de 1958, B. J., p. 18911; S. 9:45 a.m. del 2 de abril de 1968, B. J., p. 56.

16 S. 10:30 a.m. del 25 de febrero de 1930, B. J., p. 7342.

### c) El hecho de las cosas

Se ha estimado que el Estado y demás personas jurídicas no responden por hechos propios, personales, sino solamente de los hechos ajenos de sus agentes. Tal tesis es combatida actualmente y se sostiene, con base en la teoría de los órganos, que existe una responsabilidad directa por los hechos propios de las personas jurídicas, tanto de derecho público como privado. Cuando la persona jurídica actúa a través de sus órganos compromete su responsabilidad.

En resumen: las personas jurídicas responden de los hechos propios (responsabilidad directa), de los ajenos causados por sus empleados (responsabilidad indirecta) y por los hechos de las cosas.

## BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit., Tomo IV, p. 885 y sigts. ALTERINI, Jorge Horacio. Responsabilidad civil de las personas jurídicas. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo XXIV, p. 848 y sigts. BORJA SORIANO, Manuel. Ob. cit., Tomo I, p. 415 y sigts. COLIN, Ambrosio y CAPITANT, H. Ob. cit., Tomo III, p. 854 y sigts. ESCOBAR H., Manuel. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Revista Jurídica Nicaragüense. Managua 1953. No. 2. Abril-Mayo-Junio. p. 34 y sigts. GAUDEMMENT, Eugene. Ob. cit., p. 327 y sigts., p. 346 y sigts., p. 360 y sigts. GONZALEZ PEREZ, Jesús. Responsabilidad patrimonial de la administración pública y unidad de jurisdicción. Ob. cit., GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Ob. cit., p. 618 y sigts. LOMBARDI T., Juan E. Ob. cit., Serie D, Vol. IV, p. 91 y sigts., p. 111 y sigts., y p. 155 y sigts. LOSOVIZ, Mauricio Osvaldo., RINGELHEIM, Edelmira., PALUDI, Osvaldo C. y SAMPERE, Oscar Enrique. Responsabilidad por el hecho ajeno. Enciclopedia Jurídica Omeba. ob. cit., Tomo XXIV, p. 925 y sigts. LOZANO, J. y VANNI, Liliana. Responsabilidad por las cosas inanimadas. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., Tomo XXIV. p. 933 y sigts. MAZEAUD, Henri., MAZEAUD, León y TUNC, André. Responsabilidad civil. Ob. cit., Tomo I, Vol. II, p. 464 y sigts., Tomo II, Vol. I, p. 1 y sigts., p. 61 y sigts., p. 409 y sigts., p. 427 y sigts. MESSINEO, Francesco. Ob. cit., Tomo IV, p. 55. ORTIZ ORTIZ, Eduardo. La responsabilidad del Estado en Costa Rica. Revista de Ciencias Jurídicas. Universidad de Costa Rica. 1963. No. 1, Mayo, p. 133 y sigts. RICCI, Francisco. Ob. cit., Tomo XIII, p. 142 y sigts. RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Ob. cit., Tomo V, p. 47., p. 115., p. 157. ROSSI, Elbio Jorge y BESCOS, Enrique Manuel. Responsabilidad por el hecho propio.

### Capítulo III

## Eximentes de responsabilidad y cláusulas de irresponsabilidad

*SUMARIO: 1. Ideas generales. 2. Eximientes de responsabilidad. 3. Culpa de la víctima. 4. Caso fortuito o fuerza mayor. 5. El hecho de un tercero. 6. Violencia física o moral. 7. La obediencia debida. 8. Cláusula irresponsabilidad.*

#### I. Ideas generales

El autor de un hecho malicioso o negligente responde de los daños que cause. Esta es la regla general. No obstante, es posible que el autor del daño no se encuentre obligado a resarcirlo, a saber:

- a) Cuando exista una causal de eximente de responsabilidad.
- b) Cuando exista una cláusula de irresponsabilidad.

#### 2. Eximentes de responsabilidad

Cuando el autor causa un daño sin dolo o negligencia se presenta una eximente de responsabilidad que lo libera de resarcir los daños.

Las causales de exención son:

- a) La legítima defensa
- b) La culpa de la víctima
- c) El caso fortuito o fuerza mayor
- d) El hecho de un tercero
- e) La violencia física y moral
- f) La obediencia debida

La legítima defensa ya la tratamos anteriormente y hemos hecho algunos comentarios sobre la culpa de la víctima.

#### 3. Culpa de la víctima



Si el daño se produce por la culpa exclusiva de la víctima el autor no está obligado a resarcirlo.

#### **4. Caso fortuito o fuerza mayor**

Si el daño es causado por caso fortuito o fuerza mayor no obliga al autor a resarcirlo. No obstante, si en la producción del caso fortuito ha mediado culpa del autor del daño, éste debe resarcirlo, pues ya no existe propiamente caso fortuito.

También el autor responde del caso fortuito cuando la ley se lo impone.

El art. 2518 C. dice: “Los dueños de hoteles, casas de hospedaje y de los establecimientos públicos de todo género, son responsables del daño causado por sus agentes o empleados en los efectos de los que habitan en ellos, o cuando tales efectos desaparecieren, aunque prueben que les haya sido imposible impedir el daño”.

#### **5. El hecho de un tercero**

Cuando la persona causa un daño en virtud de la acción exclusiva de un tercero no está obligado a resarcirlo. El tercero es el que lo debe resarcir. Ejemplos de la doctrina: Juan empuja a Pedro y éste rompe un vidrio; José choca a Rafael y éste bajo el impulso del choque daña a una persona o cosa.

#### **6. Violencia física o moral**

El que obra impulsado por una violencia física o moral no es responsable de los daños y perjuicios que ocasionare. El que responde será el tercero que produjo la violencia.

#### **7. La obediencia debida**

El que obra bajo la obediencia debida está exento de responsabilidad tanto civil como penal.

Se entiende por obediencia debida la que venga impuesta por la ley al agente, siempre que el hecho realizado se encuentre entre las facultades del que lo ordena y su realización dentro de las obligaciones del que lo hubiere ejecutado.

#### **8. Cláusula de irresponsabilidad**

La cláusula de irresponsabilidad del daño proveniente del delito no tiene ningún valor, por cuanto en el delito hay dolo y según el art. 1861 C. la renuncia a la acción de responsabilidad proveniente del dolo es nula.

Con relación a la responsabilidad del cuasidelito, donde hay culpa, se permite la cláusula de irresponsabilidad, aunque los autores no la aceptan en la culpa grave, pues equivale al dolo.

Hay que advertir que cuando hablamos de cláusula de irresponsabilidad nos referimos al convenio anterior a la realización del hecho ilícito; pues si la renuncia a los daños y perjuicios se hace después de ocurrido el acto ilícito, ya sea intencional o culposo, tal renuncia es permitida, pues se puede transigir sobre la acción civil proveniente de un delito, según lo dispone el art. 2184 inc. 1 C. que dice: “Se puede transigir sobre la acción civil proveniente de un delito, pero no por eso, si el delito es de orden público, se extingue la responsabilidad criminal ni se da por probado el delito”.

## **BIBLIOGRAFIA**

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit., Tomo IV, p. 881 y sigts. BENCHETRIT MEDINA, Jorge O. Caso fortuito. Enciclopedia Jurídica Omeba. Ob. cit., TOMO II, 818 y sigts. GAUDEMMENT, Eugene. Ob. cit., p. 338 y sigts. GUTIERREZ y GONZALEZ, Ernesto. Ob. cit., p. 489 y sigts. LOMBARDI T., Juan E. Ob. cit., Serie D Vol. IV, p. 303 y sigts. MAZEAUD Henri., MAZEAUD León y MAZEAUD, Jean. Ob. cit., 2a. parte. Vol II, p. 310 y sigts. MAZEAUD, Henri., MAZEAUD, León Y TUNC, André. Responsabilidad civil. Ob. cit., Tomo II, Vol. II, p. 10 y sigts., p. 147 y sigts., p. 234 y sigts., Tomo III, Vol. II, p. 76 y sigts., p. 120 y sigts. MESSINEO, Francesco. Ob. cit., Tomo IV, p. 56. RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. Ob. cit., Tomo V, p. 140 y sigts. SANTOS BRIZ, Jaime. Ob. cit., Tomo III, p. 529 y sigts. VALENCIA ZEA, Arturo. Ob. cit., Tomo III, p. 265 y sigts.

## Capítulo IV

### Acción de indemnización

*SUMARIO: 1. Objeto de la acción. 2. Naturaleza de la acción. 3. Personas que pueden entablar la acción. 4. Contra quién se entabla. 5. Hechos que debe probar el actor.*

#### 1. Objeto de la acción

El daño que produce un empobrecimiento en el patrimonio de la víctima y la acción de indemnización tiene por objeto restablecer ese patrimonio al estado anterior al daño, como si éste no se hubiere causado. Para Enneccerus la indemnización tiene por objeto poner a uno en cuanto sea posible, en la misma situación patrimonial en que se encontraría, si no se hubiera producido el acontecimiento que obliga a la indemnización.<sup>1</sup>

Es posible que frente al daño sufrido se presente un cúmulo de indemnizaciones: la del autor del hecho y la del tercero ajeno al hecho ilícito que por virtud de ley o contrato tiene que dar. Por ejemplo: Juan destruye culposamente el carro de Pedro, pero éste se encuentra asegurado y la compañía aseguradora le paga la totalidad del daño. ¿Puede Pedro exigir también a Juan el valor del daño?

Pedro no puede cobrarle a Juan, porque ya le pagó la compañía de seguros, pues de otra manera existiría un doble pago, lo que representa un enriquecimiento sin causa. El contrato de seguro de cosas es un contrato de indemnización y el pago que hace la compañía aseguradora tiene por objeto resarcir el daño causado.

En resumen, en el caso planteado no cabe la acumulación de indemnizaciones. Así lo dispone el art. 555 C.C. que establece que el asegurador que ha pagado el daño o la pérdida de los objetos asegurados se subroga en todos los derechos del asegurado contra tercero, por razón del objeto cuyo daño o pérdida fue indemnizados.

Pero si el seguro no cubre todo el daño, Pedro puede demandar a Juan por el resto de la indemnización no satisfecha por el seguro.

Por el contrario, si el seguro es sobre las personas (vida o accidente), si cabe la acumulación de indemnizaciones, pues este tipo de seguro no es un contrato de indemnización.

Se ha sostenido por la doctrina que si la prestación de los terceros a la víctima tiene el carácter de reparación del daño sufrido es inadmisibles la acumu-

<sup>1</sup> Ob. cit., Derecho de Obligaciones, Vol. I, p. 62.

lación, ya que nadie puede pagarse dos veces; por el contrario si la prestación no tiene ese carácter cabe la acumulación, ya que no existiría doble reparación.

Es posible que la víctima haya obtenido ventajas del daño, en cuyo caso debe operar una compensación. Por ejemplo: Juan destruye un carro o un edificio o mata a un animal de Pedro, pero si éste se aprovecha de las piezas del carro, de los materiales de la casa o de la carne del animal, vendiendo dichas cosas, Juan tiene derecho a una compensación hasta el monto a que asciendan.

Por otra parte, existen dos formas para reparar el daño: la llamada reposición natural o restitución en especie y la reposición en dinero.

La reposición natural o restitución en especie, consiste en restablecer exactamente a la víctima el mismo bien que sufrió el daño. Ejemplo: reparar el carro, la casa, construir la puerta o pared destruida, etc. Pero puede suceder que la reparación natural sea imposible, como cuando se muere el animal debido, en cuyo caso la reparación se hace por el equivalente en dinero.

Si la víctima pide reparación en dinero y el demandado alega que le es más económico y fácil una reposición natural, el Juez debe acoger esa petición. Si la víctima pide reparación natural y el demandado ofrece una reposición en dinero por cuanto para él representa gastos excesivos, el Juez debe acoger esa petición.

El art. 251, párrafo 2do. de BCB, dice que “el obligado a la indemnización puede indemnizar en dinero al acreedor, si la reposición es sólo posible con gastos desproporcionados”.

## **2. Naturaleza de la acción**

La acción de indemnización es de carácter personal y, en consecuencia sólo puede ejercitarse en contra del o de los obligados y sus herederos. Esta acción también es patrimonial. Producido el daño puede ser objeto de transmisión por causa de muerte o por acto entre vivos, de renuncia o de transacción.

Por otra parte, esta acción de daños y perjuicios prescribe a los diez años a tenor del artículo 905 C. La Corte Suprema confirma este criterio en sentencia de las 10:35 a.m. del 19 de abril de 1964, B.J., p. 158.

No obstante, el art. 1829 C. señala un año para la prescripción de las acciones de indemnización concedidas en el Capítulo II, Título XXIV, libro II, Tomo I (Obra Nueva).

Por otra parte, prescriben en un año las acciones para reclamar contra los representantes o dueños los daños y perjuicios causados por las personas que estén bajo su cuidado o por las cosas de que son dueños<sup>2</sup>.

## **3. Personas que pueden entablar la acción**

---

2 Art. 915 C.

Si se trata de cosas pueden pedir indemnización no sólo el dueño o poseedor, sino también el usufructuario o usuario que ha recibido lesión en sus derechos. Cuando es en la persona, puede pedirla ésta o sus herederos o bien cualquier otra indirectamente perjudicada.

#### **4. Contra quién se entabla**

Se entabla en contra al autor o autores o contra sus herederos.

#### **5. Hechos que debe probar el actor**

El actor debe probar lo siguiente:

- a) Los hechos que conforman y caracterizan el hecho ilícito.
- b) El autor directo del daño.
- c) La persona responsable por su propio acto o por los realizados por los que les están subordinados o bajo su cuidado.
- d) Los perjuicios causados por el acto ilícito.
- e) El monto de los daños.
- f) La culpa o dolo del responsable, salvo los casos en que existe presunción de culpabilidad conforme lo expuesto anteriormente, o cuando hay responsabilidad objetiva.

La Corte Suprema ha dicho que:

a) En la acción de daños y perjuicios debe justificarse el acto resultante del dolo, falta o negligencia, la identificación del agente que lo cometió, el daño efectivo y la cuantía, pues si falta uno de esos elementos no debe acogerse la acción.<sup>3</sup>

b) Se declara sin lugar la demanda de daños y perjuicios contra el actor vencido en un juicio reivindicatorio, por cuanto no se probó su dolo o falta.<sup>4</sup>

c) Se declara sin lugar la demanda entablada por un vecino a cuya finca se pasó el fuego de la finca del demandado, por cuanto el demandante no probó que el demandado haya sido agente del incendio, ni haya dado el aviso que exige el artículo 248 Pol.<sup>5</sup>

d) Si no se justifican en el juicio el valor de los perjuicios debe absolverse al demandado.<sup>6</sup>

## **BLIBLIOGRAFIA**

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. Ob. cit., Tomo IV, p. 903 y sigts. BORJA SORIANO, Manuel. Ob. cit.,

3 S. 11 a.m. del 19 de enero de 1950, B. J., p. 14961.

4 S. 10 a.m. del 23 de octubre de 1950, B. J., p. 15292.

5 S. 10 a.m. del 23 de octubre de 1950, B. J., p. 15292.

6 S. 10:30 a.m. del 11 de septiembre de 1950, B. J., p. 15226.

Tomo II, p.p. 98-99. BUSSO, Eduardo B. Ob, cit., Tomo III, p. 402 y sigts. COLIN Ambrosio y CAPITANT, H. Ob. cit, Tomo III, p. 880 Y sigts. COLMO, Alfredo. Ob. cít, p. 115 y sigts. COUSINO MAC-IVER, Luis. Derecho de las personas a ser indemnizadas de todos los daños ocasionados. Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1958. Tomo IV., No. 1 y 2. Enero-Abril. p. 43 y sigts. LOMBARDI T., Juan E. Ob. cit, serie D. Vol. IV. p. 249 y sigts. MAZEAUD, Henri. MAZEAUD, León y MAZEAUD, Jean. Ob. cit., 2da, parte. Vol. II, p. 360 y sigts. MAZEAUD, Henri. MAZEAUD, León y TUNC, André Responsabilidad civil. Ob. cit., Tomo III. Vol. I, p. 2 y sigts., Tomo III, Vol. II, p. 386 y sigts. MESSINEO, Francesco. Ob. cit., Tomo IV, p.p. 61 y 62. OBRECHT H. Raul. La indemnización del daño cuando se produce la muerte de la víctima, según el Código Civil. Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1956. Tomo LIII. No.3-4. Mayo-Junio., p. 37 y sigts. SALVAT M., Raymundo. Ob. cit., Tomo IV. p. 241 y sigts. SOTO NIETO, Francisco. Ob. cit., Tomo I, p. 63 y sigts. VALENCIA ZEA, Arturo. Ob. cit, Tomo III, p. 283 y sigts. TUHR, Von A. Ob. cit., Tomo I, p. 57 y sigts.

## Capítulo V

### Jurisprudencia

La Corte Suprema de Justicia ha dicho que:

**a)** El demandado está obligado a pagar los daños y perjuicios causados por sus ganados en una plantación del actor si éste demuestra que la tenía cercada y el demandado no prueba que la zona es de ganadería.<sup>1</sup>

**b)** No basta que una persona esté condenada por sentencia a pagar daños y perjuicios para que se ordene el pago. Es necesario que los daños y perjuicios, como hechos tangibles que son, estén comprobados en su existencia y su cuantía.<sup>2</sup>

**c)** Se declara que si un año después de acaecido un accidente una persona se obliga a reconocer los perjuicios, debe comprenderse que se refiere a los sufridos durante el año si el automóvil estaba aún sin reparar.<sup>3</sup>

**d)** La ocupación de un terreno sin mediar contrato o consentimiento del dueño hace incurrir en la obligación de reparar los daños y perjuicios con base en un cuasidelito.<sup>4</sup>

**e)** No se debe acoger una demanda de daños y perjuicios si no se concretaron en la demanda ni en la prueba los daños y perjuicios reclamados.<sup>5</sup>

**f)** Por no haber sido reclamada por el culpable la sentencia de las autoridades de tránsito, quedan incólumes las apreciaciones hechas en ella sobre el origen, naturaleza y culpabilidad de las infracciones, aunque no en la condenatoria al pago de daños y perjuicios, porque ésta corresponde a los jueces comunes.<sup>6</sup>

**g)** Se demanda al ministro del Distrito Nacional, General Andrés Murillo, en su carácter personal, por los daños y perjuicios que le había causado a Hernán Robleto dueño de “Flecha” por el cierre temporal del mencionado diario. Se declara que en principio era improcedente la acción, pero que no se acogía porque no se probaron la culpabilidad y el daño.<sup>7</sup>

**h)** Se declara sin lugar la demanda de daños y perjuicios por la ocupación indebida de un inmueble, porque habiéndose demandado el valor de dichos daños y no una declaración en abstracto, no se rindió pruebas sobre su monto.<sup>8</sup>

**i)** Se declara que el propietario de la casa vecina es responsable de los daños causados a la casa del vecino si demuestra que se causaron por los vicios de la construcción de aquélla.<sup>9</sup>

j) La resolución de la oficina de tránsito sobre un accidente constituye una presunción de la culpabilidad del condenado.<sup>10</sup>

k) No es suficiente que en el juicio se haya rendido prueba sobre el monto de los perjuicios, sino que es necesario que la demanda especifique esos perjuicios, y no haciéndose la sentencia que condena al pago es incongruente. Comprobados los daños por la inspección y el dictámen pericial, puede ordenarse valorarlos para mejor proveer. La suspensión de un juicio civil a causa de que la existencia de un delito hubiere de ser fundamento de la sentencia debe promoverse como incidente.<sup>11</sup>

- 1 S. 11 a.m. del 28 de julio de 1919, B. J., p. 2427.
- 2 S. 12 m. del 1 de junio de 1923, B. J., p. 3987.
- 3 S. 11:34 a.m. del 30 de junio de 1925, B. J., p. 5095.
- 4 S. 12 m. del 9 de marzo de 1935, B. J., p. 8943.
- 5 S. 11 a.m. del 19 de febrero de 1937, B. J., p. 9589.
- 6 S. 10:30 a.m. del 7 de marzo de 1958, B. J., p. 18911.
- 7 S. 12 m. del 23 de abril de 1948, B. J., p. 14224.
- 8 S. 10:30 a.m. del 28 de enero de 1953, B. J. p. 16362.
- 9 S. 10 a.m. del 29 de agosto de 1960, B. J., p. 20101.
- 10 S. 10:30 del 8 de mayo de 1961, B. J., p. 20932.
- 11 S. 10:30 a.m. del 9 de diciembre de 1969, B. J., p. 281.



## Código de abreviaturas

Art.	Artículo
Arts.	Artículos
B.J.	Boletín Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la República de Nicaragua
C.	Código Civil de Nicaragua
C.T.	Código del Trabajo de la República de Nicaragua
CC.	Código de Comercio de Nicaragua
Cta.	Consulta evacuada por la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua
Ej.	Ejemplo
etc.	etcétera
Idem	Mismo, igual que
Inc.	Inciso
Incs.	Incisos
L.D.C.	Ley de Defensa al Consumidor
LPAI	Ley de Prenda Agraria o Industrial
LTC	Legislación Tributaria Común
Num.	Numeral
ob. cit.	Obra citada
p.	Página
Pn.	Código Penal de Nicaragua
PP.	Páginas
Pr.	Código de Procedimiento Civil de Nicaragua
RRP.	Reglamento del Registro Público
S.	Sentencia
Sigts.	Siguientes
t.	Tomo
Tit. Prel. C.T.	Título Preliminar del Código del Trabajo de Nicaragua
Tit. Prel. C.	Título Preliminar del Código Civil de Nicaragua
UCA	Universidad Centroamericana
Vol.	Volumen

**Indice Onomástico**

Albaladejo, Manuel	520, 523
Alessandri y Somarriva	107, 157, 185, 427, 466, 507, 537
Badenes Gasset, Ramón	548
Boggero Boffi	383
Boulangier	313, 446, 447, 448, 450, 452, 456, 459, 470, 534
Brenes, Córdoba	24, 81, 109, 493, 494, 498, 502, 505, 515, 518
Calamandrei	401
Cámara, Héctor	328, 333, 335, 338
Carnelutti	521
Claro Solar, Luis	156, 157, 428, 516
Colint y Capitán	90, 167, 176, 178, 179, 191, 198, 199, 214, 216, 217, 224, 234, 309, 310, 447, 457
Colmo	171, 174, 177, 179, 199, 262, 409, 433, 449, 467
Cossio	548
Cuadra Zavala	483, 527, 528, 529, 530, 537, 539, 540
De los Mozos, José Luis	520, 521, 522
Demófilo de Baca	306
Díaz Pairo	21, 311
Diez-Picazo, Luis	22, 86, 89, 102, 109, 239, 521
Dumoulin	215
Enneccerus	69, 568, 570, 585
Escobar Fornos, Iván	334
Ferrara	328
Fuego Laneri	68, 299
Garríguez, Joaquín	43
Gaudemet	198
Gayo (Institutas)	36
Giorgi, Jorge	228, 414, 432
Hernández Gil, Antonio	204, 210
Justiniano (Institutas)	37
Lacruz Berdejo, José Luis	305, 307, 309, 311
Larenz Karl	30, 292, 547, 550, 551
León Hurtado, Avelino	69, 85, 101
Manresa y Navarro, José María	140,
Mazeud	240, 505

Meza Barros, Ramón	55, 156, 157, 178, 474, 475
Osorio Morales	23, 24, 26, 29, 59, 86, 167, 175, 199, 202, 203, 204, 206, 208, 209, 213, 304, 571
Osuna Gómez, Francisco José	63
Pérez Vives	158
Planiol y Ripert	309, 311, 313, 361, 446, 447, 448, 450, 452, 456, 459, 470, 534
Pothier	40, 177, 215, 226, 571
Puig Brutau, José	209, 232
Ricci, Francisco	84, 204, 515
Roca Sastre	187, 324
Rosales, José Benito	270
Salvat	225, 271, 436, 463, 466, 500, 502, 505, 516
Somarriva	156
Uribe Holguin	158
Valencia Zea, Arturo	136, 187, 209, 324
Valverde y Valverde, Calixto	140, 281, 282
Vélez Sarfield	279, 416, 433, 496
Von Tuhr	107, 549, 563

## Índice de Jurisprudencia

<b>Año</b>	<b>Pág.</b>
<b>1913</b>	
Sentencia de las 9:00 a.m. del 11 de noviembre, B. J. p. 254	114
Sentencia de las 12m. del 26 de mayo, B. J. p. 100	366
Sentencia de las 11:30 a.m. del 23 de agosto, B. J. p. 122	523
Sentencia de las 10:00 a.m. del 6 de noviembre, B. J. p. 251	523
Sentencia de las 10:00 a.m. del 31 de julio, B. J. p. 196	538
<b>1914</b>	
Sentencia de las 10:00 a.m. del 8 de septiembre, B. J. p. 516	286
Sentencia de las 10:00 a.m. del 8 de septiembre, B. J. p. 516	538
<b>1915</b>	
Sentencia de las 10:00 a.m. del 6 de agosto, B. J. p. 869	190
Sentencia de las 10:50 a.m. del 20 de agosto, B. J. p. 879	190
Sentencia de las 10:00 a.m. del 8 de septiembre, B. J. p. 516	236
Sentencia de las 11:00 a.m. del 24 de abril, B. J. p. 759	469
Sentencia de las 12m. del 6 de agosto, B. J. p. 872	538
Sentencia de las 11:00 a.m. del 9 de octubre, B. J. p. 938	539

Sentencia de las 12m. del 6 de agosto, B. J. p. 872	543
Sentencia de las 10:00 a.m. del 9 de junio, B. J. p. 808	579
<b>1916</b>	
Sentencia de las 12m. del 15 de octubre, B. J. p. 1331	412
Sentencia de las 10:30 a.m. del 15 de diciembre, B. J. p. 1421	523
Sentencia de las 12m. del 13 de junio, B. J. p. 1203	538
<b>1917</b>	
Sentencia de las 11:30 a.m. del 18 de abril, B. J. p. 1549	479
Sentencia de las 9:00 a.m. del 23 de junio, B. J. p. 1590	538
<b>1918</b>	
Consulta del 1º de junio, B. J. p. 200	141
<b>1919</b>	
Sentencia de las 11:00 a.m. del 19 de octubre, B. J. p. 2555	140
Sentencia de las 11:00 a.m. del 14 de enero, B. J. p. 2183	393
Sentencia de las 10:00 a.m. del 12 de julio, B. J. p. 2396	416
Sentencia de las 11:00 a.m. del 22 de agosto, B. J. p. 2487	416
Sentencia de las 10:30 a.m. del 17 de junio, B. J. p. 2370	417
Sentencia de las 11:30 a.m. del 8 de julio, B. J. p. 2408	513
Sentencia de las 11:30 a.m. del 8 de julio, B. J. p. 2408	515
Sentencia de las 11:00 a.m. del 14 de enero, B. J. p. 2183	519
Sentencia de las 10:00 a.m. del 22 de febrero, B. J. p. 18	523
Sentencia de las 11:00 a.m. del 14 de febrero, B. J. p. 12183	523
Sentencia de las 11:00 a.m. del 19 de julio, B. J. p. 2441	529
Sentencia de las 12m. del 11 de agosto, B. J. p. 2459	535
Sentencia de las 11:00 a.m. del 18 de septiembre, B. J. p. 2526	543
<b>1920</b>	
Sentencia de las 12m. del 11 de mayo, B. J. p. 2902	140
Sentencia de las 12m. del 9 de abril, B. J. p. 2872	529
<b>1921</b>	
Sentencia de las 10:00 a.m. del 28 de octubre, B. J. p. 3470	364
Sentencia de las 11:30 a.m. del 12 de noviembre, B. J. p. 3483	366
Sentencia de las 11:00 a.m. del 21 de julio, B. J. p. 3369	438
<b>1922</b>	
Sentencia de las 12m. del 23 de noviembre, B. J. p. 3836	342
Sentencia de las 11:00 a.m. del 7 de septiembre, B. J. p. 3764	529
Sentencia de las 12m. del 6 de noviembre, B. J. p. 3825	533
<b>1923</b>	
Sentencia de las 11:00 a.m. del 20 de enero, B. J. p. 3887	342

---

Sentencia de las 12m. del 8 de febrero, B. J. p. 4252	342
Sentencia de las 12m. del 10 de febrero, B. J. p. 3911	519
Sentencia de las 11 a.m. del 15 de febrero, B. J. 3914	542
Sentencia de las 12m. del 1 de junio, B. J. p. 3987	589

**1924**

Sentencia de las 11 a.m. del 13 de agosto, B. J. p. 4545	61
Sentencia de las 12m. del 23 de junio, B. J. p. 4381	366
Sentencia de las 12m. del 31 de octubre, B. J. p. 4631	450
Sentencia de las 12m. del 1 de julio, B. J. p. 4482	529

**1925**

Sentencia de las 11:30 a.m. del 27 de marzo, B. J. p. 5024	141
Sentencia de las 12m. del 27 de mayo, B. J. p. 5028	141
Sentencia de las 9:14 a.m. del 14 de octubre, B.J. p. 5285	141
Sentencia de las 10:00 a.m. del 24 de septiembre, B. J. p. 5246	190
Sentencia de las 12m. del 2 de junio, B. J. p. 5041	450
Sentencia de las 11:55 a.m. del 26 de febrero, B. J. p. 4804	529
Sentencia de las 10:00 a.m. del 2 de junio, B. J. p. 504	543
Sentencia de las 11:34 a.m. del 30 de junio, B. J. p. 5095	589

**1926**

Sentencia de las 11:30 a.m. del 3 de agosto, B. J. p. 5625	141
Sentencia de las 10:30 a.m. del 24 de marzo, B. J. p. 5558	514
Sentencia de las 11:30 a.m. del 24 de marzo, B. J. p. 5558	523
Sentencia de las 10:00 a.m. del 21 de septiembre, B. J. p. 5706	539
Sentencia de las 11:00 a.m. del 11 de diciembre, B. J. p. 5784	560

**1927**

Sentencia de las 11:30 a.m. del 27 de septiembre, B. J. p. 6104	369
Sentencia de las 11:00 a.m. del 13 de septiembre, B. J. p. 6097	513
Sentencia de las 12m. del 4 de agosto, B. J. p. 6055	532

**1928**

Sentencia de las 11:00 a.m. del 13 de junio, B. J. p. 6362	366
Sentencia de las 11:00 a.m. del 2 de noviembre, B. J. p. 6470	532
Sentencia de las 11:00 a.m. del 9 de octubre, B. J. p. 6470	539

**1929**

Sentencia de las 11:35 a.m. del 5 de abril, B. J. p. 6958	286
Sentencia de las 11:15 a.m. del 3 de julio, B. J. p. 7062	364
Sentencia de las 11:30 a.m. del 11 de agosto, B. J. p. 7053	382
Sentencia de las 12m. del 28 de agosto, B. J. p. 7115	520
Sentencia de las 11:30 a.m. del 19 de septiembre, B. J. p. 7153	524

Sentencia de las 11:30 a.m. del 19 de septiembre, B. J. p. 7153 529

### **1930**

Sentencia de las 11:30 a.m. del 21 de marzo, B. J. p. 7363 316

Sentencia de las 11:30 a.m. del 21 de marzo, B. J. p. 7363 319

Sentencia de las 11:00 a.m. del 26 de marzo, B. J. p. 8354 319

Sentencia de las 12m. del 22 de octubre, B. J. p. 7583 430

Sentencia de las 11:00 a.m. del 11 de octubre, B. J. p. 7572 430

Sentencia de las 12m. del 9 de junio, B. J. p. 7432 511

Sentencia de las 11:00 a.m. del 3 de junio, B. J. p. 7428 513

Sentencia de las 12m. del 22 de octubre, B. J. p. 7583 533

Sentencia de las 10:30 a.m. del 25 de febrero, B. J. p. 7342 580

### **1931**

Sentencia de las 12m. del 19 de marzo, B. J. p. 7732 334

Sentencia de las 12m. del 4 de septiembre, B. J. p. 7832 365

Sentencia de las 12m. del 28 de agosto, B. J. p. 7824 371

Sentencia de las 11:00 a.m. del 29 de septiembre, B. J. p. 7854 560

### **1932**

Sentencia de las 11:30 a.m. del 27 de mayo, B. J. p. 8026 369

Sentencia de las 11:30 a.m. del 27 de mayo, B. J. p. 8026 371

### **1933**

Sentencia de las 11:00 a.m. del 12 de marzo, B. J. p. 8250 69

Sentencia de las 11:00 a.m. del 2 de mayo, B. J. p. 8247 375

Sentencia de las 11:00 a.m. del 2 de junio, B. J. p. 8272 460

Sentencia de las 11:00 a.m. del 2 de junio, B. J. p. 8272 533

Sentencia de las 11:30 a.m. del 30 de marzo, B. J. p. 8219 543

### **1934**

Sentencia de las 11:00 a.m. del 21 de diciembre, B. J. p. 8860 111

Sentencia de las 10:00 a.m. del 10 de mayo, B. J. p. 8616 114

Sentencia de las 12m. del 14 de junio, B. J. p. 8652 114

Sentencia de las 9:00 a.m. del 21 de diciembre, B. J. p. 8844 171

Sentencia de las 9:00 a.m. del 14 de abril, B. J. p. 8586 288

Sentencia de las 9:00 a.m. del 21 de diciembre, B. J. p. 8844 289

Sentencia de las 11:34 a.m. del 21 de diciembre, B. J. p. 8835 289

Sentencia de las 10:00 a.m. del 18 de mayo, B. J. p. 8629 438

Sentencia de las 11:00 a.m. del 3 de julio, B. J. p. 8684 539

Sentencia de las 11:00 a.m. del 13 de julio, B. J. p. 8699 560

### **1935**

Sentencia de las 9:00 a.m. del 25 de junio, B. J. p. 8993 196

---

Sentencia de las 11:00 a.m. del 17 de agosto, B. J. p. 9048	326
Sentencia de las 11:30 a.m. del 27 de noviembre, B. J. p. 9127	524
Sentencia de las 11:30 a.m. del 2 de mayo, B. J. p. 8963	529
Sentencia de las 12m. del 21 de marzo, B. J. p. 8935	532
Sentencia de las 12m. del 20 de febrero, B. J. p. 8903	543
Sentencia de las 12m. del 9 de marzo, B. J. p. 8943	589

**1936**

Sentencia de las 11:00 a.m. del 30 de octubre, B. J. p. 9447	114
Sentencia de las 11:00 a.m. del 16 de diciembre, B. J. p. 9444	410
Sentencia de las 11:00 a.m. del 16 de diciembre, B. J. p. 9444	411
Sentencia de las 11:00 del 8 de octubre, B. J. p. 9431	417
Sentencia de las 12m. del 23 de enero, B. J. p. 9176	529

**1937**

Sentencia de las 10:00 a.m. del 5 de febrero, B. J. p. 9829	132
Sentencia de las 10:30 a.m. del 9 de abril, B. J. p. 9636	290
Sentencia de las 12m. del 21 de julio, B. J. p. 9777	316
Sentencia de las 10:00 a.m. del 30 de septiembre, B. J. p. 9835	316
Sentencia de las 11:00 a.m. del 25 de octubre, B. J. p. 9909	365
Sentencia de las 12m. del 15 de junio, B. J. p. 9732	365
Sentencia de las 12m. del 30 de septiembre, B. J. p. 9859	540
Sentencia de las 11:00 a.m. del 26 de octubre, B. J. p. 9913	543
Sentencia de las 11:00 a.m. del 19 de febrero, B. J. p. 9589	589

**1938**

Sentencia de las 12m. del 25 de marzo, B. J. p. 10109	132
Sentencia de las 11:00 a.m. del 31 de mayo, B. J. p. 10186	335
Sentencia de las 10:00 a.m. del 27 de enero, B. J. p. 10035	375
Sentencia de las 11:00 a.m. del 18 de agosto, B. J. p. 10027	538
Sentencia de las 12m. del 8 de abril, B. J. p. 7373	539
Cta. del 9 de agosto, B. J. p. 10045	368

**1939**

Sentencia de las 12m. del 22 de agosto, B. J. p. 10667	289
Sentencia de las 10:00 a.m. del 31 de agosto, B. J. p. 10634	371

**1940**

Sentencia de las 11:00 a.m. del 2 de abril, B. J. p. 10882	142
Sentencia de las 11:00 a.m. del 7 de agosto, B. J. p. 10991	334
Sentencia de las 11:00 a.m. del 9 de noviembre, B. J. p. 11087	365
Sentencia de las 12m. del 25 de septiembre, B. J. p. 11038	532

**1941**

Sentencia de las 11:00 a.m. del 8 de julio, B. J. p. 11317	343
--	-----

Sentencia de las 10:00 a.m. del 4 de junio, B. J. p. 11283	524
Sentencia de las 11:00 a.m. del 26 de noviembre, B. J. p. 11438	286

**1942**

Sentencia de las 11:00 a.m. del 3 de noviembre, B. J. p. 4336	334
Sentencia de las 12m. del 20 de febrero, B. J. p. 11520	371
Sentencia de las 12m. del 9 de septiembre, B. J. p. 11726	371
Sentencia de las 11:00 a.m. del 22 de enero, B. J. p. 11487	438

**1943**

Sentencia de las 12m. del 6 de agosto, B. J. p. 12098	133
Sentencia de las 12m. del 8 de junio, B. J. p. 12027	334
Sentencia de las 10:00 a.m. del 2 de marzo, B. J. p. 11936	529
Sentencia de las 12m. del 5 de marzo, B. J. p. 11942	533
Consulta del 26 de mayo, B. J. p. 12055	369

**1944**

Sentencia de las 11:00 a.m. del 25 de enero, B. J. p. 12290	539
Sentencia de las 12m. del 30 de noviembre, B. J. p. 12588	560

**1945**

Sentencia de las 11:00 a.m. del 26 de julio, B. J. p. 12899	341
---	-----

**1946**

Sentencia de las 10:00 a.m. del 9 de diciembre, B. J. p. 13707	130
Sentencia de las 10:00 a.m. del 28 de octubre, B. J. p. 13659	131
Sentencia de las 9:00 a.m. del 17 de enero, B. J. p. 13742	132
Sentencia de las 10:00 a.m. del 9 de febrero, B. J. p. 13270	334
Sentencia de las 10:00 a.m. del 9 de febrero, B. J. p. 13270	335
Sentencia de las 11:30 a.m. del 2 de mayo, B. J. p. 13426	438
Sentencia de las 9:00 a.m. del 3 de mayo, B. J. p. 13427	452
Sentencia de las 10:00 a.m. del 28 de mayo, B. J. p. 13460	532

**1947**

Sentencia de las 12m. del 15 de enero, B. J. p. 13733	339
Sentencia de las 12m. del 15 de enero, B. J. p. 13733	343
Sentencia de las 9:00 a.m. del 31 de octubre, B. J. p. 14071	372
Sentencia de las 12m. del 13 de octubre, B. J. p. 14061	538

**1948**

Sentencia de las 12m. del 27 de mayo, B. J. p. 14249	114
Sentencia de las 12m. del 7 de octubre, B. J. p. 14443	343
Sentencia de las 12m. del 18 de marzo, B. J. p. 14181	372
Sentencia de las 12m. del 11 de marzo, B. J. p. 14183	541



---

Sentencia de las 11:30 a.m. del 12 de junio, B. J. p. 14281	559
Sentencia de las 12m. del 23 de abril, B. J. p. 14224	589
<b>1949</b>	
Sentencia de las 12m. del 25 de agosto, B. J. p. 14784	331
Sentencia de las 12m. del 25 de agosto, B. J. p. 14785	334
Sentencia de las 12m. del 25 de agosto, B. J. p. 14785	336
Sentencia de las 10:30 a.m. del 10 de mayo, B. J. p. 14648	341
<b>1950</b>	
Sentencia de las 10:00 a.m. del 30 de junio, B. J. p. 15133	141
Sentencia de las 12m. del 8 de julio, B. J. p. 15162	365
Sentencia de las 10:00 a.m. del 6 de noviembre, B. J. p. 15308	370
Sentencia de las 10:00 a.m. del 6 de noviembre, B. J. p. 15308	372
Sentencia de las 10:00 a.m. del 20 de noviembre, B. J. p. 15327	372
Sentencia de las 11:00 a.m. del 19 de enero, B. J. p. 14961	587
Sentencia de las 10:00 a.m. del 23 de octubre, B. J. p. 15292	587
Sentencia de las 10:30 a.m. del 11 de septiembre, B. J. p. 15226	587
<b>1951</b>	
Sentencia de las 10:00 a.m. del 13 de julio, B. J. p. 15346	333
Sentencia de las 12m. del 28 de agosto, B. J. p. 15673	577
<b>1952</b>	
Sentencia de las 12m. del 8 de enero, B. J. p. 15853	240
Sentencia de las 9:00 a.m. del 7 de noviembre, B. J. p. 16229	529
Sentencia de las 9:00 a.m. del 7 de noviembre, B. J. p. 16229	532
Sentencia de las 9:00 a.m. del 17 de noviembre, B. J. p. 16229	539
Sentencia de las 10:00 a.m. del 6 de mayo, B. J. p. 16015	543
Sentencia de las 10:00 a.m. del 17 de agosto, B. J. p. 16293	577
<b>1953</b>	
Sentencia de las 11:40 a.m. del 24 de noviembre, B. J. p. 16715 460	
Sentencia de las 10:30 a.m. del 28 de enero, B. J. p. 16362	589
<b>1954</b>	
Sentencia de las 10:00 a.m. del 17 de febrero, B. J. p. 16808	236
Sentencia de las 11:00 a.m. del 16 de julio, B. J. p. 17052	338
Sentencia de las 11:00 a.m. del 19 de agosto, B. J. p. 17100	365
<b>1955</b>	
Sentencia de las 9:30 a.m. del 30 de agosto, B. J. p. 17637	479

Sentencia de las 10:30 a.m. del 3 de agosto, B. J. p. 17713	517
Sentencia de las 12m. del 29 de agosto, B. J. p. 17618	524

**1956**

Sentencia de las 11:00 a.m. del 13 de septiembre, B. J. p. 18520	288
Sentencia de las 10:30 a.m. del 22 de marzo, B. J. p. 18005	343
Sentencia de las 10:30 a.m. del 9 de febrero, B. J. p. 17903	365
Sentencia de las 9:00 a.m. del 31 de enero, B. J. p. 17934	529

**1957**

Sentencia de las 9:00 a.m. del 18 de marzo, B. J. p. 18408	127
Sentencia de las 11:45 a.m. del 18 de febrero, B. J. p. 18404	129
Sentencia de las 11:45 a.m. del 18 de febrero, B. J. p. 18404	131
Sentencia de las 11:45 a.m. del 18 de febrero, B. J. p. 18442	132
Sentencia de las 10:30 a.m. del 10 de junio, B. J. p. 18565	365
Sentencia de las 10:00 a.m. del 22 de junio, B. J. p. 18581	372
Sentencia de las 12m. del 21 de enero, B. J. p. 18415	543
Consulta del 30 de octubre, B. J. p. 18821	368

**1958**

Sentencia de las 10:30 a.m. del 16 de mayo, B. J. p. 18998	236
Sentencia de las 8:30 a.m. del 26 de septiembre, B. J. p. 19162	288
Sentencia de las 9:00 a.m. del 12 de noviembre, B. J. p. 19221	540
Sentencia de las 10:30 a.m. del 7 de marzo, B. J. p. 18911	577
Consulta del 12 de julio, B. J. p. 19330	369

**1959**

Sentencia de las 9:00 a.m. del 12 de septiembre, B. J. p. 18216	335
Sentencia de las 9:30 a.m. del 12 de octubre, B. J. p. 19615	336
Sentencia de las 9:30 a.m. del 2 de octubre, B. J. p. 19615	341
Sentencia de las 10:30 a.m. del 20 de marzo, B. J. p. 19418	417
Sentencia de las 9:30 a.m. del 20 de octubre, B. J. p. 19628	438
Sentencia de las 11:00 a.m. del 30 de junio, B. J. p. 19528	513
Sentencia de las 11:00 a.m. del 15 de mayo, B. J. p. 19478	534
Sentencia de las 11:00 a.m. del 24 de noviembre, B. J. p. 19674	543
Consulta del 15 de abril, B. J. p. 19714	141

**1960**

Sentencia de las 9:45 a.m. del 14 de diciembre, B. J. p. 20242	289
Sentencia de las 11:00 a.m. del 2 de mayo, B. J. p. 19946	580
Sentencia de las 10:00 a.m. del 29 de agosto, B. J. p. 20101	589
Consulta del 11 de marzo, B. J. p. 20032	542

**1961**

Sentencia de las 9:00 a.m. del 16 de marzo, B. J. p. 20337	370
--	-----

---

Sentencia de las 10:30 a.m. del 8 de mayo, B. J. p. 20932	590
Consulta del 13 de julio, B. J. p. 20781	194
Consulta del 11 de mayo, B. J. p. 20777	543
<b>1962</b>	
Sentencia de las 8:45 a.m. del 22 de mayo, B. J. p. 103	326
<b>1963</b>	
Sentencia de las 12m. del 19 de julio, B. J. p. 287	372
Sentencia de las 10:00 a.m. del 5 de julio, B. J. p. 276	450
Consulta del 17 de agosto, B. J. p. 615	119
<b>1964</b>	
Sentencia de las 9:45 a.m. del 27 de mayo, B. J. p. 237	410
Sentencia de las 10:00 a.m. del 8 de mayo, B. J. p. 196	450
Sentencia de las 9:35 a.m. del 19 de febrero, B. J. p. 73	498
<b>1965</b>	
Sentencia de las 9:45 a.m. del 22 de abril, B. J. p. 114	132
<b>1966</b>	
Sentencia de las 10:00 a.m. del 12 de abril, B. J. p. 78	336
<b>1967</b>	
Sentencia de las 11:00 a.m. del 10 de febrero, B. J. p. 22	334
<b>1968</b>	
Sentencia de las 11:00 a.m. del 14 de junio, B. J. p. 122	537
Sentencia de las 9:45 a.m. del 5 de abril, B. J. p. 67	538
Sentencia de las 9:45 a.m. del 2 de abril, B. J. p. 56	556
Sentencia de las 9:45 a.m. del 2 de abril, B. J. p. 56	563
Sentencia de las 9:45 a.m. del 2 de abril, B. J. p. 56	577
Sentencia de las 9:45 a.m. del 2 de abril, B. J. p. 56	580
<b>1969</b>	
Sentencia de las 10:00 a.m. del 9 de diciembre, B. J. p. 281	590
<b>1972</b>	
Sentencia de las 10:35 a.m. del 12 de mayo, B. J. p. 96	298
<b>1975</b>	
Sentencia de las 10:35 a.m. del 8 de septiembre, B. J. p. 234	193
<b>1977</b>	
Sentencia de las 11:30 a.m. del 17 de enero, B. J. p. 17304	543

## Índice de Artículos

### Código de Procedimiento Civil de Nicaragua

Artículo	Pág.
Arto.1078, 1079	16
Arto. 30	61
Arto. 745	72
Arto. 1520	61
Arto. 1429	105
Arto. 1718	114
Arto. 1684, 1814	198
Arto. 1697, 1701	271
Arto. 1820	273
Arto. 772, 729, 690	301
Arto. 886, 1703, 1714, 921, 1782	302
Arto. 1383	337
Arto. 1242, 1424, 1439	351
Arto. 868	434
Arto. 823	444
Arto. 819, 822, 826	500
Arto. 383, 391	503
Arto. 386, 389	532
Arto. 404, 401	533
Arto. 56, 193	537
Arto. 825, 820	538

### Ley de Alimentos

Arto. 3	226
Arto. 13	463

### Reglamento del Registro Público

Arto. 54	114
----------	-----

### Ley de Prenda Agraria o Industrial

Arto. 20	270
Arto. 29	302

### Legislación Tributaria Común

Arto. 24	289
----------	-----

### Ley General de Bancos

Arto. 77	290
----------	-----

### Ley Monetaria de 1979

---

	<b>Ley Monetaria de 1988</b>	
Arto. 2, 5,		402
	<b>Ley Monetaria Vigente</b>	
Arto. 4		405
	<b>Código del Trabajo</b>	
Arto. 4 Tit. Prel. CT		463, 468
	<b>Código de Comercio</b>	
Arto. 464		245
Arto. 151, 243		256
Arto. 890		522
Arto. 1028		542
	<b>Código de Aviación</b>	
Arto. 216, 217		555
	<b>Código Penal de Nicaragua</b>	
Arto. 28, 37		564
Arto. 28, 42, 39		557
	<b>Ley de Defensa al Consumidor</b>	
Arto. 28, 34		253
	<b>Código Civil de Nicaragua</b>	
Arto. 2356		56
Arto. 1834, 2478		18
Arto. 1696, 1645		21
Arto. 1562, 1578		22
Arto. 1851, 1852, 2164		24
Arto. 2437, 2473, 2478, 2537		26
Arto. 2478		27
Arto. 1846, 2530, 2540, 2579, 3816, 3937, 3948		35
Arto. 3285, 3290		39
Arto. 2452, 2453		40
Arto. 948		41
Arto. 945		46
Arto. 2473		51
Arto. 3625, 3627, 3628		59
Arto. 2800, 2233, 2232		60

---

Arto. 3796, 1895, 2758, 2540, 3293, 3683, 3655, 416, 423, 178, 2743, 2749, 3900, 9495, 2448, 2449, 2540, 2541, 2598	61
Arto. 2481, 2482	62
Arto. 2743, 1479, 3392, 3459, 3728, 3734, 3417	63
Arto. 3494, 1768, 2074, 2720, 3355, 2555, 3310, 3339	72
Arto. 3341	74
Arto. 100, 979	77
Arto. 2449, 2450, 2451, 2452, 2453	81
Arto. 2467	85
Arto. 2456	86
Arto. 2464	87
Arto. 2460, 2469, 2470	88
Arto. 2474, 2476, 2477, 2475, 2473, 2434, 2461	90
Arto. 2069, 2097, 2187	95
Arto. 2574, 2071, 2765, 1874	96
Arto. 2530	104
Arto. 3345, 2958, 2793, 2480	105
Arto. 2487	112
Arto. 3816, 3937, 3948	113
Arto. 2724	114
Arto. 1222, 1197	115
Arto. 2497	117
Arto. 1692 al 1714, del 2069 al 2079, del 3372 al 3389	124
Arto. 2069	131
Arto. 2072, 2073, 1743	132
Arto. 2074, 2073, 1743, 2075	133
Arto. 3388	136
Arto. 3374	137
Arto. 3384, 3373, 3376, 3378, 3379, 3381, 3386, 2073, 3383, 3374	138
Arto. 3375, 3382, 3380, 3373, 3377, 3385	139
Arto. 624, 629, 630, 1300, 2010, 2015, 2073, 2212, 3239	145
Arto. 3272, 3279, 3380, 3457, 3718, 3850	146
Arto. 1839, 1840	154
Arto. 2079	161
Arto. 3409, 3158, 3055, 3060	163
Arto. 3794, 2680, 170	164
Arto. 1898	165
Arto. 924, 2140, 1903	166
Arto. 1101, 1107	172
Arto. 1874, 2211, 2437, 2474, 2478	177
Arto. 1889	180
Arto. 1891	181
Arto. 977, 1091, 1155, 2758	182

---

Arto. 1878	185
Arto. 2667	188
Arto. 1859	190
Arto. 905	194
Arto. 905	195
Arto. 1845, 1847	198
Arto. 1845, 1847, 1848	199
Arto. 1846, 2110, 2013	200
Arto. 1121, 1905, 1909, 1904, 1906, 1907	203
Arto. 1909, 1910	204
Arto. 1911, 1912	205
Arto. 1913, 1920, 2914	206
Arto. 1958	207
Arto. 1922, 1923, 2580	209
Arto. 1847, 1845, 1848, 2019	210
Arto. 2160, 1929, 1963, 1964	214
Arto. 1969	219
Arto. 1994, 3763, 3765, 3776	220
Arto. 1975, 1974, 1980, 1981, 1994, 1995, 1983, 1972, 1971	221
Arto. 1976, 1973, 1980, 1979	222
Arto. 1952, 1979, 1926, 1940, 1975, 1980, 1949	223
Arto. 1965, 1942, 1928, 1950, 3714, 881, 883	225
Arto. 1415, 2510, 2515, 2877, 2884, 3386, 3442	227
Arto. 1926, 1940, 2162	228
Arto. 3696	229
Arto. 3703, 1927, 1928, 1934	230
Arto. 1943, 2109, 2115, 1209, 2142, 1940, 2130	231
Arto. 1940	232
Arto. 1947, 1934, 1944, 2044, 1950, 3706, 3714, 1945	233
Arto. 1963	234
Arto. 1938, 1936, 1937, 1946	235
Arto. 1846, 1847, 2174, 2495	241
Arto. 2875, 2620, 2639, 1923, 2860	245
Arto. 2494, 2530, 2579, 1845, 2026	248
Arto. 3045, 3048, 3049	249
Arto. 3389	255
Arto. 3245	256
Arto. 1990	258
Arto. 1844, 2001	259
Arto. 1989	260
Arto. 1987, 1991	261
Arto. 1989, 2192	262
Arto. 1992, 2003	263
Arto. 1995	264

---

Arto. 3776, 2002	265
Arto. 1990	266
Arto. 2336, 3750	270
Arto. 1856, 1857	273
Arto. 1991	276
Arto. 2169	278
Arto. 1863	279
Arto. 1861, 1866	280
Arto. 1861	281
Arto. 2166, 1922	283
Arto. 1847, 2495, 2474, 2476, 2477	284
Arto. 3231, 3319, 3468, 2670, 2073	289
Arto. 1859, 1860, 1867	290
Arto. 2543, 2670	291
Arto. 3044	292
Arto. 1988, 1998	293
Arto. 2213	295
Arto. 1867	297
Arto. 1886	299
Arto. 1224, 1243, 1265, 1891	301
Arto. 1749, 1506, 1514, 1542, 2692, 2835, 2886, 2889, 2839, 2848, 3071, 3118, 3343, 3487, 2252, 1901, 2080, 2336, 3653, 3771, 3899, 3728, 1924, 1985, 2557, 3964, 1870, 2262, 2220	302
Arto. 877, 2229, 1167, 1247, 1870, 1349, 1374, 1430, 2493, 1780	305
Arto. 2704, 2809, 2173	306
Arto. 1870	307
Arto. 2234	318
Arto. 2232	320
Arto. 2233	322
Arto. 905	339
Arto. 1863	351
Arto. 612	352
Arto. 3200, 3203, 2774, 2776	356
Arto. 1490	361
Arto. 2725, 2726, 2727	362
Arto. 2620, 2073, 2727, 2728, 2729, 2800, 2730, 2731	363
Arto. 2721, 2724	364
Arto. 2735, 1215	368
Arto. 2733, 2732, 2737	370
Arto. 2738, 2739, 2740	371
Arto. 2741, 2745	373
Arto. 2204, 2205, 1885	385
Arto. 3345, 2958	387



---

Arto. 2013, 2010	391
Arto. 2025, 2568	392
Arto. 2015, 2018	393
Arto. 3345	395
Arto. 1913	397
Arto. 2092, 2026, 1922, 2020	398
Arto. 1860, 1861, 629, 2015, 3405, 1749	400
Arto. 2009	408
Arto. 2054	410
Arto. 2034	412
Arto. 2007, 2019	413
Arto. 2025	415
Arto. 2043, 2044, 2042	422
Arto. 2046	429
Arto. 1899, 2928	433
Arto. 2450	436
Arto. 2085	443
Arto. 2092, 2094	445
Arto. 2099	449
Arto. 2098	451
Arto. 2111, 2113	453
Arto. 2113, 2111, 2099	454
Arto. 1943, 2109	458
Arto. 2106	459
Arto. 873, 1861, 2186, 2757	463
Arto. 2118, 1391, 3869, 3697, 2113	464
Arto. 2124	465
Arto. 2768	466
Arto. 2126, 1877, 1940, 2130, 2132	467
Arto. 1947, 2134, 2137	468
Arto. 2141	472
Arto. 2153	473
Arto. 2019	474
Arto. 1840, 1896, 1892	475
Arto. 2140	476
Arto. 2139, 2140, 1877, 3763, 3776, 2153, 2154, 2157	477
Arto. 2148	478
Arto. 1529, 1579, 3770, 3867, 3874	483
Arto. 1877, 2159	484
Arto. 2474, 2476, 2477	487
Arto. 2169	489
Arto. 2166	490
Arto. 2166, 2179, 2180	493
Arto. 2180, 2160, 2961	495
Arto. 458, 251, 2200, 3357	497

---

Arto. 2200, 2184, 2185, 2186	498
Arto. 1836, 2439	500
Arto. 2456	501
Arto. 2205	507
Arto. 2473, 466, 2565	508
Arto. 1479, 2768	510
Arto. 2743, 2774, 3182, 3183, 3900, 2749	511
Arto. 2472	512
Arto. 1396, 7, 2201, 2204, 271, 278	514
Arto. 112, 140, 979	515
Arto. 2206, 2207, 2205, 2008, 2209	516
Arto. 3464	522
Arto. 2380, 949	523
Arto. 2005	526
Arto. 1570, 869, 868	527
Arto. 870, 208, 876, 1356, 1661, 1670, 1820	529
Arto. 930, 927	531
Arto. 928	532
Arto. 927	533
Arto. 1973, 872	534
Arto. 923	535
Arto. 2262, 2267	536
Arto. 2647, 876, 885, 887	537
Arto. 884, 904, 882, 883, 877	538
Arto. 874, 875, 877	539
Arto. 1302, 869, 926, 1503, 1570	540
Arto. 203, 205, 223, 228, 640, 684	541
Arto. 686	542
Arto. 2479	551
Arto. 2510	569
Arto. 2517	576
Arto. 2512	577
Arto. 2518, 2519, 2513	578
Arto. 915	586







El Derecho de Obligaciones está lejos de ser una obra creada exclusivamente en el laboratorio, abstracta y divorciada de nuestras realidades, por el contrario es producto de la teoría y de la práctica que concurren en su autor. Baste Señalar que es profesor y profesional en ejercicio amén de que fué magistrado y registrador.

El tema es de singular importancia en el derecho privado, por lo que esclarecidos juristas le han dedicado notables estudios y monografías. No ocurre lo propio en nuestro país. De aquí que la obra del Dr. Iván Escobar Fonios venga a llenar este lamentable vacío

Su prosa es diáfana, directa y precisa. Se apoya en amplia bibliografía, pone en contacto las teorías modernas con nuestro añoso Código Civil y agota el material jurisprudencial.

Por todo lo expuesto, los estudiantes y profesionales encontrarán una obra útil para la consulta o estudio.

Algunas orientaciones sobre el autor.

“Su autor, hombre de bien, jurista por excelencia resiste en aquel ambiente de pasiones entrelazadas, levantando la bandera de la independencia y tomando dos lemas en su alma, la paz y el derecho”.

José María Chino y Ortiz.

“Respecto a lo primero, es decir, escribiendo libros, estás alcanzando alturas inmensas y puedes tener el orgullo de estar a nivel comparable a los de los mejores especialistas españoles de la materia Registral”.

Oscar Salas Marrero.

“Debe felicitarte sinceramente por... tu libro, escrito con claridad y sencillez que asombra, pocas veces logradas en obras de la misma naturaleza generalmente elaboradas en forma oscura y difícil comprensión, sin duda tú tienes un conocimiento profundizado de la materia...”

Felipe Rodríguez Serrano.