

Teoría General de las Obligaciones

SECCION PRIMERA

PRENOCIONES

CAPITULO I

NOCIONES HISTORICAS.—EVOLUCION DEL CONCEPTO DE OBLIGACION

1.—*Consideraciones preliminares.*—Conviene expresar previamente que la teoría general de las obligaciones tiene, como afirman PLANIOL y RIPERT (1), importancia teórica y práctica. Es la parte más especulativa del derecho y se encuentra dominada por la lógica jurídica. No basta, sin embargo, la lógica ni aún en este campo tan abstracto, desde que ella puede conducir a soluciones que repugnen al simple buen sentido.

Es también evidente que las obligaciones constituyen el aspecto inmutable del derecho; pero no en la forma absoluta que se ha creído encontrar en esta área. Siempre se advierte cierta mutación o cambio, que es más lento y menos notable que en otros campos, como el de la propiedad y los derechos reales en general, y el de la familia, tan decisivamente influídos por el fenómeno político y por el clima moral. POTHIER fué el creador de la teoría obligacional contemporánea.

Toda la teoría de las obligaciones que hoy conocemos ha sido reconstruída, como anotan PLANIOL y RIPERT (2), con materiales romanos, lo cual hace suponer continuidad. Empero, ella, dicen,

(1) VI, No. 1, p. 7.

(2) VI, No. 3, p. 9.

no existe y así en todo el medievo estuvo vigente en este campo un sistema de origen germano.

No hace la teoría obligacional más que regular jurídicamente las relaciones económicas y morales de los hombres. En la actualidad, debido a la influencia de los canonistas, sobre todo en la teoría de los contratos, la norma moral tiene prevalencia y trata de transformarse en norma jurídica.

Las transformaciones de la economía, asimismo, han introducido determinadas mudanzas en las relaciones jurídicas emergentes de las obligaciones. Así, en nuestro vigente cód. civ. en lo que toca a la responsabilidad por los actos ilícitos funciona la teoría de la responsabilidad objetiva y aún la doctrina del riesgo profesional (arts. 1136 ss.), a pesar de la frase sibilina del Profesor OLAECHEA (3), quien afirma en la exposición de motivos que las disposiciones del título sobre los actos ilícitos "se orientan en el sentido de coordinar en prudentes proporciones los elementos objetivos y subjetivos de la responsabilidad". Es incuestionable en la actualidad que nuestro cód. se afilia a los que siguen la doctrina de la responsabilidad objetiva, o sea dentro de los que determinan la responsabilidad no obstante no haberse probado la culpa; producido el daño existe en el autor del mismo la obligación de indemnizarlo; pero también existen hipótesis en que hay que comprobar la culpa.

También debe mencionarse el título que se refiere a las estipulaciones en favor de tercero (arts. 1345 ss.), en cuyo seno nos encontramos con todas las variedades que asume hoy el contrato de seguro, además de otras formas de contratación. Es por medio de este acto jurídico de la estipulación que la moral opera intensamente en el campo jurídico.

Y dentro del campo de la legislación social nos encontramos con aquellas formas denominadas "contratos colectivos", para cuyo perfeccionamiento no son observables las reglas clásicas sobre contratación e igual ocurre con los llamados "contratos de adhesión" en todas las esferas del derecho, especialmente en el mercantil.

Para demostrar la importancia que tiene la teoría de las obligaciones TARDE (4) considera que ella con respecto a la juris-

(3) Véase APARICIO y G. S., *Cód. civ.*, III, p. 405.

(4) *Cit.* por DEMOGUE, I, n. 1 de la p. 1.

prudencia (al derecho) viene a ser lo que la teoría del valor en economía política.

Si todo el derecho lo examinamos subjetivamente, no se le puede concebir sino como un poder de exigir algo que corresponde a la obligación de hacer o a la de omitir algo. Toda regla jurídica se descompone en derechos y obligaciones, por lo que la obligación penetra todo el campo del derecho; todo el derecho es derecho de obligaciones, de donde resulta que la obligación carece de propia sustantividad (5).

En nuestro vigente cód. civ. casi la mitad de sus fórmulas regulan las obligaciones. Así de 1,835 artículos, 761 corresponden al derecho de obligaciones.

2.—*Origen de las obligaciones.*—Las obligaciones que primero aparecen son las que provienen de los delitos, es decir, cuando se lesiona la esfera jurídica ajena. Las obligaciones procedentes de los contratos sólo aparecen con posterioridad, cuando el sentido jurídico ha evolucionado. Esta cuestión habrá de ser examinada con más detenimiento al estudiar las fuentes de las obligaciones.

Bajo otro ángulo, hemos de informar que en el derecho romano primitivo no se concibe la obligación. Todo acto jurídico es siempre al contado; no interviene la categoría del tiempo. La incorporación del factor temporal dentro del negocio jurídico la consiguen los romanos después de cumplida la etapa del derecho antiguo.

Siendo la obligación de origen delictual, se manifiesta como un sometimiento objetivo: el deudor (*obligatus*) es un ciudadano encadenado por el acreedor; éste podía hacer de aquél lo mismo que podía hacer de sus bienes. Así, el acreedor podía vender a su deudor fuera de Roma; podía matarlo; podía sólo aherrojarlo y esclavizarlo. Si el deudor lo era de varios acreedores, podían éstos matarlo y dividírselo. En realidad, se trataba del derecho de la venganza que se ejercitaba contra quienes no podían pagar sus deudas. Ha de advenir después una etapa más avanzada, más progresiva; se prohíbe la prisión, el encadenamiento, la muerte y la venta del deudor. La *lex Poetelia* hará posible que el deudor pague en adelante a sus acreedores con sus bienes; su responsabilidad será sólo patrimonial; no personal.

(5) Cf. DE DIEGO, II, p. 7.

En derecho, la existencia de la obligación no es lo normal, lo usual, lo acostumbrado, lo que acaece siempre. Al contrario, la obligación constituye lo anormal, lo excepcional y lo corriente es la independencia recíproca de los individuos. De allí se explica que nuestra Const., en una fórmula que viene repitiéndose desde las anteriores, la del art. 24, declare "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe".

Siendo los individuos independientes los unos respecto de los otros y lo excepcional que se encuentren ligados, sujetos entre sí por medio de obligaciones, resulta que las obligaciones no se presumen. Sólo son exigibles las determinadas por la ley o por los contratos. Estos derivan para las partes obligaciones porque en realidad vienen a ser ley para ellas.

3.—*Las obligaciones constituyen parte de los derechos patrimoniales.*—En la esfera patrimonial nos encontramos con los derechos reales y los derechos de obligación, de crédito, obligaciones o personales (todas estas denominaciones reciben).

Los derechos reales se hacen efectivos sobre los bienes sin necesidad de hacerlos valer contra nadie determinadamente. V. g., en la posesión y en la propiedad los poseedores y los propietarios usarán los bienes que poseen o de los que son dueños por sí mismos y podrán perseguir esos bienes cuando se encuentren en poder de quienes pretenden tener derechos sobre los mismos.

Pero en la esfera patrimonial se encuentran también comprendidos los créditos, que forman el llamado derecho de las obligaciones, por el que una persona o varias puede compeler a otra u otras para que le procuren una prestación, que puede consistir en constituir un derecho real, en entregar un bien o en un hacer o dejar de hacer.

GIORGI (6), al distinguir entre los derechos patrimoniales y no patrimoniales, expresa que estos últimos no pueden computarse en dinero, como ocurre con el derecho de estado civil, siendo patrimoniales los susceptibles de evaluación económica y que nos hacen más o menos ricos. Los derechos reales y de obligaciones son especies de los derechos patrimoniales.

4.—*Diferencia entre los derechos reales y los personales.*—Al estudiar los derechos reales se ha establecido las diferencias

(6) I, Nos. 2-3, p. 2.

que existen entre éstos y los derechos de obligación. Casi resulta innecesario volver a repetirlas.

Las obligaciones son los medios por los que se consiguen variaciones sustanciales en las relaciones económicas de los hombres. Como afirma DE DIEGO (7), las obligaciones son el elemento móvil del derecho, del sistema jurídico, así como los derechos reales representan el elemento estable y permanente.

En los derechos reales, la propiedad, por ejemplo, se trata de relaciones entre las personas y las cosas; y las obligaciones son relaciones entre personas con personas.

LAFAILLE (8), sostiene que la diferencia esencial entre derechos reales y derechos de obligación reposa en la manera como el sujeto obtiene la ventaja a ellos inherente; tratándose del dominio y sus desmembraciones consigue la ventaja en forma directa; tratándose de créditos se requiere la concurrencia del sujeto pasivo, cuya actividad se encuentra limitada a consecuencia de la prestación.

5.—*Concepto de obligación*.—El término “obligación” viene del latín *obligatio* y este vocablo es una variante de *obligare*, cuyos dos elementos son: *ob*, que significa “alrededor”; y *ligare*, que significa “ligar”, “atar”. Por tanto, la obligación supone atadura, sujeción, sometimiento, subordinación, algo que restringe o limita la actividad del ser sometido a ella.

6.—*Acepciones de la palabra “obligación”*.—El término que es objeto de nuestro estudio y que forma el contenido del derecho de obligaciones, se confunde con otros.

Así, se dice “obligación” por deuda, o también por crédito, tomándose sólo el lado pasivo o activo de la obligación.

En el derecho mercantil, a la emisión de bonos que hacen las compañías y que nuestro cód. civ. trata como títulos al portador (art. 1802 ss.), se le conoce también bajo el nombre de emisión de obligaciones.

Finalmente, se confunde la obligación con el instrumento en que la misma consta.

7.—*La obligación en el derecho romano*.—Para los romanos la obligación constituía un vínculo y lo preponderante en ella era el carácter personal. Se trataba de un vínculo entre dos

(7) II, p. 10.

(8) VI, I, No. 13, p. 19.

personas determinadas. Por lo mismo, no se admitía para contraerla ninguna forma de representación; no se concebían contratos o estipulaciones en favor de terceros, ni mutación del acreedor o del deudor, a no ser que se produjera la disolución del vínculo, ni tampoco la indeterminación en las figuras del acreedor o del deudor.

El derecho alemán, por el contrario, dejó de lado este aspecto personal, subjetivo de la obligación; la reguló en atención al objeto, o sea en cuanto a la prestación debida. Este temperamento coincidía con la evolución de las ideas: la obligación ya no importa un derecho sobre la persona del deudor, sino un derecho sobre sus bienes. Este concepto se ha exagerado en exceso, hasta el punto de afirmarse—como se verá—de que no es la persona la que debe a la persona, sino el patrimonio el que debe al patrimonio. Ya no resulta lo esencial determinar quien es el que se obliga, sino que todo radica en la prestación; esto hace posible:

- a) Que esté permitido contraer obligaciones mediante la figura de la representación;
- b) Que se estructuren estipulaciones en favor de terceros;
- c) Que pueden existir obligaciones con acreedor o deudor indeterminados;
- d) Que es lícito concluir contratos que tengan por objeto la cesión o la aceptación de deudas de otro.

De los fenómenos jurídicos que acabamos de enumerar, es de advertir que nuestro cód. civ. no legisla el instituto de la asunción de deudas.

7 a).—*Evolución del concepto de "obligación"*.—La definición de la Instituta (III, tit. 13, pr.) más conocida y que ha hecho fortuna dice: "*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostra civitatis iura*", cuya traducción reza: "La obligación es un vínculo jurídico que nos impone la necesidad de pagar algo a otro, según el derecho civil".

PAULO decía sobre obligación algo que después hubo de incorporar el Digesto (L. 3, D. XLIV, tit. 7, ley 3, pr.): "*Obligationem substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum, vel prestandum*", siendo su traducción la que sigue: "La esencia de la obligación

no consiste en convertir algo en cosa o servidumbre nuestra; pero en compeler a otro para darnos, hacernos o prestarnos algo".

POTHIER (9) critica la definición de la Instituta, expresando que "vínculo jurídico" es término inconveniente, desde que existen también obligaciones naturales.

GIORGI (10), entre los contemporáneos, afirma que no es fácil dar una noción exacta de obligación y que la mejor es la que la considera como un vínculo jurídico entre dos o más personas determinadas, en virtud del cual una o varias de ellas (deudor o deudores) quedan sujetas respecto a otra o a otras (acreedor o acreedores) a hacer o no hacer alguna cosa. Admite, sin embargo, que el término "vínculo" sólo contempla a la obligación como deuda; y que si se dice "relación" se tiene la ventaja de tomar a la obligación como crédito. Adviértase que GIORGI exige que los sujetos intervinientes en la relación obligacional sean determinados.

DEMOGUE (11) define la obligación como "la situación jurídica que tiene por fin una acción o abstención de valor económico o moral, cuyo cumplimiento deben asegurar ciertas personas"; y admite la existencia de obligaciones con sujetos activos o pasivos indeterminados.

RUGGIERO (12) informa: "En sentido técnico, pues, obligación (correspondiente a la *obligatio* de la terminología romana) expresa principal y normalmente la relación jurídica en virtud de la cual una persona (deudor) debe una determinada prestación a otra (acreedor), que tiene la facultad de exigirla, constriñendo a la primera a satisfacerla. Pero muy frecuentemente esta palabra se emplea para indicar uno solamente de los dos aspectos que la relación ofrece: el aspecto pasivo para designar el deber del deudor, es decir, el débito, o el aspecto activo para indicar el derecho o la pretensión del acreedor, o sea el crédito. Raramente se usa para expresar la causa generadora de la relación obligacional".

Nótese que DEMOGUE habla de "situación jurídica" y RUGGIERO de "relación jurídica", lo mismo que GIORGI. Lo importante y digno de comprobar es que el concepto de "vínculo", que es enérgico, no es ya empleado en los tiempos que corren. Y es que ya

(9) I, No. 1, p. 78.

(10) I, No. 11, p. 11.

(11) I, No. 7, p. 16.

(12) II, I, § 69, p. 6 s.

no acontece en esta época lo que ocurría en el derecho romano, en que el deudor se encontraba vinculado al acreedor, en que éste tenía poder sobre la persona de su deudor.

De "relación jurídica" habla también BONNECASE (13), al de finir la obligación: "... es una relación de derecho por virtud de la cual la actividad económica o meramente social de una persona, es puesta a disposición de otra, en la forma positiva de una prestación por proporcionarse, o en la forma negativa de una abstención por observarse".

En la definición que acabamos de reproducir, como en la de DEMOGUE, se observa que el contenido de la obligación no es sólo patrimonial, sino moral o social.

Mantiene BEVILAQUA (14), el criterio clásico al definir la obligación. Dice que "... es una relación transitoria de derecho, que nos constriñe a dar, hacer o no hacer alguna cosa económicamente apreciable, en provecho de alguien que, por acto nuestro o de alguien a nosotros jurídicamente relacionado, o en virtud de la ley, adquiere el derecho de exigir de nosotros esa acción u omisión". Introduce, sin embargo, el concepto moderno de "relación" y no de vínculo; pero se refiere a que lo que se da, se hace o no se hace sea económicamente apreciable, o sea que se inclina por la opinión tradicional de que la obligación debe ser susceptible de ser valuada en dinero. A este respecto, si bien hace notar que en algunos casos hay sólo un interés moral o de afección en el contenido de la obligación, destaca que desde el momento en que la obligación es exigible habrá de tener un valor patrimonial; si no lo tuviere, dice el autor brasileiro, la necesidad moral que la obligación crea pertenecerá a otra división del derecho o al dominio de la ética.

Los estudiantes consultan con asiduidad la obra de COLIN y CAPITANT (15); que define la obligación "... como una necesidad jurídica por efecto de la cual una persona está sujeta respecto de otra a una prestación, ya positiva, ya negativa, es decir, a un hecho o a una abstención".

Como una relación jurídica considera a la obligación von

(13) II, No. 1, p. 7 s.

(14) IV, p. 6.

(15) III, p. 5.

TUHR (16); así, expresa: "Dáse el nombre de obligación a la relación jurídica establecida entre dos o más personas, por virtud de la cual una de ellas—el deudor, *debitor*—se constituye en el deber de entregar a la otra—acreedor, *creditor*—una prestación. Enfocada desde el punto de vista del acreedor, la obligación implica un crédito; para el deudor, supone una deuda".

8.—*La obligación considerada como relación entre dos patrimonios.*—Existe una teoría moderna que concibe la obligación como una relación entre el acreedor y el patrimonio del deudor. Esta teoría ha sido desarrollada hasta el extremo de considerar la obligación como una relación entre dos patrimonios. Resulta así que el objeto de la obligación es el patrimonio; es el patrimonio el que responde; y hacia el patrimonio tiende la pretensión del acreedor.

En verdad esta doctrina no es convincente; elimina la personalidad del acreedor y la del deudor y es demasiado abstracta. No hay que olvidar, como afirman PLANIOL y RIPERT (17), que el derecho regula las relaciones de los hombres entre sí. Es cierto que el patrimonio del deudor constituye la garantía del deudor, que es contra el patrimonio contra el cual va dirigida la ejecución si el obligado no cumple espontáneamente la prestación, pero esto nos está demostrando que lo normal es que el ligamen o el vínculo que la obligación establece no se constituye en los bienes, en el patrimonio.

Es también falsa la concepción antigua de la obligación. Según esa teoría, que era la de los romanos, el vínculo que la obligación constituía tenía por principal efecto producir la sujeción de la persona del deudor a la del acreedor, establecer una relación de dependencia de una persona a otra, por lo que el objeto de la obligación era la persona del deudor. Es evidente que esta teoría no puede ser aceptada en nuestros días; se explica que viviera dentro del derecho romano en el cual la institución conocida bajo el nombre de *nexum* engendraba un verdadero poder en el acreedor, quien con la *manus iniectio* podía apoderarse del deudor y convertirlo en esclavo. Sin embargo, en el derecho romano posterior la *lex Poetelia* abolió la ejecución personal e

(16) I, No. 1, p. 1.

(17) VI, No. 2, p. 8.

introdujo un principio nuevo, o sea el de que no era la persona del deudor la que respondía, sino sus bienes: el patrimonio. De aquí se sigue que en los tiempos posteriores a la *lex Poetelia* no se podía concebir la relación obligacional como un vínculo que sujetaba al deudor, que lo constituía en una relación de dependencia con respecto al acreedor.

En la actualidad, la obligación no confiere al acreedor poder alguno sobre el deudor, ni menos subordina éste a aquél. Lo único que se aprecia es que la libertad del deudor está disminuída; pero debe entenderse que no se trata de su libertad personal desde que ahora no existe prisión por deudas (lo prohíbe la Const.). Hemos hablado de la disminución de la libertad del deudor en el sentido de que éste al obligarse se compromete a cumplir determinado acto. Esta es a no dudarlo una importante restricción de la libertad, por cuanto el deudor si bien puede hacer mucho de lo que la venga en gana, deberá cumplir también con la prestación prometida. Resulta entonces que existe una limitación a su libertad, que no es absoluta por cuanto el deudor puede o no cumplir la prestación. Por lo que se ha expuesto, tenemos que la obligación significa una ventaja para el acreedor y una limitación para el deudor; ambos elementos deberán aparecer a la vez en toda obligación.

Etimológicamente, como lo ha observado DERNBURG (18), de la esperanza de cumplimiento del débito, nació el nombre de aquél que tenía esa creencia: *creditor*, acreedor. Cree el acreedor que el deudor habrá de cumplir; por eso para él la obligación se llama "*crédito*". Las mismas ideas son susceptibles de extenderse al campo mercantil cuando se habla del crédito que tiene un comerciante.

FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

9.—*Preconceptos*.—El art. 1219 del cód. civ. del 52 preceptuaba:

"Las obligaciones provienen o de la ley o de un hecho del hombre. Este hecho puede consistir en una promesa, o en una convención, o en un delito, o en un cuasidelito".

(18) Cit. por PUIG PEÑA F., IV, I, n. (a) de la p. 18.

Después, el mismo cód. definía los delitos y cuasidelitos:

Art. 2189.—“Delitos son los hechos practicados intencionalmente contra la ley”.

Art. 2190.—“Cuasidelitos son unos hechos ilícitos cometidos sólo por culpa y sin dolo”. (Se trata de hechos cometidos por imprudencia, por negligencia, por falta de previsión).

La determinación de las fuentes que hacía el cód. abrogado está completamente de acuerdo con el criterio clásico, que reconoce cinco fuentes: la ley, el contrato, el cuasi-contrato, el delito y el cuasi-delito (cód. francés arts. 1370 ss.).

Las obligaciones que primero aparecen son las que provienen de los delitos. En cuanto a las que derivan de los contratos corresponden a una etapa más desarrollada del derecho. Por eso en los tiempos iniciales del derecho romano sólo se admitían dos fuentes: el acto lícito y el acto ilícito.

En la etapa bizantina del derecho romano se establecen cuatro fuentes, al decir que las obligaciones *aut et contractu sun aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi et maleficio* (§2. Inst. 313).

Se trata de causas similares al contrato y al delito, que habrán de resultar con las denominaciones de *cuasi-contrato* y *cuasi-delito*. Y con posterioridad se adicionó un nuevo elemento: la ley, como fuente de las obligaciones.

Conviene esclarecer este concepto tan raro y extraño como es el de cuasi-contrato. En el derecho francés se tenía como cuasi-contratos la gestión de negocios, el pago de lo indebido, algunas formas de la copropiedad y ciertas obligaciones que derivaban del contrato de seguro, como aquellas que ahora se tratan dentro de las estipulaciones en favor de tercero. Antiguamente, se invocaba la teoría del cuasi-contrato para explicar el beneficio que el seguro importaba para un tercero extraño al contrato. En cuanto a la gestión de negocios, se le tenía por un cuasi-mandato. Con referencia al pago de lo indebido se le consideraba como un cuasi-contrato que seguía las reglas del contrato de préstamo. Y en la copropiedad se creía encontrar una situación análoga a la del contrato de sociedad y las obligaciones que nacían entre los copartícipes se explicaban por medio de un supuesto contrato de sociedad.

El cuasi-contrato es un nombre vacío de contenido; se le

llamó así para abarcar todos aquellos actos jurídicos parecidos al contrato, que engendraban obligaciones. Para la crítica de los cuasi-contratos consúltese PLANIOL-RIPERT (19).

En la exposición de motivos del proyecto del cód. de las obligaciones y de los contratos de la reforma ítalo-francesa se dice que "las categorías jurídicas del cuasi-contrato y del cuasi-delito son formaciones híbridas e ilógicas surgidas inopinadamente de premisas y de conceptos propios del derecho romano clásico y que han dado lugar a discusiones doctrinales y teóricas sin fin, especialmente sobre la cuestión de saber si la categoría del cuasi-contrato es una categoría general, como la del contrato, o si ella no comprende sino los tipos reglados por el cód., de la gestión de negocios y del pago de lo indebido. Por otra parte, es una cuestión siempre planteada y a decir verdad insoluble, la diferencia entre el delito y el cuasi-delito".

Como afirman PLANIOL y RIPERT (20), es indudable que todas las obligaciones derivan de la ley, que es la que las sanciona. Coincide con los autores franceses LAFAILLE (21), quien advierte que si se extrema el razonamiento la ley constituye el origen único (22).

No está demás puntualizar que la fuente de la obligación hay que tomarla como la causa de ésta, como su hecho generador. El proyecto de cód. franco-italiano de las obligaciones y contratos no menciona a la ley como fuente de las obligaciones y al respecto su exposición de motivos (p. LII) expresa: "..... es superfluo decir que la autoridad de la ley pueda imponer obligaciones, y porque no siempre es fácil establecer, como lo impone la clasificación tradicional, en qué casos la obligación nace por el sólo hecho de la disposición legal sin ningún hecho objetivo, y en qué casos, por el contrario, es este hecho mismo el que le da nacimiento".

(19) VI, No. 7, p. 14.

(20) VI, No. 7, p. 13.

(21) VI, I, No. 31, p. 36.

(22) PLANIOL (*Traité élémentaire de droit civil*, II, No. 807, p. 260) sólo reconoce dos fuentes: el contrato y la ley. Faltando el contrato, la obligación nace por efecto de la ley. Sólo porque el legislador lo quiere existe la obligación.

DE GASPERI (I, § 135, p. 113) coincide con PLANIOL y RIPERT en que la ley es la fuente primaria de toda relación jurídica, cualquiera que sea su naturaleza.

El Proyecto de la reforma franco-italiana considera como fuentes de las obligaciones:

1. Los contratos (arts. 1 a 59).
2. Obligaciones emergentes de la promesa unilateral (art. 60).
3. Obligaciones que provienen de la gestión de negocios (arts. 61 a 65).
4. Obligaciones que provienen del pago de lo indebido (arts. 66 a 72).
5. Obligaciones que nacen del enriquecimiento sin causa (art. 73).
6. Obligaciones que nacen de los actos ilícitos (arts. 74 a 85).
7. Obligación de presentar la cosa (art. 86).

Es obvio que el contrato genera, crea obligaciones. El legislador sólo interviene aquí para sancionar lo pactado por las partes, confiriéndoles una acción, o para vigilar lo estipulado por las partes, estableciendo límites a su voluntad por medio de prohibiciones y nulidades. El contrato es un acto jurídico.

También es un acto jurídico la promesa unilateral o la declaración unilateral de voluntad, en que sólo interviene una voluntad que se obliga, que es la del deudor. Son sus ejemplos la estipulación en favor de tercero (art. 1345 ss. cód. civ.); los títulos a la orden o al portador (art. 1802 ss. cód. civ.); la promesa de recompensa (art. 1816 ss. cód. civ.); la oferta de contrato en tanto es dicha oferta obligatoria (arts. 1330 incs. 2. 3.º y 4.º y 1331 cód. civ.).

Existe otro caso en que la voluntad de una sola persona puede producir efectos jurídicos; es el del testamento. Otros casos más: la aceptación o repudiación de herencia, las renunciaciones, la confirmación, la ratificación de una gestión de negocios, la revocación de un mandato, la disolución de una sociedad pactada por tiempo indefinido (véase art. 1718 cód. civ.).

Como advierten PLANIOL y RIPERT (23), la creación de una obligación por la sola voluntad del acreedor es excepcional, desde que una persona carece de poder para imponer una carga a

(23) VI, No. 9, p. 16.

otra sin que concurra la voluntad de ésta. Citan como excepción el caso del gestor de negocios cuya voluntad es la fuente de las obligaciones del dueño del negocio. Añaden PLANIOL y RIPERT (24) que la voluntad unilateral no debe ser tenida como fuente de obligaciones. Ponen como ejemplo la donación, en donde la obligación nace por voluntad del deudor, pero el cód. francés en su art. 932, al igual que el nuestro en el art. 1474 *in fine*, dispone que la donación sólo producirá efectos con la aceptación del donatario.

Continúan diciendo los tratadistas franceses (24 bis), que los casos que se citan como ejemplos de obligaciones que nacen de la voluntad unilateral, son aparentes. Por ej., tratándose, de la estipulación en favor de tercero, por la que el tercero beneficiario adquiere un derecho, afirman que para esto debe existir acuerdo de voluntades entre el estipulante y el prometiende, lo que hace que la obligación sea irrevocable sin el consentimiento del beneficiario. En cuanto a las obligaciones contenidas en los títulos al portador o a la orden, exponen que a los portadores de buena fe no pueden serles opuestas excepciones que no emanen del título mismo, pero que ello no se explica porque son promesas unilaterales, sino porque son obligaciones abstractas. Y en lo que respecta a la oferta de contrato, que debe ser mantenida por el tiempo fijado o por el necesario según los usos y costumbres, expresan que en realidad no existe obligación sino en el caso de que la oferta hubiere llegado a conocimiento de la otra parte; si todavía no es conocida puede ser revocada (véase art. 1330 de nuestro cód. civ.).

Es obvio que en toda obligación los sujetos habrán de ser determinados o determinables de un modo seguro. Parece también que lo frecuente es que el acreedor sea indeterminado, porque toda obligación debe tener un sujeto pasivo determinado. Ya se ha dicho que la indeterminación del acreedor la encontramos en nuestro cód. civ. en los títulos al portador, en que la figura del acreedor aparece con la posesión del título; y en la pro-

(24) VI, No. 10, p. 17.

(24 bis) VI, No. 11, p. 19 s.

mesa de recompensa, en que el acreedor surge con la ejecución del acto por el cual se ofreció la recompensa. DE DIEGO (25), admite que en ciertas obligaciones el deudor no está determinado, como ocurre en las llamadas obligaciones "*ob rem*", que nacen como consecuencia de la posesión de una cosa; v. g. la obligación de reparar el camino en una servidumbre de paso, la pared en la de *oneris ferendi* (26).

10.—*Los actos ilícitos como fuente de obligaciones.*—Una fuente pródiga de obligaciones es la de los actos ilícitos. En este campo se comprenden los delitos intencionales y culposos que sanciona el cód. pen., y también aquellos hechos que no derivan responsabilidad penal y que, sin embargo, determinan responsabilidad civil. Penalmente considerados son hechos lícitos, pero que causan daño y, por tanto, engendran la obligación de repararlos. Ya se ha estudiado la responsabilidad objetiva (por oposición a la responsabilidad subjetiva) y la teoría del riesgo. Por esta última, quien crea el riesgo para los terceros es razonable que cubra la responsabilidad por los daños sufridos al materializarse dicho riesgo.

Conviene empero esclarecer si para nosotros es suficiente para que proceda la indemnización el daño o perjuicio como pura materialidad. Nuestro cód. civ. sigue el criterio de la culpa objetiva, porque toda investigación psicológica o inquisición de la conciencia del agente, como ocurre en el derecho penal, podría conducir a la exención de la responsabilidad (27). Por lo mismo,

(25) II, p. 11.

(26) En el derecho real de servidumbre, si el pacto no declara expresamente que el dueño del predio sirviente es el que debe reparar el camino o construir la pared, esa obligación corresponde al propietario del predio dominante, por aplicación del art. 972 cód. civ.

(27) DE GASPERI, II, § 1259, p. 499.

No siempre basta demostrar el daño para que exista en su autor la obligación de repararlo. Asimismo, la irresponsabilidad penal lleva también consigo, en algunos casos, la irresponsabilidad civil. Por ejemplo, si se declara no existir delito porque el inculcado procedió en legítima defensa, no obstante que produjo la muerte del agresor, tampoco cabe que en la vía civil se le exija indemnización, ya que el inc. 2.º del art. 1137 del cód. civ. establece que no son actos ilícitos los practicados en legítima defensa de sí mismo o de un tercero.

Ciertamente, se crea cierta vacilación cuando se expresa que no siendo tampoco acto ilícito el deterioro o destrucción de la cosa ajena, cuando tiene por objeto remover un peligro inminente y se encuentra justificado y no se ha excedido el autor ya que su acción se desenvolvió dentro de los límites para conjurar el peligro, no hay obligación de indemnizar a quien sufre tal deterioro o destrucción. El inc. 3.º del art. 1137 del cód. civ. previene que no es un acto ilícito.

sólo se aprecia la culpa en abstracto, considerándose que se incurre en culpa cuando no se obra como se debe, cuando se experimenta un error de conducta, un desfallecimiento de la aptitud que normalmente corresponde al tipo abstracto del hombre recto y seguro de sus actos. Se trata de un hombre prudente, discreto, advertido, que no es inmutable, sino que varía atendiendo a las circunstancias de tiempo y de lugar. El juez no tomará en cuenta el estado de ánimo, las costumbres y el carácter del autor del daño, porque esto es interno y conduciría a juzgar la culpa a través del agente: *in concreto*.

Dentro del título de los actos ilícitos se comprende los delitos y los cuasi-delitos del cód. civ. abrogado; pero ello no significa que pueda equipararse la culpa delictual a la cuasi-delictual. En los delitos, conforme a los tratadistas antiguos, existía dolo; y en los cuasi-delitos, sólo culpa sin dolo.

En resumen, no obstante no existir sanción penal, es exigible la responsabilidad civil; y aún en la hipótesis en que el responsable civilmente fuera inimputable en la esfera penal (art. 1140 cód. civ.).

II.—*Obligaciones provenientes de la ley*.—Se considera como fuente a la ley cuando la obligación no deriva de ninguna otra fuente.

V. g., son obligaciones legales:

- a) Las que nacen de la patria potestad (art. 398 cód. civ.);
- b) Las que tienen como origen la tutoría y la curaduría (arts. 502 y ss., 558 cód. civ.). No se puede rechazar o eludir estas funciones (art. 487 cód. civ.);
- c) Las que reconocen como fuente la colindancia o la vecindad. Así, la obligación de cercar (art. 863 cód. civ.), la de deslindar (art. 862 cód. civ.);
- d) La obligación de abstenerse de producir ciertas molestias que excedan de la tolerancia que mutuamente se deben los vecinos en atención a las circunstancias (art. 859 cód. civ.);
- e) La obligación de ciertas personas de suministrar alimentos (arts. 441 y 442 cód. civ.);
- f) Todas las obligaciones instaladas al regular cada contrato en especial y que operan en los supuestos de que los contratantes nada hubieren convenido con respecto a las situaciones previstas en la ley;

g) Las obligaciones que tienen como origen el matrimonio (arts. 158 a 160, 164 a 167 cód. civ.).

12.—*No es ya un requisito esencial que la obligación tenga contenido patrimonial.*—El elemento de la patrimonialidad de la obligación debe, en estos tiempos, ser dejado de lado. El mismo derecho civil no es totalmente económico; por ej., el matrimonio, el derecho al nombre, el derecho de estado civil no son por lo menos, inmediatamente patrimoniales. Del matrimonio emergen una serie de obligaciones que no tienen contenido económico. La misma obligación de prestar alimentos que es económica, no obedece a razones patrimoniales su existencia, sino de otro orden.

Es conocido el ejemplo de IHERING de una señora enferma que alquila determinadas piezas de su casa, siempre que en las mismas no se toque música ni se haga ruido. Esta obligación no es de valor patrimonial y sin embargo, es exigible. Otro ejemplo del mismo IHERING es el del mozo de café que pacta con su patrón estar libre la tarde del domingo y como el principal no cumple con lo convenido solicita ser indemnizado (28). No podría objetársele a dicho criado que no cabía indemnizarlo porque no había sufrido ningún perjuicio.

Conviene dejar establecido que si bien existen obligaciones cuyo carácter patrimonial no es fácilmente apreciable y no es esencial poner de manifiesto, existe otro género de relaciones que no debe ser confundido con ellas; estamos refiriéndonos a las relaciones de carácter mundano o social, que constan de una serie de reglas de etiqueta.

Hemos de concluir entonces que ya no es exacto el concepto que nos venía desde el derecho romano de que la obligación debe ser valuable en dinero, de que tenga un valor económico. Se admite ahora que la obligación tenga un interés meramente moral o de afección, que comprenda bienes que no caen dentro de la órbita de los intereses materiales.

La *pecuniariedad* no es un requisito esencial de la obligación. El acreedor puede tener un interés moral, afectivo, ideal; pero la prestación de la obligación siempre deberá tener un valor patrimonial, porque de lo contrario si el deudor la incumpliera no podría obtenerse el cumplimiento por equivalente del patrimonio de dicho deudor.

(28) Véase LAFAILLE, VI, I, No. 27, p. 32

CAPITULO II

ELEMENTOS DE LA OBLIGACION

13.—*Enumeración.*—Son tres los elementos de la obligación:

1. El vínculo jurídico;
2. El sujeto activo (acreedor) y el sujeto pasivo (deudor);
- y
3. La prestación, que es el objeto de la obligación y que constituye una ventaja para el acreedor y una limitación para el deudor a ejecutar determinada actividad, sea esta positiva o negativa.

El vínculo liga a la persona del deudor con la del acreedor; es un ligamen que limita la libertad individual, que constriñe al deudor.

Para los romanos el vínculo importaba la sujeción de la persona del deudor a la del acreedor. Contemporáneamente, el vínculo se concibe como una relación entre el acreedor y el patrimonio del deudor; y algunos llegan hasta el extremo de considerarlo como una relación entre dos patrimonios.

Considera RUGGIERO (29), que la mejor doctrina sobre la esencia de la relación obligacional, sobre el vínculo, es la que entiende que la obligación tiene por objeto un determinado acto del deudor. Quien se obliga vincula su libertad con respecto a un acto determinado, ya que se impone la obligación de cumplirlo u omitirlo. Ello no supone, empero, que la libertad individual quede recortada permanentemente; sólo habrá una limitación temporal y referida a un orden de hechos predeterminado. Aún cuando el deudor no cumpla la prestación su libertad quedará incólume, a no ser que el incumplimiento importe la comisión de un delito, como ocurre con el incumplimiento de obligaciones que nacen de ciertos contratos como el de depósito, de prenda, etc.

En cuanto al objeto de la obligación, no es la cosa sino la prestación misma, o sea un acto positivo o negativo del deudor, que en cuanto consiste en un dar o en un hacer puede tener como objeto una cosa.

(29) II, I, § 69, p. 11.

El concepto "prestación" tiene para nosotros un contenido muy amplio, ya que comprende obligaciones de dar, con las diversas especies de obligaciones de entregar, y las obligaciones de hacer y de no hacer.

Resulta entonces que la prestación forma el contenido de la obligación. Es importante informar que para los romanos el término "*praestare*" era más restringido: significaba entregar un objeto sin constituir un derecho real, como ocurre en los contratos de comodato o de locación. En cambio, "*dare*", o sea la tradición, si importaba la creación de un derecho real.

Los romanistas admitieron que las prestaciones eran de "dar", de "hacer" y de "no hacer", aunque la primera especie, según LAFAILLE (30), queda comprendida en la segunda.

Para que sea eficaz, la prestación debe reunir los siguientes caracteres:

a) Debe ser posible. El apotegma "*impossibilium nulla obligatio*" no es completamente verdadero (31). Hay en verdad una imposibilidad absoluta, objetiva, que acarrea la nulidad; y una imposibilidad relativa o subjetiva, que impone al deudor la obligación de indemnizar;

b) La prestación deberá ser lícita. Es ilícita cuando contraría el orden público, las buenas costumbres, la moral, las leyes. Debe recordarse que el art. III del T. P. del cód. civ. declara: "No se puede pactar contra las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres"; y

c) Que se trate de una prestación determinada o determinable (32).

14.—*Los sujetos de la obligación.*—En la obligación existen dos sujetos:

El sujeto activo, a quien corresponde el crédito (*reus stipulandi, creditor*) y el sujeto pasivo, quien debe realizar la prestación (*reus promittendi, debitor*).

(30) VI, I, No. 41, p. 47.

(31) RUGGIERO, II, I, p. 31 s.

(32) LAFAILLE (VI, I, No. 26, p. 31 s.), refiriéndose a los caracteres de la obligación, no de la prestación, agrega la coercibilidad y el interés. Por la primera toda obligación presenta carácter compulsivo, salvo la obligación natural; pero en cuanto a ésta no se puede repetir si ya fué cumplida. En cuanto al interés, afirma que no es necesario que sea interés pecuniario con arreglo a la doctrina de los civilistas contemporáneos. Y tratando de la determinación del objeto expresa que la fijación de éste sólo se exige cuando se pide el cumplimiento de la obligación.

Los casos de ilicitud de la prestación no están todos previstos; muchos se deducen del ordenamiento jurídico.

Ambos pueden ser determinados o tener una indeterminación relativa. Así, existen algunas obligaciones llamadas "ambulatorias", en que el vínculo obligatorio aparece porque alguna persona está en una relación de propiedad, de posesión o de derecho real; v. g., la obligación de pagar los impuestos, la de abonar el canon enfiteútico o la superficie (aunque no se puede constituir enfiteusis conforme a la legislación vigente—art. 852 cód. civ.—, pueden existir todavía), la obligación de reparar el muro en la *servitus oneris ferendi*.

Nuestro cód. civ. legisla sobre obligaciones con sujeto activo indeterminado. Se trata de obligaciones con indeterminación del acreedor. Tenemos, primeramente, los títulos al portador (art. 1802 ss. cód. civ.), que son documentos en que está indicado quien es el deudor pero no el acreedor; habrá de ser acreedor quien posea el documento. Después, nos encontramos con la promesa de recompensa, que se ofrece dar a quien realice determinado acto o entregue algo que se ha extraviado (art. 1816 ss. cód. civ.).

La promesa de recompensa pertenece al género más amplio denominado "ofertas al público", que van dirigidas a una pluralidad no determinada de personas y que con la aceptación de esas ofertas aparecerán los acreedores o sujetos activos. Se trata de ofertas de contrato formuladas a persona incierta, que se emplean en los negocios y que se expresan por medio de avisos en los diarios, revistas, estaciones de radio, circulares, avisos colocados al pie de las mercaderías que se exhiben, etc.

En cuanto a la oferta del contrato, en realidad obliga aunque no hubiere sido aceptada y no llegare la respuesta a conocimiento del oferente, tratándose de que los contratantes no estuvieren presentes (véase art. 1330 ss. cód. civ.); la obligación para el proponente subsiste si fijó un plazo para su vigencia, y no se hubiere cumplido, o si no fijándose plazo no hubiere aún transcurrido el tiempo suficiente para que llegare la respuesta a conocimiento del ofertante (incs. 3.º y 2.º del art. 1330 cód. civ.).

Toda respuesta que llegare a conocimiento del proponente una vez vencido el plazo o "el tiempo suficiente" (lapso cuya duración está librada al criterio del juez), no lo obligará a éste, ni menos podrá decirse que existirá contrato.

CAPITULO III

DIVERSAS CLASES DE OBLIGACIONES

15.—*Clasificación de las obligaciones.*—La clasificación de las obligaciones puede hacerse teniendo en cuenta los diversos elementos de que están constituidas.

Muchas de las clases de obligaciones de las que damos nociones muy generales, habrán de ser objeto más adelante de un estudio especial. Su enunciación, sin embargo, es indispensable al referirse a las diversas clasificaciones.

16.—*Clasificación por razón del origen.*—Tenemos estas clases:

Obligaciones *voluntarias*, o sea las que proceden de la voluntad por lo común concordada, aunque también pueden nacer por efecto de la voluntad unilateral.

Obligaciones *delictuales* que provienen de un delito o de una falta; se rigen por el cód. pen. o también, en cuanto a la responsabilidad civil que producen en el actor, por el cód. civ. en el título llamado de los actos ilícitos (tít. IX de la sección 1a. del libro V del cód. civ.; art. 1136 ss.). A este respecto, la responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito prefieren los abogados demandarla en la vía civil y no conjuntamente con la sanción, en razón de que los jueces penales son demasiado parcos al fijar el *quantum* de esa responsabilidad; con tal objeto impiden que quien habrá de demandarla se apersone en el juicio penal. El art. 65 del cód. pen. dispone, empero, que “el Ministerio Público perseguirá conjuntamente con la represión, la efectividad de la reparación civil.

En general, debe admitirse obligaciones derivantes de actos ilícitos, siendo de advertir que si bien penalmente no existe responsabilidad hay sin embargo en el autor del hecho la obligación de indemnizar el daño. La responsabilidad civil no desaparece por el hecho de no existir responsabilidad penal. Juegan ahora en esta materia dos teorías: la teoría de la culpa objetiva y la del riesgo profesional. No es indispensable ya el criterio de la culpa para que exista responsabilidad; basta el daño producido para que haya la obligación en el autor de repararlo.

Las obligaciones *voluntarias* se subdividen en obligaciones *civiles* y obligaciones *mercantiles* y cada una de estas sub-espe-

cies se regula por su cód. respectivo. Es tarea difícil decidir, en ciertos casos, cuándo hay obligación civil y cuándo obligación comercial. Hasta ahora no ha sido posible determinar claramente cual es el acto de comercio, diferenciándolo con precisión del acto jurídico del cual es una variedad. Nuestro mismo cód. de com. contribuye a esta confusión al preceptuar, en su art. 2.º, que los actos de comercio aunque no sean comerciantes los que los ejecuten y no estén especificados en él, se regirán por dicho cód., o por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza, o por las disposiciones del derecho común; y termina haciendo más confusa la noción del acto de comercio al declarar en esa misma fórmula que serán actos mercantiles no sólo todos los comprendidos en el cód., sino cualesquiera otros de naturaleza análoga. Hay, es claro, obligaciones netamente mercantiles, como las que emergen de los títulos de crédito.

De esta misma regla se desprende que las obligaciones mercantiles que emanen de actos de comercio se rigen por el cód. especial, o por la costumbre mercantil de cada plaza, o por el derecho civil; y si las obligaciones mercantiles derivan de un contrato de comercio establece el art. 50 del mismo cód. que se regirán por sus disposiciones o por lo previsto en leyes especiales, y a falta de éstas, por el derecho civil. Obsérvese que tratándose de obligaciones emergentes de un contrato mercantil ha eliminado a la costumbre como fuente supletoria.

17.—*Clasificación de las obligaciones por razón del sujeto.*
—Una primera clasificación en este campo es la de obligaciones *unilaterales* y *bilaterales*.

Dícese que son unilaterales aquellas en que el débito y el crédito están localizados cada uno en un sólo lado; más claramente, se trata de obligaciones en que existe sólo en uno de los intervinientes la calidad del sujeto pasivo y sólo en otro de los intervinientes la calidad de sujeto activo. Es obvio que varias personas pueden constituir el sujeto pasivo y varias otras al sujeto activo, pero lo que queremos significar es que ese conjunto de personas única y exclusivamente deben la prestación, y es otro conjunto o núcleo de personas las que tienen facultad de exigirla.

Pero si cada uno de los sujetos que intervienen en la obligación es acreedor y deudor a la vez, aparece la bilateralidad. El crédito y el débito figuran en ambos lados de la relación.

Para que la bilateralidad exista no sólo es indispensable que

cada uno de los términos de la relación sea acreedor y deudor a la vez. No sería suficiente la simple superposición de las calidades de acreedor y de deudor, sino que se requiere que una calidad sea condición de la otra; no existiendo esa interdependencia entre ambos elementos no habrá obligación bilateral. Por ej., X es deudor de Z por razón de una locación y también es acreedor del mismo Z por una indemnización de daños y perjuicios. Evidentemente, no existe en este ejemplo bilateralidad.

Son, v. g., obligaciones unilaterales las que nacen de un acto ilícito porque quienes las deben no tienen ningún derecho correlativo.

De los contratos pueden provenir obligaciones unilaterales o bilaterales. Así, del mutuo nace una obligación unilateral sin que exista ninguna otra. Quien recibe el préstamo, el prestatario, tiene la obligación de devolverlo; el prestante, en cambio, no tiene obligación alguna. En la locación-conducción el locador y el arrendatario tienen derechos y obligaciones recíprocos, uno contra el otro.

Otra clasificación por razón del sujeto es aquella en que se tiene en cuenta la unidad o pluralidad de personas que figuran como acreedores y como deudores. Se dividen en obligaciones *únicas* y *múltiples*.

Si como acreedor y como deudor figura un sólo individuo se tiene la obligación única. Adviértase que no queremos decir que una sola persona haga el papel de acreedor y de deudor al mismo tiempo, sino que tanto el débito como el crédito consten de una sola persona.

Si, por el contrario, hay más de una persona de cada lado o de uno sólo de los lados, estaremos frente a la obligación múltiple.

En la obligación única no hay problema: uno lo debe dar todo y otro recibirlo todo. Pero aparecerán las dificultades si son varios los que deben cumplir la prestación, y/o varios los que deben recibir los beneficios de la prestación; puede existir un acreedor y varios deudores, o un deudor y varios acreedores.

Entre las obligaciones múltiples tenemos las obligaciones *conjuntivas*: en éstas hay una sola obligación con pluralidad de sujetos, que se encuentran ligados copulativa y no disyuntivamente, o sea que en esta pluralidad existe mancomunidad, la que es simple o solidaria.

DE DIEGO (33), dice que mancomún, mancomunar, significa la coincidencia y el acuerdo de muchos en una cosa: pluralidad de personas que concurre a un fin común y que aplicado a las obligaciones significa concurrencia de varios sujetos en una obligación, sea como acreedores, sea como deudores. Lo esencial en estas obligaciones es que existe pluralidad de sujetos y unidad de obligación.

Si habiendo varios tienen derecho o tienen el deber en la obligación, expresa DE DIEGO (34) que existirá la mancomunidad simple o a prorrata; pero si cada uno de los acreedores puede exigir o cada uno de los deudores prestar el íntegro de la obligación, aparece—dice—la mancomunidad solidaria.

La regla es que la mancomunidad sea simple (*concurso partes fiunt.*).

Debemos adelantar que lo expuesto por DE DIEGO no es completamente aplicable a nuestro derecho, desde que en éste el término "mancomunidad" se opone al término "solidaridad" (título VI de la sección II del libro V del cód. civ., denominado: "De las obligaciones mancomunadas y de las solidarias").

A fin de poder hacer trabajo comparativo deben estudiarse aquí las obligaciones divisibles, que se examinan a continuación. Ello, por lo demás, resulta indicado porque siendo la obligación indivisible no puede darse la mancomunidad simple, ya que no es susceptible de dividirse la obligación entre todos los acreedores y/o deudores. De otro lado, habiendo un solo acreedor y un solo deudor la obligación es siempre indivisible, aunque resultara ser materialmente divisible, salvo que el sujeto activo consintiera en su divisibilidad.

18.—*Clasificación de las obligaciones por razón del objeto.*—Una primera clasificación en este orden es la de *positivas* y *negativas*.

Si se requiere para efectuar la prestación la acción del deudor estaremos frente a una obligación positiva; y si se requiere una omisión o abstención de dicho deudor será una obligación negativa.

La acción o la omisión pueden referirse al dar como al hacer; el deudor puede obligarse a dar o a no dar, a hacer o a no

(33) II, p. 50.

(34) II, p. 50.

hacer. La obligación de no dar un bien mueble en préstamo es negativa. No puede pactarse la obligación de no enajenar, en general (art. 852 cód. civ.), o sea convenir en que no se pueda transferir el dominio. También es negativa la obligación que deriva de la servidumbre de *altius non tollendi*. En cambio, es positiva la obligación de dar una suma de dinero (obligación de dar), o la de levantar un edificio (obligación de hacer).

La inexecución en las obligaciones positivas consiste en no dar o no hacer lo que se había prometido; y en las obligaciones negativas se da o se hace lo que se prometió no dar o no hacer.

Otra clasificación que se hace en atención al objeto es la de obligaciones *posibles* e *imposibles*. Las primeras son aquellas en las que el objeto que constituye la prestación es posible, es factible, es realizable, es susceptible de ocurrir o acontecer; y las segundas, lo contrario.

La obligación es nula si su objeto es imposible; y la razón se debe a que en la obligación lo que se promete en la prestación tiene el carácter de incierto, pero que resulta cierto, efectivo, al tiempo del cumplimiento. V. g., X se obliga a dar mil soles a Z; esa obligación es eventual hasta que X entregue a Z los mil soles. Pero tratándose de la obligación imposible lo incierto y eventual no se transformará jamás en cierto.

Obligaciones *simples* y *compuestas* constituyen los extremos de otra clasificación en esta área. Para hacerla se atiende al número de objetos que entran en la obligación; será simple si sólo comprende un objeto; si varios, compuesta.

En la obligación simple el deudor debe cumplir una sola prestación; en la compuesta, deberá cumplir tantas prestaciones como objetos tuviere.

Divisibles e *indivisibles* son los términos de que consta la siguiente clasificación de las obligaciones por el objeto.

Es divisible la obligación si la prestación es susceptible de cumplirse por parcialidades; y será indivisible si tiene por objeto una prestación tal que no obstante existir pluralidad de personas no permita a cada acreedor exigir solamente su parte, ni a cada deudor prestar únicamente la suya, es decir que no se pueda dividir la prestación. Es de advertir que la indivisibilidad sólo tiene interés cuando existe pluralidad de acreedores y/o. deudores, porque en habiendo un solo acreedor y un solo deudor la obligación siempre habrá de ser indivisible. Pero lo importan-

te es que la indivisibilidad depende de la naturaleza del objeto de la prestación, importando poco que exista o no pluralidad de personas. En cambio, tratándose de la solidaridad la pluralidad de personas es esencial.

La indivisibilidad o divisibilidad de una obligación que consista en un *facere* depende de su resultado. Así, si el hacer consiste en una cosa única e indivisa, en un acto singular, en una prestación que concluye en el momento en que se paga; o si el hacer consiste en algo continuado, en la ejecución de obras y trabajos que se midan y valoren cuantitativa y periódicamente.

Existe una indivisibilidad subjetiva, que está subordinada a la intención de las partes, las que consideran indivisible lo que objetivamente es divisible. Y hay una indivisibilidad legal, que la establece la ley, como ocurre con las servidumbres o el derecho real de hipoteca. Y otra indivisibilidad, en fin, que deriva de la naturaleza de la prestación.

Asimismo, se clasifican las obligaciones atendiendo al objeto en obligaciones de *especie* y obligaciones de *género*.

Es específica la obligación que tiene por objeto un cuerpo cierto, o sea una cosa individualmente determinada, de modo que no pueda confundirse con otra.

Y aquella que tiene por objeto un género, *incertum corpus*, un objeto que está determinado sólo por su especie y cantidad (art. 1178 cód. civ.) es una obligación genérica.

En la obligación específica el derecho del acreedor está circunscrito a la cosa. Esta clasificación tiene importancia con referencia a la teoría de los riesgos, como se verá después.

Existiendo pluralidad de objetos tenemos la siguiente clasificación de las obligaciones: *conjuntivas*, *alternativas* y *facultativas*.

Son conjuntivas las obligaciones en que se deben todos los objetos que las mismas comprenden, siempre que dichos objetos estén individualmente designados.

Alternativas son las obligaciones en las cuales se debe uno de los varios objetos que dichas obligaciones comprenden.

En estas obligaciones se deben varias prestaciones pero cumplida una de ellas se produce su extinción. Es con la *solutio* que la obligación alternativa desaparece y da lugar a una obligación con prestación única.

La prestación que debe cumplirse puede ser determinada por el acreedor, o por el deudor, o por un tercero, o por la suerte.

Obligaciones facultativas son aquellas que tienen por objeto una sola prestación, pero en que se ha concedido al deudor la facultad de liberarse mediante el cumplimiento de otra prestación.

Otra clasificación por razón del objeto: obligaciones *principales* y *accesorias*.

La obligación principal existe por sí; la razón de su existencia está en ella misma (35).

La accesoria sólo existe en tanto y en cuanto existe la principal, a la que va unida, subordinada; complementa o asegura la principal. Por ejemplo, son obligaciones accesorias las pignoraticias, las hipotecarias, las de fianza, etc.

Las obligaciones accesorias pueden ser *convencionales* y *legales*. Las primeras habrán de nacer si fueren pactadas, convenidas; y las segundas tienen lugar *ope legis*, sin que para su existencia sea necesario pactarlas, contratarlas.

Por último, siempre dentro del área del objeto, estas obligaciones accesorias se dividen en *subrogantes* y *adjuntas*. Son subrogantes las que sustituyen a la obligación principal y que se exigen en caso de incumplimiento de ésta. V. g., el vendedor se obliga a entregar otra cosa mueble si la que ha vendido pereciere. Las adjuntas acompañan a la principal y pueden ser exigidas juntamente con ésta. Así, la cláusula penal en el caso del art. 1225 cód. civ.: "Cuando se estipuló la cláusula penal para el caso de mora, o en seguridad de algún pacto determinado, tendrá el acreedor derecho de exigir la satisfacción de la pena estipulada, juntamente con el cumplimiento de la obligación principal".

19.—*Clasificación de las obligaciones por razón de la relación misma*.—Una primera clasificación en observación de este elemento de la relación las distingue en *naturales*, *civiles* y *mixtas*.

Son obligaciones naturales las fundadas en el derecho natural y que no son sancionadas por el derecho civil positivo. Dichas obligaciones están destituidas de acción; son deberes de conciencia.

(35) DE DIEGO, II, p. 67.

cia. No obstante carecer de acción, producen excepción; así, si fueron pagadas no podrá repetirse lo pagado. Nuestro cód. civ. no habla de obligaciones naturales pero resultan comprendidas en su art. 1285.

En la doctrina no es unánime el pensamiento de los autores en el sentido de que las obligaciones naturales son susceptibles de ser novadas, compensadas o garantizadas con fianza o hipoteca. Parece, sin embargo, que la afirmativa es aceptable en nuestro derecho. Son también obligaciones naturales las provenientes del juego, de que se ocupa el art. 1768 cód. civ.

Se discute muy vivamente si en el derecho civil actual sobreviven las obligaciones naturales. Hay dos códigos modernos, por lo menos, que han suprimido la obligación natural; son el alemán y el suizo de las obligaciones (36).

A las obligaciones naturales se les identifica con los deberes de conciencia, con las obligaciones morales o sociales, cuyo único efecto jurídico es el de que no se puede repetir el pago hecho por virtud de ellas; lo cual resulta sobradamente racional porque la ley no puede admitir que se repita lo que se dió cumpliendo un deber de conciencia, porque sería un acto realmente inmoral.

Bajo este punto de vista, se puede afirmar que el art. 1285 del cód. civ. no comprende a las obligaciones naturales, sino a estas obligaciones morales. En efecto, las deudas prescritas no son aceptadas como obligaciones naturales por muchos doctrinadores, quienes expresan que la prescripción no sólo es de la acción, sino también de la deuda. A este respecto, debe informarse que no obstante que los cód. alemán y suizo no reconocen las obligaciones naturales, establecen que no se puede repetir el pago que se hizo por una obligación prescrita: arts. 222 y 72, respectivamente.

Son obligaciones naturales típicas las nacidas de juego y de apuesta y la de intereses no pactados en un contrato de mutuo. Así, no hay acción para reclamar lo que se ha ganado en un juego de suerte, envite o azar, si es que se encuentra dicho juego prohibido; pero si el perdedor pagó no podrá éste repetir lo pagado, a no ser que hubiere mediado dolo, o que el que pagó fuese menor o estuviere inhabilitado para administrar sus bienes (art. 1768

(36) Véase GIORGI, I, No. 36, p. 35, para quien la razón de mantener la ficción jurídica de la obligación natural ha muerto hace tiempo. Cf. también No. 38, p. 36 s.

cód. civ.). Lo mismo ocurre con las apuestas (art. 1770 cód. civ.). Si el juego es de los autorizados o permitidos, quien pierde está obligado al pago (art. 1772 cód. civ.).

Otra obligación natural es la contenida en el art. 1583 cód. civ., por el que si no se debían intereses, pero fueron pagados por el mutuuario, no podrá éste repetirlos. La misma solución no parece que deberá observarse si el que recibió el préstamo pagó por concepto de intereses una suma que excediere a la cuantía estipulada, a no ser que fueren tan excesivos que se encontraren fuera de los límites legalmente permitidos (ley No. 2760). También podrá repetirse del mutuante la cantidad pagada por intereses no convenidos si dicha suma excede de las tasas legalmente permitidas.

Debe indicarse que en estos últimos tiempos existe una corriente favorable a la obligación natural, ya que por medio de ésta se consigue una mayor espiritualización del derecho civil; pero se le ha incorporado dentro de estos deberes de conciencia de que se ocupa nuestro cód. en su art. 1285. No se trata ya de una donación, v. g., de que este contrato exista cuando se da a otro una suma de dinero para que cumpla deberes imperiosos de conciencia o de honor; no, es evidente que existe un deber moral. Lo mismo habrá de considerarse como obligación natural el dar alimentos al hijo natural no reconocido. Pagos de esta naturaleza no pueden ser repetidos.

En cuanto a las obligaciones civiles se trata de obligaciones que están conformes al derecho positivo, pero que son contrarias al derecho natural y a la equidad. Producen acción en juicio, pero puede eludirse su cumplimiento, por ej., porque en las mismas exista un vicio de la voluntad (error, dolo, violencia, etc.).

Obligaciones mixtas son las obligaciones de derecho civil que muestran todas sus virtualidades; son obligaciones perfectas, por oposición a las naturales y civiles que son imperfectas.

Dentro de este campo de la división de las obligaciones referida a la relación misma, tenemos la siguiente clasificación: obligaciones *puras, condicionales y a término*.

Pura es la obligación cuya eficacia no está enervada por ninguna condición o plazo. Es exigible al tiempo que nace. No existe en ella nada que modifique sus efectos.

Será condicional la obligación cuya eficacia está subordinada a una condición, es decir, a un acontecimiento futuro e in-

cierto. Y la condición habrá de ser suspensiva si la realización del acontecimiento incierto determina el principio de la eficacia de la obligación; y resolutoria si la realización determina la extinción de la obligación. En primer año de Derecho Civil se ha estudiado todo lo relativo a las condiciones; ahora, sólo se revisan en conexión con las obligaciones.

En la condición lo esencial es la incertidumbre; se ignora si la condición se realizará y sí, por tanto, nacerá o se extinguirá la obligación.

El hecho en que consiste la condición ha de ser futuro, incierto, posible y no depender del exclusivo arbitrio del deudor.

La condición físicamente imposible se tendrá por no puesta (art. 1104 cód. civ.). En cambio, la condición ilícita o la jurídicamente imposible producen el efecto de viciar la obligación (art. 1104 2.º párr. cód. civ.).

Si el hecho al cual está subordinado el cumplimiento de la obligación es cierto, estaremos frente a un plazo y no a una condición. Para que exista condición el hecho por realizarse deberá ser incierto.

Si la condición dependiera de la voluntad del deudor sería como no obligarse.

Si la condición es suspensiva el acreedor tiene esperanza de su derecho y el deudor temor de que la obligación nazca. El derecho del acreedor es eventual. Lo mismo se puede decir de la obligación; ella es eventual.

Por el contrario, si la condición es resolutoria el acreedor teme que en cualquier momento se desvanezca su derecho y el deudor tiene la esperanza de libertarse.

De lo que hemos expuesto resulta que el derecho del acreedor condicional es un derecho eventual. Por tanto, no todo debe serle permitido ni todo prohibido. Atendido ese carácter eventual del derecho del acreedor en la condición suspensiva, si paga el deudor antes de que ella se realice puede repetir lo pagado, desde que no se sabe a ciencia cierta si llegará a deber (art. 1106 2.º párrafo cód. civ.). Puede también el acreedor condicional ejercitar medidas conservatorias de su derecho (art. 1106 cód. civ.).

En cuanto a la retroactividad de la condición nosotros hemos consagrado un sistema opuesto al de la mayoría de los cód., como es de verse en el art. 1110 cód. civ.:

“La condición no funciona retroactivamente, salvo que se hubiese establecido lo contrario”.

Si hubiera retroactividad en la condición resolutoria se consideraría que jamás existió la obligación a ella subordinada. Y en cuanto a la condición suspensiva se reputa, por virtud de la retroactividad, que la obligación se contrajo pura y simplemente; o sea que los efectos de la obligación se retrotraen al momento en que se realizó el acto que dió origen a la obligación. Ninguno de estos resultados se observa conforme a nuestra legislación.

Dentro de la condición suspensiva, si le atribuyéramos carácter retroactivo, funcionaría el principio *resoluto iure concedentis resolvitur ius concessum*, por lo que todos los actos de disposición, cualesquiera que fuere el título conforme al cual se efectuaron, así como los gravámenes impuestos por el deudor condicional a favor del tercero, quedarían resueltos en caso de que se cumpliera la condición. Esta grave consecuencia es la que ha evitado nuestro legislador inclinándose por la irretroactividad de la condición. Así se salvan los derechos de los terceros de buena fe.

Es obvio y casi no se necesita expresarlo que no puede pedirse el cumplimiento de una obligación sujeta a condición suspensiva, mientras dicha condición no se realice (art. 1108 cód. civ.).

Obligación a plazo es aquella en que se ha señalado un término desde el que o hasta el que pueda ser exigida. Carácter esencial del término, a diferencia de la condición, es su certeza. Sin embargo, puede existir incertidumbre en algunos supuestos en cuanto a la llegada del término; así, si se conviene que la obligación será exigible el día de la muerte de X, ese acontecimiento tiene que producirse pero se ignora la fecha en que habrá de ocurrir.

Hay plazo suspensivo (*a quo*), que es aquel desde el cual es exigible la obligación; y plazo resolutorio (*a quem*), hasta el que puede ser exigida la obligación.

También existe plazo expreso y plazo tácito. Este último no se ha enunciado pero lo exige la naturaleza de la obligación contraída, como por ej. si X se obliga a levantar un edificio.

Hay, asimismo, plazo convencional, que es el que pactan las partes; legal, que es el plazo que fija la ley, como el del art. 1578

cód. civ.; y judicial, que es el que señala el juez, como ocurre en el art. III5 cód. civ.

De varias de estas clasificaciones de las obligaciones se tratará detenidamente más adelante.

CAPITULO IV

EL EFECTO FUNDAMENTAL DE LA OBLIGACION

20.—*La ejecución.*—El efecto principal, esencial, de la obligación, es el de comprometer al deudor a que la cumpla, y autorizar al acreedor para exigirla. Del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros.

Es interesante a este respecto lo que expresa SALEILLES: "Todos los efectos de la obligación se reducen a una sola palabra: la ejecución".

Lo expuesto no puede ser negado ni discutido. La obligación existirá sólo en tanto y en cuanto pueda cumplirse. Si no se cumple, no sirve para ningún propósito; no se puede decir que preste utilidad alguna.

El deudor debe cumplir la obligación en que ha convenido. Este deber de cumplirla es sólo moral. Por tanto, puede si lo quiere dejar de cumplir la obligación. Es entonces que el derecho viene en auxilio del acreedor y le suministra los medios para constreñir al deudor a que cumpla con la obligación que éste ha asumido.

La obligación se cumple cuando se ejecuta la prestación que constituye su objeto. Se dice entonces que la obligación ha sido pagada. A este respecto, pagar no es sólo entregar una suma de dinero: técnicamente hablando, es todo modo de extinguir cualesquiera obligación de dar, de hacer o no de no hacer.

Si el deudor no quiere cumplir con la obligación, el acreedor tiene el derecho de exigir la prestación que por ella se ha prometido, sea en forma específica, sea su equivalente (37). Así entramos en el campo de la ejecución forzosa de las obligaciones, que comprende dos extremos:

(37) Si el deudor no cumple, el acreedor tiene un poder de agresión sobre el patrimonio de aquél, sea para tomar lo que se le debe (cumplimiento específico), sea para tomar su equivalente económico.

1) Medidas coercitivas encaminadas a doblegar la resistencia del deudor; y

2) La garantía o prenda general que ofrece a los acreedores el patrimonio del deudor.

Las medidas coercitivas consistieron en amenazar al deudor con un mal inminente, con el fin de que ante el temor de sufrir el mal prometido cumpla con aquello a que se obligó. Esas medidas podían consistir en hechos, como la imposición de multas o de penas pecuniarias, generalmente proporcionadas al retardo, que lesionaban directamente el patrimonio del deudor; o en la detención o prisión por deudas y otras medidas aflictivas que se dirigían contra la persona y no contra los bienes del deudor. Conviene recordar aquí cuáles eran los procedimientos contra los deudores renuentes en las primeras épocas del derecho romano. Todas estas medidas, que se aplicaron antiguamente con buenos resultados han sido abandonadas y sólo subsisten la garantía colectiva y la prenda común. Esta última se condensa en el principio de que quien se obliga, obliga lo suyo: el deudor responde con todos sus bienes presentes y futuros.

Los acreedores disfrutaban como garantía de todo el activo del deudor; esta es la llamada "garantía colectiva", desde que aquel que se obliga compromete lo suyo.

Ya se ha dicho que por la obligación el acreedor está autorizado para compeler a su deudor al cumplimiento de la prestación. Si éste cumple no existe problema digno de considerar; se trata del modo directo de ejecución. Si no lo hace, existen otros medios y recursos: la ejecución por el deudor, por otro, o reclamar la indemnización por los daños y perjuicios. A estos tres medios se refiere el art. 1233 del cód. civ. en sus tres primeros incisos. El inciso 4.º del mismo artículo no importa la compulsión del deudor; comprende la acción subrogatoria, llamada también oblicua o indirecta. Simplemente, se trata de una medida conservatoria del patrimonio del deudor, que como ya se sabe es la prenda común de los acreedores. La indemnización de daños y perjuicios es el más acostumbrado, o sea el cumplimiento por equivalente. No sólo las obligaciones de hacer inherentes a la persona del deudor no admiten la compulsión o coerción; las otras obligaciones también.

Otros medios de que puede hacer uso el acreedor contra el deudor insolvente son:

a) La acción revocatoria o pauliana, que ya se ha estudiado en el primer año de Derecho Civil y de la cual tratan los arts. 1098 y ss. del cód. civ.

b) La acción de simulación que, asimismo, también se ha estudiado en el primer año de Derecho Civil, por la cual se declara nulas las transmisiones o gravámenes aparentes (arts. 1094 y ss. del cód. civ.).

c) La declaración de quiebra, que se estudiará en el 2.º curso de Derecho Procesal Civil, en el 4.º año de estudios del ciclo profesional, que tiene dos objetos esenciales:

1.º Impedir que otros acreedores del mismo rango sean pagados primero y disminuyan hasta hacerlo ilusorio el patrimonio del deudor, consiguiéndose en el proceso de graduación de créditos que concurren a prorrata; y

2.º Declarar la nulidad de las transmisiones efectuadas dentro del período de retroacción (arts. 71 a 81 de la ley No. 7566, de 2 de agosto de 1932).

La prenda común comprende la totalidad del patrimonio del deudor, salvo aquellos bienes que la ley reputa inembargables y que constituyen, en la generalidad de los casos, la fuente indispensable para la subsistencia de éste. Entre los bienes inembargables se encuentran los enumerados en el art. 617 del cód. de proc. civ. En cuanto a los sueldos de los funcionarios y empleados el inc. 4.º de dicho precepto admite el embargo de una tercera parte, por cualquier deuda; pero esta disposición ha sido modificada por el art. 1.º de la ley No. 2760, de 26 de junio de 1918 y ahora todo sueldo es inembargable, salvo si se debieren alimentos, en cuyo caso lo serán hasta una tercera parte (ley No. 8562, de 19 de agosto de 1937). Podría argüirse, sin embargo, que la inembargabilidad sólo comprende los sueldos de los empleados públicos, pero no todos los sueldos de los empleados particulares, sino los de los empleados del comercio y de la industria, ya que sólo a éstos se refiere la ley No. 8562.

Otros bienes que resultan inembargables, no especificados en la regla procesal, son:

Los lotes de urbanizaciones (véase art. 9.º de la ley de 14 de noviembre de 1900; ley No. 3022, de 28 de diciembre de 1918, ley No. 6610, de 9 de mayo de 1929; ley No. 7844, de 28 de setiembre de 1933, art. 8.º; ley No. 8512, de 15 de marzo de 1937, art. 5.º; y ley No. 9807, de 19 de febrero de 1943, art. 18);

asimismo, también se ha establecido la inembargabilidad de las cuotas (ley de 14 de noviembre de 1900, art. 9.º); procede el embargo por pensiones alimenticias (art. 18 de la ley No. 9807, de 19 de febrero de 1943).

Las máquinas de coser, de conformidad con la ley No. 8542, de 4 de junio de 1937;

El hogar de familia, por lo dispuesto en el art. 469 cód. civ.;

Toda forma de propiedad mueble o inmueble de las comunidades de indígenas (art. 209 de la Const.);

Los depósitos de ahorros hasta por la suma de S/o. 10,000.—conforme al art. 80 de la ley de Bancos No. 7599, de 23 de marzo de 1931, modificada y complementada, por lo que actualmente son S/. 20,000.00.

Los cónyuges pueden tener los dos, a lo más S/. 20,000; ahora S/. 40,000.—

Si la misma persona tiene varios depósitos de ahorros que en total exceden de S/o. 10,000.—, ahora de S/o. 20,000.—, es embargable la diferencia (art. 6.º del Decreto Supremo de 31 de diciembre de 1941, dictado en ejercicio de las facultades contenidas en el art. 11 de la ley No. 9187)

La duplicación de la cantidad inembargable de S/. 10,000 a 20,000.—, y de S/. 20,000.—a 40,000.—, ha sido establecida por el Decreto-ley No. 11055, de 15 de julio de 1949.

A este respecto, el dinero depositado en las secciones o cajas de ahorros a nombre de menores, que sumado al que tienen depositado sus padres por derecho propio, exceda de S/. 40,000.— es embargable el exceso por deudas de los padres, a no ser que ese dinero provenga de herencias dejadas a los menores o de utilidades ganadas por ellos (inc. 3.º del art. 80 de la ley de Bancos y art. 2.º del Decreto-ley No. 11055, de 15 de julio de 1949).

Los automóviles llamados "colectivos" y los camiones de plaza manejados y explotados por sus propios dueños, o sea que los mismos son sus chaufferes (Decreto-ley No. 6903, de 17 de octubre de 1930).

Ciertos contratos de renta vitalicia (art. 1755 cód. civ.):

Las indemnizaciones provenientes de la legislación social (art. 7.º de la ley No. 4916, de 7 de febrero de 1924; ley No. 8139, de 6 de diciembre de 1935).

Pero pueden ser embargadas hasta la tercera parte por prestaciones alimentarias; así lo declara la ley No. 8139, de 6 de diciembre de 1935;

Las prestaciones que otorga la Caja Nacional de Seguro Social (art. 71 de las leyes concordadas Nos. 8433 y 8509, de 12 de agosto de 1936 y de 23 de febrero de 1937, respectivamente);

Las indemnizaciones provenientes de los accidentes de trabajo (art. 35 de la ley No. 1378, de 20 de enero de 1911);

Los animales, máquinas e instrumentos indispensables para el trabajo y cultivo del fundo arrendado, a no ser que el arrendamiento se hubiere disuelto o terminado (art. 1509 cód. civ.).

Las tierras para cuyos cultivos se ha celebrado contrato de prenda agrícola con el Banco Agrícola del Perú (art. 25 de la ley No. 9576 de 11 de marzo de 1942); pero procede el embargo en forma de retención intimada al Banco y sólo por el sobrante, después de cubierto el crédito del Banco;

Asimismo, los fondos que el Banco Agrícola presta a los agricultores, no son susceptibles de embargo (art. 19 de la ley 9576).

Los derechos reales de uso y de habitación no son susceptibles de acto jurídico alguno, excepto la consolidación (art. 954 cód. civ.); por tanto, no pueden enajenarse y, consecuentemente, embargarse. Prohíbe el embargo el inc. 13 del art. 617 del cód. de proc. civ. Pero el usufructo legal, no obstante el fin a que está destinado, es susceptible de embargarse, siempre que se deje lo necesario para satisfacer sus cargas (art. 404 cód. civ.).

En general, todo bien que ostenta la calidad de inalienable es inembargable; la razón es clara, con el embargo el acreedor consigue asegurar su crédito, su obligación (38), y si no es satisfecha procede a la venta del bien embargado por los trámites que para este efecto señala nuestra ley procesal dentro del juicio ejecutivo (art. 683 y ss. del cód. de proc. civ.). Si la obligación no es pagada, el embargo después de transformarse en definitivo, permite la venta del bien objeto de dicha medida; pero si el bien embargado no es enajenable resulta que no se podría

(38) De allí que al embargo se le llame también "medida precautoria", o sea precaucional.

rematar. De otro lado, resulta difícil de concebir que un juez ordene el embargo de un bien que la ley declara inalienable.

El embargo no viene a ser sino una medida que toma el juez sobre un bien determinado, por el cual dicho bien queda afectado al crédito de quien consiguió dicha medida precautoria, salvo legítimas causas de preferencia, que se elucidarán sea dentro de un proceso de quiebra, sea dentro de una tercería preferencial o de igual derecho (art. 742 y ss. del cód. de proc. civ.).

Hay también una forma de embargo que es la de la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad Inmueble, se encuentre o no inscrito el bien materia de la anotación, que autoriza el inc. 1.º del art. 79 del Reglamento de las inscripciones. En otros casos, estas anotaciones preventivas son de demanda (art. 79 inc. 2.º del Reglamento de las inscripciones y art. 1042 inc. 8.º del cód. civ.), tratándose en buena cuenta de un debate sobre el derecho de propiedad de los bienes anotados al que le pondrá término la respectiva sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

Conviene advertir que el bien embargado no sale del patrimonio del deudor; éste puede disponer de él pero sin perjuicio del derecho de la persona a favor de la cual se hubiere extendido la anotación (art. 86 del Reglamento de las Inscripciones). En cuanto al embargo preventivo el cód. de proc. civ. declara en su art. 239 que los bienes quedarán sometidos a intervención o depósito.

En el derecho romano, el deudor, en caso de ejecución, gozaba del beneficio de competencia, que consistía en el favor concedido a ciertos deudores de no ser obligados a pagar íntegramente la deuda si habían de quedar reducidos a la indigencia.

Este beneficio subsiste en nuestro derecho con respecto a los socios. Así lo previene el art. 1722 cód. civ.: "Los socios gozan entre sí del beneficio de competencia para el efecto de no poder ser ejecutados sino dejándoles lo indispensable para su subsistencia, y quedando obligados por el resto para cuando adquieran bienes.

"No gozan de este beneficio los socios que tengan alguna profesión, arte u oficio con qué subsistir". (Nótese que este beneficio funciona entre los socios; no con respecto a terceros).

Asimismo, algo parecido a este beneficio ha sido legislado en el art. 445 del cód. civ., cuando un cónyuge debe alimentos

y sólo podría prestarlos poniendo en peligro su propia subsistencia.

En nuestros días, toda esta esfera de lo inembargable o insecuestrable se ha ampliado desmesuradamente. Existen bienes legalmente insecuestrables y que, por lo mismo, no pueden ser ejecutados. Como apunta DE DIEGO (39), "hay que respetar ese mínimum económico del patrimonio del deudor" y cita en su apoyo a STAMMLER, quien opina porque se debe favorecer la inembargabilidad de determinados bienes, porque las leyes tienen por misión impedir la lucha por la existencia y a ella quedaría entregado el confiscado judicialmente.

Debe también tenerse en cuenta que existen obligaciones cuyo cumplimiento está garantizado no sólo con todo el patrimonio del deudor, sino con bienes determinados, como ocurre con la hipoteca, la prenda, la anticresis y el derecho de retención. Los bienes que soportan estos gravámenes responden del cumplimiento en su día de las obligaciones que aseguran, siendo de advertir que la anticresis sólo garantiza el cumplimiento de obligaciones en dinero (art. 1004 cód. civ.). En otros casos, personas distintas del deudor se comprometen a cumplir la obligación si dicho deudor no la cumpliera; nos encontramos entonces con la fianza (art. 1775 cód. civ.); que es una garantía personal, por oposición a las otras que son garantías reales.

(39) II, p. 16.