

# El Derecho de las Obligaciones

Sección Quinta\*

## EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

### CAPITULO I

#### TRASMISIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES

Por JORGE EUGENIO CASTAÑEDA

Catedrático Principal de Derecho Civil.

135.— *Apreciación General.*— Declara el art. 1232 cód. civ.:

*“La obligación, cuando no es inherente a la persona, se transmite a los herederos”.*

La obligación puede sufrir mutaciones por cambio del acreedor o del deudor; esa mutación puede efectuarse por acto entre vivos o por acto de última voluntad; y a título universal o a título singular.

Tratándose de la transmisión a título universal, la sentencia de 11 de enero de 1927 (1) decide que la obligación contraída por el causante es exigible de los herederos. Conviene esclarecer que éste no era precisamente el punto en debate, sino la facultad que tenía el acreedor de cobrar antes del vencimiento del plazo, la cual podía ejercitarse no sólo contra el deudor mismo, sino contra los herederos de éste, aún cuando ellos fueran menores de edad y la obligación se encontrara suficientemente asegurada con una garantía real, si así se hubiere convenido. Las obligaciones contractuales no son, en general, personalísimas; se transmiten a los herederos en los mismos términos pactados.

(\*) 2ª edic. de la obra “Instituciones de Derecho Civil.—El Derecho de las Obligaciones” tomo II.

(1) “A. J.”, 1926, p. 168 ss.

Otra sentencia de 2 de julio de 1935 (1 bis), declara que los derechos y las obligaciones del fiador pasan íntegramente a sus herederos, con arreglo al art. 2109 del cód. civ. abrogado; y, sobre todo, conforme al art. 1260 del mismo cód., que previene: "Los contratantes se obligan para sí y sus herederos, a no ser que se exprese lo contrario o resulte de la naturaleza del convenio". Es por ello que los sucesores del fiador solidario se encuentran obligados en la misma medida en que respondería su causante si viviese.

135 a). — *Transmisibilidad por causa de muerte.*— Las obligaciones, tanto del lado activo como del pasivo, se transmiten a los herederos. El heredero representa al causante; es el continuador de su persona. La regla nos viene desde los romanos.

Existen, sin embargo, obligaciones que no se transmiten a los herederos; por ejemplo, el derecho que se tiene a alimentos, los derechos que emanan de un usufructo, del uso o de la habitación, o de una renta vitalicia. Otros contratos como el de mandato, no son transmisibles, porque se celebran *intuitu personae* (el mandato se extingue con la muerte del mandatario; art. 1649, inc. 3º cód. civ.); y, en general, las obligaciones de hacer, cuando la persona del deudor fué elegida por su industria, arte o cualidades personales (art. 1183 cód. civ.). Se trata de obligaciones inherenciales.

El derecho que se tiene a recibir una pensión alimentaria, no se transmite. Pero la obligación que tiene una persona de suministrar alimentos, si es transmisible. De dicha transmisión se ocupan los arts. 445 a 448 del cód. civ. y también el art. 454 del mismo cuerpo de leyes. Así, la obligación en que se encuentra un padre de alimentar al hijo que ha reconocido voluntariamente o por sentencia firme, se extiende a los ascendientes o descendientes de dicho padre. También ocurre que la obligación de prestar alimentos que tiene el cónyuge, se transmite a los parientes del alimentista, si al tratar de cumplirla pone en peligro su propia subsistencia. Asimismo, las obligaciones del arrendatario se transmiten a quienes deben sucederle, si ocurriere su fallecimiento. El contrato de locación-conducción no termina con la muerte del conductor o inquilino, sino cuando la mitad o el mayor número de sus herederos manifiestan su voluntad de extinguirlo (arts.

(1 bis) "R. de los T.", 1935, p. 193.

1534 y 1531, inc. 3º del cód. civ.). No es transmisible, en cambio, el derecho de revocar una donación; el art. 1482 cód. civ. declara que no pasa a los herederos la facultad de revocar la donación.

135 b). — *Caracteres de la transmisión.*— Las obligaciones pueden transmitirse a título singular o particular o a título universal; ambas formas pueden darse cuando las obligaciones se transmiten por causa de muerte.

Para los romanos, como la obligación establecía un vínculo entre dos personas determinadas, era imposible que pudiera transmitirse de una persona a otra; no se concebía ningún cambio subjetivo, ya que el vínculo se consideraba que estaba fuertemente adherido a la persona. Sustituir a cualquiera de las personas en la obligación importaba extinguir ésta. Sólo se admitía que la sucesión hereditaria producía la transmisibilidad obligacional. Para trasponer esta valla de la intransmisibilidad los romanos idearon la novación, figura por la que se sustituía al acreedor o al deudor originario, pero que, en buena cuenta, operaba el efecto de extinguir la obligación primitiva.

Nosotros, por el contrario, no tenemos ese prejuicio de la insustituibilidad de los sujetos activo y pasivo de la obligación. Pensamos que los sujetos son importantes, pero más nos interesa el contenido patrimonial de la obligación; pero no se afirma tampoco que dichos acreedor y deudor deben ser siempre los mismos que dieron origen a la obligación. La mutación de estas personas no supone la extinción de la obligación que crearon. Es, como dice RUGGIERO (1 ter) en esta nueva concepción de la obligación en que se diferencia profundamente el derecho romano del contemporáneo.

Para obviar este principio de la intransmisibilidad los romanos idearon la novación, pero con la misma no se producía la transmisión obligacional, desde que se extinguía la obligación primitiva y nacía otra que sustituía a la anterior. Otros recursos fueron habilitados por los romanos para permitir la cedibilidad de las obligaciones, pero sólo con respecto al sujeto activo de la relación. En lo que respecta al sujeto pasivo o deudor, los romanos no permitieron su mudanza, por lo que la transmisión de un deudor a otro deudor jamás la aceptaron.

(1 ter) II, I, § 77, p. 185.

El recurso de que echaron mano los romanos para transferir la obligación a otra persona sin que ello importara novación fué el de la representación procesal, por la que la persona a quien el crédito se quería ceder se constituía en *procurator* o *cognitor* del acreedor cedente; otro expediente, cuando ya el derecho romano se encontraba más evolucionado, fué el de conceder una *actio utilis* al acreedor cesionario, quien podía dirigirse contra el deudor cedido con acción propia e independiente. Nosotros no necesitamos de estos intrincados procedimientos; el derecho moderno ha creado la cesión de créditos que opera la transmisión, así como la *traditio* produce la transmisión de los derechos reales, salvo en cuanto al derecho de propiedad en los inmuebles, que para nosotros se transfiere sólo por el contrato, por el consentimiento (1 quater).

Si la novación siempre importa la sustitución de una obligación por otra a la que extingue, es obvio que no puede hablarse de transmisibilidad por novación.

Asimismo, la delegación, sea perfecta o novatoria, sea imperfecta o simple, tampoco produce la transmisión del crédito. Si es novatoria la delegación extinguirá una obligación y creará otra nueva; y si es imperfecta, el deudor originario siempre queda obligado, aunque fuere sólo subsidiariamente.

Y en cuanto a la asignación, no hay sucesión en la misma de la deuda o del crédito, desde que el asignante no se libera.

Las obligaciones activas o pasivas se transmiten a título universal cuando se produce la herencia. Se sucede en una cuota de los derechos o de los bienes del difunto, o en toda la universalidad de bienes si se es heredero único.

(1 quater) Primitivamente, la obligación era intransmisible. Este carácter lo destaca el romanista GIRARD, p. 724.

En realidad, los romanos en los primeros tiempos de su derecho, se preocuparon poco de esta transmisión de las obligaciones. Estas no constituían en esa época algo substancial en la fortuna de los ciudadanos. Es con posterioridad que los romanos admiten que los créditos y las deudas pasan al heredero *in unversum jus*; y la responsabilidad de éste con respecto a las deudas es ilimitada.

Oiertamente, es más difícil concebir la transferencia o cesión de créditos, que la transferencia del derecho real. Por ejemplo, el derecho de propiedad es un derecho perpetuo, que se encuentra destinado a pasar de mano en mano; la obligación es un derecho cuya vida es precaria y siempre corta, que sólo existe entre dos personas. Asimismo, el derecho real es algo objetivo, concreto, tangible y la obligación es algo abstracto, irreal. De allí que la transmisibilidad o cedibilidad de la obligación fuera al comienzo negada. Los derechos reales y entre éstos la propiedad, no se modifican con el cambio de titular.

ACCARIAS, II, N.º 489, p. 3 s. examina esta cuestión de la incesibilidad. Asimismo, SOHM, § 73, p. 426 ss., insiste en que el derecho civil romano no permite que el acreedor ceda su crédito a otra persona y relata cómo se suplía esta prohibición por medio de la representación procesal.

La transmisión será a título particular cuando se dé una especie o cuerpo cierto, o una especie indeterminada de cierto género; ello es así cuando se deja un legado.

De lo expuesto, se establece la diferencia esencial entre el heredero y el legatario. El heredero representa al difunto, le sucede en todos sus bienes y en todas las obligaciones. El legatario sólo le sucede en un bien determinado y estará obligado a las cargas y obligaciones referentes al bien que recibe. Sin embargo, si para cubrir las obligaciones a que está afecta la masa hereditaria, no bastaran los bienes de ésta, los acreedores pueden perseguir los bienes materia de los legados, por medio de la acción revocatoria.

136. — *Transmisibilidad por acto entre vivos.* — Esta operación es posible que se configure o no, según se tuviera un sentido objetivo o subjetivo de la obligación. En el derecho romano se tenía un sentido subjetivo: se obligaba la persona misma del deudor, pero no sus bienes. Con el tiempo, por las obligaciones del deudor respondían sus bienes; empero, siempre quedó impregnada la obligación con la idea del sujeto, con la idea del acreedor y del deudor. Por lo mismo, atendido el criterio subjetivo de los romanos, no se aceptó ninguna institución jurídica que afectara al acreedor y al deudor de la obligación. Por ello, no concibieron —por lo menos, en los primeros tiempos del derecho romano— la figura de la representación; tampoco hubo lugar para la cesión de créditos y menos para la cesión de deudas. Esta no la concibieron jamás.

En la etapa de la codificación, con el código de Napoleón se avanza un paso más y se acepta la cesión de créditos, que el nuevo código regula en los arts. 1456 y ss. Por ella se cambia la persona del acreedor, pero la obligación es la misma. Otra institución es la del pago con subrogación que nuestro cód. legisla en los arts. 1269 y ss. En cuanto a la cesión de deudas nuestro cód. vigente no la acepta; no se puede cambiar la persona del deudor; este es un resabio de la noción subjetiva de la obligación. Es claro que existen en nuestro cód. instituciones que permiten este cambio de deudor, pero con ellas nace una nueva obligación, distinta de la anterior y así se tiene que al cambiarse la persona del deudor si el crédito era privilegiado, con la mutación ese crédito no conserva su privilegio. Vemos este fenómeno en el art. 1287 del cód. civ. vigente que se ocupa de la novación. Co-

mo dato ilustrativo conviene advertir que los cód. alemán y suizo aceptan la cesión de deudas, o sea que permiten el cambio de deudor sin que nazca otra obligación; y así si el acreedor gozaba de un privilegio con respecto al deudor primitivo tiene el mismo privilegio con respecto al nuevo deudor. Con la subrogación y la cesión de créditos se muda la persona del acreedor.

El cód. civ. de Alemania dedica a regular lo que llama "De la transmisión de la deuda", seis dispositivos, arts. 414 a 419 inclusive, que siguen a los que legislan sobre la cesión de créditos y han sido ubicados en la sección quinta del libro segundo, denominado "relaciones obligatorias".

Dispone el art. 414: "Por contrato con el acreedor podrá un tercero tomar a su cargo la deuda, sustituyendo al deudor primitivo".

Nosotros, al igual que todos los pueblos latinos, no concebimos la traslación de deudas. Sin embargo, ya el cód. civ. mexicano la contiene en sus arts. 2051 a 2057. Repugna a nuestra manera de concebir el derecho que el deudor sea sustituido por otro subsistiendo la misma obligación y sus garantías, sin que concurra la aceptación del acreedor.

Esta institución ha sido preconizada por BIBILONI (1 quinquies) y por la Comisión de Reforma del Código Civil Argentino (1 sexies). Asimismo, en el Brasil figura en los arts. 244 a 249 del anteproyecto de su código de las obligaciones.

\* 136 a). — *Cesión de Créditos.*— Por la cesión de créditos el acreedor de una obligación transmite ésta a otra persona, que se constituye en nuevo acreedor, sin consentimiento del deudor. Es una figura que permite la transmisibilidad de las obligaciones.

Al acreedor que hace la transferencia se le denomina *cedente*; al nuevo acreedor se le llama *cesionario*; y al deudor se le conoce bajo el nombre de *deudor cedido*.

Nuestro cód. civ. regula la cesión de créditos en los arts. 1456 y ss., después del contrato de compra-venta, pero no por ello debe considerarse que la cesión es siempre una venta. La cesión de créditos no siempre se ultima a cambio de un precio

(1 quinquies) Antep., II, p. 104 ss.

(1 sexies) Proy., II, p. 412 y ss., arts. 677 a 684. Véase también tomo I, p. 83 s. No legislan la asunción de deudas el nuevo cód. civ. de Venezuela y el cód. civ. de Italia de 1942.

y no siempre es una venta. Así, el cedente puede transmitir el crédito al cesionario para extinguir una deuda que le tiene a éste, lo cual importará una dación en pago; o puede transmitirlo con el objeto de hacerle una liberalidad, en cuyo caso tendrá el carácter de una donación. Con la cesión de créditos se transmite la propiedad de los bienes incorpóreos. Con la venta, con la donación, con la dación en pago, con la permuta, se transmite la propiedad de las cosas.

Como la cesión de créditos importa la transferencia de propiedad de bienes muebles y como el simple contrato no basta para transferir el dominio de los bienes muebles, es necesario efectuar la tradición de los créditos, sea mediante la entrega si se trata de créditos al portador, sea mediante el endoso si son créditos a la orden, sea mediante la notificación al deudor cedido si son créditos civiles.

La cesión constituye una de las formas de la transmisión de los derechos. Así como las cosas se venden, se cambian o se donan, los créditos y, en general, los derechos también se venden, se permutan o se donan. Los contratos de compra-venta, de permuta y donación tienen por objeto sólo cosas; no derechos. Por lo menos, así resulta de nuestro cód. civ., en sus arts. 1383, 1465 y 1466.

El crédito materia de la cesión ingresa al patrimonio del acreedor cesionario tal como se encontraba en el patrimonio del acreedor cedente, con sus mismos caracteres intrínsecos. La cesión traslada no sólo el crédito, sino también los accesorios de éste, como fianza, prenda, hipoteca, derecho de retención, anticresis, así como el privilegio que el crédito tuviera, sus frutos y, entre éstos, los intereses no percibidos. Es por ello que el deudor cedido puede oponer al acreedor cesionario todas las excepciones que podía deducir contra el acreedor cedente, menos la excepción de compensación, en ciertos casos.

Pueden ser objeto de cesión no sólo los créditos vencidos, sino los créditos cuyo término no ha decursado en todo o en parte, así como los créditos nacidos de la novación.

El título segundo de la sección quinta del libro quinto del cód. civ., se denomina "De la cesión de créditos". Se regula como contrato, después del de compra-venta y antes que el contrato de permuta. Empero, es evidente que no se trata de un contrato autónomo, porque si en la cesión existe precio se tratará de venta; si la cesión es gratuita se tratará de una donación; y si la cesión se efectúa por otro crédito, será permuta.

Asimismo, no sólo se ceden créditos sino también derechos, razón por la que la denominación resulta insuficiente. Y la cesión de derechos se rige por las mismas disposiciones que regulan la cesión de créditos, por razón analógica.

La cesión de créditos no tiene vida propia, ya que la transmisión de la obligación del lado activo puede tener por causa un contrato de compra-venta, o de donación, o de permuta, o, más generalmente, la cesión del crédito obedece a una transacción. Aún dentro de la transmisión a título oneroso del crédito es posible que la causa se encuentre en una dación en pago o en una subasta. Es incuestionable que determinada la causa por la cual se operó la transferencia de la obligación, se aplicarán las normas privativas de cada uno de los actos o contratos que hemos relacionado. Si la cesión importa una venta, se aplicarán las reglas de ésta; y si la cesión es una liberalidad, se observarán las reglas de la donación.

La cesión o traspaso del crédito puede también obedecer a una transmisión por derecho sucesorio y dentro de esta forma también debe comprenderse la cesión por legado; o por virtud de un pago con subrogación; y sólo en cuanto a nuestro vigente cód. civ., la novación subjetiva por cambio no de deudor, sino de acreedor, por cuanto esta forma novativa supone que las garantías de que gozaba el antiguo acreedor se transmiten también al nuevo acreedor, por lo que podría jurídicamente admitirse que no existe extinción de obligación sino, simplemente, transmisión.

Es obvio que la cesión importa, a la postre, cierta modificación del *status* del deudor cedido. La mutación del acreedor supone variación no sólo en cuanto a la personalidad del acreedor, que es diversa de la del anterior, sino en cuanto a la prescripción extintiva; v.g., si bien contra el cedente corría la prescripción, contra el cesionario puede ocurrir que hubiere sido suspendida por incapacidad sobreviniente de éste sin representación legal. Sin embargo, admitiendo que en la cesión la situación del deudor se mantiene inalterable y no habiendo el acreedor cesionario experimentado incapacidad que suspenda el curso de la prescripción, ésta continuará corriendo contra él; la notificación judicial de la cesión no interrumpe la prescripción, porque no importa demanda judicial que tenga esa virtualidad.

Distinguendo las cosas en corporales e incorporeales, la cesión de créditos no es sino la cesión de derechos personales, de



bienes incorporales. Así lo estiman algunos doctrinadores. Es, además, un contrato, se dice, si se observa su ubicación en el cód. Otros consideran que no es más que la tradición de los derechos personales; que no es contrato, sino convención extintiva de obligaciones, porque de la cesión no nace ninguna obligación. La cesión no es más que el acto por el que se transfiere un derecho personal (1 septies).

La cesión aparece cuando se objetiva el concepto de la obligación, cuando lo que interesa no son las personas obligadas, sino la prestación. Por tanto, cuando la obligación no ha sido contraída *intuitu personae*, o sea en razón de la persona, puede ser cedida, transferida, traspasada.

La cesión de créditos es consensual siempre, ya se trate que el crédito se venda, se permute o se done. Se perfecciona con el consentimiento. No es necesario para que el contrato quede concluído entre cedente y cesionario, la notificación del deudor cedido o su aceptación. La notificación judicial o la aceptación sólo se requieren para que la cesión produzca efectos para el deudor cedido, para los terceros acreedores y para otros cesionarios.

La cesión no requiere para ser perfecta de la entrega del título en que el crédito conste. Este requisito no lo reclama nuestra ley y, por lo demás, no es una formalidad inherente a la formación del contrato. Sin embargo, como el crédito es bien mueble, debe entregarse a fin de que el cesionario adquiera su propiedad, pero ello no es indispensable para que el nuevo acreedor accione contra el deudor; basta la notificación a éste.

No es formal; no es literal. Puede, por tanto, probarse su existencia mediante los medios que la ley procesal franquea. Puede constar en cualquier instrumento porque la ley no designa una forma específica (art. 1122 cód. civ.).

Sin embargo, la cesión de un crédito asegurado con hipoteca deberá transferirse en escritura pública, ya que la cesión no quedaría perfecta ni con la notificación judicial, ni con la aceptación del deudor cedido, sino con la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble, en la partida del inmueble gravado; y para inscribir se necesita que el título conste en instrumento público (art. 1041 cód. civ.). La no inscripción de la ce-

---

(1 septies) ALESSANDRI y SOMARRIVA. Curso de D. Civ., t. IV. Fuentes de las obligaciones, ed. Nascimento, 1942, N<sup>o</sup> 571, p. 426 y ss.

sión podría dar lugar a que el cesionario resultara burlado con una cesión posterior inscrita, por aplicación del art. 1052 del cód. civ., no obstante haberse cumplido con notificar judicialmente al deudor.

La cesión es sinalagmática si la transferencia del crédito se hizo a mérito de una compra-venta o permuta, o unilateral si la cesión asume el carácter de una donación. Será bilateral también cuando el crédito es adjudicado en pago, o adjudicado en virtud de una sentencia, o rematado.

La cesión puede ser conmutativa o aleatoria. Este último carácter aparece cuando se ceden créditos litigiosos, por cuenta y riesgo del cesionario.

Hay quienes sostienen que la cesión no quedará perfecta entre cedente y cesionario sino con la entrega del título. Sin embargo, debe admitirse que si en el instrumento de cesión se hace referencia al crédito cedido debe entenderse que hay entrega, aunque realmente no se haya hecho la entrega material. Así mismo, si el cesionario ha puesto en conocimiento del deudor la cesión, debe inferirse que ha existido entrega.

Conforme a nuestro cód. civ., la cesión de créditos no requiere la entrega del título. Ninguna disposición legal exige la entrega. Sin embargo, tratándose de obligaciones que constan en instrumento privado es necesaria la entrega de éste. Si constan en escritura pública la entrega es ineficaz, ya que cualquiera puede sacar testimonios de escritura pública.

Conviene entonces fijarse en que la entrega del título en que el crédito consta no es requisito señalado por la ley. Sin embargo, como el crédito es cosa mueble la entrega es siempre necesaria para el desplazamiento del derecho de propiedad del cedente al cesionario, ya se trate de venta, de donación, de permuta. Sin embargo, la cesión quedará perfecta con el consentimiento de cedente y cesionario, pero sólo para un convenio productor de obligaciones y no como contrato de enajenación. Para enajenar bienes muebles se requiere la *tradición*, la entrega de las cosas muebles.

Sin embargo, para los terceros la cesión produce efectos y les es oponible en cuanto el cesionario invoca la titularidad del crédito, no en cuanto le ha sido entregado por el cedente, sino cuando el deudor cedido ha sido judicialmente notificado, o existe una aceptación de dicho deudor que ostente fecha cierta. Pa-

ra los terceros no existirá cesión sino entre cedente y cesionario mientras no sea ésta judicialmente notificada al deudor.

A este respecto, es útil conocer el texto del art. 1690 del cód. civ. francés, para el que "el cesionario no es tenido por tal respecto a los terceros sino por la notificación del traspaso hecho al deudor. Sin embargo, el cesionario puede quedar igualmente obligado por la aceptación del traspaso hecho por el deudor en un acto auténtico".

Nótese que para la aceptación se exige por la ley francesa un acto auténtico, a fin de evitar aceptaciones de último momento con fecha atrasada. La misma doctrina contiene el art. 1067 del cód. civ. del Brasil, por el cual no vale respecto a terceros la transmisión de un crédito, si no se celebra mediante instrumento público o instrumento particular firmado por el declarante y suscrito por dos testigos.

La cesión no sólo comprende créditos. Pueden cederse también derechos y entre éstos, los derechos reales; inclusive el derecho de propiedad. Sin embargo, como el derecho de propiedad se confunde con la cosa misma, se transmite por venta, donación o permuta.

Todo derecho o acción es susceptible de cesión.

Parece ser la mejor doctrina la que establece que los derechos reales, en general, no son objeto de cesión, sino de venta, permuta o donación; y que la cesión ha sido creada para aquellos casos de derechos que no pueden constituir el objeto de una venta.

Para nosotros, ya jurisprudencialmente se ha admitido la cesión del derecho de propiedad. En la sent. de 11 de mayo de 1916 (1 octies), el subastador de un inmueble transfirió el dominio debidamente adquirido, obteniendo determinada utilidad por dicha cesión. Posteriormente, quienes tenían derecho de re-

---

(1 octies) "A. J.", 1916, p. 76 ss.

En cuanto a la forma, la sent. de 6 de abril de 1905, en A. J., 1905, p. 18, decidió que un crédito por escritura pública puede ser cedido por una simple acta de conciliación extendida por ante juez de paz. Esta doctrina debe ser observada también con el nuevo cód. civ., ya que su art. 1122 declara que si la ley no designa una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente y en la cesión de créditos la ley no determina ninguna forma específica para la cesión.

El deudor alegaba que dicha cesión no podía producir efecto alguno y por lo mismo se oponía a la ejecución promovida por el nuevo acreedor, expresando que el crédito de mayor cuantía no podía ser del conocimiento de un juez de paz para su transferencia, desde que éste era incompetente para conocer de las transferencias de créditos de tal cuantía.

tracto lo ejercieron en tiempo hábil y, en el procedimiento correspondiente, obtuvieron la entrega del inmueble. Fué entonces que el acreedor cesionario reclamó la devolución de la cantidad pagada al acreedor cedente, pronunciándose sentencia firme que declaró sin lugar la demanda del cesionario contra el cedente, porque la obligación de éste consistía en sanear su condición de subastador, que era la única materia de la transferencia y que el riesgo de que sobreviniese el retracto era inherente a la calidad de subastador, que no había sido puesta en duda, y se presumió que dicho riesgo fué conocido y aceptado por el cesionario. Por otra parte, la realización del retracto no es causa de rescisión del contrato de cesión por vicio oculto; ni puede afirmarse que hubiere existido pago indebido porque no medió error de parte del cesionario; ni tampoco era admisible expresar que la cesión carecía de objeto o de causa, porque la calidad de subastador, cualquiera que fuesen las eventualidades posteriores, constituía por sí sola un derecho susceptible de formar la causa y objeto de un contrato válido.

Por último, los créditos nominativos se ceden con la inscripción de la transferencia en los libros correspondientes del deudor emisor. Supone una declaración de transferencia extendida en los libros del emisor. V.g., acciones nominativas se ceden por la inscripción de la transferencia en el libro de la sociedad; en cierto modo, esta inscripción cumple la función de la notificación judicial.

Normalmente, el crédito no puede ser cedido por endoso. Por ejemplo, el crédito que el vendedor tiene con el comprador para que le pague el precio de la cosa vendida; o el crédito que tiene el acreedor contra quien ha reconocido, por escritura pública o privada, deberle cierta suma.

Hay también créditos a la orden (letras de cambio, vales, cheques), que contienen la cláusula a la orden u otra equivalente, como "a disposición de . . .", que se ceden por endoso.

Y otros créditos que son los llamados créditos al portador, que no contienen el nombre del acreedor y cuya propiedad se acredita por la tenencia material, y su cedibilidad se configura con la entrega del título.

Las normas del cód. civ. sobre cesión de créditos sólo se aplican a los créditos nominativos. Los títulos a la orden y al portador se rigen por la legislación mercantil.

La cesión de crédito puede también producirse por medio de un legado; dicha cesión sólo produce sus efectos a la muerte del testador (art. 1467 cód. civ.). Sin embargo, el testador antes de su fallecimiento puede haber cobrado en todo o en parte el crédito, o haber dispuesto del crédito por cesión. En estos casos, repútase inexistente el legado en todo o en parte, porque el legatario adquiere la propiedad del legado en el estado en que se hallare a la muerte del testador (art. 723 cód. civ.). Lo mismo ocurrirá con la disposición de un crédito que hiciera el testador en su testamento y dicho crédito ha sido cobrado por éste en todo o en parte (art. 751 cód. civ.).

La cesión de créditos deberá ser distinguida de la novación y de la subrogación, aún cuando como advierte Huc (1 nonies), estas figuras jurídicas "son como las tres ramas de un solo tronco", por cuanto en todas ellas se cambia el acreedor.

En cuanto a la novación, la confusión podría producirse respecto a la novación por cambio de acreedor. Sin embargo, en esta forma novativa es necesario contar con el consentimiento del deudor, porque para obligarlo nuevamente se debe contar con su voluntad.

En nuestro cód. civ., la novación por cambio de acreedor muestra una gran similitud con la cesión de créditos; así, el art. 1287, instalado dentro de la novación, expresa que "cuando es de un nuevo acreedor, se transmiten a éste todas las garantías de la anterior obligación, sin necesidad de que se expresen en la posterior". Por tanto, las excepciones que el deudor tuviere contra el primer acreedor en la novación, podrán ser deducidas también contra el segundo acreedor, lo mismo que si se tratara de una cesión de créditos.

Es evidente la semejanza que existe entre novación subjetiva por cambio de acreedor y cesión de créditos; en ambas hay mutación de la persona del acreedor. Por ello es que los códigos civiles modernos no tratan de esta forma de novación y en la práctica lo que se utiliza es la cesión de créditos. En el cód. del Perú se observa que no desaparece la primitiva obligación y aparece una obligación nueva, porque de lo contrario las garantías no subsistirían. No podemos nosotros, en la novación creditoria, admitir que la deuda originaria se ha extingui-

---

(1 nonies) Citado por REZZONICO, Luis María, Estudio de los contratos en nuestro Derecho Civil, B. Aires, 1950, Nº 6, p. 316.

do y la creación de una nueva deuda, independiente y distinta de la primera, a favor de un nuevo acreedor, porque hay transmisión de garantías y, por ende, de la deuda misma.

La novación por cambio de acreedor exige el consentimiento del deudor. La cesión, en cambio, se hace aún contra la voluntad del deudor. En este orden de ideas, la novación por cambio de acreedor, al igual que la cesión, impone al primer acreedor, la obligación de garantía por la evicción.

Con el pago con subrogación, la cesión se distingue porque aquélla es un acto desinteresado, que no reporta utilidad al tercero que se subroga, aunque fuera fiador, o si sólo tuvo el propósito de favorecer al deudor. La cesión, por el contrario, es un acto de especulación del cesionario cuando lo compra, pagando un precio inferior al importe real, para lucrarse con la diferencia.

TROPLONG (1 decies) enuncia esta diferencia: la cesión por precio es una verdadera venta; la subrogación no es más que el accesorio de un pago hecho para liberar al deudor; se adhiere siempre a una resolución del contrato; es *potius distractus quam contractus*; es más bien distracto que contrato. En la cesión, la intención común es enajenar y adquirir. En la subrogación el acreedor cede sin tener la intención de vender.

También difiere la cesión de la subrogación por el consentimiento. La cesión requiere el consentimiento del acreedor cedente; por el contrario, en la subrogación existen hipótesis en que no necesita ese consentimiento del acreedor subrogante o primer acreedor, ya que se produce en su ignorancia y aún en contra de su voluntad. La subrogación se opera, en algunos casos, por disposición de la ley o por voluntad del deudor. La cesión supone siempre la voluntad del acreedor cedente.

En la cesión el cedente responde y garantiza la existencia del crédito al tiempo de la cesión. En la subrogación no ocurre esto, porque el acreedor subrogante u originario, no ha querido ceder su crédito; por ello es que no responde de la existencia del crédito ni de la evicción.

Otra diferencia entre cesión y subrogación, se encuentra en que ésta opera de pleno derecho y la cesión requiere de la notificación judicial. El acreedor subrogado o nuevo acreedor es tal para los terceros, sin necesidad de cumplir con notificación alguna.

(1 decies) Des Privileges et Hypotheques, I, N<sup>o</sup> 349, p. 446 (ed. 5<sup>a</sup>, 1854).

También existe esta diferencia: En la cesión la sustitución del acreedor deriva de un acuerdo o convenio entre el primitivo y el nuevo acreedor y en la subrogación no existe tal acuerdo, sino que se produce por el pago que hace un tercero; la subrogación supone el cumplimiento de la obligación y la cesión no.

La mutación del acreedor puede producirse no sólo por efecto de la cesión, sino de la subrogación. Ambas figuras tienen de común la sucesión de un nuevo acreedor en la posición jurídica del anterior; y también que no son extintivas de la obligación. Las excepciones personales contra el cedente o contra el subrogante le son oponibles al cesionario o al acreedor subrogado o nuevo acreedor, como la falta de capacidad, el dolo, etc. Difieren en que la cesión importa un negocio de enajenación gratuita u onerosa que supone acuerdo entre el cedente y el cesionario; la subrogación, en cambio, no es el resultado de un acuerdo de voluntades en todos los casos, ya que nace también de la ley y puede perfeccionarse no por decisión del acreedor originario, sino del mismo deudor que contrae un mutuo para pagar la deuda y sustituye al mutuante en el crédito. La subrogación puede entonces no nacer de un acuerdo contractual; así también, cuando por voluntad única del acreedor originario recibe el pago de un tercero y lo subroga en su derecho.

La ley regula la cesión de créditos como un negocio jurídico autónomo, como un contrato abstracto, no obstante que puede asumir la fisonomía de varios contratos, todos ellos causales, como son: compra-venta, donación, dación en pago, permuta, etc.

Ahora se le llama, más técnicamente, "cesión de derechos"; y también "transmisión de créditos".

La regla que debe admitirse es la de que, en general, todos los créditos son, en principio, susceptibles de cesión.

Conviene advertir que la transmisión de los derechos reales, su cesión, se encuentra sometida a otro régimen. V.g., la transferencia del derecho de propiedad en los muebles y en los inmuebles.

Si los derechos se encuentran en el patrimonio de su titular es evidente que están comprendidos dentro del poder dispositivo que tiene todo titular.

En general, la sustitución de un acreedor por otro acreedor debe ser admitida, siempre que la posición del primer acree-

dor no se encuentre unida inseparablemente a condiciones subjetivas propias de determinada persona.

En los primeros tiempos, la cesión de crédito se operaba necesariamente con la intervención del deudor: ésta fue la solución que se admitió primero. Es mucho más tarde que se acepta que la cesión se produzca sin la intervención del deudor.

Se concibe la cesión como un modo de transmisión del crédito y no como un modo de constitución del nuevo crédito. El régimen de la cesión no se puede confundir con el régimen de la novación. Es por esto que en la cesión el deudor puede oponer al nuevo acreedor las excepciones que podía oponer al antiguo acreedor; en cambio, en la novación esto no puede hacerse al nuevo acreedor porque se trata del cumplimiento de otra obligación.

En estos tiempos, se reconoce que el crédito es un bien susceptible de tráfico patrimonial, por lo que puede ser transferido del patrimonio del cedente al patrimonio del cesionario.

En el antiguo derecho, que imponía al deudor una responsabilidad más enérgica, no se admitía la cesión sin el asentimiento de dicho deudor. Y cuando la responsabilidad del deudor no sólo era de naturaleza patrimonial, sino que se hacía efectiva en la libertad y hasta en la vida del deudor, la cesión de créditos era imposible.

En toda cesión de crédito existen dos peligros para el deudor: uno es el de que se empeore su defensa y otro es el de no saber con certeza cuál es la persona del acreedor. Es contra esos peligros que la legislación debe defender al deudor.

No obstante que el deudor puede ser perjudicado con la cesión, ningún derecho contemporáneo reclama el consentimiento de dicho deudor para que se configure la cesión. Además, el riesgo de ser perjudicado que soporta el deudor, es pequeño en relación con las ventajas que para el acreedor se derivan de la cesión.

Predomina la opinión de que son cedibles las pretensiones que derivan de derechos sucesorios y que no lo son, en cambio, las que resultan de derechos de familia. Nuestro cód. legisla la cesión del derecho hereditario (arts. 1461 a 1463).

Materia de vivo debate es el de la credibilidad de los derechos potestativos. Los derechos potestativos independientes, como son el derecho de preferencia, el derecho de comprar lo que se vendió y el derecho de quien recibe una propuesta de contra-



to de concluir éste mediante la aceptación, pueden ser cedidos, por lo menos, en determinadas circunstancias. Hay, en cambio, otros derechos potestativos, ligados indisolublemente al derecho principal, como es el derecho de elegir el acreedor en una obligación alternativa. Para nosotros, el derecho de preferencia adherido a la venta no puede ser cedido, según el art. 1438. No hay disposición legal que prohíba la cesión del *pactum retrovendo*, ni del pacto de mejor comprador.

No son cedibles los derechos de socio o asociado, siempre que se trate de sociedades de personas, pero no de sociedades de capitales. En cuanto a la sociedad civil, lo prohíbe el art. 1708; y para la sociedad colectiva comercial lo prohíbe el art. 151 cód. de com.

Si se trata de la transmisión de una empresa el adquirente o cesionario no puede substituir al transmitente o cedente en los contratos bilaterales necesarios para proseguir la gestión de la empresa, como son los contratos de alquiler de locales y hasta los contratos de trabajo, aunque para este último caso la legislación del trabajo provee la sustitución.

El traspaso de un establecimiento mercantil supone que en cuanto a las deudas el adquirente queda responsable por ellas al lado del antiguo deudor, que es el cedente o transmitente.

Puede ocurrir que el cedente no tenía en la fecha que se opera la cesión el poder de disponer el crédito. Así, si habiendo sido declarado en quiebra el cedente, el crédito cedido tendría que ser comprendido en la masa fallida, ya que dentro de los efectos retroactivos de la quiebra todas las cesiones de créditos reputaríanse no efectuadas y serían ineficaces en relación a la masa (véase art. 71 de la ley procesal de quiebras N° 7566, de 2 de agosto de 1932).

En cuanto a la cesión de contrato, debe revisarse GALVAO TELES Inocencio, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, año 3, N° 2, abril-junio de 1951, p. 217. Se niega la cesión de contrato porque existe la no transmisibilidad de las deudas a título particular. Se recurre entonces a la transmisión de los créditos por medio de la cesión y a la sustitución del deudor por medio de la novación. Considera GALVAO TELES que la cesión de contrato puede hacerse por acto entre vivos, con el consentimiento del acreedor; que la asunción de la deuda no sólo depende de la voluntad de las partes, sino de la voluntad del acreedor, porque sin su concurrencia podrían lesionarse gravemente

sus intereses y que así habrá propiamente transmisión de deudas y no novación.

Para nosotros, aunque nuestro cód. civ. silencia la cesión de deudas, no la prohíbe, esta operación puede hacerse.

Veamos ahora una cuestión importante. Se trata de la interpretación del art. 1457 del cód. civ., que dispone:

“No adquiere el cesionario acción contra el deudor cedido por los derechos que se le hubiere transferido, sino desde que éste acepta la translación, o desde que se le notifica judicialmente”.

Una jurisprudencia peligrosamente vacilante no da hasta hoy un criterio seguro al tenedor de un crédito que le ha sido cedido, quien emprende una auténtica aventura judicial si ha omitido notificar al deudor antes de accionar ejecutivamente contra él. MARTY (1 undecies) informa que la jurisprudencia francesa permite que el nuevo acreedor o cesionario pueda ejecutar no obstante no haber sido notificado el deudor, si con ello no perjudica ningún derecho adquirido por tercero. Esta solución debe ser admitida por nuestros jueces, con mayor razón cuando se compruebe que el deudor se encuentra suficientemente advertido por otros medios y que conoce la cesión. Es válida, sin embargo, la tesis de que el cesionario no puede embargar bien alguno del deudor cedido, si no se le ha notificado a éste antes de la cesión; es decir, no puede dictarse embargo preventivo antes de la citación con la demanda ejecutiva, pero si posteriormente, si el deudor no invoca nada en contrario.

Este precepto tiene como fuente el art. 1469 del cód. civ. derogado, que disponía:

“No adquiere el cesionario acción contra el deudor, por los derechos que se le hayan transferido, sino desde que éste acepte la translación, o desde que se le haya notificado judicialmente”.

La notificación judicial al deudor sólo se establece para garantía del cesionario y de los terceros acreedores, pero no para las relaciones entre el deudor cedido y el cesionario.

Así, en el cód. civ. francés, su art. 1689 dispone:

“La translación de un crédito, de un derecho o de una acción respecto de un tercero, se realizará entre el cedente y el cesionario por la entrega del título”.

(1 undecies) Teoría general de las obligaciones, II, p. 165.

Y el art. 1690 del mismo cód. francés previene:

“No quedará el cesionario obligado respecto a los terceros sino por el acto del traslado hecho al deudor.

“Sin embargo, podrá también quedar obligado el cesionario por la aceptación del traslado hecho por el deudor en un documento auténtico”.

El art. 1459 del cód. civ. argentino expresa:

“Respecto de terceros que tengan un interés legítimo en contestar la cesión para conservar derechos adquiridos después de ella, la propiedad del crédito no es transmisible al cesionario, sino por la notificación del traspaso al deudor cedido, o por la aceptación de la transferencia de parte de éste”.

En el cód. civ. de Brasil, su art. 1069 declara:

*“A cessao de credito nao vale, em relacao ao devedor, senao quando a este notificada; mas, por notificado se tem o devedor, que, em escripto publico, ou particular, se declarou sciente da cessao feita”.*

Conforme a esta declaración, entre cedente y cesionario, la cesión produce todos sus efectos desde que es celebrada.

Para el cód. civ. de Chile, su art. 1902 establece:

“La cesión no produce efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste”.

La cesión de créditos se encuentra perfeccionada con respecto a terceros si dicha cesión ha sido judicialmente notificada al deudor, o aceptada por éste.

El deudor no puede oponerse a la cesión, porque con ella no cambia su situación jurídica y porque el cedente como propietario del crédito tiene en forma inmanente el derecho de disposición del que no puede ser privado.

La notificación deberá ser judicial, lo que importa que exista mandato judicial para esa notificación. No basta la simple carta notarial, y menos el aviso por carta. El art. 1457 exige que la notificación al deudor sea judicial. No obstante que la ley francesa reclama también que la notificación sea judicial, su jurisprudencia ha establecido que esta exigencia puede ser suplida con otros medios de información, siempre que fueran idóneos.

Obsérvese que sólo para los terceros es necesaria la notificación, ya que entre cedente y cesionario la cesión de crédito ha quedado perfeccionada con el instrumento en que ella consta.

Si la notificación judicial no se ha producido, el deudor podrá pagar válidamente al cedente y el crédito puede también ser válidamente embargado por los acreedores de dicho cedente. La notificación judicial cumple una función de publicidad para los terceros.

El crédito se transfiere del cedente al cesionario con todas sus fianzas, privilegios e hipotecas. Por tanto, tratándose de hipoteca, si el crédito que se cede está asegurado con la garantía de un inmueble, es necesario extender la cesión del crédito hipotecario en la partida del inmueble hipotecado, o sea que la cesión deberá constar en el Registro de la Propiedad Inmueble del lugar en que se encuentra situado el inmueble que sirve de garantía al crédito cedido.

La ley no fija ningún plazo para efectuar la notificación judicial de la cesión, o su aceptación. Sin embargo, para que tenga eficacia no deben existir derechos adquiridos por los terceros acreedores en el crédito materia de la cesión.

La aceptación es más conveniente, no obstante que la notificación judicial no requiere del consentimiento del deudor cedido, porque con la aceptación pierde éste la excepción de compensación (art. 1296 cód. civ.). Sin embargo, no pierde el deudor el derecho de deducir otras excepciones destinadas a anular el crédito, porque dicho crédito se transfiere como es, con sus cualidades y defectos.

Si el deudor cedido acepta la cesión con reservas, podrá oponer la excepción de compensación. Así mismo, puede deducir la compensación en caso de ser notificado judicialmente, siempre que lo hiciere inmediatamente, ya que su silencio importaría manifestación de voluntad, porque la notificación lo constituye en la obligación de explicarse (art. 1077 cód. civ.).

Con la notificación judicial o la aceptación del deudor cedido, el cesionario evitará: a) que dicho deudor pague válidamente al cedente; b) que el deudor niegue el pago por no haber sido oportunamente informado (empero, la demanda de cobro al serle notificada cumple a cabalidad con esa exigencia); c) que el deudor cedido pueda con posterioridad a la cesión adquirir un crédito contra el cedente y oponer la compensación; d) que el cedente pueda ceder nuevamente su crédito; y e) que los acreedores del cedente embarguen el crédito materia de la cesión y dichos embargos surtan sus efectos porque los acreedores que son terceros, tienen como garantía el patrimonio del

cedente, dentro del cual se encuentra todavía ese crédito por no haberse cumplido con la notificación ordenada por el juez.

Puede cederse el derecho que se tiene por una promesa de venta; empero, deberá cumplirse con la notificación judicial.

Sin embargo, no es necesaria la notificación judicial si se cede una universalidad jurídica, específicamente, si existe cesión de derechos sucesorios. Tampoco habrá de ser necesaria la notificación, si se ceden legados, porque la transmisión surte efectos contra los acreedores del causante desde su fallecimiento. Vale recordar que el deudor se encuentra protegido si pagara el legado al acreedor aparente, por aplicación del art. 1239 del cód. civ.

Tampoco es necesaria notificación alguna tratándose de créditos a la orden o al portador, regidos por la legislación mercantil. El crédito a la orden se transfiere por el endoso y el deudor se obliga a pagar no sólo al acreedor originario (tomador), sino a la persona a quien éste dé la orden de pagar; por tanto, existirán en los créditos a la orden acreedores sucesivos y el último de ellos, que es el último endosatario, es quien tiene el derecho a reclamar el pago al deudor. Y en los créditos al portador la transferencia se consuma con la entrega, por lo que el deudor pagará válidamente al portador, sea quien fuere, porque el acreedor es quien lo posee.

La jurisprudencia con respecto a esta cuestión, es contradictoria. Así, por Acuerdo de la Primera Sala del Tribunal Supremo, de 6 de setiembre de 1939 (1 duodecies), se estableció que demandado el deudor por el cesionario, para el pago del crédito, con la notificación del auto de solvendo, quedaba automáticamente notificado dicho deudor del traspaso, por lo que se había cumplido debidamente el requisito legal, sin necesidad de otras formalidades. Y textualmente se decía por el Presidente de la Corte Suprema, "cúpleme formular las observaciones que preceden, para restablecer el sentido de la ley en favor de la mejor y más pronta administración de justicia".

En cambio, la sent. de 10 de junio de 1943 (1 tridecies), declaró fundada la oposición a la cesión de crédito, formulada por el deudor cedido dentro de la ejecución que le había promovido el acreedor cesionario, porque no se había cumplido con la exi-

(1 duodecies) "A. J.", 1939, p. 355.

(1 tridecies) "R. de los T.", 1943, p. 222.

gencia de la ley de la aceptación o de la notificación judicial.

Asimismo, la sent. de 23 de agosto de 1944 (1 quatordecies), declara infundada la demanda de cobro del acreedor cesionario contra el deudor, porque el crédito fué transferido por el acreedor originario a otro acreedor, quien, a su vez, lo cedió al demandante, advirtiéndose que para la cesión ultimada en primer término no se había cumplido con notificar al deudor, razón por la que el primer acreedor cesionario no había adquirido ninguna acción contra el deudor. En este caso, concurría también la circunstancia de que se había suplantado la firma de uno de los acreedores, imitándola por otra.

Otros fallos sobre esta cuestión son los que siguen:

De 28 de diciembre de 1877. No obstante su antigüedad, considera que el reconocimiento judicial del instrumento privado en que consta el crédito, diligenciado por el cesionario, cumple con la exigencia de la ley de que se notifique la traslación del crédito (1 quincecies).

En la sent. de 11 de enero de 1927 (1 sexdecies) se da cuenta de que habiéndose omitido la citación judicial al deudor, se había declarado nulo e insubsistente lo actuado en una ejecución, por lo que se tuvo que renovar la demanda ejecutiva cumpliendo dicha formalidad. Tratábase del cobro de un vale.

También se han pronunciado otras resoluciones que interpretan a cabalidad la falta de notificación al deudor, o sea que declaran la validez de los actos practicados por el deudor con el acreedor cedente, por no haber sido notificado el primero. Así, la sent. de 4 de abril de 1907 (1 septemdecies) considera que no habiéndose notificado al deudor la transferencia, no debe anularse la transacción que éste celebra con el acreedor cedente sobre los derechos transferidos. Tratábase de un juicio de rescisión de contrato de venta por lesión enormísima, que fué transigido entre demandante y demandado, no obstante que el demandante había transferido todos sus derechos por escritura pública perfeccionada antes de que la transacción quedara ultimada. Consideraron los jueces que el deudor no notificado, se encontraba facultado para pagar válidamente al ce-

(1 quatordecies) "R. de los T.", 1944, p. 381 y ss.

(1 quincecies) Recopilado en PORTUGAL, "Jurisprudencia de los Tribunales", II, p. 135.

(1 sexdecies) "La R. del F.", 1927, p. 82.

(1 septemdecies) "A. J.", 1907, p. 34.

dente, para entenderse con éste ya en las actuaciones forenses, ya en los arreglos que pusieron término al juicio.

También la sent. de 10 de enero de 1938 (1 octodécies) ordenó que el inferior absolviera el grado y no declarara la insubsistencia del proceso. En efecto, se declaró nulo e insubsistente el apelado porque en la acción de cobro promovida contra el deudor cedido por el cesionario, dicho deudor interpuso reconvencción contra el cedente, a fin de que se compensara el crédito puesto a cobro con un crédito activo de que era titular el deudor contra el acreedor cedente, y habiéndose omitido citar a éste se había incurrido en la causal de nulidad comprendida en el inc. 3º del art. 1085 del cód. de proc. civ. El Tribunal Supremo consideró que no se había incurrido en la insubsistencia alegada porque el deudor no había convenido en la transferencia del crédito, ni se le había notificado ésta y porque el cedente no era el demandante. Tal pronunciamiento tenía como consecuencia que el acreedor cesionario debería soportar y le era oponible la compensación deducida por el deudor.

Parécenos que el deudor carece de derecho para alegar que no se le ha notificado la cesión del crédito, en el procedimiento de cobro que el acreedor cesionario le instaure, desde que la notificación con la demanda de pago llena perfectamente esa exigencia. Por tanto, el cesionario puede requerir al deudor cedido para que le pague, si el crédito se encuentra vencido y el deudor no lo ha pagado ya al cedente; o éste lo ha transmitido a otro acreedor, que si lo ha hecho notificar judicialmente; o si ya se encuentra embargado por uno o varios acreedores del acreedor cedente.

La doctrina es uniforme en admitir que el cesionario puede accionar contra el deudor cedido, aún cuando a éste no se le haya notificado judicialmente la cesión, o la hubiere aceptado. Lo único que le corresponde es justificar su calidad de acreedor cesionario (1 novemdecies).

La cesión misma le otorga al acreedor cesionario esa facultad de demandar al deudor; éste al conocer la demanda de cobro se encuentra virtualmente notificado.

Sólo para los terceros (acreedores embargantes o cesionarios posteriores) no produce efectos la cesión si no es notifica-

(1 octodécies) "R. de los T.", 1938, p. 25.

(1 novemdecies) HUC, 10, Nº 226, p. 304; LAURENT, 24, Nº 518 y ss., p. 509 y ss.; GIORGI, VI, Nº 121, p. 144 y Nº 130, p. 155 y s.

da al deudor. Para éste mismo, no produce efectos, en cuanto deberá estimarse válido y liberatorio el pago hecho al acreedor cedente, ya que ignoraba la cesión por no haberle sido notificada.

Se admite que hasta la notificación posterior del embargo preventivo que el cesionario obtenga contra el deudor, produce los efectos de la notificación judicial. En resumen, la notificación de la cesión al deudor sólo es requerida respecto de los terceros; no del deudor mismo, salvo que éste pruebe que ha pagado.

Las formalidades de la notificación judicial o de la aceptación, —una u otra—, tienen por objeto que el cesionario quede investido frente a los terceros, del crédito cedido. Para los terceros la cesión no se ha consumado sino mediante el cumplimiento de estas formalidades. Por lo mismo, es la fecha de estos actos la fecha del contrato respecto de los terceros. En tanto no se cumpla con la notificación judicial o con la aceptación, el cedente puede recibir el pago del deudor y éste no respondería por doble pago; y los acreedores del acreedor cedente pueden embargar el crédito no obstante haberlo ya cedido. Así lo declara el art. 1963 del cód. civ. de Colombia, el cual termina con la frase: "... y en general, se considerará existir el crédito en manos del cedente respecto del deudor y de los terceros".

Los terceros son todos los que no han intervenido en el contrato de cesión y tienen un interés actual en que el crédito permanezca en poder del acreedor cedente, como garantía de los derechos que contra él pudieran tener.

Para nosotros, la cesión no notificada judicialmente o no aceptada por el deudor debería permitir al cesionario el cobro, si no hay terceros, o si el deudor no puede hacer valer la compensación. Al deudor le es indiferente deber a una u otra persona, ya que él es siempre deudor.

Es claro que antes de la notificación el deudor no considera al acreedor cesionario como tal acreedor. Puede entonces válidamente pagar al cedente, pero es evidente que no quedará liberado si el cesionario prueba que el deudor estaba, de cualquier modo, en conocimiento de la cesión realizada, o sea que no procedía de buena fe. Esto lo prevé el art. 1264 § 2º del nuevo cód. civ. italiano.

La jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo establece que el acreedor cesionario carece de derecho para ejecu-



tar, si no se ha notificado judicialmente al deudor cedido. Así por ejemplo, si el ejecutante está en posesión de la letra de cambio por un endoso posterior al vencimiento de la cambial, teniendo en cuenta que dicho endoso, conforme al art. 446 del cód. de com., produce los efectos de la cesión, declara infundada la ejecución porque el ejecutado aceptante no fué judicialmente notificado. La jurisprudencia anterior permitía al obligado directo en una letra de cambio deducir contra el ejecutante las excepciones que tenía contra el girador, si la letra le había sido endosada después de su vencimiento, pero no negaba la ejecución (1 vicies). Los jueces en Argentina, han declarado que desde que se realiza la cesión de créditos, ésta tiene vigencia entre cedente y cesionario, pero respecto a terceros desde el cumplimiento del requisito exigido por el cód. civ. argentino en su art. 1459. Así, en "Jurisprudencia Argentina", 1957, IV, p. 624. Hay que informar que el dispositivo citado, se refiere expresamente a los terceros. En cambio, conforme a la ley peruana, el cesionario no adquiere derecho alguno sin notificación.

En este orden de ideas, MESSINEO (1 unumvicies) advierte

---

(1 vicies) Véase sents. de 16 de diciembre de 1940 y de 25 de abril de 1944, en "R. de los T.", 1940, p. 483 s. y "R. de los T.", 1944, p. 143 s.

(1 unumvicies) Manual de Derecho Civil y Comercial, tomo IV, Derecho de las Obligaciones, Parte general, Buenos Aires, ed. 1955, § 110, 2), b) y c), p. 190 s.

La buena doctrina enseña que el acto que transfiere el derecho de crédito es una convención que se perfecciona entre las partes sin que sea necesaria la observancia de determinada forma, por el mero consentimiento y sin que se requiera la adhesión o el aviso al deudor cedido. La intervención del deudor huelga, porque éste no puede impedir que el crédito sea transferido, ni tiene relevancia que el deudor muestre interés porque se mantenga el acreedor indulgente que tuvo y que puede ser cambiado por un acreedor severo y desplazado. Sólo para que la cesión adquiriera eficacia frente a los terceros se necesita un medio que dé publicidad a la cesión y ese medio es o la notificación al deudor o la aceptación por éste. Así lo hace notar RUGGIERO, Instituciones, t. II, vol. 1, D. de obligaciones, ed. castellana, 1944, trad. de la 4ª ed. italiana, § 78, a), p. 198 s.

BARASSI, Instituciones de Derecho Civil, vol. II, ed. Bosch, 1955, § 3, N° 189, p. 133 s., hace saber que en la cesión se requiere sólo el acuerdo entre el acreedor originario y el nuevo acreedor para un negocio de enajenación, cualquiera que fuera la causa, a título oneroso o a título gratuito. No es más que el contenido substancial de un contrato cuyo objeto es transferir un derecho de crédito, el cual será una venta, si existe contraprestación, o una donación, si falta el deber de pagar un precio equivalente. Por ser enajenación o transmisión, dice, la cesión se perfecciona entre las partes por simple consentimiento, de acuerdo con el principio consensualista en la transmisión de la propiedad. Para nosotros, siendo el crédito un bien mueble, la transmisión de la propiedad se operaría no por el simple consentimiento, sino con la entrega material del título representativo del crédito. Agrega BARASSI, II, § 3, N° 189, p. 134, que la cesión se perfecciona para el deudor cedido mediante la notificación de la cesión, o bien por la aceptación del mismo. Nos parece, empero, que si afirma que la cesión ha quedado ya perfeccionada por el consentimiento entre cedente y cesionario, no se puede cuestionar el derecho de este último a cobrarle al deudor, sin necesidad de que éste hubiera sido notificado. La única consecuencia de la no notificación la destaca BARASSI en la hipótesis de que el cedente hubiere ve-

que el traspaso del crédito se verifica en favor del cesionario aún antes de que se perfeccione el respectivo contrato, en virtud del principio general del traspaso consensual. Agrega que para que la cesión tenga efecto frente al deudor cedido, que se supone ha permanecido extraño a la relación e ignorante de ella, es necesario la notificación de la cesión realizada, sea que ésta provenga del cesionario, que es el principal interesado, o del cedente; y que equivale a la notificación la aceptación de la cesión por parte del deudor. Hace notar también que la notificación es una forma rudimentaria de publicidad declarativa, porque no siempre la notificación al deudor cedido es conocida por los terceros. Continúa expresando que el efecto de la notificación es el de que en adelante el deudor deberá considerar como su acreedor al cesionario; y que en tanto la notificación no se realice el deudor puede cumplir válidamente en manos del cedente o acreedor originario, con efecto liberatorio; y, sobre todo, afirma que con respecto a *los terceros* la cesión no es operan-

---

rificado varias cesiones del mismo crédito, en cuyo caso valdrá la cesión que le fué notificada al deudor y no las que quedaron ocultas. En cuanto a las excepciones que pudiere tener el deudor contra el cedente, las puede deducir contra el cesionario, se hubiere o no notificado la cesión.

Sobre las formalidades de la notificación a fin de que la cesión pueda ser opuesta a terceros, véase también BARASSI, Inst. de D. Civ., vol. II, ed. 1955, Nº 257 bis., p. 456.

En verdad la cesión de créditos es un contrato consensual, que ni siquiera exige forma escrita *ad probationem*; y la notificación judicial de la traslación debe entenderse cumplida con la notificación del traslado de la demanda y la entrega de las copias. Los efectos de la cesión no notificada o no aceptada son que el deudor cedido pueda pagar válidamente al cedente. No es un efecto propio de la cesión no notificada que el deudor pueda oponer al cesionario las excepciones que podía oponer al cedente, porque este efecto se producirá lo notifique o no lo notifique. Sólo si el deudor acepta la cesión es que queda privado de oponer al cesionario las excepciones que podía oponer al cedente. En ciertos supuestos, se estima que el deudor cedido que fué enterado de la cesión y deja transcurrir tres días sin expresar nada, se le tendrá porque ha consentido tácitamente.

En este orden de ideas, la excepción de falta de personería opuesta al cesionario, no puede declararse fundada porque éste no ejerce la representación del cedente, sobre todo si el instrumento en que consta la cesión no se ha objetado, sino de lo que se reclama es de la falta de notificación.

En el Boletín del Instituto de Enseñanza Práctica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, tomo 6, año 1940, párrafo 86, p. 61 ss., se examina la dirección de la jurisprudencia argentina en esta materia, a raíz de una sentencia que negó a los acreedores del acreedor cedente el derecho a obtener del acreedor cesionario la entrega de las sumas pagadas por el deudor cedido después de efectuada la cesión, que no había sido notificada judicialmente, en razón de que dichos acreedores del cedente no habían obtenido con anterioridad un embargo sobre dichas sumas. En la pág. 63 se expresa que la jurisprudencia ha estimado que el deudor cedido no es tercero interesado en la cesión de créditos; que no es necesario que dicho deudor intervenga en la cesión, ni menos se le haga saber, para que ella surta efectos legales; que la falta de notificación no es causal suficiente para impedir al cesionario accionar contra el deudor cedido, por lo cual éste no puede oponerle la excepción de falta de personería, ni menos la de falta de acción.

te hasta que se notifique al deudor cedido; hasta ese momento los terceros tienen derecho a considerar el crédito como formando parte de los bienes del acreedor originario o cedente, por lo que si les es su deudor pueden válidamente embargarlo. En nuestro derecho, el traspaso de la propiedad del cedente al cesionario, no es consensual, porque los créditos son bienes muebles y la transferencia de su propiedad exige la tradición.

Por lo que se deja relacionado, debe estimarse que la cesión se ultima entre ambos acreedores sin necesidad de la notificación judicial al deudor cedido; y que éste se encuentra obligado a pagar al nuevo acreedor si no está en juego el interés de terceros. La omisión de la notificación judicial no impedirá al deudor cedido hacer valer las excepciones que tiene contra el acreedor cedente, con mayor razón la de compensación. A este respecto, la sent. de 15 de setiembre de 1942 (1 duovicies) declara que el deudor no puede formular oposición a la notificación judicial que pone en su conocimiento la transferencia de la obligación que adeuda, debiendo hacer uso de la acción que corres-

---

En contra: MOSSA Lorenzo, "Ocultación de la cesión", en *Rivista del Diritto Commerciale*, Milán, nov-diciembre. 1939, 2ª parte, p. 497. Sostiene que la falta de notificación al deudor cedido acarrea la nulidad de la cesión.

Es obvio que el conocimiento indirecto que hubiera tenido el deudor cedido de la cesión, es insuficiente para que dicha cesión pueda oponerse a terceros acreedores, quienes no tienen por qué admitirla ni reconocerla, sino en el caso de que se haya producido la notificación del traspaso del deudor, o que éste la haya aceptado por instrumento de fecha cierta.

En el Proyecto de la Comisión Reformadora del cód. civ. argentino, de LAFAILLE, REPETTO y otros, inserto en "La Ley", tomo 5, p. 12 de la sección legislación, el art. 670 dispone: "Respecto de terceros que tuvieren interés legítimo en objetar la cesión para conservar derechos adquiridos después de ella, el crédito sólo se transmite al cesionario por la notificación del traspaso al deudor cedido o mediante la aceptación por parte de éste. La diferencia de horas en el cumplimiento de dichas formalidades no causa prelación, siempre que se llevaren a cabo el mismo día".

Este precepto se refiere expresamente a los terceros; el de nosotros exige que para que el cesionario adquiera acción contra el deudor cedido debe notificársele a éste la cesión. Tal declaración legal es la que ha dado origen a la jurisprudencia que niega el derecho de ejecución al cesionario si el deudor no ha sido avisado judicialmente de la traslación.

Parece que conforme al criterio de los redactores del Proyecto argentino de cód. civ., en "La Ley", p. 12, de la sec. leg., tampoco el cesionario puede ejecutar antes de la notificación judicial o de que el deudor cedido acepte la transferencia, porque sólo le concede al cesionario facultades conservatorias en su art. 676, que dispone: "Aún antes de la notificación o aceptación, el cesionario podrá realizar todos los actos conservatorios relativos al crédito cedido. Ese mismo derecho corresponderá al cedente, mientras aquellas formalidades no se hubieren realizado".

Debemos convenir que en el juicio que el cesionario de un crédito sigue contra el deudor cedido, éste no puede alegar la falta de notificación o denuncia de la cesión, para enervar el derecho del demandante, si no alega algún medio extintivo cumplido con el cedente.

(1 duovicies) En "R. de los T.", 1943, p. 381 ss.

ponda si entiende que lesiona sus derechos, porque dicha notificación no importa juicio.

Por estar de por medio el interés de un tercero se ha pronunciado un fallo interesante, en octubre de 1927 (1 trevicies). En un juicio ejecutivo se mandó trabar mejora de embargo en forma de retención, en el crédito que el ejecutado tenía contra un tercero, que fué notificado y aceptó la retención y consignó la suma que adeudaba. Posteriormente, los hijos del ejecutado promovieron tercería aduciendo que eran cesionarios del crédito embargado y acreditaban su transferencia con el testimonio de la escritura pública que contenía la traslación. El Tribunal Supremo declaró infundada dicha tercería, basándose en que con arreglo al art. 1469 del cód. civ. anterior, cuando se notificó al retenedor no constaba que éste hubiere aceptado la cesión del crédito o hubiere sido notificado judicialmente.

Una última sentencia viene a corregir el criterio del Tribunal Supremo y es de confiar que la buena doctrina se abra paso, o sea que el endosante no está obligado a garantizar el pago, sino a responder de la existencia del crédito tan sólo; y que el aceptante puede deducir contra el acreedor que cobra las excepciones que son personales de los anteriores endosantes, si el endoso fué posterior al vencimiento. Dicho fallo es de 5 de octubre de 1957. (1 quatuorvicies).

El crédito puede haberse cedido por el primer acreedor en prenda al cesionario. Conforme al art. 982 del cód. civ., la prenda se perfecciona con la entrega de los títulos y la notificación al deudor, pero que dicha notificación no es necesaria cuando se trata de créditos endosables o al portador. Asimismo, el art. 998 del mismo cód. autoriza al acreedor cesionario para ejercitar las acciones necesarias para que no se extinga, para cobrar los intereses que devengue y también el crédito si éste ha vencido.

La sent. de 9 de julio de 1934 (1 quinquievies) examina el caso del acreedor pignoraticio que cobra ejecutivamente el crédito de su deudor y cedente, permitiendo que dicho cedente, que había cedido el crédito en garantía, pueda oponerse al desistimiento del cesionario en el juicio que ha iniciado éste contra el deudor, en razón de que la oposición se funda en el art.

(1 trevicies) Publicado en "La Prensa" de 26 de octubre de 1927, p. 9.

(1 quatuorvicies) En "R. de J. P.", t. XVI, 1958, enero-junio, p. 77.

(1 quinquievies) En "R. de los T.", 1934, p. 185 s.

265 del cód. de proc. civ., que permite la oposición cuando el desistimiento daña a un 3º.

Para nosotros, la notificación al deudor es innecesaria como pre-requisito para que el cesionario ejecute al deudor. Sólo es indispensable para que la cesión produzca efectos contra los terceros. Y entendemos por terceros no sólo a los acreedores, sino que el deudor también asume la condición de tercero, en ciertos supuestos. Es también recomendable que la notificación sea judicial, como lo exige la ley. La notificación por carta notarial puede resultar impugnabile, porque la fecha de la carta notarial es cuestionable, ya que la intervención del notario no le otorga fecha cierta. De otro lado, la notificación judicial representa la tradición o entrega del crédito (cosa mueble); nótese que nuestro cód. no exige la entrega del crédito para la formación o perfeccionamiento del contrato de cesión. Además, la notificación cumple otra función esencial y es la de advertir al deudor el cambio de acreedor. Omitida la notificación, el pago que el deudor hiciera al acreedor cedente debe reputarse válido.

Existen otros problemas dignos de análisis, que se relacionan con la notificación del deudor:

Así, si después de cedido el crédito el acreedor cedente lo da en prenda a tercero y la prenda nace antes de que la cesión le sea notificada al deudor. Debe recordarse que el art. 982 del cód. civ. reclama que para que la prenda de un crédito se entienda constituida no sólo deberán entregarse los títulos, sino notificarse al deudor. Por tanto, si el título de crédito le fué entregado al cesionario y no al acreedor pignoraticio, la prenda no ha podido nacer. Empero, si el acreedor prendario tiene consigo el título de crédito y cumplió con notificar al deudor, es evidente que tiene preferencia sobre el cesionario, aún cuando éste hubiere cumplido con notificar primero la cesión a dicho deudor. Obviamente la prenda, por ser derecho real, goza de preferencia frente a un derecho personal como es el de cesión.

Asimismo, si el conflicto se presenta entre dos cesionarios se preferirá a aquel que ha notificado al deudor, o al que primero notificó, ya que con la notificación se adquiere acción contra el deudor cedido.

Debe citarse la sent. de 26 de marzo de 1914 (1 sexvicies) que resuelve cómo debe pagarse si el cedente sólo ha cedido par-

te del crédito y éste tiene carácter privilegiado y se encuentra garantizado con hipoteca. Se trataba de un acreedor alimentista que cedió un crédito por alimentos devengados, que se encontraba garantizado con la hipoteca de un inmueble; pero dicho gravamen garantizaba también las pensiones que se devengarán en el futuro. El fallo ordenó que el inmueble respondía de las pensiones actuales con preferencia a las pensiones atrasadas, que fueron objeto de la cesión.

Otra hipótesis es la de que un acreedor del cedente hubiere embargado el crédito de éste. Si la medida precautoria se traba antes de que el cesionario haya cumplido con notificar judicialmente al deudor, es obvio que dicha medida deberá ser respetada por el nuevo acreedor; lo mismo si existe aceptación del deudor cedido y no notificación pero siempre que dicha aceptación sea evacuada no en cualquier instrumento, sino en documento que tenga fecha cierta. Si por el contrario, el acreedor del cedente embarga el crédito materia de la cesión después de que el deudor fué notificado no existe problema alguno, ya que el embargo es inoponible al acreedor cesionario; el crédito se entiende transmitido válidamente aún en perjuicio de terceros y dicho acreedor embargante es tercero.

Es obvio que el embargo anterior a la cesión basta para determinar dicha cesión como inválida con respecto al embargante. Asimismo, el embargo posterior a una cesión no notificada al deudor cedido, debe declararse válido y operante. Además, la notificación de la cesión debe considerarse que no tiene efecto cuando exista embargo sobre el crédito cedido. Para esta cuestión consúltese DIAZ DE GUIJARRO Enrique (1 septemvicies).

No obstante que el cesionario adquiere el crédito con las acciones que del mismo derivan, así como con todos sus accesorios y garantías, como fianzas, prendas, hipotecas, etc., en algunos casos no adquiere la acción que correspondía al cedente. Ello ocurre cuando el Estado transfiere a un particular el crédito de que es titular. El acreedor cesionario no puede iniciar y ni siquiera continuar el procedimiento coactivo de que sólo goza el Estado, ya que éste es un privilegio concedido únicamente a él por la ley N° 4528, como lo declara la ley N° 7200. El cesionario sólo puede cobrarlo de acuerdo con el procedimiento común

(1 septemvicies) Ha escrito un ensayo titulado "Breves acotaciones sobre la ineficacia de la cesión del crédito embargado y de la inhibición voluntaria del cedente", en "Jurisprudencia Argentina", t. 71, p. 383.

señalado en la ley procesal. Así lo tiene decidido la sent. de 21 de agosto de 1940 (1 octovicies).

Es necesario expresar que tratándose de la cesión de un derecho hereditario, no hay necesidad de cumplir con las formalidades reclamadas por el art. 1457, o sea la notificación judicial o la aceptación del deudor. No hay entonces necesidad de notificar a los coherederos. Ello no obstante, si la herencia comprende créditos, habría que hacer la notificación judicial a los deudores de los mismos.

Si lo que se ceden son créditos a la orden, la transmisión no es necesario notificarla al deudor directo ni a los obligados en vía de regreso. La cesión se opera mediante el acto mercantil denominado "endoso". Dicho endoso puede ser en blanco. La transmisibilidad de estos créditos comerciales a la orden produce efectos distintos a los de la cesión de créditos que es civil. Así, con el endoso, el nuevo adquirente del título, que se llama "endosatario", es considerado como si fuera el acreedor *ab initio*. En la cesión, en cambio, el cesionario es considerado como sucesor del cedente, siéndole, por tanto, oponible al cesionario todas las excepciones que el deudor tenía contra el acreedor cedente, aún las que tuvieren el carácter de excepciones personales de éste. La cesión transmite al cesionario los derechos del cedente: nada más que éstos. Por lo mismo, el deudor cedido puede deducir contra el cesionario las excepciones que podría oponer al cedente, inclusive las de nulidad y anulabilidad. Por el contrario, el obligado en un título a la orden (letra de cambio, v.g.), puede oponer al endosatario las excepciones personales que correspondan a éste y las que tengan el carácter de comunes, pero no puede deducir las excepciones que pudiera hacer valer contra el emisor y los endosantes que le preceden a dicho endosatario.

Efectos jurídicos peculiares produce la transferencia o cesión de las letras de cambio, pagarés y cheques, mediante el endoso.

La transferencia del título conlleva la de la obligación, en el endoso. Por ello el endoso tiene analogía con la cesión. Difiere en cuanto el endoso de la letra, hace nacer lo que los comercialistas llaman una "promesa cambiaria".

En la cesión, el cesionario adquiere derecho frente a los ter-

---

(1 octovicies) En "A. J.", 1940, p. 138.

ceros después de que se ha efectuado la notificación al deudor cedido de la cesión realizada. Por el contrario, el endoso (cesión) se perfecciona por la transferencia del título por el endosante al endosatario, sin necesidad de avisar a nadie. En la cesión el acreedor cedente sólo responde de la existencia del crédito al tiempo de la cesión y, en ciertos casos anormales, de la solvencia del deudor. Con el endoso, el endosante responde solidariamente del pago de la obligación cambiaria, no sólo de la solvencia. Asimismo, el deudor puede deducir contra el acreedor cesionario todas las excepciones que podía deducir contra el acreedor cedente. En cambio, con el endoso, el obligado principal no puede deducir contra el endosatario sino las excepciones personales contra éste, y no las que pudiera tener contra otros de los coobligados. Sin embargo, puede también oponer las excepciones relativas a la forma del título y a la falta de condiciones necesarias para el ejercicio de la acción; éstas son oponibles a cualquiera acreedor cambiario.

No se admiten contra el poseedor de la letra de cambio, v.g., las excepciones que el deudor tuviera contra los endosantes que le preceden.

Si lo que es materia de transferencia son títulos al portador tampoco hay necesidad de notificar al emitente. Basta la entrega de dichos títulos al portador. Es en éstos en que se advierte su carácter de cosas muebles, porque en ellos el crédito se incorpora al título. Por lo mismo, la transferencia de la propiedad se hace por medio de la tradición, como si fueran bienes muebles corporales.

Pero también existen otros títulos de crédito mercantiles. Son los títulos nominativos. Así, las acciones nominativas y las obligaciones o bonos nominativos. La enajenación de estos títulos nominativos se hace extendiendo la transferencia en el registro correspondiente. El acta que se extiende es suscrita por el propietario del título nominativo y por su adquiriente. Se admite, sin embargo, que las acciones o bonos nominativos puedan transferirse por endoso, pero para el emisor la transferencia sólo produce efectos en cuanto ha sido registrada.

Sobre transferencia de títulos de acciones, se ha dictado el fallo de 2 de diciembre de 1908 (1 novemvicies). Con el objeto de garantizar una obligación mercantil, se habían dado en pren-

(1 novemvicies) En "A. J.", 1908, p. 587.



da, por el marido, varias acciones nominativas de propiedad de su mujer. Habiendo sido incumplida la obligación, se ordenó la subasta de la garantía, promoviendo la mujer tercería excluyente de dominio. El Supremo Tribunal desestimó la tercería, entre otras razones, porque las acciones habían sido endosadas en blanco por su propietaria, considerándose que dicho endoso en blanco importaba transferencia de los títulos al acreedor. También se tuvo en cuenta la circunstancia de que conforme a lo estatuido en el art. 319 del cód. de com., la venta de la prenda ajena no franquea la reivindicación de ésta por el propietario, quien sólo tiene derecho a la indemnización de los daños y perjuicios que la venta indebida le hubiese ocasionado.

También conviene detener el examen en el supuesto de que el deudor sea un menor u otro incapaz. Cabría preguntar ¿puede el tutor o el curador ser notificado judicialmente o aceptar la cesión de créditos contra el menor o contra el sujeto a interdicción? Por extensión, parece que funcionaría el inc. 5º del art. 522 del cód. civ., que reclama autorización judicial para pagar deudas del menor, a menos que sean de pequeña cuantía.

Corresponde ahora tratar de la garantía legal o de derecho que debe el cedente al cesionario por virtud de la ley. El cedente debe asegurar al cesionario la existencia y legitimidad del crédito que le cede, o sea el "*nomen verum*". Le garantiza que el crédito existe y subsiste, así como el vendedor le garantiza al comprador la propiedad de la cosa que le vende.

V.g., debe el cedente esa garantía legal si el crédito transmitido no le pertenece. La sent. del 12 de junio de 1925 (1 tricies) declara que el acreedor cesionario carece de derecho de ejecutar al deudor cedido, si no se ha acreditado el derecho con el cual el acreedor cedente procedió a la cesión.

También debe el cedente la garantía si al tiempo de la cesión el crédito no existe; o si el título es nulo o anulable. No sólo debe existir el crédito, sino sus accesorios y garantías. No se responde de la evicción del crédito por una causa posterior a la cesión. Por tanto, si las garantías desaparecen después de la cesión, nada se debe.

Si el crédito fué cedido como dudoso o litigioso no hay prestación de garantía, porque la cesión ha sido aleatoria.

Si la cesión de crédito tiene por causa un contrato de com-

(1 tricies) En "El D. J.", de 24 de junio de 1925.

pra-venta, siendo éste un contrato a título oneroso, el enajenante o vendedor del crédito se encuentra sujeto a la evicción y saneamiento (art. 1370 cód. civ.) si el adquirente pierde el crédito por pertenecer a otro distinto del cedente, o porque dicho crédito no existe. El enajenante debe asegurar la existencia del crédito al tiempo de la enajenación.

Es interesante revisar la sent. de 30 de noviembre de 1921 (1 tricies - a), en la que se establece que no obstante haberse cedido el crédito por su valor nominal, no deberá declararse la rescisión del contrato de cesión de crédito si los bienes afectados en garantía del crédito cedido son de menor valor que el importe del mismo. Agrega que tampoco es causal de rescisión que no hubiere intervenido el deudor; y que el acreedor cedente no responde de la solvencia del deudor, sino de la existencia del crédito, o sea del "*nomen veritas*".

El acreedor cedente no tiene la obligación de responder de la solvencia del deudor; le basta responder de que el deudor le debe. Es lícito y está permitido el pacto por el cual el acreedor cedente se obliga a responder de la solvencia del deudor, pero no habrá de garantizar su solvencia en todo tiempo, sino que asegurará que es solvente al tiempo en que el crédito es cedido, o al tiempo en que se cumple la condición o el plazo si dicho crédito es condicional o a plazo. Asimismo, el acreedor que vende el crédito sólo tiene una responsabilidad limitada, o sea que garantizará la solvencia del deudor hasta el límite de la suma que recibió como precio de la cesión (arts. 1459 y 1460 cód. civ.). Puede pactarse, empero, que el acreedor que cede el crédito garantice la solvencia por todo el tiempo y por el importe total de dicho crédito. En este caso, garantizaría el "*nomen bonum*".

En la hipótesis de inexistencia del crédito el acreedor cesionario tiene contra el acreedor cedente una acción para el pago del precio y de los daños y perjuicios, que se regula con los dispositivos establecidos para la compra-venta. Se garantiza no sólo la existencia del crédito sino que el crédito le pertenece al acreedor cedente.

Puede también darse el caso de que el acreedor cedente declare que transmite el crédito sin ninguna garantía. En ese caso no será responsable ni siquiera de la existencia del crédito. Sin embargo, será siempre responsable si el crédito desapare-

(1 tricies - a) "A. J.", 1921, p. 140.

ciera por un hecho personal suyo, conforme a la doctrina del art. 1372 del cód. civ., por ejemplo, si el cedente hizo remisión del crédito antes de cederlo. La garantía puede ser restringida o ampliada.

El cedente responde al cesionario de su calidad de acreedor y nada más. Habrá evicción si posteriormente resulta que el cedente no era tal acreedor.

Conforme al principio de la libertad que opera en la contratación, se puede pactar que el cedente no sólo responda de la solvencia del deudor al tiempo de la cesión, sino de la solvencia futura del deudor.

Además, la responsabilidad del cedente se limita al importe de lo que el cesionario le dio por el crédito; pero también puede convenirse en que responda por una suma mayor.

Si la cesión de crédito se opera a virtud de una donación, no existe en el cedente obligación de garantía por la evicción; no responderá éste ni siquiera de la existencia del crédito, porque no se puede exigir responsabilidad a quien cede graciosamente sin obtener contra-prestación alguna. "*Donatur de evictione non tenetur*". Quien cede, nada recibe en cambio. Puede pactarse que sí deberá garantía.

Por el contrario, si la cesión es onerosa, el cedente no sólo responderá de la existencia del crédito, sino también de los accesorios, garantías y privilegios de éste. Por ejemplo, se puede exigir su responsabilidad si los privilegios y garantías resultaran ineficaces en virtud de determinadas excepciones. Y lo que le deberá el cedente al cesionario por tal concepto, no sólo es el precio de la cesión, sino los daños y perjuicios, los que son fácilmente determinables al comparar el precio de la cesión y el monto real del crédito.

La garantía por la evicción no la tiene el acreedor cedente no obstante tratarse de cesión onerosa, si no es voluntaria. Así lo prevé el art. 1464 del cód. civ., en los siguientes términos: "Cuando la cesión de crédito se opere por ministerio de la ley, el acreedor originario no responde ni de su realidad, ni de la solvencia del deudor".

Con referencia a este precepto, la exposición de motivos (1 unumtricies) informa:

---

(1 unumtricies) En APARICIO y G. S., Cód. Civ., concord., III, p. 434.

“El art. 1464 resuelve que cuando la cesión de crédito se opera *ex lege*, el acreedor originario no responde ni de su realidad, ni de la solvencia del deudor. La razón del dispositivo es que la cesión no depende en esta hipótesis de la voluntad del deudor”.

La ley es la que determina la cesión. Por ello no es posible exigir del cedente que responda por un efecto legal si el acto no se realizó con su consentimiento, sino aún contra su consentimiento. Trátase de un traspaso legal. Existen varios casos en que la cesión se opera por disposición de la ley: así, cuando los herederos reciben por derecho de sucesión el crédito, en aplicación del art. 657 del cód. civ.; cuando se opera la subrogación legal por el deudor, conforme al art. 1270 inc. 2º del cód. civ.; cuando se produce un pago por subrogación a favor de un co-deudor solidario o por el fiador a favor de un extraño que pague en ciertos supuestos una deuda ajena (arts. 1269, 1272 y 1789 del cód. civ.); la cesión de los créditos de los cónyuges al patrimonio común y su conversión en bienes comunes (art. 184 incs. 1º, 2º, 3º, 7º cód. civ.).

No habrá cesión por sentencia judicial si controvirtiéndose quién es el acreedor, el fallo decide que lo es uno de los litigantes, porque no modifica la situación jurídica; pero si existirá cesión judicial si la sentencia obliga al vencido a ceder un crédito (1 duotricies).

Produce también los efectos de una cesión judicial, aunque no por sentencia, la subasta de un crédito embargado, lo que importa un acto de disposición por acto de la autoridad judicial. Este es un caso raro, ya que el embargo de crédito entre nosotros se realiza en forma de retención intimada al deudor en aplicación del art. 1242 del cód. civ. y de los arts. 622, 623 y 624 del cód. de proc. civ.

En ciertos casos, puede designarse depositario del título de crédito embargado, el cual estará sujeto a las obligaciones que le señala el art. 628 del cód. de proc. civ.

En las transferencias de crédito es conveniente estipular que el cesionario no necesita hacer excusión de bienes contra el deudor cedido, para poder dirigir su acción contra el cedente. Hay, asimismo, que tener en cuenta que la prórroga del plazo que concede el acreedor cesionario al deudor, importará que el

(1 duotricies) Von TUHR, Trat. de las obligaciones, II, No 2, p. 323.

acreedor cedente quede libre, porque el cedente es un fiador y funciona el art. 1796 del cód. civ. El cesionario carece de derecho para hacer más dura la condición del acreedor cedente.

Si son varios los acreedores cedentes, debe cuidarse que garanticen el pago en forma solidaria e indivisible, porque de no ser así responderían en proporción a su cuota.

Las contraestipulaciones hechas en documento privado que enerven o disminuyan un derecho de crédito que ha sido cedido onerosamente, no pueden surtir efecto más que entre las partes contratantes y sus sucesores a título universal, pero no son oponibles con éxito al acreedor cesionario. En el mismo sentido y en forma general, el art. 411 del cód. de proc. civ. dispone: "Los contra-documentos privados que destruyan o enerven el valor de una escritura pública, no producen efecto contra los sucesores de los otorgantes a título particular". Sin embargo, un sucesor a título particular es un donatario, o sea un adquirente a título gratuito.

↳ Corresponde ahora ocuparnos de la intransmisibilidad de ciertos créditos.

Es útil conocer que las pensiones de montepío son inembargables, lo mismo que las de jubilación, indefinida y cesantía o retiro. Sin embargo, por deudas alimenticias pueden ser embargadas las de montepío hasta la cuarta parte; y las de jubilación, indefinida y cesantía o retiro hasta la tercera parte, conforme al art. 1º de la ley N° 2760, de 26 de junio de 1918.

Con anterioridad, sólo la pensión de montepío resultaba inembargable, salvo por deuda alimentaria y sólo hasta su tercera parte, conforme al inc. 14 del art. 617 del cód. de proc. civ., que rige desde el 28 de julio de 1912, conforme al art. 3º de la ley N° 1510, de 15 de diciembre de 1911.

Bastaría la inembargabilidad para determinar que no pueden cederse, pero el art. 5º de la ley 2760 prohíbe que sean apoderados para el cobro de pensiones los acreedores o sus empleados, dependientes o parientes de éstos, razón por la que la cesión de pensiones a título oneroso no puede llevarse a cabo.

Asimismo, las cesiones de sueldos no devengados de empleados públicos civiles o militares la prohíbe el art. 2º de la mencionada ley; y aún la cesión de los sueldos ya devengados si el cesionario pagó por la transferencia del crédito una suma menor de las cuatro quintas partes de su importe. Además, el contrato de cesión, conforme a ese precepto, deberá hacerse por escrito

con firma legalizada por notario, siendo nulo si faltara el requisito de la legalización.

Los pagadores de la administración pública ignoran actualmente estas disposiciones y proceden a pagar a los prestamistas.

No existe disposición legal que prohíba la cesión de créditos representativos de sueldos o salarios de empleados y obreros particulares.

Conforme al art. 2º de la ley N° 8683, de 23 de junio de 1938, las indemnizaciones que por efecto de la legislación social corresponden a los empleados y obreros, no pueden ser objeto de cesión, ya que se declara que el abono no tiene carácter cancelatorio si se efectúa a un mandatario y no directa o personalmente a los beneficiarios. Sin embargo, el abono es válido si se hace a los padres, al cónyuge, a los hijos o a los hermanos. Complementariamente, el art. 1º de la precitada ley prohíbe los pactos de cuota-litis.

Tampoco pueden ser objeto de cesión los créditos representativos de indemnizaciones provenientes de la legislación de accidentes del trabajo. El art. 35 de la ley N° 1378, de 20 de enero de 1911, declara:

“Las indemnizaciones no pueden ser materia de cesión. Tampoco pueden ser embargadas sino hasta la tercera parte, por obligaciones alimenticias”.

El art. 7º de la ley N° 13906, de 24 de enero de 1962, permite que por deudas alimentarias pueda embargarse hasta el 50 por ciento de “los emolumentos, salarios, sueldos, pensiones y rentas de los funcionarios y empleados de toda clase”. Por tanto, las pensiones de jubilación, cesantía y montepío están comprendidas dentro de esta elevación del *quantum* susceptible de embargo, pero no las indemnizaciones que reciben empleados y obreros por aplicación de la legislación social.

En cuanto al derecho de pedir alimentos, éste es incedible, conforme al art. 454 del cód. civ. No se establece que sea incedible la pensión de alimentos misma. Además, la obligación de prestar alimentos se extingue por la muerte del deudor o del alimentista (art. 453 cód. civ.). Sin embargo, la muerte del deudor de los alimentos no impide que el acreedor alimentista pueda dirigirse contra el obligado que le sigue. Véase arts. 446, 447 y 448 cód. civ.

El derecho a la pensión alimentaria es incedible, pero no el importe de las pensiones ya causadas.

El cód. de proc. civ. admite indirectamente la posibilidad de que los sueldos o rentas sean susceptibles de cesión, ya que dispone que producida la cesión de los mismos, los acreedores alimentistas pueden ejecutar, en manos del cesionario, hasta la tercera parte de su importe. Es cuestionable si procedería la ejecución hasta por el 50 por ciento, ya que la norma excepcional contenida en el art. 619 de la ley procesal, no puede ser extendida, indirectamente, por virtud de lo dispuesto en la ley especial N° 13906.

La sent. de 11 de diciembre de 1933 (1 tretricies), declaró la rescisión de una cesión de crédito fundada en el error experimentado por el acreedor cedente. El proceso versó sobre la transferencia de una libreta de ahorros "Depósitos especiales", que se había cedido por una suma menor a la mitad del valor que representaba. La rescisión se declaró por el error que había sufrido el cedente sobre la verdadera condición del crédito, o sea sobre una circunstancia que podía considerarse como la causa principal de la cesión; y que este error invalidaba el consentimiento prestado por el transferente, conforme a los arts. 1236 y 1237 del cód. civ. derogado. La cesión se había perfeccionado en escritura pública, sin que el notario hubiere dado fe de la entrega del precio de ésta; el instrumento expresaba tan sólo que la cesión se había efectuado por un precio convenido, que se había recibido a la entera y completa satisfacción del cedente. Por tanto, debía subsistir la afirmación del cedente de que había recibido un precio irrisorio, ya que el cesionario no había probado que había entregado otras sumas, como afirmaba.

Lo importante es que los jueces aceptaron que las libretas de ahorros pueden transferirse a tercero, no obstante el carácter inembargable de las sumas empozadas.

En las ventas de inmuebles a pagarse el precio no al contado, sino en uno o en varios plazos, o parte al contado, y parte a plazos, el contrato puede ser transferido a tercero, quien resulta pagando el saldo de precio y, por tanto, tiene derecho a reclamar que se le otorgue, por el vendedor, la escritura pública de cancelación de pago de precio. Si la venta fué extendida en instrumento privado; el tercero al que le ha sido transferido el contrato, tiene el derecho de exigir del vendedor no sólo la

---

(1 tretricies) "R. de los T.", 1933, p. 440.

escritura pública de cancelación de pago del precio, sino que en dicho instrumento conste que la venta se ha entendido directamente con dicho tercero y que, por tanto, le corresponde el derecho de propiedad. Por lo demás, el dominio lo tiene desde el momento en que el primer comprador le transfirió el contrato, por instrumento privado. Puede ocurrir, asimismo, que la venta a crédito se hubiere perfeccionado por escritura pública a favor del primer comprador y que la transferencia de dominio se hubiera inscrito, constituyéndose a favor del vendedor originario una hipoteca legal en garantía del pago del saldo de precio. En este caso, no se trataría de una cesión del contrato de venta, sino de un auténtico contrato de venta del primer comprador al subadquiriente, con la obligación de éste último de pagar el saldo de precio y pedir la cancelación de la hipoteca legal.

Es indiscutible el derecho de un comprador por instrumento privado, con precio aplazado, de ceder el contrato a un tercero, con la obligación de éste de pagar el saldo de precio adeudado y reintegrarle al cedente la parte de precio que hubiere desembolsado, más una cantidad que deberá pagarle como ganancia. Empero, esto no puede hacerse en la venta de lotes de urbanización, por impedirlo la ley de 14 de noviembre de 1900, cuyo art. 5º dispone que "el contrato es por su naturaleza transferible; pero con el consentimiento de la sociedad vendedora". La sent. de 18 de agosto de 1953 (2) declaró la rescisión de un contrato de venta por mensualidades de lote de urbanización, que había sido transferido a tercero, quien había pagado todo el precio debido, pero sin contar con el consentimiento de la compañía enajenante. Dicho fallo aplicó el art. 1834 del cód. civ., que dispone que en estos contratos se aplicarán las leyes especiales y, específicamente, la ley de 14 de noviembre de 1900. En realidad, en esta operación de cesión de contrato de compra-venta, no sólo se cede el derecho de propiedad por el primer comprador, que ya lo tiene por efecto del mismo contrato, sino que existe una cesión de deuda, que es la deuda de precio.

No es transmisible, asimismo, el crédito que podía representar una reparación civil, sino después de haber sido determinado por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, conforme al art. 75 del cód. penal.

Es imposible hacer una relación completa de las obligacio-

(2) En "R. de J. P.", 1954, p. 485 y ss.



nes no cedibles. *Ad exemplum*, enumeraremos los siguientes: el derecho de retraer no puede cederse, ni pasa a los herederos (art. 1448 cód. civ.). En este orden de ideas, la muerte de quien promovió el retracto importa el acabamiento del juicio. Empero, si uno de los condóminos fallece dejando herederos, éstos tienen derecho de retraer caso de que alguno de los otros condóminos venda su cuota o acciones y derechos en la proindivisión, ya que son condóminos y actuarían por derecho propio.

Tampoco puede ser objeto de cesión el derecho que un socio tiene en la sociedad colectiva, conforme al art. 1708 del cód. civ. y al art. 151 del cód. de com.

Existen otros derechos que no pueden cederse separados del principal, o sea aisladamente, tales como la fianza, la hipoteca, la prenda, la facultad de tomar medidas conservatorias, la de disolver un contrato bilateral por incumplimiento. Pero la cesión del derecho principal incluye la del derecho accesorio, aún cuando nada se conviniere al respecto.

La renta vitalicia si se constituyó a título gratuito, no es cedible, porque tiene el carácter de una prestación alimentaria (art. 1755 del cód. civ.).

Ya hemos visto que el derecho a alimentos que aún no se han causado no es cedible (2 bis).

No existe ninguna dificultad para que el acreedor ceda el crédito que tiene y que deriva de un contrato bilateral. Por ejemplo, el vendedor puede transferir a un tercero el crédito que por concepto de precio tiene contra el comprador. Este, sin embargo, puede tener contra el vendedor la facultad de deducir la *exceptio non adimpleti contractus*, porque la cosa no le ha sido entregada. Dicha excepción es ciertamente oponible también contra el acreedor cesionario, en los mismos términos que podía serle opuesta al acreedor cedente, en este caso, el vendedor. De otro lado, el deudor cedido si bien puede deducir la excepción mencionada, no podrá exigirle al nuevo acreedor la contraprestación que se ha omitido, o sea la entrega de la cosa. En gene-

---

(2 bis) La intransmisibilidad del crédito alimenticio se sostiene en la doctrina extranjera. Así, PLANIOL-RIPERT y Rouast, II, N<sup>o</sup> 61, p. 49 s., que expresan que la obligación alimentaria es inembargable, lo cual necesariamente importa su inalienabilidad. Añotan que la no alienabilidad podría ser burlada si se permitiera la transmisibilidad, ya que el alimentista carente de crédito podría ceder por anticipado el derecho a la pensión de que goza, con el objeto de garantizar su obligación. Consúltese también BAUDRY-LACANTINERIE et Houques Fourcade, 3, N<sup>o</sup> 2110, p. 661 s.

ral, el deudor puede oponer al cesionario las excepciones que podía oponer al cedente.

Se considera que un crédito es intransmisible por cesión si se constituyó sólo en provecho exclusivo de su titular, teniendo por fin la satisfacción de sus necesidades personales. Por eso es que no se pueden ceder los derechos de uso y de habitación. Por lo demás, la prohibición se encuentra contenida en el art 954.

El art. 1260 del cód. de Italia no permite la cesión de créditos que tengan un carácter estrictamente personal. Y el art. 399 del cód. alemán previene que un crédito no puede ser cedido cuando la prestación no puede ser hecha a persona diferente del acreedor primitivo, sin alterar su contenido. Por su parte, el art. 164 del cód. suizo expresa que la cesión no es posible cuando contraría la naturaleza de la relación (*affaire*). Para el art. 1065 del cód. del Brasil la cesión es imposible cuando a ella se opone la naturaleza de la obligación; y esta declaración ha sido mantenida por el art. 235 del Anteproyecto del cód. de las obligaciones de 1941. Para el art. 1465 del cód. griego, en fin, la cesión no está permitida cuando el derecho, en virtud de la naturaleza de la prestación, está íntimamente ligado a la persona del acreedor.

En general, la cesión no es posible hacerla a persona diferente del acreedor primitivo si con ella se altera su contenido, o se pone en peligro la finalidad del crédito.

También el crédito no será susceptible de cesión cuando media una convención de las partes. El cód. alemán permite dicho pacto en su art. 399; y ese pacto puede ser contemporáneo o posterior al crédito.

Los créditos que se refieren a intereses o a la aplicación de cláusulas penales pueden ser cedidos, sin necesidad de cederse el crédito del cual derivan, por tener un valor autónomo. Así lo hace notar ENNECCERUS y Lehmann (2 ter).

También permiten la convención para la incedibilidad del crédito el cód. del Brasil en su art. 1065 y el cód. de Italia en su art. 1260, pero trata este último de defender los intereses del cesionario al prevenir que "el pacto no es oponible al cesionario, si no se prueba que él lo conocía al tiempo de la cesión" (art. 1260, 2).

Para el art. 466 del cód. de Grecia "el deudor no puede in-

(2 ter) II 1, § 79), III, 3, p. 381 s.

vocar contra el cesionario una convención de esta naturaleza, si este último ha adquirido el crédito basándose en un documento que no contenía la cláusula de inalienabilidad". Y en este mismo sentido, el art. 235 del Anteproyecto de cód. de las obligaciones brasileiro preceptúa: "La incedibilidad convencional del crédito no puede ser opuesta a tercero de buena fe, si no consta del instrumento en que fué estipulada".

Todo pacto de no cesión supone una limitación a la comerciabilidad de los bienes y a la libertad de comercio. Es de interés público el no permitir que las cosas comerciables se sustraigan a su destino, elemento principal de la prosperidad nacional (art. 852, frase final, cód. civ.). Sin embargo, el art. 1456 del cód. civ. establece que el crédito puede cederlo el acreedor, salvo convención en contrario con el deudor. Esta convención que prohíbe la negociabilidad del crédito es una excepción válida a la regla del art. 852, que no permite pactar la prohibición de no enajenar los bienes y los créditos son bienes muebles (art. 819, inc. 6º cód. civ.). #

Practicada la cesión, es importante que el cedente entregue al cesionario los documentos en que consta el crédito cedido, más los medios probatorios que posea.

Con respecto a este asunto, veamos la legislación extranjera:

El cód. de Italia en su art. 1262 se refiere a la obligación del cedente de entregar al cesionario los documentos probatorios del crédito que estuvieren en su posesión.

El art. 170 del cód. de Suiza previene que el cedente está obligado a entregar al cesionario el título de crédito y a proporcionarle los medios de prueba existentes, así como las indicaciones necesarias para hacer valer sus derechos.

Para el art. 1689 del cód. de Napoleón brevemente se dice que el título deberá ser entregado.

Y el art. 402 del cód. de Alemania preceptúa que el cedente deberá proporcionar las indicaciones necesarias para el ejercicio del crédito y entregar los documentos que sirven para la prueba de él, si estuvieren en su posesión.

Si la cesión es parcial, el cedente deberá entregar una copia en forma auténtica del título (art. 261 del Proyecto franco-italiano). En el derecho suizo se dispone que el cesionario parcial

tiene que conformarse con una copia autorizada o con que se le faculte el uso temporal de los documentos (2 quater).

Acerca de las excepciones deducibles por el deudor cedido, los arts. 240 y 1072 del cód. y Anteproyecto del Brasil disponen que el deudor puede oponer, tanto al cesionario como al cedente, las excepciones que le compitieren en el momento en que tuvo conocimiento de la cesión.

Para nosotros, son oponibles al acreedor cesionario los medios de defensa que el deudor podía oponer al cedente. Así, todo hecho del que resulte la nulidad del crédito o su extinción y que sea anterior a la cesión, puede ser invocado contra el cesionario.

Sin embargo, si el deudor se encuentra obligado a pagar en el domicilio del cedente, no estará obligado a pagar en el domicilio del cesionario, si con eso agrava su situación.

Tampoco podrá el deudor aprovecharse de hechos accidentales que se darían en la persona del cedente y que no se dan en la persona del cesionario, por lo que no le serían oponibles a éste. Por ejemplo, si la prescripción se hubiera suspendido con respecto al cesionario, por ser éste menor de edad sin representación legal, podría admitirse que correría para el acreedor cedente, que es plenamente capaz, pero el deudor no puede oponer la prescripción al cesionario considerando que la deuda ha quedado extinguida por ese hecho. Se entiende que, en este caso, el deudor ha sido judicialmente notificado.

Antes de la notificación de la cesión, le son oponibles al cesionario todas las excepciones que el deudor podía oponer al cedente. Ello se debe a que en nuestro derecho se requiere para la eficacia de la cesión la notificación de ésta o la aceptación por el deudor. Por lo mismo, si las excepciones del deudor nacen después de haberse operado la cesión pero antes de la notificación de ésta, el deudor puede legalmente deducirlas contra el acreedor cesionario.

Como el nuevo acreedor o acreedor cesionario sólo adquiere un crédito a título derivativo, hace valer el crédito no en nombre propio, sino que ejercita el derecho mismo del acreedor cedente. Es por ello que el deudor cedido puede oponer al nuevo acreedor las mismas excepciones que podía oponer al acreedor originario o cedente. Es claro que si el deudor acepta la cesión

(quater) Véase Von TUHR. *Trat. de las Ob.* II, § 92, II p. 289.

Compárese la doctrina de los arts. 456 del cód. griego y 1262 del cód. italiano.

ello importa renuncia a deducir excepciones y su adhesión a la transferencia de crédito. Se trata de que el nuevo titular del crédito es un causahabiente del titular originario o causante. Es por esto que el cesionario ejercita el crédito *non iure proprio*, sino *iure cesso*; es decir, ejercita el derecho mismo del cedente.

La inoponibilidad de las excepciones que el deudor tenga contra el cedente puede resultar del hecho del deudor, ya que al aceptar la cesión ha manifestado su voluntad de contraer una nueva obligación para con el acreedor cesionario.

Parece entonces que este error de legislación debe ser corregido, admitiéndose que el deudor pueda deducir contra el cesionario cualquiera excepción, inclusive la de compensación, porque el deudor no debe ser perjudicado con la cesión. Esta solución debe ser admitida pese a que en nuestro derecho la compensación no opera *ipso iure* sino desde que es opuesta.

Puede acontecer que al tiempo de la cesión el crédito del deudor contra el acreedor cedente no fuera exigible por no haber todavía vencido, pero sí lo está cuando el cesionario le exige el pago. Es posible que el deudor se obligó para con el cedente en la seguridad de que, a su vez, le iba a resultar su deudor.

Es incuestionable que la compensación procede siempre que el crédito del deudor exista al momento de la cesión, no obstante que dependa de una condición o de un término. Así lo determina el art. 406 del cód. civ. alemán y el art. 169 del cód. suizo.

Sin embargo, en dichas legislaciones la compensación sólo procede si el crédito del deudor no vence después del crédito cedido. Y ello obedece a que es en este caso en que el deudor puede suponerse que ha contado con la seguridad de extinguir su deuda con la compensación del crédito activo de que es titular. Empero, si el crédito vencía después de que era exigible el crédito cedido resulta evidente que el deudor no pudo contar con oponer al cedente un crédito que vencía sólo posteriormente.

Respecto a la excepción de compensación debemos exponer la dirección teórica que siguen varias legislaciones:

El art. 1295 del cód. de Napoleón previene que "el deudor que aceptó pura y simplemente la cesión que un acreedor hace de sus derechos a un tercero, no podrá después oponer al cesionario la compensación que habría podido, antes de la aceptación, oponer al cedente". Agrega que "respecto de la cesión que no fué aceptada por el deudor, pero que le fué notificada, ella no impi-

de sino la compensación con los créditos posteriores a esta notificación”.

La aceptación de la cesión importa la afirmación del deudor de que la compensación no existía, o que renunció a ella. Es, como dicen PLANIOL - RIPERT y Esmein (2 quinquies), una interpretación de la voluntad que la ley impone, sin posibilidad de prueba en contrario.

Los mismos PLANIOL-RIPERT y Esmein (2 sexes) combaten esta solución del código francés.

La misma doctrina contienen el art. 1248 del cód. de Italia, el art. 220 del Proyecto franco-italiano y los arts. 773 y 774 del cód. de Portugal.

El art. 1021 del cód. del Brasil va aún más lejos porque impone al deudor la obligación de oponer, en el momento en que es notificado, la compensación que tenía contra el cedente.

En el Anteproyecto de cód. de las obligaciones del Brasil su art. 241 expresa que “el deudor puede oponer al cesionario el crédito que tenía contra el cedente, salvo si consintió en la cesión, o dejó de ser notificado”.

Nos parece que la aceptación de la cesión por el deudor, sin reservas, puede importar o no una renuncia a la compensación. Este es un problema referido a la interpretación de la voluntad, que puede ser atribuido a la compensación como a cualquier otra excepción.

Si la aceptación sin reserva de la cesión impide al deudor oponer en su día la compensación, debería también impedirle alegar que ya pagó el crédito.

Es evidente que si el deudor cedido compensa con el acreedor cesionario el crédito que tenía contra el acreedor cedente, este último le responderá al cesionario por los vicios de derecho, sustancialmente, por la existencia jurídica del crédito, ya que el cesionario ha experimentado un perjuicio.

Se concibe con facilidad que el deudor pueda oponer al cesionario todas las excepciones que podía deducir contra el acreedor cedente. Ninguna dificultad hay para admitir esto. En cambio, el deudor delegado no puede oponer al acreedor delegatario las excepciones que pudiera tener contra el acreedor delegante.

La razón está en que se trata en el caso de cesión de la mis-

---

(2 quinquies) VII, No 1126, p. 453.

(2 sexes) Loc. cit. Véase nota (1) de la p. 453.

ma obligación y en el supuesto de delegación pura o novativa, de una nueva obligación.

Además, para esta materia de las excepciones hay que tener en cuenta el papel que desempeña el deudor en ambas figuras jurídicas: cesión y delegación. En la cesión el deudor cedido tiene un papel enteramente pasivo: la cesión le es impuesta. En la delegación el deudor delegado interviene activamente, aceptando la delegación y obligándose para con el acreedor delegatario.

Si en la cesión de créditos intervino el deudor aceptando ésta en términos tales que el acreedor cesionario puede creer que se trata de un reconocimiento de deuda, no podrá dicho deudor deducir la nulidad de la obligación cuando ésta le sea reclamada, con mayor razón si fué cómplice de un fraude del cedente (2 septies).

Puede, además, el deudor cedido utilizar los medios de defensa (excepciones) que tuviera personalmente con el acreedor cesionario. V.g., si éste, a su vez, le fuera su deudor.

En principio, debe ser permitida la cesión de créditos litigiosos.

Si la cesión de un crédito litigioso se verifica a título oneroso el deudor puede librarse satisfaciendo al cesionario el valor que éste hubiere dado por la deuda, con más sus intereses y gastos hechos en la adquisición.

Se exceptúa el caso en que la cesión se hubiere operado a favor del poseedor del inmueble que fué objeto de dicho derecho: así, si la cesión se hizo al poseedor del inmueble hipotecado para seguridad del crédito litigioso.

En el derecho portugués se exceptúa también la hipótesis de que la cesión se hizo a favor del coheredero o copropietario del derecho cedido, o a un acreedor en pago de lo que le es debido (art. 786 combinado con el art. 1563 del cód. civ. de Portugal).

Conforme al art. 1450 inc. 6º de nuestro cód. civ., tiene derecho de retracto "el demandado, en caso de cesión por el demandante, de la cosa o derecho que se está discutiendo judicialmente".

---

(2 septies) Véase PLANIOL-RIPERT y Esmein, VI, Nº 271, p. 378: Existe opinión contraria que considera que la aceptación del deudor sólo significa que toma conocimiento de la cesión y que con ella se conforma y no que pretenda asumir, para con el cesionario, una obligación exenta de vicios, es decir, una obligación nueva.

Admitido el retracto de derechos litigiosos, se establecen por las legislaciones que lo aceptan algunas excepciones. Así, no cabrá esta forma de retracto cuando la cesión se ha hecho en favor de un coheredero o un copropietario del derecho cedido (arts. 1701, 1º del cód. de Napoleón; 786 y 1563 del cód. de Portugal; 409, 2º del Proyecto franco-italiano). Aquí se presume que la cesión se utiliza, en ciertos supuestos, para facilitar la partición, estando eliminada toda idea de especulación.

Tampoco se admite este retracto si la cesión se hizo al poseedor de buena fe que ha garantizado el derecho litigioso. Así, el art. 786, 2º del cód. portugués declara que no funciona el retracto cuando la cesión hubiere sido hecha en favor de un poseedor de inmueble, que es objeto del derecho cedido, "esto es, de quien tenga hipotecado bienes para garantía del crédito litigioso" (véase también art. 1563 del cód. portugués).

Más general es el cód. francés, cuyo art. 1701, 3º, previene que el retracto no opera cuando la cesión se hizo al poseedor de *héritage* sujeto al derecho litigioso. Y el art. 409, 4º, del proyecto franco-italiano contiene la misma doctrina, al expresar que no procede este retracto si la cesión ha sido hecha "al poseedor del inmueble sujeto al derecho litigioso".

El fundamento de esta excepción reside en la presunción de que el cesionario tiene la intención de libertar el predio; pero debería comprender a todos los poseedores de bienes que garantizan el derecho litigioso cedido; así, a los poseedores de bienes muebles que los dan en prenda del derecho litigioso.

Otra excepción al retracto litigioso se opera cuando la cesión se hizo al acreedor en pago de lo que le era debido. En tal sentido, los arts. 1701, 2º del cód. de Napoleón; 786, 3º, del cód. portugués; y 409, 3º, del Proyecto franco-italiano.

Se apoya esta excepción en la circunstancia de que aparece claro que el cesionario sólo tuvo en mente pagarse de lo que le debía el cedente.

Una excepción nueva incluye el Proyecto franco-italiano, cuando en su art. 409, 1º, excluye el retracto del derecho litigioso si éste se encuentra comprendido en la cesión de un conjunto de bienes hecha por un precio único. Esta es una solución discutible, por cuanto la venta en conjunto puede hacerse fraudulentamente y con el objeto de impedir el retracto.

Parece que esta forma de retracto debe ser eliminada, porque la transferencia del derecho litigioso puede satisfacer un in-



terés legítimo de las partes. Así, puede acontecer que el acreedor al comprobar que su deudor se niega al pago no quiere correr el riesgo de un juicio más o menos largo y dispendioso. Para este último, ni siquiera cuenta con el dinero suficiente para invertirlo en esta aventura judicial. Es así que dicho acreedor encuentra en la cesión un medio de evitar la discusión judicial y de obtener por su crédito un valor inmediato. Por su parte, el acreedor cesionario, que además del dinero tiene la voluntad necesaria para continuar o promover una controversia es razonable que dé menos por el crédito que le es transferido, ya que con la negativa del deudor es realmente incierto.

El art. 1452 del cód. civ. peruano declara que no tiene derecho a retracto el demandado 1º si se hubiese hecho la cesión a un acreedor en pago de lo que se le debía (adjudicación en pago); y 2º si se hizo al poseedor del predio sujeto al derecho litigioso. Tampoco podría funcionar el retracto si el derecho litigioso ha sido donado.

Este retracto del crédito litigioso llámase también "rescate litigioso" y no es más que el cumplimiento de la "*lex anastasia-na*".

Se ha tenido en cuenta que la adquisición onerosa de derechos litigiosos se presta a lucros excesivos, desde que el cesionario compra los derechos por precios ínfimos y trata después de obtener del deudor el máximo posible. Fué por eso que desde la época romana el emperador Anastasio declaró que el deudor tenía la facultad de liberarse pagando el precio que el cesionario pagó o prometió pagar al cedente. Esta legislación la incorporó Justiniano en el Código, 4, 35, 1. 22 y 23.

Del derecho romano ha pasado a todos los códigos, aún los más modernos, con excepción del nuevo cód. de Italia, que ha suprimido el retracto. Al respecto, RUGGIERO-MAROI (2 octies) escribe que la abolición había sido ya efectuada en el campo de las obligaciones comerciales, por lo que podía extenderse a las obligaciones civiles, desde que el nuevo clima de las relaciones jurídicas ha reducido su aplicación a muy raros casos y que no se justifica que se traten con la ley anastasia-na; agrega que la litigiosidad del crédito cedido da lugar a su incerteza y ésta merece una compensación adecuada que se traduce en la reducción del precio de la cesión.

Tratándose de una obligación solidaria, el retracto puede hacerlo uno de los codeudores, el cual se sustituye al cesionario perdiendo éste su derecho contra los demás codeudores, que en adelante sólo será ejercitado por el codeudor retrayente para exigirles el pago de la deuda, con deducción de su cuota.

Otro problema es el de saber hasta cuándo es posible ejercitar este retracto litigioso.

A este respecto, el art. 787 del cód. portugués preceptúa que el retracto estará permitido hasta que el litigio sea resuelto por sentencia firme y ejecutoriada.

PLANIOL-RIPERT y Hamel (2 nonies) hacen saber que en su derecho el retracto puede ser ejercitado aunque hubiere concluído el proceso, si el cesionario hubiere ocultado la cesión con el objeto de impedir el retracto.

La solución del derecho portugués es justa, porque con la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada el derecho ha dejado de ser litigioso.

En el Perú, el retracto del derecho litigioso dura 30 días, que es el plazo señalado para retraer inmuebles por el art. 1446 cód. civ., porque aún cuando el crédito es bien mueble, ya que por ser derecho referente a dinero es bien mueble por expresa declaración del inc. 6º del art. 819 cód. civ., el retracto por la venta de bienes muebles sólo lo permite la ley a los condóminos (art. 1449 cód. civ.).

Dícese que un derecho es litigioso cuando se le objeta su existencia o su monto (véase art. 1700 del cód. de Napoleón), o cuando se arguye que ha sido pagado. La alegación de la prescripción extintiva constituye también un medio de dar al derecho un carácter litigioso. Empero, el retracto no podrá ser ejercido si el deudor se defiende invocando medios de forma o de competencia.

Hay que diferenciar la cesión *pro soluto* (en cumplimiento) y la cesión *pro solvendo* (en función de cumplimiento). En la primera, queda el cedente de inmediato liberado de su obligación para con el cesionario; es para extinguir la obligación activa que tiene el cesionario que le ceden *in solutum* el crédito y el cedente le responde al cesionario de la existencia del crédito cedido al tiempo de la cesión. Por el contrario, en la cesión *pro solvendo* el cedente no queda inmediatamente liberado y dicha

liberación sólo se verificará en la medida en que el acreedor cesionario obtenga el pago del crédito materia de la cesión.

A estas formas de cesión las llama MESSINEO (2 decies) impropias. Tanto la *pro soluto* como la *pro solvendo* constituyen medios de pago o cumplimiento de una obligación que tiene el acreedor cedente frente al acreedor cesionario. El cedente *A* le debe al cesionario *B* y en lugar de pagarle la prestación debida le da en pago un crédito que *A* tiene contra el deudor cedido *C*. En la cesión *pro soluto* *A* no le responde a *B*, el cesionario, por la eventual insolvencia de *C*, deudor cedido. Sólo está obligado *A*, el acreedor cedente, a garantizar que el crédito existía, o sea la *veritas nominis* o *verum nomen*; y esa existencia sólo al tiempo de la cesión. No existiendo el crédito, el cedente *A* deberá resarcir al cesionario *B* de las consecuencias dañosas para éste. Empero, si el deudor no cumple el cedente no responde; es como si se hubiere novado objetivamente la relación de deuda existente entre cedente y cesionario. En esta cesión *pro soluto* el acreedor cesionario no tiene nada que pretender del acreedor cedente, si el deudor no paga. En realidad, esta forma de cesión es la que nuestro cód. civ. regula.

La cesión *pro solvendo* se configura mediante cláusula expresa, como "salvo buen fin", "salvo ingreso en caja" y otras frases análogas. Aquí la cesión se configura como sometida a la condición resolutoria de la falta de pago. El acreedor cedente responde al acreedor cesionario de la *bonitas nominis*; es decir, si el deudor no paga el cedente está obligado a relevar al cesionario de los efectos dañosos que de ello se derivan. Pero sólo hasta la concurrencia de la suma que haya desembolsado por la transferencia del crédito, con más los intereses y los gastos. Además, el acreedor cesionario no puede dirigirse contra el acreedor cedente sin antes hacer inútilmente excusión del patrimonio del deudor cedido y siempre que no haya actuado con negligencia al iniciar o al proseguir las instancias contra el deudor.

La distinción entre cesión *pro soluto* y cesión *pro solvendo* tiene importancia cuando la cesión de crédito se operó en virtud de una deuda pendiente, o sea de la deuda que le tenía el acreedor cedente al acreedor cesionario. Fué por esta razón que el ce-

---

(2 decies) Manual de Derecho Civil y Comercial, tomo IV, Derecho de las Obligaciones, Parte general. Buenos Aires, ed. 1955 § 110. 4. a) y b), p. 193 s.

dente le transfirió un crédito contra tercero al cesionario. Es evidente que en este caso la cesión fué *pro solvendo*, o sea que el acreedor cedente garantiza la solvencia del deudor cedido, porque de lo contrario quedaría obligado. Es claro que las partes se encuentran en libertad de estipular que la cesión es *pro soluto*, es decir, que el acreedor cedente no garantizaría en este caso la solvencia del deudor. Trataríase de *datio pro soluto* y *datio pro solvendo*.

La transferencia de un crédito asegurado con hipoteca deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble, o sea que dicha transferencia debe reducirse a escritura pública, a fin de que pueda ser inscrita, conforme al art. 1041 del cód. civ. Sin embargo, es válida la transferencia del crédito hipotecario por instrumento privado, ya que éste no es un requisito de forma, que si lo exige la ley para la constitución de la hipoteca (art. 1012 cód. civ).

Puede ocurrir que la transferencia del crédito hipotecario se haga con notificación judicial al deudor, pero omitiendo el registro, por lo que el acreedor cedente u originario puede válidamente transferirlo posteriormente a un tercero y si éste cumple con registrar su adquisición, es obvio que el derecho de este segundo adquirente del crédito garantizado con hipoteca, pero con derecho inscrito, prevalece frente al derecho de primer acreedor cesionario que no cuidó con registrar, por aplicación del art. 1052 del cód. civ.

El Reglamento de la ley de las relaciones de los notarios con el registro, de 30 de setiembre de 1902, dispone, en su art. 17, que "la escritura de cesión de crédito hipotecario expresará: 1º El nombre, apellido, edad, estado y vecindad o domicilio del cedente, cesionario y deudor. 2º La especie y condición del crédito cedido. 3º El importe de la cantidad cedida".

SALVAT (2 undecies) define la cesión de derecho hereditario como "el contrato por el cual una persona transmite a otra la universalidad de los derechos que le corresponden en una sucesión".

Veamos la cesión del derecho sucesorio:

Para PLANIOL-RIPERT y Hamel (2 duodecies), "la venta

(2 undecies) Tratado de Derecho Civil Argentino, V, Fuentes de las obligaciones, tomo I, Contratos, ed. 1946, Nº 713, p. 319.

(2 duodecies) Trat. Práct. de D. Civ. Franc., X, Nº 355, p. 405.

de herencia o cesión de derechos sucesorios es aquella operación por la cual un heredero cede a otro o a un extraño la totalidad de sus derechos en una sucesión determinada”.

La cesión importa la transmisión de una masa de derechos y obligaciones. No es transmisión de bien o bienes determinados, sino de una universalidad jurídica. Lo primero sería una venta, permuta o donación, según los casos, sobre bienes específicamente determinados, o sobre la cuota que al cedente le corresponde en dichos bienes. La cesión de herencia no es una simple cesión de crédito, porque la herencia es un conjunto patrimonial en que existen bienes muebles e inmuebles y no un mero crédito, tan sólo.

La cesión del derecho hereditario sólo puede hacerse una vez producido el fallecimiento del heredado. La propiedad y la posesión de los derechos hereditarios se transmite automáticamente desde la muerte del causante al causa-habiente, conforme al art. 657 cód. civ. Ello obedece a que no es posible contratar sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha fallecido, o cuyo fallecimiento se ignora (art. 1338 cód. civ.).

No constituye cesión de créditos la cesión del derecho hereditario. Sin embargo, en la universalidad cedida pueden comprenderse créditos que pertenecieron al *de cuius*. No hay entonces necesidad de notificar judicialmente al deudor cedido, sino en el caso de que la cesión de herencia incluya créditos.

Conforme al art. 1461 del cód. civ., el cedente sólo está obligado a garantizar su calidad de heredero, se encuentre o no declarado tal. No exige la norma 1461 que sanee su calidad de heredero *al tiempo de la enajenación*, como la requiere cuando se cede un crédito (art. 1458 cód. civ.). Por tanto, la calidad de heredero debe existir en todo tiempo, ya que puede acontecer que posteriormente se declare en el juicio contradictorio del procedimiento no contencioso de declaración de herederos, que no es tal heredero, o se declare la nulidad del testamento que lo instituyó.

La garantía legal que reclama sólo la calidad de heredero, puede ser ampliada o restringida por los contratantes. Se considera que se amplía cuando se relacionan precisamente los bienes que se ceden. Se restringe la garantía cuando el cedente estipula que ni siquiera se obliga a sanear su condición de heredero; y que en la hipótesis de no resultar heredero no estará obligado ni a devolver el precio que hubiera recibido. Advierten PLA-

NIOL-RIPERT y Hamel (2 tredecies), que ni aún en este supuesto extremo, el cedente queda eximido de toda garantía si ha incurrido en dolo; así, cuando sabía antes de la cesión que no tenía derecho hereditario alguno que transmitir.

Previene el art. 1462 cód. civ. que "el cedente de un derecho hereditario que hubiese aprovechado de alguna cosa de la herencia, está obligado a pagarla al cesionario, si no se la reservó". O sea que deberá informar y entregar al cesionario de todos los bienes de la herencia de que ha aprovechado y dispuesto; habrá de entregarle los frutos que hubiera percibido, los créditos que hubiera hecho efectivos y el precio de los bienes que hubiere enajenado a título oneroso o gratuito. Empero, cabe que por pacto con el cesionario se hubiere reservado estos valores, como lo expresa en su parte final el art. 1462.

La obligación del cedente que antecede tiene como contrapartida la obligación en que se encuentra el comprador de la herencia de satisfacer al vendedor "las deudas y cargas que en razón de ella hubiese pagado, salvo pacto en contrario" (art. 1463 cód. civ.). No obstante la cesión de la herencia el heredero continúa siendo tal heredero, por lo que legalmente puede ser demandado por los acreedores de la sucesión, propiamente, por los acreedores del causante. Además, como en nuestro derecho es desconocida la cesión de deudas, las deudas hereditarias le son exigibles al cedente del derecho hereditario, pero sólo hasta la concurrencia del valor de los bienes que le hubieran sido adidos, conforme a la regla del art. 658 cód. civ.

Los acreedores de la herencia pueden dirigirse contra el cesionario del derecho de herencia, ejecutando el derecho del cedente, mediante la acción oblicua que regula el art. 1233 inc. 4º cód. civ.; o también mediante la acción pauliana, la cual funcionaría fácilmente si la cesión de la herencia se hubiere operado a título gratuito (art. 1098 cód. civ.); más difícilmente funcionaría la pauliana si la cesión importó una venta, una permuta o una adjudicación en pago, ya que habría que probar la insolvencia notoria del cedente, o que hubo fundado motivo para ser conocida del cesionario (art. 1099 cód. civ.). Esta solución habría de observarse pese a que en el contrato de cesión de derecho hereditario se hubiere pactado que el cesionario no estaría sujeto a satisfacer al cedente las deudas y cargas que éste hu-

---

(2 tredecies) *Trat. Práct. de D. Civ. Francés*, X, Nº 359, p. 412.

biere pagado o de que fuere responsable, ya que esta estipulación sería para los acreedores *res inter alios acta*.

No son reembolsables por el cesionario los impuestos sucesorios pagados por el cedente, no obstante ser una carga, porque la misma le ha permitido adquirir esa calidad de heredero que es materia de la transmisión, declaran BAUDRY-LACANTINERIE et Saignat (2 quatordecies).

Sobre el derecho de los acreedores a dirigirse contra el cedente no obstante la venta de su derecho hereditario a un tercero, se ha dictado la sent. de 24 de abril de 1916 (2 quindecies), por la que se deja establecido que si bien una herencia puede ser libremente objeto de cesiones y ventas, los efectos de estos actos no se pueden oponer a los acreedores que no han intervenido en ellos o no les han prestado su consentimiento, porque importan una exoneración de responsabilidad que más que al obligado interesan al acreedor, a quien no es ni puede serle indiferente la persona y condición de su deudor, por lo que el heredero cedente puede ser demandado por el acreedor, con opción en su caso a repetir contra el cesionario, pero no puede hacerse sustituir por otro deudor, en virtud de su sola voluntad.

Con la cesión del derecho a la herencia se deshace la confusión que se había operado en la persona del cedente. Perfeccionada la cesión el crédito vuelve a surgir y es el cesionario quien lo cobra contra la sucesión, lo cual no habría podido hacerlo el cedente, ya que se estaría cobrando a si mismo. Inversamente, si el cedente era deudor de la sucesión, la confusión cesa con la cesión y el cesionario puede cobrarle el crédito al heredero cedente. Es claro que todo esto puede ser derogado por estipulación en el contrato de cesión, en cuyo caso el cesionario se abstendría de cobrar el crédito a la sucesión o al cedente, en su caso.

Ello no obstante, la cesión que hace desaparecer la confusión no puede hacer renacer créditos extinguidos por confusión con respecto a los terceros. Así, si el crédito estaba garantizado con una fianza y se ha extinguido por confusión, la cesión de la herencia no hará renacer la fianza. Igualmente, si el crédito extinguido por confusión estaba asegurado con una hipoteca de tercero (fiador real), la cesión no hará revivir la hipoteca. BAUDRY-LACANTINERIE et Saignat (2 sexdecies) enseña que los que han

(2 quatordecies) *Traité, XIX, De la Vente, ed. 1908, N° 894, p. 915.*

(2 quindecies) *En "A. J.", 1916, p. 58 ss.*

(2 sexdecies) *Traité, XIX, De la Vente et de l'échange, N° 881, p. 907.*

garantizado quedan con la confusión definitivamente liberados, por haberse extinguido la obligación principal; las garantías no pueden depender de una convención hecha por el heredero, posteriormente a la apertura de la sucesión. AUBRY et RAU (2 septemdecies) también afirma que los derechos extinguidos no reviven en perjuicio de terceros; y GUILLOUARD (2 octodecies), igualmente, expresa que la cesión de los derechos hereditarios no hace revivir las garantías.

Se entiende que la cesión del derecho sucesorio hace nacer en los otros coherederos o condóminos el retracto, de acuerdo con el inc. 1º del art. 1450 cód. civ.

En el derecho francés, hacen notar PLANIOL-RIPERT y HAMMEL (2 novemdecies), que la cesión suprime la rescisión por lesión en la partición, la cual está prevista por el art. 791 de nuestro cód. civ., el que la admite cuando la lesión es en más de la cuarta parte, atendido el valor de los bienes al tiempo de la adjudicación. Entre nosotros, el art. 792 del cód. civ. niega que pueda ejercitar la acción de lesión el heredero que hubiere enajenado todos o parte considerable de los bienes que se le adjudicaron, por lo que parece ser que ésta es una acción personalísima del heredero, que no puede ser ejercitada sino por éste y no por un extraño a quien se le enajenó el derecho hereditario.

Es obvio que la cesión del derecho hereditario debe ser inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble, si en la misma se comprenden inmuebles; y si la inscripción no pudiera hacerse por no estar declarado el derecho de heredero del cedente, debe procederse a una anotación preventiva de la demanda promovida contra el cedente, ya que éste podría ser declarado heredero, o inscribir la declaración de herederos ya concluída y enajenar los bienes inmuebles. No sólo estaría amparado por la doctrina del registro contenida en el art. 1052 del cód. civ., sino por la doctrina del heredero aparente de que trata el 2º párrafo del art. 664 cód. civ.

Declara el art. 1464 que "cuando la cesión de crédito se opere por ministerio de la ley, el acreedor originario no responde ni de su realidad, ni de la solvencia del deudor"; y ello obedece

(2 septemdecies) Droit Civil Français, V, 6º éd. par Esmein, § 359 ter n, n. 7 de la p. 170.

(2 octodecies) Traité de la Vente et de l'échange, t. II, ed. 1891, N° 869, p. 405.

(2 novemdecies) Trat. Práct. de D. Civ. Francés, X, Los Contratos Civiles, N° 360 bis, p. 414.



a que el cedente no puede responder de un derecho que no ha transmitido por propia deliberación, sino porque lo ha obligado la ley. Su antecedente se encuentra en el art. 173, parte 2<sup>a</sup>, del cód. suizo de las obligaciones.

El cód. civ. de Chile, en su art. 1913, § II, establece: "En las cesiones que se hagan por el ministerio de la justicia el deudor no será obligado a pagar al cesionario el valor de lo que éste haya dado por el derecho cedido".

Por ejemplo, existe cesión por ministerio de la ley en estos casos:

Si el deudor solidario paga al acreedor se le transfiere el crédito contra los otros codeudores solidarios por sus respectivas cuotas; art. 1272 cód. civ. Sin embargo, para nuestro cód. es figura de subrogación legal.

Si el fiador paga al acreedor adquiere el crédito de éste contra el deudor; art. 1789 cód. civ. y también art. 1784 del mismo cód. También éste es caso de subrogación.

Se discute si existe *cessio legis* cuando el asegurador indemniza los daños y a él se le transfieren las pretensiones de indemnización que el asegurado tiene contra terceros (2 vicios).

Si el dueño del inmueble hipotecado paga la deuda que asegura la hipoteca y esa deuda no es de él sino de un tercero.

Son típicos casos de cesión legal los que siguen:

El que contiene el art. 1617 cód. civ., por el cual "el heredero del depositario que haya vendido la cosa que ignoraba estar 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 hubiera pagado".

La cesión al depositante de la acción para hacer efectivo el precio no comporta para el heredero ni siquiera la obligación de responder por la existencia del crédito.

El supuesto del art. 1327 del cód. civ.: "El deudor que se libere de responsabilidad por la pérdida o destrucción de la cosa, debe ceder al acreedor cualesquiera derechos que le hubiesen quedado relativos a ella". Los créditos que pudieren existir se transfieren del deudor al acreedor, pero el primero no responde ni por el *nomen verum*.

---

(2 vicios) PONTES DE MIRANDA, Tratado de Derecho Privado, Parte Especial, tomo XXIII, Derecho das Obrigações, Rio de Janeiro, 1958, § 2,842, 2), p. 347.

Los autores franceses que se pronuncian porque la cesión del derecho hereditario no hace renacer las hipotecas y demás seguridades que se habían extinguido por la confusión, tienen en cuenta el efecto relativo de los contratos, que carece de repercusiones en cuanto a los terceros, por aplicación del art. 1165 del cód. de NAPOLEÓN (2 unumvicies). En cuanto a la fianza aplican el art. 1301 de dicho cód. (2 duovicies); y en lo que se refiere a la hipoteca el art. 2180 del cód. civ. francés (2 trevicies). En lo que a las hipotecas respecta, se tiene en cuenta que extinguida por confusión la obligación principal, la hipoteca constituida por el tercero fiador real se extingue definitivamente.

Sobre la obligación que tiene el acreedor de sanear únicamente la existencia del crédito al tiempo de la enajenación y no la solvencia del deudor, se ha pronunciado la sent. de 30 de noviembre de 1921 (2 quatorvicies). El acreedor cesionario había demandado la rescisión de la venta del crédito por lesión, en razón de que el importe de los créditos que le habían sido transferidos era considerablemente mayor que el de los bienes sobre los que se deberían hacer efectivos en razón de que el deudor no podía pagar. Este fallo también establece que no es causal de rescisión la no intervención del deudor en el contrato de cesión.

La sent. de 11 de mayo de 1916 (2 quinquievicies) decide que es infundada la pretensión de quien compró el derecho del subastador que obtuvo la buena pro en una subasta judicial, a que se le devuelva la suma que pagara como precio por dicha

---

(2 unumvicies) El art. 1165 del cód. civ. de Francia declara:

"Los contratos no producirán efectos más que respecto de las partes contratantes; no perjudicarán ni beneficiarán a terceras personas, sino en el caso previsto en el art. 1121 (estipulación en favor de tercero)".

Nosotros tenemos el art. 1329 del cód. civ.:

"Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que procedan del contrato no sean transmisibles".

(2 duovicies) El art. 1301 del cód. civ. francés previene:

"Cuando se realice la confusión en la persona del deudor principal, aprovechará a sus fiadores".

"La que se verifique en la persona del fiador, no implicará la extinción de la obligación principal".

"La que tenga lugar en la persona del acreedor, no aprovechará a sus codeudores solidarios mas que en la porción por que era deudor".

(2 trevicies) El art. 2180 del cód. de NAPOLEON establece:

"Se extinguirán los privilegios e hipotecas:

"1º Por extinguirse la obligación principal".

(2 quatorvicies) En "A. J.", 1921, p. 140 ss.

(2 quinquievicies) En "A. J.", 1916, p. 76 ss.

transferencia. El acreedor cesionario había sufrido el retracto del derecho que se le había cedido por el subastador, que en este caso era el acreedor cedente. Se estimó que la obligación del cedente consistía en sanear su condición de subastador, que era la única materia de la transferencia y esa calidad no había sido puesta en duda. El riesgo de que sobreviniese el retracto era inherente a la calidad de subastador y se presume era conocido y aceptado por el acreedor cesionario. Por tanto, el retracto no podía estimarse como causal de rescisión del contrato de cesión, porque no constituía vicio oculto.

Antes de que el causante muera la cesión de la herencia tendría objeto ilícito por encontrarse prohibidos por la ley los pactos sobre sucesión futura (arts. 1338 y 1396). Habría entonces nulidad absoluta, con arreglo al inc. 2º del art. 1123 del cód. civ. Dentro de la prohibición se comprende la transferencia del legado antes de la muerte del testador.

Por ser la herencia una universalidad jurídica, no es ni mueble ni inmueble.

En razón de que sólo se cede la calidad de heredero, si después resulta no serlo el cedente, habrá la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, siempre que la cesión se hubiere operado a título oneroso, pero no por donación.

El cesionario se encuentra obligado a pagar las deudas del causante, porque no sólo se le transfiere el activo, sino también el pasivo.

Para el acreedor del *de cuius* hay como deudores el cedente y el cesionario, porque la cesión de la herencia importa una delegación imperfecta. Para que la sustitución del deudor produzca novación se requiere que el acreedor dé por libre al primer deudor. Y si ello no es así, el cesionario es un mandatario del primitivo deudor y ambos son codeudores solidarios. Es incontestable también que si el pago de la obligación lo hace el cedente del derecho hereditario, tendrá derecho a repetir el pago contra el cesionario.

Asimismo, si el cedente cobró créditos o enajenó onerosamente bienes de la herencia, se encuentra obligado a reintegrarle su valor al cesionario. Empero, puede excluirse de la cesión de herencia ciertos bienes o créditos, por el cedente, dentro del mismo instrumento de cesión que suscriben ambos.

Ya la jurisprudencia ha decidido que los efectos que produce la cesión de herencia, no se pueden oponer a los acreedores

de quien la ha causado con su fallecimiento, por cuanto dichos acreedores no han intervenido ni prestado su consentimiento. Así, sent. de 24 de abril de 1916 (2 sexvicies). En realidad, en esta controversia los herederos del deudor habían vendido los derechos y acciones hereditarias a persona con quien se entendió la ejecución y fué condenada al pago de la cantidad adeudada por el *de cujus* por el fallo de primera instancia, pronunciado en la vía ordinaria. Interpuesta apelación por el comprador de la herencia, posteriormente, al ordenarse que expresara agravios el apelante, salió a juicio persona distinta, acompañando el testimonio de una escritura pública de cesión otorgada, por declaración unilateral del primitivo comprador de las acciones y derechos sucesorios. El fallo del Tribunal Supremo no admitió la personería del segundo cesionario. Empero, se sentó la doctrina de que si bien por la herencia sucede una persona a otra en los bienes y acciones que ésta tenía al tiempo de su muerte y que dicha herencia puede libremente ser objeto de cesiones y ventas, conforme a ley, los efectos de dichos actos no se pueden oponer a los acreedores que no han intervenido en ellos, o no le han prestado su consentimiento, porque importan una exoneración de responsabilidad que, más que al obligado, interesa al acreedor, a quien no es, ni puede ser indiferente la persona y condición de su deudor; que según esto, el heredero cedente o vendedor puede ser demandado por el acreedor y obligado consiguientemente al pago, con opción a repetir, en su caso, contra el cesionario o comprador, pero de ninguna manera hacerse sustituir por otro deudor, en virtud de su sola voluntad; que las anteriores consideraciones le eran aplicables al primer cesionario o comprador de la herencia, que había intervenido en el juicio, pero no al segundo cesionario, desde que el demandante no había consentido en esta última venta. En realidad, estas transferencias importaban no sólo cesión de derecho hereditario, sino en cuanto a las deudas comprendidas en dicha cesión, se trata de verdaderas cesiones de deuda que, para su perfeccionamiento, requieren del consentimiento del acreedor.

Examinando de nuevo el retracto, nuestro cód. civ. declara en el art. 1450, inc. 6º, que el deudor demandado puede retraer el derecho que se está discutiendo judicialmente, o sea el llamado "derecho litigioso".

Puede haber también cesión de derechos litigiosos; se cede el resultado incierto de un juicio y de ello no responde el cedente. Es un acto aleatorio, porque el cesionario corre el riesgo de que se pierda la litis y nada consiga en relación con lo que dió por la transferencia del derecho litigioso.

Es distinto de la venta de cosa litigiosa. Así, en un proceso de reivindicación el actor tiene un derecho litigioso; y el demandado una cosa litigiosa.

El retracto se opera, conforme a nuestra ley, en ambos casos: si la cesión es del derecho y la hace el demandante de la reivindicación, el demandado poseedor puede retraer desinteresando al cesionario pagándole lo que dió al cedente, con más los gastos. Lo mismo ocurre si el demandante vende la cosa materia de la controversia (Véase art. 1450 inc. 6º cód. civ.).

Por el contrario, si el demandado vende la cosa materia de la reivindicación, no se puede aceptar que lo que vende es el evento incierto del juicio, sino la cosa misma. Además, durante la reivindicación al demandado se le tiene por propietario, porque siendo el poseedor le favorece la presunción del art. 827 del cód. civ., de que a todo poseedor se le reputa dueño. Por tanto, mientras dure la controversia, el demandado será considerado propietario.

El retracto litigioso procede no sólo por la cesión de créditos, sino de derechos reales como servidumbre, hipotecas y hasta del derecho de propiedad. Sin embargo, el demandante en el juicio de reivindicación de un inmueble no puede ejercer el retracto si el demandado vendió el inmueble en el curso del juicio (2 septemvicies). La ley se refiere al demandante tan sólo. Además, debe haberse instaurado el juicio. No basta que la cosa o el derecho sean susceptibles de controversia judicial aún no abierta.

No hay cesión de derecho litigioso si la reivindicación ha sido fallada y existe sentencia firme para el actor. Sólo existe venta de cosa y no cabe amparar el retracto del poseedor.

La cesión del derecho litigioso requiere un proceso abierto.

Se opera la cesión con la entrada a juicio del cesionario; a esa cesión no puede oponerse el demandado.

No procede el retracto del derecho litigioso, si se hizo la cesión no por un precio, sino mediante una adjudicación en pa-

go (art. 1452 inc. 1º cód. civ.); "si se hizo al poseedor del predio sujeto al derecho litigioso" (art. 1452 inc. 2º cód. civ.); si se hizo a título gratuito.

Sólo procede el retracto del derecho litigioso si la cesión se operó a título oneroso, pero no a título gratuito. Asimismo, el retracto procede por el precio que realmente desembolsó para el traspaso el cesionario, con las costas, gastos e intereses desde el día que el cesionario entregó al cedente el precio por la transmisión del crédito.

Por virtud del retracto se sustituye el deudor retrayente por el nuevo acreedor retraído; y la sustitución se produce con efecto retroactivo, como si el retrayente hubiere sido el cesionario del crédito, por lo que los embargos trabados por los acreedores del cesionario tendrán necesariamente que ser levantados. El retracto es un acto declarativo, como la transacción (2 octovicies).

Hemos anotado en la parte pertinente, que el nuevo cód. civ. no exige, para el perfeccionamiento de la cesión, la entrega del título en que consta el crédito. Hemos expresado también que para la transferencia de la propiedad del crédito es necesaria la entrega del título, porque el crédito es bien mueble conforme al cód. y el desplazamiento de la propiedad en los bienes muebles reclama de la tradición. No es, sin embargo, indispensable la entrega, ya que existen créditos en los que esta exigencia no podría cumplirse; y también hay otros créditos que constan en escritura pública en que la entrega del testimonio de la escritura pública carece de trascendencia, porque los testimonios puede conseguirlos cualquiera y la tenencia de ellos sería irrelevante para acreditar la titularidad del acreedor cesionario. Ahora, debemos informar que el cód. civ. abrogado sí contenía precepto al respecto, que fué deliberadamente suprimido por los legisladores de 1936. El art. 1468 del cód. del 52 decía: "La traslación de derechos y acciones contra un tercero, se verifica con la entrega del título o en su defecto, con el otorgamiento de nuevo título por el cedente y admisión del cesionario". Y en la sent. de 14 de enero de 1935 (2 octovicies - a) se declara que el acreedor cesionario debe presentar el instrumento que

(2 octovicies) Revítese JOSSELAND L., Derecho Civil, II, Teoría general de las obligaciones, 1, ed. Bosch y Cia., 1950, Nº 814, p. 646.

(2 octovicies - a) "R. de los T.", 1935, p. 163.

acredite que la obligación que cobra ejecutivamente, le ha sido transferida. No es, ciertamente, el título en que consta el crédito.

Debe revisarse también la siguiente jurisprudencia sobre cesión de créditos:

Sent. de 12 de julio de 1909 (2 octovicies - b), en la que se decide que carece de mérito ejecutivo la escritura pública de préstamo que fué transferida por el mandatario del acreedor, que no tenía facultad para enajenar, por lo que se consideró que la cesión no se había perfeccionado y que el cesionario carecía de derecho para cobrar.

Si el crédito fué cedido sólo en garantía, el acreedor cedente puede oponerse al desistimiento formulado por el acreedor cesionario en el juicio que éste ha iniciado contra el deudor. Tal la declaración de la sent. de 9 julio 1934 (2 octovicies - c).

Se advierte en esta sentencia que no obstante no ser parte en el juicio ejecutivo, se admitió la oposición del acreedor cedente. Empero, nadie puede desistirse de una instancia, si el desistimiento perjudica a un tercero (art. 265 del cód. de proc. civ.). En buena cuenta, el cedente no es tercero; es el mismo acreedor del crédito materia del juicio.

Habiéndose hecho cesión de bienes por el deudor, en virtud de un acuerdo con sus acreedores, éstos tienen el derecho de repetir contra el deudor por el importe del crédito comprendido en la cesión y que no ha sido pagado por el obligado. Por virtud de la cesión de bienes se endosó una letra de cambio a los acreedores, además de otros instrumentos de crédito y mercaderías. Se aplicó el art. 2243 del cód. civ. abrogado que dispone: "La cesión no libra al deudor de sus deudas, sino hasta donde alcancen a cubrir las sus bienes abandonados; ni exime al fiador de responder por las deudas de que se hubiese constituido responsable a falta del deudor". El nuevo cód. civ. no sólo no contiene un precepto como el citado, sino que del mismo ha desaparecido la cesión de bienes, instituto por el cual cuando el deudor se halle en estado de no poder satisfacer a sus acreedores, puede abandonar o hacer cesión de sus bienes, para que con su precio sean pagados los acreedores. Conforme al art. 2239 del cód. anterior, este beneficio era irrenunciable y por el mismo el deudor gozaba del beneficio de competencia que ahora tienen los socios

(2 octovicies - b) "A. J.", 1909, p. 193.

(2 octovicies - c) "R. de los T.", 1934, p. 185.

y es el de no poder ser ejecutado mientras no mejorara de fortuna.

Se infringió la regla de que el acreedor cedente sólo garantiza la existencia del crédito, pero no la solvencia del deudor. Sin embargo, dentro del derecho cambiario el endosante no sólo responde de la existencia del crédito, sino de su importe, y su responsabilidad es solidaria. Lo anteriormente relacionado se controvirtió y decidió por la sent. de 23 de junio de 1930 (2 octovicies - d).

Es nulo el contrato de compra-venta de acciones (cesión), que no especifica cuáles son éstas, indicándose su numeración; que ha omitido que se inscriba la transferencia en el libro de que se ocupa el art. 169 del cód. de com.; que estipula que las acciones quedan en manos de los compradores a título de prenda hasta la cancelación del precio; que impone al comprador el cumplimiento de una obligación imposible, extraña a la naturaleza del acto jurídico, cual es la de no consentir que la compañía emitente realice operaciones de cierta índole, mientras no estuviese íntegramente pagado el precio; que pasando los vendedores de la condición de propietarios a tenedores precarios, estaban obligados a dar recibo de la prenda conforme al art. 1988 del cód. civ. derogado y ese recibo no podía dejar de contener los datos precisos y característicos de la cosa pignorada; que por estas consideraciones no ha existido legalmente contrato de compra-venta ni las partes entendieron, uniformemente, transmitirse la propiedad de las acciones. Así lo declara la sent. de 16 de junio de 1932 (2 octovicies - e).

Sent. de 25 de octubre de 1945 (2 octovicies - f), por la que la disposición de los Estatutos de la sociedad, que establece que en tanto no se inscriba la transferencia de las acciones nominativas, continuará siendo considerado como tenedor quien aparece con derecho inscrito en el libro de la compañía, no priva a éste del derecho de disponer de dichas acciones.

Sent. de 19 de noviembre de 1926 (2 octovicies - g), por la que la oposición a la cesión de acciones, formulada por la compañía antes de su perfeccionamiento y entrega de los títulos, produce la suspensión del contrato de cesión.

(2 octovicies - d) "A. J.", 1930, p. 170.

(2 octovicies - e) "R. de los T.", 1932, p. 149.

(2 octovicies - f) Rev. "El Derecho", Arequipa, 1947, p. 800.

(2 octovicies - g) "A. J.", 1926, p. 130.



En conclusión, del estudio que se ha hecho resulta que la cesión de créditos, más que un contrato, como lo reputa el legislador, es una de las formas como se transmiten las obligaciones.

Consideramos de interés conocer los textos de los preceptos del nuevo cód. italiano, que se distingue por la precisión al regular todos los institutos de derecho civil.

Así, la idea general de la cesión la da el 1260:

“El acreedor puede transferir a título oneroso o gratuito su crédito, aún sin el consentimiento del deudor, siempre que el crédito no tenga carácter estrictamente personal o que la transferencia no esté prohibida por la ley”.

“Las partes pueden excluir la cesibilidad del crédito, pero el pacto no es oponible al cesionario, si no se prueba que él lo conocía al tiempo de la cesión”.

En el art. 1262 se legisla sobre la entrega de los títulos en que el crédito consta, en estos términos:

“Documentos probatorios del crédito.— El cedente debe entregar al cesionario los documentos probatorios del crédito que estén en su poder”.

“Si se ha cedido sólo una parte del crédito, el cedente está obligado a dar al cesionario una copia auténtica de los documentos”.

Con respecto a que la cesión transfiere también la garantía del crédito, contiene el art. 1263 una disposición saludable con respecto a la prenda:

“Accesorios del crédito.— Por efecto de la cesión, el crédito se transfiere al cesionario con los privilegios, con las garantías personales y reales y con los otros accesorios”.

“El cedente no puede transferir al cesionario, sin el consentimiento del constituyente, la posesión de la cosa recibida en prenda; en caso de disentimiento, el cedente queda como custodio de la prenda”.

“Salvo pacto en contrario, la cesión no comprende los frutos vencidos”.

Acerca de la eficacia de la cesión tanto para el deudor cedido como para los terceros, la ley italiana trae dos fórmulas:

1264.— “Eficacia de la cesión respecto del deudor cedido.— La cesión tiene efecto respecto del deudor cedido cuando éste la ha aceptado o le ha sido notificada”.

“Sin embargo, aún antes de la notificación, el deudor que paga al cedente no queda liberado si el cesionario prueba que dicho deudor estaba en conocimiento de la cesión realizada”.

1265.— “Eficacia de la cesión respecto a los terceros.— Si el mismo crédito ha constituido el objeto de varias cesiones a personas diversas, prevalece la cesión notificada primeramente al deudor, o aquélla que ha sido primeramente aceptada por el deudor, por acto de fecha cierta, aún cuando la misma sea de fecha posterior”.

“La misma norma se observa cuando el crédito ha sido objeto de constitución de usufructo o de prenda”.

Sobre la obligación de garantía dispone:

1266.— “Obligación de garantía del cedente.— Cuando la cesión es a título oneroso, el cedente está obligado a garantizar la existencia del crédito al tiempo de la cesión. La garantía puede ser excluida por pacto, pero el cedente queda siempre obligado por el hecho propio”.

“Si la cesión es a título gratuito, la garantía se debe sólo en los casos y en los límites en que la ley pone a cargo del donante la garantía por la evicción”.

En lo que se refiere a la garantía por la solvencia del deudor cedido, no admite que el cedente se comprometa a asegurar la solvencia del deudor en todo tiempo y por toda la suma que el crédito representa, aunque el precio de la cesión no hubiere sido diminuto. Dice:

1267.— “Garantía de la solvencia del deudor.— El cedente no responde de la solvencia del deudor, salvo que haya asumido la garantía de él. En este caso, responde dentro de los límites de cuanto ha recibido; debe abonar además los intereses, reembolsar los gastos de la cesión y los que el cesionario haya soportado para ejecutar al deudor, y resarcir el daño. Todo pacto dirigido a agravar la responsabilidad del cedente queda sin efecto”.

“Cuando el cedente ha garantizado la solvencia del deudor, la garantía cesa, si la falta de realización del crédito por insolvencia del deudor ha dependido de negligencia del cesionario en iniciar o en proseguir las instancias contra dicho deudor”.

Asimismo, el nuevo cód. civ. italiano dedica todo un capítulo a la cesión de contrato. La cesión requiere del consentimiento de la otra parte. Así:

1406.— “Noción.— Cada una de las partes podrá sustituir a sí misma un tercero en las relaciones derivadas de un contrato con prestaciones recíprocas, si éstas no hubiesen sido todavía ejecutadas, con tal que la otra parte consienta en ello”.

Los efectos que produce la cesión del contrato, los determina el:

1408.— “Relaciones entre el contratante cedido y el cedente.— El cedente quedará liberado de sus obligaciones hacia el contratante cedido desde el momento en que la sustitución resulte eficaz respecto de éste.

“Sin embargo, el contratante cedido, si hubiese declarado que no libera al cedente, podrá accionar contra éste cuando el cesionario no cumpla las obligaciones asumidas.

“En el caso previsto por el párrafo precedente, el contratante cedido deberá dar noticia al cedente del incumplimiento del cesionario, dentro de los 15 días desde que se verificó el incumplimiento; en su defecto quedará obligado al resarcimiento del daño”.

En cuanto a las excepciones deducibles, se dispone:

1409.— “Relaciones entre el contratante cedido y el cesionario.— El contratante cedido podrá oponer al cesionario todas las excepciones derivadas del contrato, pero no las fundadas en otras relaciones con el cedente, salvo que hubiera hecho expresa reserva de ellas en el momento en que consintió en la sustitución”.

Acerca de la garantía sobre la existencia del contrato cedido, se dice:

1410.— “Relaciones entre el cedente y el cesionario.— El cedente queda obligado a garantizar la validez del contrato.

“Si el cedente asumiese la garantía del cumplimiento del contrato, responderá como fiador por las obligaciones del contratante cedido”.

En cuanto a la cesión de contrato más frecuente, o sea la de arrendamiento, previene:

1594.— “Subarrendamiento o cesión del arrendamiento.— El arrendatario, salvo pacto en contrario, tiene facultad de subarrendar la cosa que se le ha arrendado, pero no puede ceder el contrato sin el consentimiento del arrendador.

“Tratándose de cosa mueble, el subarrendamiento debe autorizarse por el arrendador o estar consentido por los usos”.

## CAPITULO II

CONSECUENCIAS DE LOS EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES  
ENTRE ACREEDOR Y DEUDOR

136b).— *Su concepto*.— Por esencia, la obligación produce cuando se constituye el efecto de que el acreedor tenga derecho de exigir la prestación y el deudor tenga el deber de cumplir la prestación en el modo y forma en que se hubiere estipulado y/o que la ley impone.

La ejecución es normalmente voluntaria, ya que en tal supuesto el deudor cumple lo prometido sin que se ejercite sobre él presión alguna. De no ser así, el acreedor recurrirá a la ejecución forzosa. Esta comprende los medios de que hace uso el acreedor cuando quien le es su deudor no cumple voluntariamente la obligación contraída.

136c).— *Enumeración de los efectos*.— Aparecen legislados los efectos de las obligaciones en el art. 1233 del cód. civ.:

“Son efectos de las obligaciones:

“1º Autorizar al acreedor para emplear los medios legales, a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado;

“2º Autorizarlo para hacérselo procurar por otro a costa del deudor;

“3º Autorizarlo para obtener del deudor la indemnización correspondiente;

“4º Autorizarlo para ejercer los derechos de su deudor, con excepción de los que son inherentes a la persona.

“Para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, el acreedor no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá citar a su deudor en el juicio que promueva”.

La obligación no consiste en otra cosa que en una pretensión dirigida contra el deudor para obtener de él una prestación y, subsidiariamente, conseguir de su patrimonio una indemnización. Toda obligación entonces en el supuesto de no ser cumplida por el deudor concede al acreedor un derecho de agresión contra el patrimonio del deudor que la incumple, con el objeto de obtener una indemnización. El acreedor una vez producido el incumplimiento de la prestación que se le debe, ejer-

cita una actividad contra el patrimonio del deudor mediante la ejecución forzosa que la ley procesal nuestra contempla en el capítulo del juicio ejecutivo, siempre que el título en que consta la obligación preste mérito para ello. Este juicio persigue el cumplimiento de la prestación y si no se puede lograr el cumplimiento específico obtendrá un cumplimiento por equivalencia en los bienes presentes y futuros del deudor que constituyen o habrán de constituir dicho patrimonio. Tanto el inc. 1º como el inc. 2º del art. 1233 se refieren al cumplimiento específico. El inc. 3º de dicho dispositivo se refiere a la indemnización de daños y perjuicios, o sea el cumplimiento por equivalente.

La acción ejecutiva del acreedor puede antes de iniciarse comenzar por el embargo preventivo de uno o más bienes del patrimonio del deudor. Sin embargo, ese embargo previo puede omitirse a juicio del acreedor, o si dicho deudor carece de bienes pasibles de embargo, hipótesis esta última que franquea la posibilidad de que el deudor pueda ser declarado en quiebra con arreglo a la ley especial de falencias (art. 13, inc. 4º de la ley Nº 7566, de 2 de agosto de 1932).

Por lo general, el cumplimiento de la prestación puede reclamarse en la vía ejecutiva, y los daños y perjuicios en la vía ordinaria o sumaria, según fuere el monto que de los mismos se pida. Empero, existen daños y perjuicios que se reclaman en la vía ejecutiva como son el importe de los intereses en las obligaciones de capital; y, a su vez, prestaciones que sólo pueden pedirse en la vía ordinaria, como son las de entregar inmuebles que el vendedor asume por efecto de un contrato de compraventa, conforme al art. 1400 del cód. civ., porque no hay acción ejecutiva para la entrega de inmuebles sino de muebles. Al cobrarse ejecutivamente obligaciones pecuniarias, se reclama la misma prestación que se debe, más los daños y perjuicios, moratorios conforme al inc. 1º del art. 1233 del cód. civ.

El ejecutante puede pedir el aplazamiento del embargo, declara el art. 658 del cód. de proc. civ. En otro caso, el acreedor no pedirá el embargo porque no tiene bienes el deudor.

No habiendo bienes que embargar, el acreedor puede optar por promover el juicio ejecutivo, a fin de que su obligación (cambiaría, por ejemplo) no prescriba; y con la esperanza que posteriormente su deudor adquiera bienes susceptibles de embargo. Conviene, sin embargo, expresar que la sentencia pronunciada en una ejecución no está firme, ya que es susceptible de

contradicción en la vía ordinaria (art. 1083 cód. de proc. civ.); adquiere el valor de cosa juzgada si transcurre el término para ser contradicha sin que así lo hiciera la parte a quien lesiona. Ni aún siendo sentencia ejecutoriada la pronunciada en la ejecución le es aplicable el inc. 1º del art. 1168 del cód. civ., que previene que prescribe en veinte años la acción que nace de una ejecutoria, porque en "el juicio ejecutivo está expedito el abandono en cualquier estado, mientras no quede cumplida la obligación", declara el art. 281 parágrafo 3º del cód. de proc. civ., o sea que el abandono procede durante la sustanciación del juicio, o después de haber sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, siempre que se hubiere cumplido el lapso señalado para el abandono de la primera instancia en el art. 269 del cód. de proc. civ.

Si la obligación que el deudor ha incumplido sólo tiene un carácter pecuniario mediato, es necesario que la obligación tenga un valor pecuniario inmediato, a fin de conseguir el cumplimiento por equivalencia; esta es la indemnización de daños y perjuicios.

El concepto "ejecución" en derecho civil es diverso del que tiene en derecho procesal. La obligación es siempre civilmente ejecutable aún cuando procesalmente no preste mérito ejecutivo, por no reunir las calidades que para esta vía reclama la ley del proceso.

Así, una obligación que no es clara, que ofrece dudas en cuanto a su vigencia o en cuanto a sus alcances, o cuya cuantía no se encuentra precisamente determinada, requiere de un procedimiento de conocimiento para ser exigible y será la sentencia firme dictada en dicho procedimiento la que al ser ejecutada coactivamente produzca el cumplimiento de la obligación (por la vía de la ejecución de sentencias: art. 1145 ss. del cód. de proc. civ.).

Desde el campo civil, sin embargo, la ejecución de la obligación comprende el empleo de los medios procesales necesarios para esclarecer la prestación que el deudor debe cumplir y que cumplirá una vez pronunciado y ejecutado el fallo executorio.

136d).—*El acreedor tiene derecho a emplear los medios legales.*— Haciendo la exégesis del inc. 1º del art. 1233 cód. civ., debe expresarse que esos medios legales son las acciones. Toda obligación concede al acreedor un derecho y de ese derecho na-

ce una acción (excepto en las obligaciones naturales). Puede entonces el acreedor dirigirse al juez y pedir su protección para que el deudor sea compelido al cumplimiento. Para demostrar que el deudor se niega a cumplir la prestación que le respecta, el acreedor deberá, en principio, constituirlo en mora.

Esa protección se traduce en el apoyo de la fuerza pública, que está al servicio del Poder Judicial (2 octovicies-h).

Hay un principio que preside todos los incisos del art. 1233 cód. civ. y que ya hemos examinado al ocuparnos de las obligaciones de dar: "El acreedor de una cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra" (art. 1171 cód. civ.). En otras palabras, la obligación deberá cumplirse como fué estipulada o como la ley lo ordena. Este es el único medio de satisfacer completamente al acreedor. No existe medio legal que permita imponer al acreedor la recepción de una cosa distinta, aunque sea de igual o mayor valor. La misma idea anima el precepto del art. 1182 cód. civ., sobre obligaciones de hacer; y también el art. 1191 cód. civ., sobre obligaciones alternativas. Se trata del cumplimiento específico de la obligación; el deudor debe dar, hacer o no hacer aquello que hubiere prometido. Es la ejecución forzosa en naturaleza.

El acreedor es libre de reclamar la prestación que se le debe, o la indemnización de daños y perjuicios. Empero, si sólo pide la prestación convenida, los tribunales no pueden condenar al deudor a pagar daños y perjuicios, porque estarían resolviendo sobre punto no demandado. Empero, el acreedor puede reclamar la prestación más los daños y perjuicios moratorios, conforme al inc. 1º del art. 1233 cód. civ.

136e).— *Ejecución directa*.— El supuesto de ejecución directa de las obligaciones está contenido en el primer inciso del art. 1233 cód. civ.:

"Autorizar al acreedor para emplear los medios legales, a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado".

---

(2 octovicies-h) El Ejecutivo niega en situaciones de emergencia el auxilio de la fuerza pública. Así ocurrió en Francia para el caso de lanzamiento de inquilinos o expulsión de huelguistas que ocupan una fábrica. Véase MARTY, Obligaciones, II p. 44.

Entre nosotros la policía niega, en algunos casos, el auxilio necesario para lanzar a los inquilinos, no obstante haberse pronunciado sentencia ejecutoriada ordenando la desocupación.

Los medios de que puede hacer uso el acreedor son diversos según la naturaleza de la prestación que el deudor deberá cumplir. Examinaremos este punto detenidamente:

Tratándose de obligaciones de hacer el derecho del acreedor experimenta limitaciones. Sin embargo, la ejecución en naturaleza debe ordenarse y perseguirse siempre que sea posible. Conforme al art. 1186 cód. civ., la ejecución forzada no será posible si para ello hubiere que emplearse la violencia contra la persona del deudor (id., art 736 cód. proc. civ.); en tal supuesto, el acreedor podrá reclamar los daños y perjuicios conforme al inc. 3º del art. 1233. Se refiere la ley a obligaciones de hacer personalísimas, que sólo el deudor puede cumplir y no a aquellas otras obligaciones de hacer corrientes, como la de construir un edificio, levantar un muro. Estas obligaciones pueden ser ejecutadas por un tercero (inc. 2º del art. 1233).

En las obligaciones de dar la compulsión o ejecución forzada es más fácil, a no ser que se trate de dar cosas individualizadas e irremplazables.

Precisa distinguir si las obligaciones de dar tienen por objeto transferir el dominio; en cuanto a los inmuebles, como el simple consentimiento basta para ello, la compulsión es innecesaria. Sin embargo, en estos bienes siempre existe la obligación de escriturar como se indica en los arts. 1407 y 1427 cód. civ., pero esta obligación es de hacer, estando expedita —según los casos— la vía ordinaria o la ejecutiva (arts. 730 y ss. cód. de proc. civ.). También en lo que se refiere a los inmuebles, habiendo sido vendidos existe en el enajenante la obligación de entregarlos, como aparece del art. 1400 cód. civ. La ejecución forzada de la obligación de entregar podría hacerse, si la cosa fué subastada en una ejecución, como un trámite del juicio ejecutivo; si ha existido contrato de compra-venta parece que no es admisible el interdicto de adquirir y tampoco cabe el juicio de desahucio si el inmueble estuviese locado a un tercero y éste hubiere inscrito la locación (art. 1515 cód. civ.), o si se tratase de inmueble urbano de acuerdo con la legislación del inquilinato.

Ultimamente, la jurisprudencia ha admitido la acción sumaria de desahucio por ocupación precaria, promovida por el comprador contra el vendedor que no quería desocupar el predio urbano vendido. Así, sent. 25 mayo 1951 (2 octovicies-i); sent.

(2 octovicies-1) "R. de J. P.", 1951, p. 892.



2 enero 1953 (2 octovicies-j); y sent. 7 noviembre 1952 (2 octovicies-k). Empero, también existe jurisprudencia contraria. Así, sent. 29 diciembre 1952 (2 novemvicies).

Entonces, el art. 1233 inc. 1º cód. civ. permite al acreedor reclamar el pago al mismo deudor de la prestación debida, sea en la vía ejecutiva, sea en la ordinaria o sumaria, según el valor de la prestación debida. Normalmente, sólo las prestaciones de dinero líquidas son susceptibles de reclamarse en el juicio ejecutivo, más los daños y perjuicios que el retardo en el cumplimiento ha producido para el acreedor ejecutante. Para nuestra ley procesal, también puede exigirse, en el canal ejecutivo, la entrega de cosas muebles y el cumplimiento de obligaciones de hacer y de no hacer. Sin embargo, sólo excepcional y difícilmente prospera la ejecución para el cumplimiento de estas obligaciones.

No hay, de otro lado, acción ejecutiva para la entrega de inmuebles en nuestra ley procesal. La obligación de entregar el inmueble vendido a su comprador, es legal; está contenida en el art. 1400 cód. civ., pero no es ejecutiva. Sólo cabría promover una acción ordinaria de entrega del inmueble, con pago de los daños y perjuicios que le irroga al comprador la falta de entrega, a no ser que éste opte por pedir la resolución en virtud de la cláusula resolutoria que vive en todo contrato bilateral, más los daños y perjuicios. Podría, sin embargo, presentarse la hipótesis legislada en el art. 1406 del cód. civ., que se da cuando el comprador tuvo conocimiento del obstáculo del que ha proveído la demora de entrega.

La sent. de 13 de abril 1951 (2 tricies) niega la acción ejecutiva para la entrega de inmuebles, no obstante que se acredite esta obligación indubitablemente, ya que con respecto a éstos sólo se encuentra expedita la acción petitoria o la posesoria en la vía sumaria u ordinaria, según su naturaleza. Es de presumir que el Tribunal Supremo tuvo en cuenta el principio de que al poseedor prescribiente no puede privársele de la cosa en la vía sumaria si ya la posee más de un año, como lo decía el inc. 2º del art. 470 del cód. civ. derogado.

(2 octovicies-j) "R. de J. P.", 1953, p. 466.

(2 octovicies-k) "R. de J. P.", 1953, p. 471.

(2 novemvicies) "R. de J. P.", 1953, p. 469.

(2 tricies) En "A. J.", 1951, p. 77 s.

Sin embargo, existe fallo que contiene el grueso error de considerar como ocupante precario al poseedor *ad usucapionem*, al que hace desalojar el predio en la vía sumaria de desahucio, no obstante que de elegir el dueño el canal del interdicto de recobrar, lo perdería en razón de la anualidad de la posesión del prescribiente (2 unumtricies).

La obligación de entregar un inmueble puede resultar del mandato contenido en sentencia ejecutoriada, pronunciada, por ejemplo, en un juicio de reivindicación. A este respecto, el art. 1151 del cód. de proc. civ. dispone:

“Si la sentencia ordena entregar un inmueble, se procederá inmediatamente a poner en posesión de él al victorioso por el juez o por el escribano debidamente autorizado, quien practicará las diligencias conducentes que solicite el interesado”.

No sólo las sentencias, sino todo mandato judicial, puede hacerse cumplir, si el obligado es renuente, por intermedio de la policía, cuyo concurso solicitará el juez ejecutor, si el interesado se lo pide. A este respecto, entre las atribuciones del Presidente de la República, la Constitución del Estado, en el inc. 14 del art. 154, señala la de hacer cumplir las resoluciones del Poder Judicial. Sin embargo, el Poder Ejecutivo niega, por razones de interés público el auxilio de la fuerza para cumplir los mandatos judiciales, si los mismos, a su juicio, habrán de producir un estado de malestar social.

Siendo bienes muebles la transferencia de dominio se perfecciona con la entrega de los mismos. Cabe entonces la ejecución forzada si dichos bienes permanecen en poder del enajenante, pero no si se encuentran en manos de terceros que los hubieran adquirido a título oneroso y sin que la desposesión del deudor se hubiere producido delictuosamente (art. 890 del cód. civ.). Como habrá de examinarse, existe acción ejecutiva para la entrega de cosas muebles (arts. 721 y ss. del cód. de proc. civ.).

En cuanto a las obligaciones de dar sumas de dinero, si el deudor no las pagara existe el remedio del embargo de sus bienes, los que hará vender el acreedor en subasta pública y con el dinero que se obtuviere en dicha venta se hará pago, con más las costas e intereses. Como es fácil advertir, la ejecución forzosa en naturaleza de las obligaciones de capital es posible, porque

---

(2 unumtricies) Sent. 10 octubre 1952, en “R. de J. P.”, 1953, p. 708 ss.

al acreedor se le debía dinero y se le entregaría dinero. En este caso, el acreedor es pagado con lo mismo que se le debe.

Declara el inc. 1º del art. 1233 del cód. civ. que se le autoriza al acreedor para emplear los medios legales, a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.

Los medios legales de que hará uso el acreedor son aquellos que le permitan conseguir que el deudor cumpla con la prestación que le incumbe, no con ninguna otra aún cuando esta última fuera de más valor. El acreedor no persigue, con esta regla, el cumplimiento de otra prestación, sino de aquella que le es debida. Así, la prestación de daños y perjuicios no la pide con arreglo al inc. 1º del art. 1233, sino invocando el inc. 3º del mismo precepto, a no ser que se trate de los moratorios.

El deudor ha incumplido la prestación que es objeto de la obligación. Si el título en que consta la obligación es ejecutivo, el acreedor puede elegir esta vía. Empero, si no lo fuera tiene que acudir al procedimiento ordinario o sumario, atendida la cuantía de la obligación. Acumulativamente, puede demandar la indemnización que el retardo en el cumplimiento supone para el acreedor, o los daños y perjuicios por el incumplimiento. Sin embargo, los daños y perjuicios por el incumplimiento no pueden ser pedidos adicionalmente sino en forma alternativa y jamás en la vía ejecutiva, por ser éstos ilíquidos. La determinación del valor que el deudor debe pagar por equivalente, debe esclarecerse en un proceso de conocimiento y señalarse por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

Tratándose de obligaciones de capital, como no existe incumplimiento, sino siempre mora en la ejecución de la prestación, los daños y perjuicios que habrán de exigirse no serán jamás compensatorios, sino tan sólo moratorios, y como su evaluación no requiere sino de simples operaciones numéricas para la aplicación del interés legal o del interés convenido, estas obligaciones son casi siempre exigibles en la vía ejecutiva. Algunas veces, sin embargo, dichas obligaciones de capital no son líquidas, razón por la que se requiere que adquieran esta calidad en juicio declarativo.

Si se trata de mora de obligaciones no pecuniarias, la indemnización que el retardo produce no habrá de reclamarse en la vía ejecutiva, porque dicha indemnización necesita ser previamente liquidada.

Siempre hemos tenido la preocupación de saber cuál era la razón substancial por la que el juez dictaba el auto de pago en un juicio ejecutivo. Ciertamente, no nos parecía bastante que el instrumento con que se escoltaba la demanda prestara mérito ejecutivo y que fuera exigible por razón de tiempo, lugar y modo y ahora mayor de 1,200 soles. La indagación al ser profundizada no nos conducía a norma alguna que pudiera encontrarse en el derecho procesal; empero, ese precepto se encuentra instalado en el código civil, en el inc. 1º del art. 1233, por el cual se autoriza al acreedor a emplear los medios legales, a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.

Asimismo, otra preocupación nos asaltaba y era la que se refería al pago de los intereses legales por todo el tiempo que durara el juicio, no obstante que no hubiera existido pacto para pagar tipo de interés alguno. Sin embargo, el juez impone no sólo la obligación de pagar la cantidad debida, sino el abono del interés legal por todo el tiempo que se demore la entrega; y esa obligación adicional se aplica de acuerdo con el art. 1324 del cód. civ., que previene que en las obligaciones de capital los daños y perjuicios que causa la demora se pagan con los intereses convenidos, o con el interés legal. Y ese tipo de interés comienza a causarse desde el día siguiente de la notificación de la demanda ejecutiva, ya que es esa notificación la que constituye en mora al deudor y es la interpelación o requerimiento. En las obligaciones comerciales no es necesaria la interpelación para constituir en mora al obligado a término; basta la llegada de éste para que se encuentre incurso en la mora y en sus perjudiciales efectos. Empero, si la obligación mercantil no tiene plazo fijado para su cumplimiento, debe preceder interpelación para que el deudor sea reputado moroso.

Es de observar que el pago de intereses importa realmente el pago de los daños y perjuicios en las obligaciones de capital, por lo que puede admitirse que existen daños y perjuicios susceptibles de ser reclamados en la vía ejecutiva.

Existen obligaciones en las que no está expedita la vía ejecutiva si son incumplidas. Por ejemplo, las obligaciones alternativas en las que la elección corresponde al deudor, o las obligaciones de dar cosas determinadas sólo por su especie y cantidad aún cuando en éstas la elección correspondiera al acreedor y éste hubiera elegido al pretender su cumplimiento cosas de calidad superior. Para estas últimas la determinación de las cosas

inciertas no puede hacerse dentro de la ejecución, sino en un proceso declarativo.

En las obligaciones alternativas en que la elección corresponde al deudor y éste demorara en elegir, el acreedor deberá pedirle al juez que señale un plazo para que el deudor elija, so pena de que la elección la haga el acreedor, como lo dispone el art. 1200 del cód. civ. Consideramos que la determinación del plazo judicial no requiere de un juicio, sino que es un simple acto procesal, no obstante que el cód. de proc. civ. en su art. 296 dispone que deberá elegirse la vía ordinaria para toda cuestión litigiosa que no tiene tramitación especial siempre que su valor exceda de diez mil soles (ley N° 13036, de 24 de noviembre de 1958, art. 9°).

Tratándose de obligaciones de dar cosas inciertas la determinación de la calidad de las cosas que el deudor debe entregar se hará en la vía sumaria u ordinaria, con arreglo a su cuantía, sea que la elección la hiciera el acreedor o el deudor, ya que cualesquiera de ellos puede impugnar su calidad.

En las obligaciones facultativas sí se encuentra expedita la vía ejecutiva, ya que el acreedor puede legalmente exigir la prestación principal. Empero, el acreedor no puede, en ningún caso, reclamar la prestación facultativa; ello no obstante, el deudor ejecutado puede liberarse pagando la prestación facultativa y el juez de la ejecución tendría necesariamente que admitir la validez de este pago, no obstante que al acreedor se le paga cosa distinta a la que cobra judicialmente y que se entiende que le es debida, ya que fué por ella que se despachó ejecución.

El juicio ejecutivo se refiere siempre al cumplimiento de las obligaciones. Diversamente, en los juicios ordinarios y sumarios se ventila no sólo el cumplimiento de las obligaciones y la averiguación de su existencia y de los límites en que son exigibles, sino también derechos de las personas, de familia y de sucesiones. La ejecución es sólo obligacional. La existencia de las obligaciones se acredita por medio de títulos que las prueban suficientemente, debiendo además dichas obligaciones ser líquidas y exequibles por razón de tiempo y modo y de cuantía determinada (S/o. 1,200.00; ley N° 13036, de 24 de noviembre de 1958, art. 9°), para que sea posible exigir su cobro en la vía ejecutiva. Si no reúnen estos caracteres que la ley procesal exige preceptivamente habría que acudir a la vía sumaria u ordinaria, que es declarativa, o si el acreedor, no obstante tener título

ejecutivo, prefiere el juicio ordinario. En otra hipótesis el acreedor sólo tiene a su disposición la vía ordinaria para cobrar la obligación que se le adeuda, no obstante que dicha obligación objetivamente considerada presta mérito ejecutivo, pero por razón de tiempo se ha producido la caducidad del juicio ejecutivo. No se ha producido la extinción de la obligación por prescripción, sino la caducidad de la vía, por el transcurso del plazo fijado en el inc. 2º del art. 595 del cód. de proc. civ.

Existen también obligaciones, como las cambiarias, que sólo pueden reclamarse en la vía ejecutiva; no en otro juicio. Perdida la vía ejecutiva, el acreedor no puede acreditar la existencia de la obligación cuyo pago reclama con la letra de cambio que la representa, sino por otros medios. Así lo ha decidido nuestra jurisprudencia (2 duotricies).

Extinguida la letra por prescripción, la obligación que representa debe probarse por medios distintos de ésta.

Como el título que sirve de recaudo a la acción ejecutiva prueba fehacientemente la existencia de la obligación, el juicio está impregnado de un sentimiento de protección hacia el acreedor ejecutante y de una presunción en contra del deudor ejecutado.

Nuestro cód. de proc. civ. no sólo franquea la acción ejecutiva para las obligaciones de dar sumas de dinero o de capital, sino para la entrega de cosas muebles, y para el cumplimiento de las obligaciones de hacer y de no hacer. Distingue entre juicio ejecutivo y ejecución de sentencias, aún cuando nada provee en este último título cuando la sentencia ordena el cumplimiento de una obligación de hacer o de no hacer.

Lo usual es que los códigos de procedimientos sólo autoricen el juicio ejecutivo para las obligaciones de capital. Sin embargo, el cód. de proc. civ. de Chile contempla la ejecución para las obligaciones de dar cosas ciertas (arts. 455 v 459) y de hacer y de no hacer (arts. 530 a 544). El cód. del Uruguay en sus arts. 1309 a 1315 legisla sobre ejecución para las obligaciones de dar cosas ciertas.

En Italia se permite el cumplimiento de obligaciones de hacer y de no hacer que se funden en una sentencia firme (art.

---

(2 duotricies) Véase sents. 28 abril 1924, en "A. J.", 1924, p. 29; y de 16 junio 1933, en "R. de los T.", 1933, p. 164.

605 a 614); pero la sentencia para este cód. es título ejecutivo según el art. 474 inc. 1º.

Y el cód. civ. de Italia, promulgado en 1942, franquea la ejecución forzada en forma específica de las obligaciones de hacer y de no hacer. Así, declara en su art. 2931:

*“Esecuzione forzata degli obblighi di fare.— Se non é adempiuto un obbligo di fare, l’avente diritto puó ottenere che esso sia eseguito a spese dell’ obbligato nelle forme stabilite dal codice di procedura civile (articoli 612-614)”*.

Y su art. 2933 dispone:

*“Esecuzione forzata degli obblighi di non fare.— Se non é adempiuto un obbligo di non fare, l’avente diritto puó ottenere che sia distrutto, a spese dell’obbligato, ciò che é stato fatto in violazione dell’obbligo.*

*“Non puó essere ordinata la distruzione della cosa e l’avente diritto puó conseguire solo il risarcimento del danni, se la distruzione della cosa é di pregiudizio all’economia nazionale”*.

Adviértase que la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento de una obligación de no hacer, no permite este código como el nuestro, reclamarla por la vía de la ejecución forzada.

También el nuevo cód. de Italia, admite en su art. 2932 lo que llama “ejecución específica de la obligación de concluir un contrato” dentro del canal de la ejecución forzada. Esa fórmula declara que si el contrato tiene por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada o la constitución o la transferencia de otro derecho, la demanda no podrá ser acogida si la parte que la ha propuesto no ha cumplido con la prestación o no hubiere ofrecido su cumplimiento en el modo que la ley establece, a menos de que dicha prestación no fuera todavía exigible.

En el cód. de Córdoba de la Rep. Argentina, su art. 305 dispone que el mandamiento librado contra el deudor deberá contener la orden:

- 1) Si se trata de dar sumas de dinero, de requerirle su pago, o de trabar embargo en bienes del deudor, suficientes a satisfacerla;
- 2) Si se trata de dar una cosa cierta, de requerirle la entrega de ella o, en su defecto, de embargarla, si estuviere en su poder;

3) Si se tratare de dar una cosa incierta no fungible, de exigirle al deudor la elección, si no hubiere convenio de darle el derecho de elección, al acreedor; si la elección se hubiere hecho por el deudor o por el acreedor, de proceder como si se tratase de cosa cierta; y si el deudor se negase a hacer la elección, de trabar embargo en cosas de la especie de la obligación, elegidas por el acreedor, siempre que no sean de la mejor ni de la peor calidad de las que se encuentren en su poder o en el lugar establecido en el contrato;

4) Si fuere de dar cantidades de cosas, de requerir al deudor su entrega; y si no las entregare, de trabar embargo sobre las de la especie convenida, que estén en su poder o en el lugar convenido;

5) Si fuere una obligación de hacer o de no hacer, de intimarle al deudor que haga lo prometido, o destruya lo que hubiere hecho contraviniendo a la obligación, dentro del plazo que al efecto se le fije;

6) Si la obligación fuere alternativa, de exigirle al deudor que haga la elección y que dé la elegida; de intimarle que dé la debida al acreedor en los casos de los arts. 638 y 639 del cód. civ.; o cuando la elección corresponda al acreedor, de intimarle dé la prestación o el valor de la elegida por dicho acreedor; y de proceder una vez hecha la elección, como en los casos de dar cosas ciertas o sumas de dinero;

7) Si la obligación fuese facultativa, de exigirle al deudor que haga uso de la facultad de substituir la obligación principal por la otra convenida y que, una vez substituída, la dé o que entregue según la elección hecha por el acreedor, el precio de la prestación principal o la que era objeto de la accesoria, en el caso del art. 648 del cód. civ.; de proceder como en el caso de obligaciones de cosa cierta o de dar sumas de dinero, una vez establecido por el juez el precio de la prestación principal, cuando la substitución se hubiese hecho imposible, o existiese el objeto de la prestación accesoria.

Es realmente importante el esfuerzo que ha hecho el legislador cordobés con el fin de conseguir que tengan mérito ejecutivo las obligaciones genéricas, las alternativas y otras. Es noto-



rio, empero, su error en lo que se refiere a las obligaciones facultativas, ya que el acreedor sólo puede exigir la prestación principal y si ésta se extingue por caso fortuito, no puede el acreedor exigir la prestación subsidiaria.

Asimismo, tratándose de las alternativas en nuestro cód. civ. se plantean una serie de hipótesis con respecto a la pérdida de algunas prestaciones por culpa del deudor o por caso fortuito, que no es posible discriminar dentro de los breves y angustiosos plazos de una ejecución, sino que requieren de un juicio amplio de conocimiento.

De otro lado, cuando la prestación no puede, en general, ser cumplida específicamente, sino que se ordena pagar su valor, es incuestionable que la avaluación de la misma resulta, por lo reducido de los términos, prácticamente imposible en vía ejecutiva.

También en las obligaciones de no hacer constituyen mayoría los supuestos en que no puede ordenarse la destrucción de lo hecho contraviniendo la obligación, razón por la que la contravención se significa, a la postre, en la obligación de indemnizar los perjuicios y la determinación de los mismos requiere siempre de un juicio de conocimiento. Esta misma solución se presenta en aquellas obligaciones de hacer no fungibles, o sea en aquellas que no pueden ser cumplidas por otro a costa del deudor, por lo que sólo cabe exigir los perjuicios, cuyo avalúo no puede hacerse dentro de los estrechos plazos del ejecutivo.

En Argentina los códigos procesales de las provincias de Santa Fe y de Santiago del Estero, en sus arts. 272 y 443, respectivamente, permiten la ejecución para el cumplimiento de la obligación de otorgar escritura pública, siempre que la acción se deduzca en virtud de título que traiga aparejada ejecución. Sólo para estos casos es posible proceder ejecutivamente contra el deudor en las obligaciones de hacer, o sea que otras obligaciones de hacer no pueden ser exigidas ejecutivamente.

El cód. de proc. civ. y com. de la provincia de Buenos Aires (Argentina) sólo permite ejecutar por obligaciones de dar sumas de dinero (arts. 464 y ss.).

El proyecto del Ejecutivo de cód. procesal civil para la Argentina dispone en su art. 198, que procede la vía ejecutiva cuando se demanda por obligaciones exigibles de dar cantidades de cosas, valores, dinero, que sean líquidas; o por cosa cierta mue-

ble; o para suscribir una escritura pública. Es ésta la única obligación de hacer para la que permite la ejecución (3).

LIEBMAN (3 bis) expresa que la ejecución para el pago de las obligaciones de hacer y de no hacer presenta obstáculos especiales que se revelan en parte invencibles. En efecto, las obligaciones de hacer y de no hacer requieren para su cumplimiento una actividad o una abstención personal del deudor, o sea que el cumplimiento de dichas obligaciones depende de la voluntad del deudor. Si bien el empleo de la fuerza aparece como legítimo y justificado cuando se dirige contra los bienes del deudor, produce franca repulsa y crítica cuando dicha fuerza pretende ejercitarse sobre la persona del deudor. Es evidente que una acción de tal naturaleza repugna al criterio que ahora se tiene de la libertad personal.

Existen, empero, obligaciones de hacer que pueden ser ejecutadas por persona distinta del deudor, hipótesis prevista en el art. 1183 del cód. civ. La vía ejecutiva no la consideramos expedita en tal supuesto ya que es necesario determinar dentro de la secuela de la ejecución la cantidad que debe pagarse al tercero por haber realizado el hecho omitido por el deudor. Nuestro cód. de proc. civ., en su art. 737, regula la ejecución por tercero de la obligación de hacer, lo cual importa hacer recaer contra el ejecutado el pago de la obra, pago que puede resultar excesivo. De otro lado, la no ejecución por el deudor de la obligación de hacer puede deberse a caso fortuito o fuerza mayor, cuya prueba o demostración es casi imposible producirla dentro de los límites del juicio ejecutivo.

El art. 1187 del cód. civ. prevé que el mismo acreedor sea autorizado a ejecutar la obligación de hacer por cuenta del deudor, siempre que se demuestre que dicha obligación es fungible. Este supuesto no puede presentarse dentro del juicio ejecutivo, por no encontrarse previsto por la ley procesal.

Expresa CARNELUTTI (3 ter), al tratar de los límites naturales de la ejecución y de la imposibilidad de la ejecución, que no son susceptibles de ejecución forzosa las obligaciones de hacer o de no hacer, por lo menos cuando sean infungibles, es decir,

(3) Véase Cód. Procesal Civ. Proy. del P. Ejecutivo, Buenos Aires, 1949.

(3 bis) Véase Proceso de execucaio, Nº 15, p. 72.

(3 ter) Sistema, I, Nº 65, p. 222, ed. 1944.

cuando sólo puedan ser cumplidas mediante una actividad o una inercia concernientes al cuerpo del propio obligado.

También se ha negado la vía ejecutiva para el cumplimiento de una obligación de hacer porque la ley procesal sólo concede ésta cuando se refiere a obras, trabajos y, en general, actos que deberá practicar el demandado, pero no cuando el ejecutante pretende que se le otorgue judicialmente autorización para ejercitar por sí mismo un derecho, para lo cual la ley concede diversas acciones. Así, la sent. de 5 de enero de 1916 (3 quater). Este fallo es también importante porque se previno al juez que denegó la apelación mientras no se hubiere trabado el embargo, advirtiéndole que la ley procesal se refiere al cuaderno del embargo, pero no al cuaderno principal, que está separado, y la prohibición legal sólo rige para el primero.

Teniéndose en cuenta que estaba por decidir, en la vía ordinaria, si la obligación de hacer pactada en un contrato de locación, era pura o facultativa, se denegó la ejecución por la sent. de 23 de julio de 1927 (3 quinquies). En realidad, aunque fuera facultativa, la obligación podría ser exigida en la vía ejecutiva si, además, reunía los otros requisitos que la ley procesal exige para que determinadas obligaciones presten mérito ejecutivo.

Nuestro cód. de proc. civ. franquea también la vía ejecutiva para el cumplimiento de las obligaciones de no hacer. A diferencia del cód. civ., permite en su art. 737 que un tercero pueda ser autorizado a destruir lo que se hubiere hecho contraviniendo la obligación. No es aconsejable tampoco establecer la vía ejecutiva para esta clase de obligaciones, porque la brevedad de los términos no le permitiría al deudor demostrar que el *casus* le impidió cumplir con la prestación de no hacer. Prevé el art. 1189 del cód. civ. que el acreedor pueda ser autorizado a destruir lo hecho, situación no contemplada en la ley de procedimientos dentro del juicio ejecutivo, razón por la que el juez se encontraría impedido de dar semejante autorización al acreedor ejecutante.

Conviene también repetir aquí que aquello que se hubiese hecho infringiendo lo prometido en una obligación de no hacer resulta casi siempre que no se puede ordenar su destrucción, por

(3 quater) "A. J.", 1915, p. 293.

(3 quinquies) "A. J.", 1927, p. 175.

los valores económicos y sociales que pueden desaparecer. Ordena el cód. civ. en su art. 1190 que al acreedor sólo le cabe exigir la indemnización de daños y perjuicios que le ha producido la ejecución de lo practicado; concepto que repite el art. 739 del cód. de proc. civ. Es absurdo, sin embargo, que la ley procesal establezca, en su art. 738, que la prueba y el justiprecio de los daños y perjuicios que produzca el incumplimiento de una obligación de hacer o de no hacer, se sustancie como incidente del juicio ejecutivo.

El cód. de proc. civ. de Chile no permite reclamar los daños y perjuicios ejecutivamente. Así lo hace notar ALESSANDRI RODRÍGUEZ (3 sexies), quien dice que no es lo mismo exigir el cumplimiento de una obligación de dar que el cumplimiento de una obligación de hacer, desde que si ésta última es personalísima y si el deudor se resiste a cumplirla, no puede exigirse su cumplimiento forzado, o sea ejecutivamente.

Nuestra más reciente jurisprudencia no permite demandar ejecutivamente la suscripción de la escritura pública que una minuta debidamente firmada debía originar (3 septies). Consideramos que es ésta la única obligación de hacer que es posible ejecutar y no ninguna otra, por lo que el criterio de los jueces debe ser rechazado por inexacto.

(3 sexies) Véase Explicaciones de los códigos de procedimientos. II. p. 107.

(3 septies) Véase:

Sent. de 31 de mayo de 1951, en "R. de J. P.", 1951, p. 1040, que deniega la ejecución para la suscripción de una escritura pública de la cual se había firmado la minuta por ambos contratantes.

Sent. de 9 de enero de 1953, en "R. de J. P.", año XI, 1953, p. 480, que declara que no presta mérito ejecutivo la minuta de contrato de rescisión de sociedad, aún cuando la misma haya sido firmada por ambas partes, porque no se puede exigir como obligación de hacer el otorgamiento de escritura pública, en vía ejecutiva.

La jurisprudencia no niega que en la vía ordinaria se pueda exigir el otorgamiento de escritura pública apoyado en una minuta firmada por el demandado. Niega la vía ejecutiva porque equivocadamente considera que la minuta no es título, con arreglo a la ley procesal, que preste mérito ejecutivo.

Sent. de 27 de junio de 1952, en "R. de J. P.", año X, 1952, p. 2583 s., la que da carácter uniforme a la jurisprudencia en el sentido de que una minuta firmada por todos los condóminos no da mérito a una ejecución encaminada a que los condóminos renuentes suscriban la escritura pública de división y partición que la minuta origina.

Es evidente que si la escritura pública es exigida ad solemnitatem como acontece con la donación de inmueble y la transacción, debe ser rechazada la demanda ejecutiva que persigue la suscripción de la escritura apoyada en una minuta, porque mientras no se hubiere cumplido la forma exigida por la ley no puede estimarse que existe contrato.

Ni aún en la vía ordinaria procede reclamar el otorgamiento de una escritura pública de donación inmobiliaria o de transacción, apoyada en minuta que contenga uno de dichos contratos. Empero, si procedería la acción de otorgamiento si se apoya en un instrumento que contenga la promesa de donar un inmueble o de transar.

El art. 559 del cód. procesal de Chile permite demandar ejecutivamente la suscripción de un instrumento, declaración que falta en nuestra ley de procedimientos civiles. Y el art. 560 del cód. proc. chileno también franquea la ejecución para las obligaciones de hacer que se refieren a la realización de un hecho cualquiera o a la construcción de una obra material. No permite, como ya se ha dicho, avaluar dentro de la ejecución los daños y perjuicios que produce el incumplimiento de una obligación de hacer.

Ocupándose ALESSANDRI RODRÍGUEZ (3 octies) de la ejecución para la suscripción de un documento, afirma que en este caso no hay embargo y que primero el juez despachará mandamiento para que el obligado suscriba el instrumento en el plazo fijado, bajo apercibimiento de que lo suscribirá el juez si el obligado no lo hiciere; y que vencido el plazo el juez deberá dictar sentencia y no limitarse tan sólo a cumplir el apercibimiento.

Para los brasileros la obligación de suscribir un documento se denomina "condenación a prestar declaración de voluntad" (3 nonies).

Ya hemos visto que el proyecto argentino de ley procesal permite, en su art. 198, demandar ejecutivamente la suscripción de una escritura pública.

Por lo que dejamos relacionado, no cabe exigir ejecutivamente el cumplimiento de obligaciones de hacer y de no hacer, salvo que se trate de aquellas obligaciones de escriturar y siempre que para éstas se cuente, por el acreedor, con título que preste mérito ejecutivo. En la vía declarativa se puede exigir alternativamente o el cumplimiento con más los daños y perjuicios moratorios, o los daños y perjuicios compensatorios.

Más fácil de admitir es la ejecución para la entrega de cosas muebles que también nuestra ley procesal legisla en los arts. 721 y ss.

Sin embargo, en estas ejecuciones se presentan casos imposibles. Así lo hace notar LIEBMAN (3 decies), cuando la cosa debida, genérica o en especie, no es encontrada en el patrimonio del deudor. Existe evidentemente imposibilidad para la entrega de cosa cierta y determinada si el ejecutado ha enajenado la cosa mueble cierta a un tercero de buena fe y dicha enajena-

(3 octies) Explicaciones . . . , II, p. 107 s.

(3 nonies) Véase LIEBMAN, *Processo de execucao*, N.º 99, p. 341 s.

(3 decies) *Processo de execucao*, N.º 15, p. 72.

ción es a título oneroso, conforme a la doctrina de que la posesión vale el título contenida en el art. 890 del cód. civ.

Nuestro cód. de proc. civ. admite la ejecución para la entrega de cosas muebles que se cuentan, pesan o miden, en su art. 722, disponiendo que su valorización se hará en vista de su precio medio en el mercado, "en el lugar y tiempo en que se ejercite la acción", y no cuando dichas cosas deben ser pagadas, lo cual es notoriamente equivocado. La prueba del incumplimiento por la intervención del *casus* le es prácticamente negada al deudor ejecutado, atendida la brevedad de la ejecución. En otro caso, los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación de entregar cosas muebles no pueden ser reclamados por el acreedor dentro de la ejecución, porque no existe precepto alguno que así lo disponga y porque la prueba de esos daños resulta también imposible producirla dentro de los términos procesales que la ley fija.

La vía ejecutiva para la entrega de cosa mueble persigue la entrega de dicha cosa evidentemente, y no el pago de daños y perjuicios. Sin embargo, la ley procesal prevé la entrega de dinero en sustitución de la cosa mueble que el deudor se había obligado a entregar cuando la misma es posible de ser avaluada y la valuación se hará por un perito que nombre el juez sin citación contraria (art. 722 del cód. de proc. civ.), y si son efectos públicos o valores cotizables su precio se acreditará por medio de certificación de la Bolsa o de la Cámara de Comercio (art. 723 del cód. de proc. civ.). En caso de que la cosa mueble no pueda ser presentada para su tasación el art. 724 del cód. de proc. civ. dispone que el juez puede hacer una estimación prudencial del valor de la cosa, para lo cual deberá tener en cuenta la calidad de la cosa establecida en el instrumento en que consta la obligación.

En realidad, el pago del valor de la cosa mueble cuando ésta no puede ser entregada como consecuencia de la ejecución, no importa el pago de los daños y perjuicios, ya que el valor de la cosa sólo se refiere al *damnus emergens*, sin que se tome en cuenta el otro extremo, que es el del *lucrum cesans*.

Seguramente, el legislador peruano tuvo en cuenta que lo resuelto en una ejecución no tiene el carácter de la *res judicata*, ya que el art. 1083 del cód. de proc. civ. permite su contradicción en juicio ordinario, contradicción que puede ser promovida tanto por el deudor como por el acreedor. Por lo mismo, las

resoluciones dictadas para el cumplimiento de obligaciones de entregar cosas muebles, de hacer y de no hacer, no irrogarían un daño definitivo al vencido.

Conviene advertir que en el título de ejecución de sentencias, no contiene nuestra ley procesal fórmulas que dispongan cómo se cumplirá una sentencia que ordene el pago de una obligación de hacer o de no hacer, o de una obligación de entrega de cosas muebles, pero el art. 1152 declara que "las disposiciones del título ejecutivo son aplicables a la ejecución de sentencia en aquello que no está expresamente previsto".

Si el acreedor de una obligación de dar cosas muebles, de hacer o de no hacer, opta por exigir su cumplimiento ejecutivamente, se ve privado no sólo de poder acreditar los daños y perjuicios que le produce la mora o la inejecución, no sólo por la brevedad de la litis que le impide una prueba generalmente difícil, sino porque nuestra legislación procesal carece de precepto regulador de la indemnización en cuanto a la entrega ejecutiva de cosas muebles. Mas conviene entonces reclamar el cumplimiento de estas obligaciones en un proceso de conocimiento, en el que se cuidará de exigir la ejecución más los daños y perjuicios que el retardo ha producido y, alternativamente, los daños y perjuicios sufridos por la inejecución.

En conclusión, estamos convencidos que una reforma de nuestro procedimiento civil debe suprimir el juicio ejecutivo para el cumplimiento de obligaciones de hacer y de no hacer, salvo cuando se trate de la suscripción de un instrumento.

Sólo los abogados sin experiencia exigen ejecutivamente el cumplimiento de obligaciones de hacer o de no hacer.

En cuanto a la obligación de hacer o de dar que consiste en la entrega de un predio, el derecho procesal extranjero es uniforme en el sentido de negar la vía ejecutiva para el cumplimiento de dicha obligación.

136f).— *La prisión por deudas.*— Hasta hace no mucho tiempo, las legislaciones admitían, como medio indirecto para obtener el cumplimiento de la obligación, la prisión por deudas. Se advierte que ahora en muchos países se ha discutido la conveniencia de restaurar este recurso. Era un medio de presionar indirectamente al deudor a que cumpliera la obligación en naturaleza, específicamente.

Constituyó en la época primitiva, esta prisión por deudas un recurso privado por el que el acreedor podía encadenar a su deudor y privarlo de la libertad.

En el Perú, desde la Constitución de 1919 (art. 25) figura el precepto que suprime la prisión por deudas. Así, en la Constitución vigente, su art. 58 declara: "No hay detención por deudas" (3 undecies).

La indemnización de daños y perjuicios es el sustitutivo de la prisión por deudas, evidentemente menos eficaz pero más de acuerdo con el principio de equidad, ya que no se trata con ella de infligir un castigo civil al deudor.

El incumplimiento de algunos contratos, como el de depósito y el de prenda, tiene repercusiones penales. Hoy mismo, el depositario de bienes embargados puede ser detenido si no presenta los bienes depositados al día siguiente del requerimiento, de conformidad con el art. 644 del cód. de proc. civ., pero esa detención no puede prolongarse más de tres meses según el art. 185 del mismo cód. Asimismo, el depositario, el comisionista y el administrador, así como el acreedor pignoraticio, incurren en delito de apropiación ilícita si se apropiaran de las cosas muebles que estuvieren deteniendo (arts. 240 y 242 inc. 3º del cód. pen.).

También si con el objeto de pagar una obligación de capital el deudor entrega un cheque girado por él, que no puede ser realizado por carecer de fondos disponibles, este hecho es reputado por la ley penal como delito de estafa; sin embargo, en el cód. pen. no existe disposición que configure netamente como delito de estafa al hecho de girar cheques en descubierto.

El principio general que ahora tiende a revivir es el de que el incumplimiento doloso de las obligaciones emergentes del contrato debe tener sanción penal. Dicho principio había casi desa-

---

(3 undecies) El art. 128 de la Constitución de 18 de marzo de 1828, mandó que una ley determinara los casos en que habría prisión por deudas. Esa ley fué la de 19 de noviembre de 1832, que en buena cuenta abolía la prisión por tal motivo, desde que casi todos los casos en que según dicha ley procedía el apresamiento importaban responsabilidad penal.

Se infería de los arts. 1200 y 1201 del derogado cód. de enjuiciamientos civiles, que por deudas, sea quien fuere el acreedor, no procedía el apremio de guardias, ni la detención corporal. En el mismo sentido DE LA LAMA, p. 562 s., apéndice Nº 64. En verdad, la prisión por deudas fué atenuándose hasta desaparecer. Para este punto consultar SALVAT, Nº 65, p. 37; COLIN et CAPITANT, II, p. 37 ss., sec. II; DEMOGUE, VI, Nº 33, p. 47.

En realidad, ninguna obligación puede exigirse compulsiva y violentamente a no ser en muy raras excepciones.



parecido dentro del exagerado individualismo que concedió a la autonomía de la voluntad un lugar preponderante en la esfera contractual. No hay duda que el contratante deberá ser castigado penalmente cuando se compruebe que a base del contrato que celebró quebrantó dolosamente el patrimonio del otro contratante, que el contrato sólo le sirvió de instrumento para delinquir.

Es fácil comprobar lo que expresamos, ya que ahora la policía reputa delitos una serie de eventos dañosos que antes sólo acarreaban sanciones civiles.

Entre el injusto civil y el injusto penal no existe más diferencia que la de grado, de intensidad, porque en ambos se trata de una actividad contraria al derecho. Sólo razones de política jurídica, que reinan en épocas distintas, hace que determinadas infracciones o incumplimientos se sitúen en la esfera civil o en la penal. Al campo del derecho privado irán a situarse infracciones para las que la mentalidad de la época considera demasiado enérgica la sanción penal.

### CAPITULO III

#### EJECUCION INDIRECTA

136g).— *Prestación realizada por otro.*— El inc. 2º del art. 1233 cód. civ., autoriza al acreedor para hacerse procurar por otro a costa del deudor, aquello a que éste está obligado.

Nos encontramos dentro del área de los sustitutivos. Ya no se trata de hacer cumplir la prestación por el mismo obligado, sino por otro a costa de él.

La aplicación del inc. 2º del art. 1233 cód. civ. es inadmisibles en ciertas hipótesis; v.g., en las obligaciones de hacer en las que la persona del deudor fué escogida por su industria, arte o cualidades personales. Pero si se trata de servicios ordinarios, o de labores en que la persona del que las realiza es indiferente, el acreedor puede procurarse la prestación por otro a costa del deudor. Sin embargo, el acreedor puede pedir que un tercero ejecute la prestación personalísima a costa del deudor, renunciando al carácter inherencial de la obligación.

En las obligaciones de hacer, si el hecho puede ser ejecutado por otro, el acreedor podrá ser autorizado a ejecutarlo por cuenta del deudor (art. 1187 cód. civ.); o sea que en este caso el acreedor puede ser autorizado para procurarse la prestación por sí mismo, es decir, a pagarse a sí mismo. También en las obligaciones de no hacer (art. 1189 cód. civ.), el acreedor puede ser autorizado a destruir lo que se hubiere hecho en contravención de la prestación.

El pago al acreedor extingue la obligación, no obstante haber sido hecho por un tercero (art. 1235 cód. civ.). El acreedor no puede negarse a admitir el pago que haga un tercero por el deudor, conforme a la doctrina del dispositivo últimamente citado; por lo mismo, es comprensible que trate de procurar el cumplimiento de la prestación por otro a costa del deudor.

De otro lado, el deudor viene obligado a pagar al tercero que cumplió la prestación que él debía, siempre que se justifique que el acreedor ha procedido dentro de los límites de su derecho.

136h).— *Obtención de un quantum indemnizatorio*.— Otro sustituto es el que viene consignado en el inc. 3º del art. 1233 cód. civ.:

Son efectos de las obligaciones:

“3º Autorizarlo (al acreedor) para obtener del deudor la indemnización correspondiente”.

Se trata del cumplimiento por equivalente, o sea exigir el pago de los daños y perjuicios.

Esta indemnización de que habla la regla procede en los siguientes dos casos:

- a) Si existe mora; o
- b) Si existe inexecución.

Conviene que hagamos una advertencia sobre un punto sustancial: principio universal de derecho es el de que el dolo y la culpa no se presumen y que quien los invoca debe probarlos.

Este principio tan claro y lógico en materia de obligaciones sufre una modificación importante: Quien no ejecuta la prestación que debe se supone que lo hace por una causa que le es imputable. Por lo mismo, el acreedor, para obtener la indemnización de daños y perjuicios, no tiene más que probar la

existencia de la obligación y la mora o el incumplimiento; es, por su parte, al deudor a quien corresponde comprobar las causas de descargo que pudieren existir. Esta es la doctrina que anima el precepto del art. 1326 cód. civ.

Nosotros tenemos una regla especial en esta materia, que está instalada en el título IX de la sección III del libro V del cód. civ., denominado "De la inejecución de las obligaciones". Es la del art. 1320:

"Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios aquel que en el cumplimiento de sus obligaciones incurre en dolo, culpa o morosidad, y el que de cualquier modo contraviniere a ellas".

La obligación de indemnizar los daños y perjuicios es un sustituto de la prestación que el deudor ha incumplido. Debe entonces hacerse su análisis.

El incumplimiento o el retraso en el cumplimiento deben ser imputables al deudor. No es suficiente la producción de un daño. Y el deudor es imputable por dolo o por culpa.

No pudiendo cumplirse la obligación en forma específica, o sea dando, haciendo o no haciendo aquello que realmente se debe, la ley permite al acreedor dirigirse contra el patrimonio del deudor a fin de que con el valor de alguno o algunos de sus bienes restablezca el equilibrio que quedó desarticulado con el incumplimiento. Se trata del cumplimiento por equivalente que obtiene el acreedor haciendo uso del derecho de agresión que la ley le da contra el patrimonio de quien le es su deudor. Asimismo, el incumplimiento que da origen a la obligación de indemnizar se opera sólo en cuanto la persona ha asumido una obligación válida. No existiendo obligación anterior no puede reclamarse indemnización alguna.

Si el deudor no es responsable de la pérdida o destrucción de la cosa que debía entregar, manda el art. 1327 del cód. civ. que deberá ceder al acreedor cualesquiera derechos que le hubieren quedado relativos a ella.

Más completo es, a este respecto, el cód. civ. alemán, que prevé la hipótesis de que la cosa estuviere asegurada, o tuviera el deudor derecho a reclamar y obtener una indemnización. El art. 281 de dicho cód. establece:

"Si a consecuencia de la circunstancia que hace imposible la prestación, obtuviere el deudor una indemnización por el objeto debido, o un derecho de indemnización, podrá el acreedor

exigir la entrega de la indemnización recibida, o la cesión del derecho a recibirla.

“Si el acreedor tuviese derecho a los daños y perjuicios por inejecución, disminuirá tal derecho cuando haga uso del indicado en el párrafo precedente del valor de la indemnización obtenida o de otro derecho análogo”.

No es necesario señalar en la demanda de indemnización de daños y perjuicios la cuantía que se reclama del deudor; así lo declara, con uniformidad, la jurisprudencia extranjera más reciente.

Asimismo, en algunos fallos del extranjero se declara la obligación de indemnizar los daños y perjuicios y se deja a otro juicio que se pruebe su existencia y su cuantía. Se dice que antes de producir prueba sobre la existencia del daño, deberá haberse establecido su resarcibilidad.

Una sentencia de Italia decide que puede condenarse a una parte “genéricamente” al resarcimiento de los daños, aún cuando no se hubiera justificado la existencia de daño alguno, pero si no se prueban en su oportunidad, la parte condenada genéricamente será absuelta (3 duodecimos). O sea que se puede obtener una sentencia ejecutoriada de condena de daños y perjuicios, sin haber pedido suma alguna por este concepto y menos haber probado la existencia de daños y perjuicios.

## C A P I T U L O   I V

### I N D E M N I Z A C I O N   D E   D A Ñ O S   Y   P E R J U I C I O S

137.— *Generalidades*.— El art. 1233 inc. 3º cód. civ. dispone:

“Son efectos de las obligaciones:

“3º Autorizarlo (al acreedor) para obtener del deudor la indemnización correspondiente”.

¿Cuándo procede la indemnización? La respuesta la da el art. 1320 cód. civ.:

(3) duodecimos) Véase nota de ETKIN Alberto M. “La demanda genérica por resarcimiento de daños”, en Rev. “Jurisprudencia Argentina”, abril-mayo-junio de 1953, II, p. 419 ss.

“Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios, aquel que en el cumplimiento de sus obligaciones incurre en dolo, culpa o morosidad, y el que de cualquier otro modo contraviere a ellas”.

En el art. 1265 de la legislación abrogada se decía: “El que celebra un contrato no sólo está obligado a cumplirlo, sino también a resarcir los daños que resulten directamente de la inejecución y contravención, por culpa o dolo de la parte obligada”.

Expresan, a este respecto, PLANIOL-RIPERT y Esmein (4), que “si el deudor no cumple su obligación cuando y como debiera, el acreedor tiene el derecho de obtener una indemnización por daños y perjuicios; es decir, una suma en dinero equivalente al provecho que hubiera obtenido del cumplimiento efectivo y exacto de la obligación, a título de indemnización por el perjuicio sufrido”.

En algunos casos se ha establecido, por la jurisprudencia extranjera, que la acción de daños y perjuicios es improcedente, cuando se deriva del incumplimiento de un contrato en el que no se estipuló la condición resolutoria, si no se ha reclamado previamente su rescisión o resolución.

La redacción del art. 1320 del cód. civ. antes reproducido induce a confusión, ya que sujeta a la indemnización de daños y perjuicios a aquel que incurre no sólo en culpa o dolo, sino también en morosidad, como si esta última fuera una categoría análoga a los otros términos “dolo” o “culpa”, cuando en verdad la mora puede también deberse en unos casos a culpa y en otros a dolo. La mora sin culpa no deriva normalmente responsabilidad del deudor. Propiamente, si no existe culpa en el deudor, no habrá mora. La mora siempre importa responsabilidad; de lo contrario, no será mora.

Lo verdadero es que la obligación se incumple por quien la debe sea si la inejecución es absoluta y total, sea si sólo hay retardo en su ejecución; y ambas formas de incumplimiento pueden deberse a culpa, a dolo, o a cualesquiera otra razón, como el caso fortuito y la fuerza mayor. En tanto que generalmente el dolo y la culpa obligan al deudor a indemnizar, el caso fortuito y la fuerza mayor lo liberan de esta obligación sobreviniente a la inejecución o al retardo en la ejecución.

---

(4) VII, Nº 821, p. 133.

La demora en el cumplimiento de la obligación es también incumplimiento; es una forma de éste.

En algunas hipótesis aún el "*casus*" deriva responsabilidad para el deudor. Por ejemplo, si se encuentra en mora, o se pactó que el deudor respondiera por este acaecimiento.

Al acreedor lo único que se le exige es que pruebe la existencia de una obligación exequible a su favor. Corresponde entonces al deudor acreditar que la ha extinguido por uno de los medios como se extinguen las obligaciones: pago, novación, compensación, etc., o que la prestación en que la obligación consiste no la ha extinguido porque ha existido un "*casus*" que lo exime de responsabilidad. Si no acredita el deudor ni la extinción, ni el "*casus*", deberá pagar los daños y perjuicios.

Toda indemnización de daños y perjuicios compensatorios o moratorios requiere para su estimación de un juicio de conocimiento, que será sumario u ordinario en atención a la cuantía de la indemnización que se reclame, salvo que sean daños y perjuicios moratorios en obligaciones de capital.

Como la indemnización de daños y perjuicios compensatoria puede tener el carácter de exequible, pero jamás el de líquida, no procede emplear para su cobro la vía ejecutiva. Por lo mismo, la sentencia ejecutoriada que se pronuncie en el proceso de conocimiento, que será una sentencia de condena, se exigirá su cumplimiento no por la vía ejecutiva, sino mediante el procedimiento establecido en el cód. de la materia para la ejecución de sentencias.

En el cód. de proc., sin embargo, se ha establecido para algunos casos que el justiprecio de los daños y perjuicios se haga en incidente. Así, cuando el acreedor opta por el pago de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de una obligación de hacer o de no hacer (art. 738); o cuando se trata de avaluar los perjuicios sufridos por razón de un embargo preventivo indebidamente trabado (art. 244). En otras hipótesis, aún cuando los daños y perjuicios que se reclaman asciendan a una cantidad considerable, se fijarán en la vía sumaria; así ocurre en el interdicto de retener (art. 1008 cód. de proc. civ.) y en los de recobrar, obra nueva y obra ruinoso (arts. 1015, 1026 y 1029 del cód. de proc. civ.). Fijado el monto de los daños y perjuicios en vía de ejecución de sentencia pronunciada en un in-

terdicto eso importa ejecutoria en la Corte Superior. Es inadmisibile el concesorio del recurso de nulidad (4 bis).

Tratándose de obligaciones de dar sumas de dinero, los daños y perjuicios que se reclaman no son compensatorios, sino tan sólo moratorios y su abono no exige de complejas probanzas, ya que en las obligaciones de capital los daños y perjuicios que ocasione la mora se traducen en los intereses legales si nada hubieren previsto las partes. Es fácil entonces para el caso de reclamarse indemnización determinar el monto de los intereses aplicando la tasa pactada o la tasa legal y esta facilidad para el avalúo permite que se utilice la vía ejecutiva para reclamar el pago de una obligación de capital, más la indemnización por la mora.

Quien demanda el pago de daños y perjuicios por el incumplimiento o por la mora en el cumplimiento de una obligación de dar, que no sea de dar sumas de dinero, o de hacer o de no hacer, tiene que seguir un juicio de conocimiento (ordinario o sumario) para determinar el monto de dichos daños y perjuicios por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

Si la indemnización por los daños no ha sido previamente estimada, es necesario que se determine en la vía ordinaria o sumaria, atendida la cuantía que se demande, mediante el pronunciamiento de un fallo pasado en autoridad de cosa juzgada.

Las partes pueden haber determinado anteladamente la cuantía de los daños y perjuicios para el supuesto de inejecución o de mora en la ejecución de la prestación. En ambos casos, tiene que seguirse una litis en la vía ordinaria con el objeto de determinar si procede o no la aplicación de la cláusula penal convenida, en cuya secuela puede también el obligado pedir que el juez reduzca el monto fijado en dicha cláusula por ser excesivo o por haber sido en parte o irregularmente cumplida la prestación y, a su vez, el acreedor puede exigir que sea aumentada por cuanto se han producido otros daños y perjuicios adicionales. Nuestra jurisprudencia, sin embargo, admite que se reclame ejecutivamente la pena o multa, pese a que legalmente el juez se encuentra autorizado a disminuirla. Así, sent. 28 diciembre 1927, en "R. del F.", 1928, p. 15.

Ni en la hipótesis de que el contrato prevea que el monto de la cláusula penal pactada puede ser exigido ejecutivamente

---

(4 bis) Así lo ha decidido la jurisprudencia: sent. 14 de agosto 1948, en "R. de J. P." 1948, p. 666 s.

puede despacharse ejecución, ya que con arreglo al art. 1227 del cód. civ., que permite al juez reducir la pena, no podría estimarse que existe cantidad líquida, que es uno de los requisitos sustanciales para que la obligación preste mérito ejecutivo.

Por consiguiente, la inejecución o la mora en el cumplimiento de las obligaciones de dar que no sean obligaciones de dar sumas de dinero, o de obligaciones de hacer y de no hacer, no dejan expedita al acreedor la vía ejecutiva.

Existe jurisprudencia sobre la necesidad en que se encuentra el acreedor de probar la existencia de la obligación a cargo de su deudor. La obligación es lo anormal, lo excepcional; lo frecuente es que los hombres no se encuentren sujetos al cumplimiento de obligaciones. Es por tal razón que todo acreedor deberá acreditar que alguien le es su deudor y ese acreditamiento es evidente que no puede hacerse con testigos. La sentencia de 20 de setiembre de 1932 (4 ter) declara que el acreedor no ha probado, conforme al art. 337 del cód. de proc. civ., la realidad del mutuo o de algún otro contrato que produjese la obligación de devolver y que si bien es verdad que el demandado admitió haber recibido del actor determinada suma de dinero, ha agregado en dicha prueba que esa entrega se le hizo en pago de una deuda, por lo que siendo la confesión indivisible no puede separarse esa respuesta admitiendo tan sólo que resulta probado que recibió el supuesto deudor el dinero.

Varios fallos han contemplado la necesidad en que se encuentra el deudor al cual se le demuestra la existencia de una obligación a su cargo, de probar que la ha extinguido por el pago o por cualesquiera otros medios, como son la novación, compensación, transacción, etc.

Así la sent. de 14 de julio de 1924 (4 quater), ha sido dictada en la reclamación interpuesta por quien habría recibido el pago total al suscribir una escritura pública y que, sin embargo, exige la cantidad de dinero, siendo de advertir que el notario autorizante no había dado fe, como oficial público, de la entrega material del dinero verificada ante él, con arreglo al art. 1º de la ley de notariado y que si hubiera evacuado esa certificación su mérito sería incontrovertible, en cuanto a la realidad de la entrega, conforme al art. 401 del cód. de proc. civ. Dicho

---

(4 ter) En "R. de los T.", 1932, p. 329 ss.

(4 quater) En "A. J.", 1924, p. 73 ss.



notario sólo se había limitado a expresar que el interesado se daba por satisfecho con la suma indeterminada que recibía, lo cual era infractorio de sus deberes y no constituía fe de entrega y no probaba entonces el cumplimiento de la obligación que con el contrato se pretendía extinguir. Por lo mismo, no siendo suficiente dicha prueba, el demandado se encontraba constreñido a probar, por otros medios distintos a los de la escritura pública, el pago de dinero.

Asimismo, otra sent. examina la hipótesis de que alegado por el deudor un caso de fuerza mayor, debe probar su existencia para liberarse de responsabilidad, desde que la culpa se presume (4 quinquies).

Si el demandado ha opuesto a la demanda de pago de una obligación una serie de excepciones en que la prueba de una de ellas bastaría para tener por extinguida la obligación, si no acredita ninguna de dichas excepciones deberá declararse fundada la demanda (4 sexies).

También hay jurisprudencia que reclama que quien cobra demuestre ser el acreedor (4 septies).

(4 quinquies) Sent. de 5 de enero de 1929, en "A. J.", 1928, p. 326 ss.

(4 sexies) Véase la sent. de 6 de agosto de 1901, en CALLE J. J., "Vistas Fiscales"

III, p. 83 ss.

(4 septies) El demandante se encuentra obligado a justificar su derecho a cobrar, o sea su calidad de acreedor; así, el guardador no puede cobrar una deuda de su pupilo, si no ha discernido el cargo, declara la sent. de 24 de marzo de 1908, en "A. J.", 1908, p. 22. Tampoco tiene su derecho expedito para cobrar un acreedor cesionario si la cesión del crédito que se reclama se perfeccionó por un apoderado que no estaba facultado expresamente para cobrar, decide la sent. de 12 de julio de 1909, en "A. J.", 1909, p. 193. En el mismo sentido, la sent. de 12 de junio de 1925, en "El D. J.", de 24 de junio de 1925.

Asimismo, las sents. de 10 de mayo de 1906, en "A. J.", 1906, p. 48, y de 29 de agosto de 1935, en "R. de los T.", 1935, p. 285, niegan al acreedor su derecho a exigir el pago a un menor si lo hace en virtud de una escritura pública de reconocimiento de deuda que otorgó el representante del menor, sin las formalidades que para obligar sus bienes requiere la ley.

La sent. de 14 de abril de 1930, en "R. de los T.", 1932, p. 12, declara improcedente el cobro de una letra de cambio porque el demandante no aparece como tenedor legítimo de ella.

Respecto a las obligaciones pasivas que el finado transmitió a sus herederos, la sent. de 10 de noviembre de 1894, en "A. J.", 1894-1898, p. 114, declara que en defecto de prueba sobre la realidad de una obligación (sobre su existencia) que debe la testamentaria, sólo se puede exigir su pago a los herederos que la hubieran reconocido. Tratábase de un instrumento privado que había sido reconocido en su contenido y firma, sólo por algunos de los varios herederos. El art. 842 del cód. de Enjuiciamientos, no imponía a cada heredero la obligación de aceptar como válidos los actos que otro heredero practicaba, por el principio universal de derecho de que cada uno es responsable de sus propios actos. La misma doctrina contiene nuestro vigente cód. de proc. civ., en su art. 422, cuando previene que el reconocimiento del instrumento privado otorgado por el causante, sólo perjudica al heredero que lo hace. Es evidente que el reconocimiento no podía perjudicar al heredero que no lo practicó. El Fiscal opinaba porque el instrumento privado era exigi-

Todo deudor que no cumple o demora la prestación que le incumbe, es responsable por el incumplimiento o retraso, a no ser que dicho incumplimiento o retraso se deba a una causa extraña, que no le es imputable.

La responsabilidad por los daños y perjuicios se debe no sólo a mora, culpa o dolo, sino a cualesquiera otra contravención, como enuncia el precepto; este término, como expresa SÁNCHEZ ROMÁN (5), es más genérico y comprende el incumplimiento absoluto como el cumplimiento deficiente, defectuoso o indebido. Ocurre que el deudor no cumple, en algunos casos, debido a su insolvencia, simplemente, no obstante que sabe que debe.

El efecto normal de toda obligación reside en su cumplimiento, en su ejecución. Empero, ese cumplimiento puede no efectuarse por varias causas. Una de ellas puede ser por caso fortuito o fuerza mayor y entonces estaremos dentro de la teoría de los riesgos, o sea la que determina a cuál de las partes incumbe soportar el perjuicio que emana del incumplimiento.

También puede no realizarse el cumplimiento de la obligación por dolo, culpa o mora, apareciendo entonces la teoría del daño contractual.

Tratándose de la responsabilidad por hechos de tercero, se aplica la regla por la que si el deudor permite o hace que los terceros cooperen al cumplimiento de sus propias obligaciones, responderá por los hechos de éstos. El deudor responde de todo lo que ha dejado entrar en su esfera de actividades, o que ha admitido colaborar con él, de modo más o menos permanente y más o menos completo (5 bis).

Debe dejarse establecido que el incumplimiento de la obligación no sólo debe ser por dolo, culpa o morosidad, sino que, además, debe producir un perjuicio que se signifique en la disminución patrimonial que experimenta el acreedor.

Uno de los modos como se extinguen las obligaciones es aquel en que la prestación llega a ser imposible sin culpa del

---

ble de todos los herederos, porque no adolecía de falsedad ni de nulidad, ni se había acreditado que estuviese satisfecho o prescrito. Agregaba que existiendo el instrumento, el heredero que no lo había reconocido se encontraba obligado a probar que había sido cancelado. Es claro que el acreedor había omitido una diligencia esencial, cual era la de cotejo, ya que varios de los llamados al reconocimiento lo habían hecho en sentido negativo.

(5) IV, Nº 52, p. 336.

(5 bis) PLANIOL-RIPERT, VII, Nº 845, p. 158.

Sobre una apreciación de la imposibilidad de la prestación véase sent. de 23 de noviembre de 1939, en "R. de los T.", 1939, p. 433.

deudor (art. 1318 cód. civ.). Es claro que si la imposibilidad ocurre al tiempo de celebrarse el contrato, impedirá su formación, desde que faltaría un elemento esencial del acto jurídico que es el objeto (art. 1075 cód. civ.) y ello importa su nulidad. Nadie está obligado a cumplir lo imposible y tampoco deberá los daños y perjuicios porque el incumplimiento se hizo imposible.

Es útil para la técnica legislativa la diferencia que existe entre la ausencia de culpa y el caso fortuito. Si la ley exige la prueba del caso fortuito es porque el legislador ha querido ser más riguroso y reclama la prueba completa de un hecho necesario e inevitable del que resulta la imposibilidad de ejecutar. Pero si el legislador exige sólo la prueba de la ausencia de culpa el juez sólo habrá de contentarse con que el deudor le acredite que obró con el cuidado y la diligencia requeridos para el cumplimiento de esta clase de obligaciones y que los adoptaría todo hombre normal, un diligente padre de familia. Por ejemplo, tratándose de la mora, el deudor puede librarse de sus efectos probando su ausencia de culpa y no sólo el *casus*. Véase art. 1256, § 2º cód. civ.

La imposibilidad sobreviniente por *casus* es diversa a la imposibilidad anterior a la perfección del contrato; así, para la atribución de los riesgos.

La imposibilidad varía según la naturaleza del objeto de la obligación. Así, si se trata de una obligación de dar cosa mueble determinada y ésta se pierde o se destruye sin culpa del deudor, la obligación quedará disuelta; lo previene el art. 1175 cód. civ., instalado en el título nombrado "De las obligaciones de dar", pero la pérdida de la cosa ocasiona la extinción de cualquiera obligación. De otro lado, la pérdida no supone tan sólo su destrucción material, sino su extravío o cuando es puesta fuera del comercio, como ocurre cuando la cosa es expropiada.

En las obligaciones de género la pérdida es difícil de configurarse. Un aforismo reza *genera non pereunt*.

La verdad es que hay exageración en la afirmación de que sólo existirá imposibilidad objetiva y absoluta en las obligaciones específicas, pero no en las obligaciones genéricas, de acuerdo con el aforismo *genus nunquam perit*. Por ejemplo, la requisición de mercaderías por el Estado, la prohibición de la venta de bebidas alcohólicas, puede crear una situación de imposibilidad general para el cumplimiento de obligación genérica como es la de mercaderías o de bebidas alcohólicas. Aun la obli-

gación de pagar una suma de dinero, que es también obligación genérica, puede ser incumplida por caso fortuito; así, cuando el Estado declara la moratoria o por razones de trastornos sociales cierran los Bancos comerciales y se crea un obstáculo para la obtención de dinero.

En las obligaciones de hacer y de no hacer, la imposibilidad asume otras formas.

La imposibilidad aparece en época sobreviniente al nacimiento de la obligación, porque si es anterior ello significa que la obligación no ha existido jamás. Y, además, la imposibilidad debe ser permanente, porque de lo contrario subsiste la obligación hasta la época en que pueda cumplirse.

Hay que insistir que la imposibilidad se produce sin culpa del deudor, porque de lo contrario serán exigibles los daños y perjuicios. Hay ausencia de culpa en el deudor. La indemnización por los daños y perjuicios importará siempre el cumplimiento por equivalente. Pero puede exigirse el cumplimiento específico, a no ser que, como ocurre en las obligaciones de hacer inherenciales, tuviera que emplearse la violencia contra el deudor.

Por lo menos, el cumplimiento en especie lo niega el legislador cuando se trata de la pérdida de la cosa mueble por culpa del deudor en las obligaciones de dar. Previene el art. 1176 del cód. civ. que en esa hipótesis el deudor será responsable al acreedor por el precio de la cosa mueble perdida y por los daños y perjuicios. No se puede entonces exigir una cosa igual.

El término "incumplimiento" es amplio; comprende no sólo la falta de cumplimiento total de las obligaciones asumidas, sino la mora. De allí la división de los tratadistas franceses en daños compensatorios y daños moratorios.

El incumplimiento importa una situación antijurídica que aparece por la actividad culpable del obligado, que deja insatisfecha la obligación en el mismo tenor que se contrajo. Ese incumplimiento puede ser absoluto cuando se vulnera totalmente la prestación en que la obligación consiste, o impropio cuando el deudor a pesar de realizar la prestación no la cumple con la exactitud convenida.

137a).— *Concepto de daños y perjuicios.*— Entiéndese por daños y perjuicios las compensaciones a que tiene derecho el acreedor por el desmedro sufrido en sus bienes y por la utilidad

que hubiere dejado de percibir, a causa del incumplimiento de la obligación por el deudor.

Para Huc (5 ter) la indemnización representa el pago de una suma de dinero que equivale a la reparación del perjuicio resultante del daño emergente y del lucro cesante; el crédito de daños y perjuicios constituye para el acreedor un derecho nuevo correspondiente a una obligación secundaria del deudor, que nace de un defecto de ejecución o de una ejecución incompleta de la prestación.

De lo expuesto se extraen los siguientes elementos:

1) La indemnización es una manera indirecta de cumplir la obligación; y

2) La indemnización comprende el desmedro sufrido por el patrimonio del acreedor (daño emergente); y la utilidad que dicho acreedor ha dejado de percibir con el incumplimiento (lucro cesante).

Como dice *CHIRONI* (6), "la obligación válidamente constituida impone al que está obligado a prestarla el deber de cumplirla con aquella exactitud que está en la intención de las partes, según su respectiva posición en el contrato estipulado".

---

(5 ter) VII, Nº 141, p. 199, ed. 1894.

(6) Nº 247, p. 621. Para los requisitos procesales de la demanda indemnizatoria, v. *SENTIS MELENDO S.*, "La demanda por daños y perjuicios.— Diferentes formas que puede ofrecer.— Defecto legal en el modo de proponerla", en *Rev. de Derecho Procesal*, 1943, Nº IV, 2ª parte, p. 353. Este procesalista trata con acierto de los extremos que debe comprender una demanda de daños y perjuicios, desde que en algunas ocasiones se comprueba que es rechazada por la falta de especificación de los daños y perjuicios. Hace notar que existen fallos que fijan el importe de los daños y perjuicios en cantidad líquida; otros, establecen las bases para hacer la liquidación; y otros, en fin, que reservan los derechos del actor para que en otro juicio se determinen los daños y perjuicios. Agrega que si en la demanda se exige como indemnización cantidad líquida, no deberá dictarse una sentencia que condene al pago de cantidad ilíquida y menos una sentencia que reserve los derechos del demandante para que se fijen los daños y perjuicios en juicio distinto. Si la cuantía de los daños no fué acreditada es obvio que debe absolverse al demandado; si se acreditaron sólo en parte, es incuestionable que los tribunales reducirán hasta los límites en que los daños y perjuicios se acreditaron la cantidad por pagar.

Para el funcionamiento de la responsabilidad en determinados contratos, o actos procesales:

En lo que respecta a la responsabilidad en el contrato que celebra el pasajero con el hotel, cf. *INAUDI J.*, "La responsabilidad civil del hotelero" en *Boletín del Instituto de Derecho Civil de Córdoba*, octubre-noviembre-diciembre, 1941, p. 159. Comenta el autor el proyecto de ley uniforme sobre la responsabilidad de los hoteleros en la pérdida o deterioro de los objetos introducidos por los viajeros que se alojan en sus establecimientos, elaborado por el Instituto Internacional de Roma para la Unificación del Derecho Privado. En

Agrega que este concepto se compendia en la diligencia contractual, por lo que si el deudor pone en el cumplimiento un menor cuidado que el debido y por esto produce un perjuicio, debe someterse y soportar las consecuencias del incumplimiento, entre las cuales se encuentra la reparación o resarcimiento del daño que hubiere producido.

En el derecho argentino se ha establecido que al dictar sentencia sobre pago de daños y perjuicios, puede dejarse la liquidación de éstos para otro juicio; que deben liquidarse los perjuicios en juicio separado cuando no existe base para hacerlo en el principal; que si en la demanda se ha pedido la condenación de daños y perjuicios sin decir nada sobre su monto, la determinación de éstos debe quedar para otro juicio; que la valuación de los daños y perjuicios que fué ordenada por sentencia, constituye un juicio nuevo; que si hay cosa juzgada sobre el derecho a ser indemnizado por daños y perjuicios, sólo corresponde

---

nuestro derecho existe la limitación de la responsabilidad del hotelero en el art. 1626 cód. civ.

Para el contrato de transporte, cf. SPOTA, "La responsabilidad presumida del empresario de transportes por accidentes acaecidos a pasajeros", en "Jurisprudencia Argentina" 1943, t. I, p. 293, y VALSECCHI E., "Todavía sobre la naturaleza de la responsabilidad del transportador por el transporte terrestre de personas" reseña en "La Ley", t. 17, p. 8 de la sec. rev. de rev., de un ensayo publicado en la Rivista di Diritto Privato, 1939, p. 82, quien afirma, siguiendo a la doctrina más generalizada, que si el transporte es a título oneroso, origina responsabilidad contractual, la que no cree es aplicable al transporte gratuito o benévolo.

Acerca de la responsabilidad de aquel que traba un embargo sobre bienes que no son del deudor, véase ACUNA ANZORENA, "Responsabilidad del embargante de bienes de terceros", en "La Ley", t. 21, p. 329, quien contempla un caso extraño a nuestro sistema legislativo, ya que se trata de un automóvil embargado por el locador a quien se le deben alquileres, que se encontraba depositado en la casa locada. En el Perú, no obstante que prospera la tercera excluyente de dominio sobre el vehículo, éste deberá responder de los arrendamientos adeudados, salvo que se hubiere avisado al dueño del inmueble al tiempo de depositarlo que no pertenecía al arrendatario (art. 1507 inc. 3º cód. civ.). Ni aún los bienes muebles inscritos en el registro fiscal de ventas a plazos eluden esta responsabilidad, si se omite el aviso. Véase sents. 24 de octubre de 1932, en "R. de los T.", 1932, p. 384; y 26 de marzo de 1942, en "R. de los T.", 1942, p. 14. Lo mismo ocurre en el registro de Prenda Agrícola; así véase la sent. de 1º de julio de 1926, en "La Prensa", ed. del 14 de julio de 1926. Para un examen de este asunto véase mi monografía "El derecho de propiedad en los bienes muebles", ed. 1945, § 176, p. 81.

Los daños y perjuicios derivados de la traba de un embargo se ventilan incidentalmente, conforme a lo preceptuado por el art. 244 del cód. de proc. civ.

Consúltese también una nota de autor anónimo en "La Ley", t. 14, p. 219.

Para el contrato de mandato revítese ACUNA ANZORENA, "Indemnización al mandatario de las pérdidas experimentadas con motivo de la gestión", en "La Ley", t. 24, p. 9 de la sec. jurisprud. extranj. En nuestro cód. civ. esta indemnización procede invocando el inc. 2º del art. 1644.

Sobre la unidad de la responsabilidad contractual y la aquiliana, consúltese BRUN Andrés, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et delictuelle*, París, 1931.

examinar en el nuevo juicio, si es o no justa la cantidad que se reclama; que si los perjuicios no se estimaron en la demanda, la sentencia sólo puede dejar a salvo el derecho a reclamar su liquidación en otro juicio; que en los casos de reclamación de daños y perjuicios, nada impide iniciar un juicio de declaratoria de los mismos, dejando librado a otro la fijación de su monto. La relación de la jurisprudencia se hace por ETKIN Alberto M., en la nota "La demanda genérica por resarcimiento de daños" (6 bis).

El mismo ETKIN (6 ter) informa de la jurisprudencia italiana, la que en algunos casos resuelve que la condena genérica a los daños no impide que en el proceso de liquidación pueda ser excluída la existencia del daño; y en otros declara que la obligación genérica al resarcimiento puede dar lugar a una condena específica y concreta, en cuanto se demuestre que el "*eventus damnis*" se haya realmente producido, por lo que para legitimar la declaración genérica de responsabilidad, basta la prueba de un hecho productivo, aún cuando sea potencial, de daños, y la "simple probabilidad" de la existencia de éstos, dejando para el siguiente juicio la liquidación del daño efectivo. Empero, esa jurisprudencia ha decidido también que la condena sobre la obligación de indemnizar no puede tener lugar si no se da, por lo menos, la prueba genérica de la existencia del daño. Esto puede dar lugar al absurdo de que en el avalúo se llegue a cero, por lo que no se puede separar la "existencia" de la "cantidad", ni el juicio de cognición genérico del específico.

El no cumplimiento de la obligación determina la responsabilidad de quien la debe; empero, sobre todo, ese no cumplimiento importa la violación del contrato del que deriva dicha obligación.

La responsabilidad del deudor determina, a su vez, en éste la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, entendiéndose por daño la disminución del patrimonio del acreedor por no haber ingresado el valor que la obligación incumplida representa.

El daño resarcible es entonces el valor que no entró al patrimonio del acreedor, comprendiéndose en el mismo lo que

(6 bis) En "Jurisprudencia Argentina", 1953, II, p. 423.

(6 ter) "Jurisprudencia Argentina", 1953, II, p. 421. En España, MANRESA, Comentarios, VIII, p. 93, expresa que la cuantía se fija en la sentencia, o al menos, ésta debe contener, las bases para fijarla, o se deja la determinación al período de ejecución. Cita el fallo del Tribunal Supremo de su patria, de 3 de marzo de 1892, que sienta esta doctrina.

efectivamente se perdió y aquello que el acreedor dejó de lucrar. Esto último significa la ganancia de la que el acreedor quedó privado. Más adelante habrán de esclarecerse estas ideas.

El daño emergente se significa en una disminución del activo, o también en un aumento del pasivo. V.g., el acreedor que no recibe oportunamente la prestación, deja de cumplir como deudor una obligación para con otro y le es aplicada la cláusula penal prevista para el supuesto de su incumplimiento; aquí, ha aumentado su pasivo.

Si los daños no existen o, por lo menos, no pueden ser probados por el acreedor, sea porque las huellas de los mismos han desaparecido, sea porque el acreedor tuvo un abogado negligente que no pudo producir prueba al respecto, la pretensión del acreedor a la indemnización desaparece. No existiendo daños falta materia para el resarcimiento. No existe en nuestra ley la presunción de daño; si no se prueba la disminución del patrimonio por efecto del daño, no hay reparación posible. Las excepciones se encuentran en la cláusula penal, que se abona hayan o no daños, y en las obligaciones de dinero, en que los daños se enjugan con los intereses, sin que haya necesidad de acreditarlos y sin que sea necesario que existan.

137b).— *Los daños y perjuicios en las obligaciones de dar sumas de dinero.*— Este supuesto ha sido previsto en la fórmula del art. 1324 cód. civ.:

“En las obligaciones de pagar cierta suma, los daños que cause la demora se reparan con los intereses estipulados; y, en su defecto, con el interés legal del dinero, por todo el tiempo que se demore su entrega; a no ser que se hubiese pactado otra cosa en cuanto a daños y perjuicios”.

Los intereses que ahora se pueden estipular no pueden exceder del 18 por ciento respecto a capitales menores de S/. 500.— y de 14 por ciento por los que igualan o sobrepasen dicha cantidad, conforme al art. 7º de la ley N° 2760, conocida bajo el nombre de ley de agio y usura. Véase también el Decreto-ley N° 11078, de 5 de agosto de 1949, que considera delito de especulación el cobro de un interés superior al permitido por la ley.

Está prohibido el pacto de intereses penales por la ley N° 8372, de 6 de junio de 1936.

Del interés legal del dinero se ocupa el art. 1325 cód. civ.:



“El interés legal del dinero para los casos en que no haya convenio expreso es el de cinco por ciento al año”.

En las controversias judiciales en las que se exige el pago de sumas de dinero, el interés legal se aplica sobre el íntegro de la suma mandada pagar desde el día de la citación con la demanda.

La interpelación extra-judicial no es tenida en cuenta por nuestros tribunales de justicia para hacer correr los intereses legales, ni siquiera cuando se trata de obligaciones mercantiles, ni aún de las que emanan de letras de cambio en que la cantidad que figura en el título sólo produce intereses desde la notificación de la demanda, no obstante lo dispuesto en el inc. 2º del art. 63 del cód. de com., que se refiere a la diligencia de protesto; sin embargo, la letra de cambio tiene día señalado para el vencimiento, por lo que es de aplicación el inc. 1º del mismo art. 63 del cód. de com., o sea que los intereses deben causarse desde el día siguiente del vencimiento de la letra.

137c).—*La indemnización de daños y perjuicios puede ser compensatoria o moratoria.*— Si el deudor no cumple su obligación o la cumple sólo en parte tenemos la indemnización compensatoria; pero si sólo existe retardo en el cumplimiento estaremos frente a la indemnización moratoria.

El acreedor no puede ser obligado a recibir prestación distinta de la que se le debe; pero si no quiere la prestación que le es debida, sino la indemnización de daños y perjuicios compensatoria, ese es asunto suyo, sobre todo si considera que la prestación debida le es ya inútil.

138.—*Sentido de la indemnización compensatoria.*— En la indemnización compensatoria el acreedor tiene derecho a exigir de su deudor que le pague en dinero lo que hubiera valido el cumplimiento total de la prestación.

138a).—*Procedimiento a seguir.*— Debemos establecer previamente si el acreedor deberá exigir primero la ejecución forzada y sólo después de que nada consiga pedir la indemnización de daños y perjuicios.

Conviene recordar que tratándose de obligaciones de hacer el acreedor puede exigir la ejecución forzada, que se ejecute

la prestación por otro o la indemnización de los daños y perjuicios (arts. 1186 y 1187 cód. civ.).

Y respecto a las obligaciones de dar hay civilistas que opinan que cabe la ejecución forzada, la ejecución por otro a costa del deudor o los daños y perjuicios, indistintamente, según el acreedor viere convenirle. Otros civilistas, por el contrario, expresan que previamente debe exigirse la ejecución forzada y si ella no prosperara estará expedita la vía indemnizatoria. Para nosotros, la doctrina verdadera es la primera, o sea que el camino a seguir es el que el acreedor considere más conveniente a sus intereses. Estando ya el deudor en mora puede solicitársele la indemnización de daños y perjuicios. Si el acreedor opta por los daños y perjuicios en lugar de la cosa que se le debe, debe admitirse y acogerse su pedimento, sobre todo si demuestra que ya la cosa le es inútil. Conforme al art. 1171 cód. civ., el acreedor de cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra, pero si el acreedor lo quiere puede recibir dinero como importe de los daños y perjuicios y no la cosa que se le debe.

Si la demanda del acreedor tiene por objeto que se condene al deudor al pago de los daños y perjuicios por el incumplimiento de la prestación, es obvio que el deudor no pretenderá librarse de este pago indemnizatorio cumpliendo con la prestación en forma tardía, desde que el acreedor no ha demandado el cumplimiento de la prestación más los daños y perjuicios que le causare la mora. No tiene otro camino, si fuere condenado, que cumplir con el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatoria. Tampoco el juez puede condenar al deudor a cumplir la prestación si se ha demandado el pago de daños y perjuicios, porque estaría fallando sobre punto no demandado y ello acarrearía una nulidad procesal que se encuentra expresada en la ley de procedimientos civiles (art. 1085, inc. 9º).

Debe tenerse en cuenta que si se exige el abono de daños y perjuicios por el no cumplimiento de una prestación de capital, esta indemnización es sólo moratoria, ya que lo que se debe específicamente es dinero y lo que se mandaría pagar sería también dinero.

En todos los casos, sea que la demanda persiga el pago de los daños y perjuicios por el incumplimiento, sea que los exija por el retardo, la citación con la demanda surtirá los efectos de interpelación.

Puede, asimismo, demandarse alternativamente el cumplimiento de la obligación con más los daños y perjuicios moratorios, o la indemnización de daños y perjuicios compensatorios, o sea la primera acción por el retardo y la segunda por la inejecución absoluta.

Esta acumulación de acciones es procesalmente admisible, por pedirse uno u otro extremo.

No obstante exigir el cumplimiento en especie, procede el pago de daños y perjuicios no compensatorios, sino por el retardo en el cumplimiento. O, en otro caso, esa indemnización será compensatoria, es decir, equivaldrá a la obligación que el deudor no cumplió, si el incumplimiento fuere absoluto.

En el contrato de compra-venta comercial, v.g., el cód. de com. establece en su art. 327 que el comprador puede optar entre pedir el cumplimiento o la rescisión del contrato. El mismo derecho de elección corresponde al comprador si el vendedor no entregare en el plazo estipulado las mercancías, o sea que puede escoger entre el cumplimiento o la rescisión del contrato. En ambos casos podrá exigir la indemnización de daños y perjuicios, sea que escoja el cumplimiento o la rescisión. El término viene a ser en estos contratos esencial y principalísimo.

Otra cuestión: ¿Es necesario constituir previamente en mora al deudor para después reclamar los daños y perjuicios compensatorios?

En la jurisprudencia francesa, numerosas sentencias han establecido que el requerimiento de mora es necesario por parte de todo acreedor que quiera reclamar los daños y perjuicios por el incumplimiento de la obligación (7). Sin embargo, existen supuestos en que el requerimiento de mora es inútil; así, cuando el deudor hace saber a su acreedor que se niega a cumplir la prestación; o cuando las dos partes convienen en pedir la resolución del contrato; o cuando el deudor de una obligación de no hacer la ha incumplido; o cuando una obligación de dar o de hacer no podía ser cumplida sino dentro de cierto período de tiempo y no después de vencido. La mora, empero, debe entenderse que comienza con la notificación de la demanda en que se exige el cumplimiento. No hay necesidad de interpelación anterior.

Civilistas eminentes admiten que el requerimiento sólo es necesario para los daños y perjuicios moratorios. Así, AUBRY et

(7) PLANIOL-RIPERT y Esmein, VII, Nos. 827-828, p. 137 ss.

RAU (8); HUC (9); LAURENT (10). Nada dice respecto a la interpelación en la inexecución BAUDRY - LACANTINERIE, et Barde (11).

Conforme a la letra del art. 1320 del cód. civ, no es necesario constituir en mora al deudor para reclamarle daños y perjuicios, ya que dicho precepto establece que puede pedirse la indemnización sea por culpa, sea por dolo, sea por mora, sea por cualquier otra causa que dé origen a que el deudor, contravenga las obligaciones que asumió.

Exige, en cambio, la interpelación para los daños y perjuicios no sólo moratorios sino los compensatorios, la obra tan conocida de COLIN y CAPITANT (12).

En realidad, no parece necesario interpelar a un deudor que ya no puede cumplir. Pero, como advierten PLANIOL - RIPERT y Esmein (13), los daños y perjuicios compensatorios no quedan en principio exentos de la necesidad del requerimiento de mora, si todavía es posible realizar la prestación.

138b).— *Indemnización moratoria de daños y perjuicios.*— Por la misma el acreedor tiene el derecho de solicitar el pago en dinero del equivalente al no producirse el cumplimiento oportuno de la obligación.

Difiere de la indemnización compensatoria en que ésta reemplaza el cumplimiento de la obligación. En cambio, se supone que en la indemnización moratoria la obligación ha sido cumplida, pero tardíamente.

He aquí la razón por la que un acreedor no podría solicitar el cumplimiento de la obligación, y el pago de los perjuicios compensatorios, desde que ello supondría que el acreedor pretendería que se le pagara dos veces; pero si es lícito que además del cumplimiento de la obligación se le pague una indemnización de perjuicios moratorios si hubo retardo.

Después de sentar PLANIOL - RIPERT y Esmein (14) el principio que los daños y perjuicios moratorios tienen como condición esencial ir acumulados forzosamente con el cumplimiento

(8) IV, § 308, p. 137, tex. y n. 1 bis.

(9) VII, Nº 141, p. 199 s.

(10) XVI, Nos. 251 ss., p. 314 s.

(11) Des obligations, I, Nº 468 ss., p. 494 ss.

(12) II, p. 14 ss.

(13) VII, Nº 828, p. 141.

(14) VII, Nº 874, p. 188.

de la obligación, desde que representan el perjuicio ocasionado por el retraso, que no desaparece con el cumplimiento tardío de la obligación, agregan que en el supuesto de que la obligación quede incumplida definitivamente, después de sufrir prolongados retrasos, además de los daños y perjuicios compensatorios pueden acumularse los daños y perjuicios moratorios, porque en concepto de ellos existen dos causas distintas de perjuicios y la indemnización por los daños y perjuicios compensatorios sólo representa la utilidad que el acreedor hubiere obtenido con el cumplimiento.

La mora agrava para el deudor la carga de la prueba, ya que no sólo está obligado a probar la existencia del caso fortuito, sino que dicho caso fortuito habría producido sus efectos dañosos aún cuando la ejecución de la prestación se hubiera hecho a su debido tiempo.

Normalmente, o sea cuando la mora no existe, el deudor se libera acreditando la producción de un hecho positivo e inevitable, que produce la convicción de que en el deudor no existe culpa alguna, y que acarrea la imposibilidad absoluta de ejecutar la obligación.

Empero, habiendo mora el deudor es tratado con mayor rigor, porque el retardo culposo de dicho deudor justifica la presunción de que el daño no habría ocurrido si la obligación hubiese sido satisfecha en tiempo oportuno.

Cabe, sin embargo, al deudor acreditar, para eximirse de responsabilidad, que el daño hubiera sobrevenido aunque la obligación hubiese sido oportunamente cumplida, o sea que la presunción del párrafo anterior carece de fundamento y que existe una relación absoluta y exclusiva de causa a efecto entre el caso fortuito y el daño, sin que la concurrencia de la culpa del deudor pudiere tener influencia alguna en la producción del daño.

Esta misma solución se da en el mandato, ya que el art. 1638 del cód. civ. prevé, en su segundo párrafo, que el mandatario eludiendo la regla de que debe desempeñar personalmente el encargo, sustituye el mandato sin facultad para ello, siendo responsable de los daños y perjuicios que provengan aún de caso fortuito, pero permitiendo al mandatario, en el supuesto de caso fortuito, que pruebe que los efectos del caso fortuito habrían alcanzado al mandante no obstante que no hubiere hecho la sustitución.

También se permite en la gestión de negocios que el gestor pruebe que los daños provenientes de los casos fortuitos habrían sobrevenido, aunque se hubiere abstenido de la gestión; y si lo prueba cesa su responsabilidad, según el 2º párrafo del art. 1660 del cód. civ.

139.— *Requisitos para que proceda la indemnización de daños y perjuicios.*— Se reducen a éstos:

- 1) Que el acreedor haya sufrido daños y perjuicios por el incumplimiento de la obligación;
- 2) Que el incumplimiento sea imputable al deudor; que se haya producido por un hecho que acarrea su responsabilidad;
- 3) Que el deudor se encuentre en mora.

Haremos su examen:

140.— *Primer requisito.*— Que el incumplimiento hubiera producido daños y perjuicios. Es incuestionable que si el deudor no ha cumplido la prestación por culpa o hay mora y no se han producido los daños y perjuicios no estará obligado a indemnizar. De otro modo el acreedor se enriquecería indebidamente. Se pone el siguiente ejemplo: X se va al extranjero y encarga a su mandatario que compre determinado número de acciones de la compañía que indica. Pero a su vuelta X comprueba que su mandatario no compró las acciones, por lo que existe en dicho mandatario culpa y mora. Sin embargo, las acciones en lugar de subir, como preveía X, cayeron. Ello supone que no hay daños y perjuicios, por lo que X nada puede cobrar a su mandatario por este concepto. Los daños y perjuicios consisten en el empobrecimiento que experimenta el patrimonio del deudor, sea real o porque se pierde una posibilidad de enriquecimiento.

Pueden haberse producido daños y perjuicios no sólo por culpa, sino por dolo, pero por mala defensa no han sido acreditados. Ello supone que el deudor no los paga.

141.— *Prueba de los daños y perjuicios.*— Al interponerse la acción indemnizatoria, corresponde al acreedor acreditar, en

el juicio, los daños y perjuicios que hubiere sufrido. Se exceptúa el caso en que se hubiera estipulado una cláusula penal y también en las obligaciones de dar sumas de dinero en las que los intereses se deben por la mora, sin que exista necesidad de probar los perjuicios. Empero, si no se piden intereses, la sentencia no habrá de mandarlos pagar. Para exigir la cláusula penal no es necesario que el acreedor alegue perjuicio (art. 1224 cód. civ.).

PLANIOL - RIPERT y Esmein (15) convienen que el acreedor no obtendrá indemnización alguna si no demuestra que el incumplimiento o el retraso en el cumplimiento de la obligación le ha ocasionado daño. Textualmente dicen "... Si no hay interés, no hay acción ..."; y ponen los siguientes ejemplos en que el cumplimiento de la obligación no habría producido beneficio al acreedor: Representante que, conforme al contrato de mandato de su poderdante, no presenta el crédito que tiene contra la quiebra en la suposición de que es un crédito privilegiado y se demuestra que en verdad no es tal, o que debe ceder ante otros cuyo grado de preferencia es mayor y que agotan el patrimonio del quebrado; o el abogado que omite la inscripción de una hipoteca de su cliente y se comprueba que ya existían otros gravámenes hipotecarios que absorbían la totalidad del precio del inmueble. Agregan que la prueba del daño que se ha experimentado corre a cargo del acreedor. Ello es conforme con las reglas del *onus probandi* (art. 337 cód. de proc. civ.).

También ESPINOLA (16), al igual que otros civilistas, expresa que para que haya un daño contractual resarcible, no basta que se verifique el incumplimiento de la obligación y que ese incumplimiento sea imputable al deudor, sino que es preciso que el acto de incumplimiento produzca un perjuicio consistente en la disminución del patrimonio.

Coincide MANRESA (17), con los anteriores, al hacer la exégesis del art. 1107 de su cód., del cual ha sido copiado *ad litteram*, salvo la supresión de tres palabras, el art. 1323 del cód. civ., que la prueba de los perjuicios incumbe al acreedor perjudica-

(15) VII, Nº 829-830, p. 141 ss. Consúltese, asimismo, SALVAT, Nº 166, p. 81 s.

(16) II, I, p. 409.

(17) VIII, p. 94. La prueba del daño y de su extensión incumbe al deudor, dice OLACHEA, en ACTAS, VI, p. 120.

do, "debiendo practicarla tan suficientemente como para demostrar la existencia de aquéllos, puesto que también son tales circunstancias fundamento esencial de la indemnización que reclama".

Pueden haberse producido daños y perjuicios enormes, pero que la defensa del acreedor no cuida de probar no ya en su cuantía, sino que ni siquiera demuestra su existencia. Ello supone que la sentencia habrá de liberar de este pago al deudor.

142.— *Segundo requisito.*— Que el deudor sea responsable del incumplimiento de la obligación.

El deudor puede exonerarse de responsabilidad porque no existen daños y perjuicios; pero también se libera por el *casus*.

El deudor puede incumplir su obligación por tres causas:

- a) Por el caso fortuito o la fuerza mayor;
- b) Por la culpa; y
- c) Por el dolo.

Si el deudor no cumple la prestación en que la obligación consiste, en razón del caso fortuito o de la fuerza mayor, no responderá de los daños y perjuicios, salvo en ciertos casos. Esta es la doctrina del art. 1319 cód. civ.

"El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes del caso fortuito o de la fuerza mayor, sino en los casos expresos de la ley, y en los que así lo establezca la obligación".

Dentro del concepto de imposibilidad de ejecutar la prestación, queda eliminada la simple dificultad. Porque esta última supone posibilidad mediante cierto esfuerzo.

Hay quienes consideran que la exigencia de la imposibilidad de la ejecución debe atenuarse cuando se trata no de la inejecución total y absoluta, sino de la simple mora y que el deudor deberá ser exonerado de responsabilidad por los efectos de la mora en caso no de imposibilidad sino de que exista dificultad; pero este es un error porque el concepto de caso fortuito es único y no hay diferencia en los casos de inejecución permanente o inejecución temporal de la obligación.

Hay supuestos en que aún la obligación genérica se extingue por el caso fortuito. Por ejemplo, si se produce un monopo-



lio del Estado para la compra y venta de determinado cereal, como ha ocurrido con el arroz.

La ausencia de culpa es un requisito externo indispensable para caracterizar el caso fortuito, a tal punto que existiendo culpa no hay caso fortuito y existiendo caso fortuito no puede darse la culpa del deudor. Empero, no hay identificación entre la noción de la ausencia de culpa y el caso fortuito.

Es más amplia la noción "ausencia de culpa" y más restringido el concepto "caso fortuito". La primera es el género, el segundo la especie.

Para que haya caso fortuito no es suficiente que se demuestre la ausencia de culpa. Es necesario que concurra la inevitabilidad del evento; que coexista este concepto con el de ausencia de culpa. Con el *casus* se rompe la relación causal.

Es claro que el caso fortuito requiere ausencia de culpa; pero no sólo esto, sino la inevitabilidad.

Si fueran equivalentes ambos términos sería mejor suprimir los términos caso fortuito y fuerza mayor y dejar el criterio de la existencia o inexistencia de culpa.

Por ejemplo, el vicio intrínseco que origina el perecimiento de la cosa que algunos de nuestros preceptos tienen no es caso fortuito ni fuerza mayor. Tampoco lo es el hecho culposo en que incide el expedidor en el contrato de transporte que da margen a que el deudor destinatario no cumpla con la entrega.

Existen hipótesis en que la ley para exonerar al deudor no reclama la prueba del caso fortuito y de la fuerza mayor, que es prueba positiva y difícil, sino la prueba negativa de la ausencia de culpa. Por ejemplo, el art. 1175 del cód. civ., que regula la hipótesis de la cosa mueble determinada que debe entregarse y se pierde sin culpa del deudor antes de efectuarse su tradición, o pendiente una condición suspensiva. Dice que queda disuelta la obligación, o sea que el deudor se libera de la entrega. Igualmente, en el art. 1177 del cód. civ. si la cosa mueble que debe entregar el deudor se deteriora, dicho deudor se libera de pagar el deterioro probando no la existencia del caso fortuito o de la fuerza mayor, sino su ausencia de culpa, que es probanza más fácil.

Es de advertir que en algunos supuestos el cód. sólo se refiere al caso fortuito, como ocurre en el art. 840 cód. civ., que prevé la pérdida o detrimento del bien por el poseedor de mala fe. En otros, establece cierta equivalencia o sinonimia entre los

términos "caso fortuito" y "fuerza mayor", como ocurre en el art. 995, que regula la pérdida de la prenda en manos del acreedor pignoraticio no obstante estar cumplida la obligación que ella aseguraba. Se refiere únicamente al caso fortuito el art. 1590 cód. civ., dispositivo que trata de la pérdida por el comodatario de la cosa prestada. Sólo de la fuerza mayor habla el art. 1618 del mismo cód., en el que se declara que el depositario que pierda la cosa depositada por esta causa y ha recibido otra en su lugar estará obligado a entregarla al depositante. Identifica el robo a mano armada con la fuerza mayor el art. 1625 del cód. civ., que legisla sobre el depósito necesario. Contempla únicamente el caso fortuito el art. 1660 cód. civ., que disciplina uno de los tantos aspectos de la gestión de negocios.

Al caso fortuito lo llamaban los romanos "*vis maior*", "*vis divina*", "*fatum*", "*fatalitas*" (17 bis).

Desde la época de los glosadores se ha tratado de establecer una diferencia entre ambos términos; y así se ha dicho que el caso fortuito es algo exterior, derivado de la naturaleza; y la fuerza mayor como algo derivado de los hechos de los hombres, que produce efectos análogos a los actos de la naturaleza (17 ter). También se ha dicho que para los romanos, constituía caso fortuito aquello para lo que existía imposibilidad de ser previsto; y fuerza mayor la que resultaba imposible vencerla.

Casos fortuitos conforme al Digesto eran el terremoto, el incendio proveniente de una causa natural y la inundación, que son accidentes que aunque se prevean el hombre no puede evitar.

(17 bis) MAYNZ, "C. de D. Romano", II, § 172, II) p. 7.

(17 ter) Dentro del derecho romano se distinguía el caso fortuito de la fuerza mayor, caracterizándose el primero por la imposibilidad de ser previsto —*nullum humanum consilium praevidere potest*—, y la segunda por la imposibilidad de ser superada, vendida —*vis cui resisti non potest* I. 15 § 2 D. loc cond. Esta distinción ha sido mantenida por PLANIOL - RIPERT, VII, Nº 841, p. 155, para los que "Caso fortuito" es el obstáculo de carácter accidental e imprevisto que impide el cumplimiento de la obligación y que se debe al azar; y "fuerza mayor" constituye la índole invencible del obstáculo, que hace que el deudor no pueda nunca triunfar sobre dicho obstáculo. Ambos conceptos contienen ideas diversas pero se complementan, ya que un mismo hecho podrá ser caso fortuito por su origen y fuerza mayor por sus resultados. No basta uno solo de ellos, por que la imposibilidad de cumplimiento debe ser al mismo tiempo invencible e imprevisto.

Como el caso fortuito y la fuerza mayor constituyen eximentes de responsabilidad, parece ser la mejor doctrina la que identifica las dos expresiones, concediéndoles sinonimia. Así, por ejemplo, AUBRY et RAU, IV, § 308, n. 32 ter de la p. 153, para quienes son grados del mismo concepto. V. también LAURENT, XVI, Nº 270 ss., p. 331 ss.

La fuerza mayor la constituyen los hechos de guerra, los llamados "actos del príncipe" por los glosadores, es decir, los actos del gobierno o de la autoridad que los particulares tienen que observar.

El caso fortuito excluye la idea de culpa; empero, puede haber ausencia de culpa sin que haya *casus*.

La clasificación más conocida del caso fortuito y de la fuerza mayor es la que sigue:

1) Los hechos naturales o *hechos de Dios* conforme a la jurisprudencia inglesa; y

2) Los hechos del hombre, sea que provengan de la autoridad, sea que deriven de terceros. Por ej., la guerra es un caso típico de fuerza mayor y es producida por actos de terceros.

En el cód. civ. francés, su art. 1148 declara que no procede el abono de daños y perjuicios cuando el deudor ha sido impedido "como consecuencia de un caso fortuito o de una fuerza mayor", por lo que bastaría uno solo de esos acaecimientos para exonerarlo de responsabilidad. PLANIOL - RIPERT y Esmein (17 quater) hacen saber que por mucho tiempo se emplearon indistintamente ambas fórmulas, ya sea reuniéndolas, ya separándolas; que posteriormente aparecieron teorías que establecieron una gradación entre los dos acaecimientos. Sin embargo, su jurisprudencia no ha admitido estas teorías, "con sano criterio", porque las dos expresiones las utiliza indistintamente, sin atribuir cada una a determinadas circunstancias. Distinguen, sin embargo, que el caso fortuito corresponde al origen accidental e imprevisto del obstáculo, que impide el cumplimiento de la prestación y que se debe al azar, extraño al deudor y que es inesperado. Y la fuerza mayor se refiere a la índole invencible del obstáculo, sobre el que el deudor no puede triunfar. Que así ambas categorías expresan ideas diversas, que pueden ser utilizadas con respecto a un mismo hecho, que es un caso fortuito por su origen y una fuerza mayor por sus resultados. La imposibilidad de cumplimiento debe ser al mismo tiempo invencible e imprevisible. En consecuencia, azares debidos a la elaboración del código francés enuncian por dos veces el mis-

mo principio, lo que importa una repetición y yuxtaposición. Caso fortuito y fuerza mayor demuestran que no puede imputarse al deudor el incumplimiento de la obligación. Es evidente que en el cód. civ. del Perú ha sucedido lo mismo y que las expresiones son equivalentes.

Para ENNECCERUS (17 quinquies), en el cód. civ. alemán y en otras leyes, la fuerza mayor constituye una excepción de responsabilidad por caso fortuito en ciertos contratos; y, en otros casos, protege contra la pérdida de derechos por el decurso de ciertos términos. Agrega que para el concepto de fuerza mayor existen una teoría subjetiva o relativa y una teoría objetiva o absoluta. Para la primera, la responsabilidad no existirá si los daños no pudieran ser evitados ni siquiera cumpliendo una diligencia llevada al límite racional máximo. Y en la teoría objetiva sólo habrá exención de responsabilidad si lo inevitable del acaecimiento se funda en la naturaleza de éste, en la violencia de su aparición o en la plena imprevisibilidad.

Considera el autor alemán que la fuerza mayor se configura diversamente cuando se trata de responsabilidad por daños o por la pérdida de los plazos, porque los efectos en uno y en otro caso son diferentes. Cuando se trata de una excepción de responsabilidad por daños la fuerza mayor consistirá en un acontecimiento que aunque cognoscible es imprevisible y cuyo efecto dañoso no podía evitarse con las medidas de precaución que racionalmente eran de esperar. Es un acontecimiento extraño a la actividad, producido desde fuera por las fuerzas naturales o por actos de terceras personas. Dicho acontecimiento es, además, imprevisible, según la comprensión y experiencia humanas; y que no puede evitarse o hacerse inocuo con medios económicamente llevaderos, ni tampoco con la más extremada diligencia que racionalmente puede esperarse dadas las circunstancias, que no se toma en cuenta dada su poca frecuencia (17 sexies).

Y tratándose de la fuerza mayor como causa de exculpación por el descuido de los plazos, basta cualquier obstáculo que, en las circunstancias del caso, no pudiera tampoco evitarse por

---

(17 quinquies) ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, *Trat. t. I. D. Civ., Parte general*, vol. I, § 200, I, p. 446.

(17 sexies) ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, *Trat., t. I, D. Civ., Parte general*. § 200, n. 3 de la p. 447.

la máxima previsión que racionalmente era de esperar. Aquí se aplica la teoría subjetiva de la fuerza mayor; por ejemplo, para realizar los inventarios por el albacea, o para impedir la prescripción.

Con respecto a la responsabilidad, en general, ENNECCERUS (17 septies) informa que constituye aspiración de la evolución del derecho moderno que el hombre responda de todo daño, aún del no culpable, que derive de su acto, aún cuando dicho acto hubiere sido ejecutado con la necesaria previsión y prudencia y sin la posibilidad de prever el resultado dañoso. Empero, siempre que exista entre el acto y el daño un principio de causalidad o motivación, porque no habría de ser justo que el hombre responda también de las consecuencias imprevisibles del acto dañoso. Anota que ello conduciría a entorpecer o paralizar la actividad de los hombres más prudentes, porque todo acto que practicasen acarrearía siempre el riesgo de indemnización. Por ello estima que todo daño que no deriva de la culpa del hombre, a no ser que exista una razón especial para decidir lo contrario, debe ser siempre soportado por aquel que lo ha sufrido. Es por eso que el cód. civ. alemán ha mantenido como regla el principio de la culpa. Empero, debe admitirse dentro de ciertos límites que hay una responsabilidad sin culpa. Y que la delimitación de estos casos en que se responde sin culpa, se encuentra en plena elaboración en la época moderna.

Von TUHR (17 octies) expresa que, por regla general, el deudor no responde de la imposibilidad no culposa de la prestación, "a la que en la terminología jurídica suele darse el nombre de caso fortuito". Por tanto, el riesgo del caso fortuito pesa sobre el acreedor. Agrega que la jurisprudencia entiende por fuerza mayor, a diferencia del simple caso fortuito, aplicando la teoría objetiva, una que es la imperante, un acontecimiento que no guarda relación con la industria del deudor y que se produce al margen de ella con fuerza inevitable. Informa que el Tribunal Supremo de Suiza describe la fuerza mayor como "un acontecimiento extraordinario, que se desata desde el exterior sobre la industria; acontecimiento imprevisible y que no hubiera sido posible evitar aún aplicando la mayor diligencia, sin poner en

(17 septies) ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, *Trat. de D. Civ.*, t. I. D. Civ., Parte general, volumen 2, § 199, p. 438.

(17 octies) *Trat. de las obligaciones*, t. II, VII, p. 100 y s.

peligro toda la industria y la marcha económica de la empresa y que el industrial no tenía por qué tener en cuenta, ni tomar en consideración a pesar de su frecuencia". Añade que la huelga no tiene el carácter de fuerza mayor, a menos que venga impuesta desde fuera (17 nonies).

Von TUHR enuncia que hay en la ley casos en que el deudor es responsable de un daño no culposo. Por ejemplo, el vendedor y el arrendador responden de los daños indirectos causados a la otra parte por efecto de un vicio jurídico. El vendedor responderá del daño indirecto que cause la naturaleza viciosa de la cosa; el deudor de sumas de dinero responderá del daño moratorio dentro de la cuantía de los intereses también moratorios.

Debe existir imposibilidad de ejecución de la obligación y que ella no sea imputable al deudor.

La imposibilidad de ejecución debe ser absoluta y objetiva. No sería suficiente ni la dificultad ni la mayor onerosidad en la ejecución.

Tampoco libera la imposibilidad relativa al deudor, o sea una imposibilidad personal. No se aprecia la imposibilidad en concreto, según lo que hubiera podido hacer el deudor, sino en abstracto, teniéndose en cuenta lo que hubieran podido hacer todos los otros deudores colocados en idénticas situaciones externas.

Para exonerar al deudor de responsabilidad no basta que éste demuestre su ausencia de culpa. Probar esta ausencia constituiría un medio más fácil que el de acreditar la existencia del caso fortuito.

Por ejemplo, el art. 1518 del cód. civ. previene que el arrendatario es responsable del incendio, salvo que éste provenga de caso fortuito, fuerza mayor o vicio de construcción; y el art. 1519 del mismo cód. dispone que el arrendatario no responde del incendio que se hubiera comunicado de una casa vecina, a pesar de haber tenido la vigilancia que puede exigirse.

De los textos citados resulta que en el caso del art. 1518 el arrendatario no se libera mediante la prueba de que tomó todas las precauciones de un buen padre de familia, o de que tu-

---

(17 nonies) *Trat. de las obligaciones*, t. II, n. 2 de la p. 101.

vo la vigilancia que pueda exigirse. Se trata del incendio sobrevenido dentro del predio arrendado.

Pero en el art. 1519 se especula sobre el incendio que no se ha producido dentro de la casa, sino que se ha comunicado de la finca vecina, en cuyo caso sí se permite que el arrendatario se libere acreditando que tuvo la vigilancia que pudiera exigirse.

Volviendo al art. 1518 el inquilino o conductor sólo habrá de exonerarse de responsabilidad con la prueba directa y positiva de que el incendio se debió a caso fortuito, fuerza mayor o vicio de construcción.

Lo que se quiere destacar es que en los arts. 1518 y 1519 se pone en evidencia la oposición que existe entre caso fortuito y ausencia de culpa.

No basta entonces para liberar al deudor que la ejecución de la prestación no se lleve a efecto por ausencia de culpa de dicho deudor.

Asimismo, no puede llegarse al convencimiento de que existe *vis major* por más que un examen atento del caso permita reconocer que no existió culpa alguna.

Realmente, es inaceptable que el caso fortuito o la fuerza mayor sean considerados como la ausencia de culpa. El deudor no puede librarse de responder probando que ninguna culpa le es imputable. Sin embargo, como una objeción de fuerza a todo lo dicho tenemos el precepto contenido en el art. 1318 del cód. civ.:

“La obligación se extingue cuando la prestación llega a ser imposible sin culpa del deudor”.

No se refiere en este dispositivo al *casus*; simplemente, trátase de la ausencia de culpa en el deudor.

El sistema de la ausencia de culpa conduce a una situación en la que existirá una indulgencia cada vez mayor para con el deudor, ya que se tendrán en cuenta impedimentos inherentes a dicho deudor, atendándose también a su personalidad y su situación económica concretas.

El *casus*, en cierta época del derecho romano, era un concepto negativo, que se contraponía al de culpa. Posteriormente, en el *Corpus Iuris* se utilizan los términos *fortuita calamitas*, *vis divina*, *fatale damnum*, *casus cui ignosci debet* y otros.

143.— *Clasificación del caso fortuito.*— Veamos la fórmula del art. 1503 cód. civ.

“El conductor puede renunciar al derecho a pedir la rebaja de la renta por los casos fortuitos que suelen ocurrir comúnmente... Si la renuncia se refiere a los casos fortuitos extraordinarios, es nula”.

Existen entonces casos fortuitos previstos e imprevistos. Por ej., las crecientes de los ríos de la costa en los meses de verano son casos fortuitos que suelen ocurrir comúnmente; pero esas crecientes inusitadas que llegan a producir verdaderas inundaciones son evidentemente imprevisibles. En otros países los casos fortuitos ordinarios porque siempre acaecen serían el granizo, la helada, la sequía en períodos predeterminados; pero serían imprevisibles los terremotos, la plaga de langostas. Existen comarcas en nuestro país como las de la costa, en que el granizo constituiría caso fortuito.

Sobre esta cuestión revítese “La fuerza mayor y la orden del soberano ante la teoría de la responsabilidad civil”, por LÓPEZ OLACIREGUI, JOSÉ MARÍA (17 decies).

144.— *Caracteres del caso fortuito.*— Presenta los siguientes:

1) El caso fortuito deberá producirse independientemente de la voluntad del deudor. Por ello es que se le exime de responsabilidad, aún cuando no cumpla con la obligación.

2) Se exige que el acontecimiento sea imprevisto. Así, no se ha considerado como caso fortuito si un comerciante se compromete a vender un lote de mercaderías que no tiene en su stock sino que va a adquirir después y que un acontecimiento le impide hacerlo, su responsabilidad es exigible por cuanto debió prever que le sería imposible adquirir dicho lote. Además, se agrega que sea imprevisible.

3) Se requiere que el acontecimiento sea insuperable, es decir, que impida en forma absoluta y total el cumplimiento de la obligación. Si sobreviene un hecho que sólo haría más difícil o más costoso el cumplimiento de la obligación, no existirá caso fortuito ni eximirá de responsabilidad. Si *A* remite mercaderías a *B* por ferrocarril y se declara en huelga el personal ferroviario no se estimará que existe caso fortuito, ya que *A* podría haber remitido los efectos utilizando otro medio de transporte.

(17 decies) En “Jurisprudencia Argentina”, 1944, IV, p. 311.



Se trata de algo irresistible, por lo que es imposible ejecutar la prestación; es algo inevitable; hay imposibilidad objetiva de ejecutar.

El caso fortuito sólo libera en cuanto acarrea la imposibilidad de ejecutar.

Estiman PLANIOL-RIPERT y Esmein (18) que el incumplimiento debe hacerse absolutamente imposible. Si sólo hubo dificultad para cumplir ello no libera al deudor. Quiere decir que la deuda se ha hecho más onerosa, pero no imposible, por lo que el acreedor conserva el derecho de exigirla. Por ejemplo, el aumento de precios de las mercaderías, la creación de nuevos impuestos o derechos de aduana, no obstante la pérdida que experimente por su causa el deudor, no justifican que no entregue la cosa debida. Agregan que la imposibilidad de cumplimiento debe existir no sólo en cuanto al deudor, individualmente considerado, sino también respecto a cualquier otra persona colocada bajo idénticas circunstancias. La imposibilidad relativa, respecto al deudor mismo, carece de fuerza liberatoria (19).

4) El caso fortuito debe crear una situación permanente que impida en todo tiempo el cumplimiento de la obligación. Si el acontecimiento es sólo temporal, tan luego hubiere cesado, el deudor deberá cumplir la obligación. El deudor estaría obligado a cumplir tardíamente, pero no tendría que pagar los daños y perjuicios moratorios (19 bis).

(18) VII, Nº 839, p. 151 s.

(19) Expresan PLANIOL y RIPERT, VII, Nº 836, p. 148 s. que los tribunales de Francia sólo admiten como causales de exoneración del deudor, el caso fortuito, la fuerza mayor o la culpa del acreedor. Toda dificultad, por grande que sea, no dispensa al deudor del cumplimiento de la prestación. Sólo la imposibilidad absoluta lo libra de responder por los daños y perjuicios.

19 bis) SALVAT, Nº 145, a), p. 70, agrega que el caso fortuito debe ser un hecho actual y no un hecho solamente posible.

Para esta cuestión, véase LOPEZ OLACIREGUI J. M., "La fuerza mayor y la orden del soberano ante la teoría de la responsabilidad civil", en "Jurisprudencia Argentina", 1944, t. IV, p. 311. Distingue cómo funcionan estos dos elementos en las esferas contractual y aquiliana.

El *casus* representa aquel acaecimiento del cual no deriva la responsabilidad del deudor, no obstante que ha incumplido con la prestación.

Los dos elementos esenciales del caso fortuito son la imprevisibilidad y la inevitabilidad. Lo inevitable, aunque fuere previsible, libera al deudor. Nadie puede responder de aquellos acaecimientos que no han debido preverse o que, previstos, resultarían inevitables.

Se ha controvertido arduamente cuál de los dos elementos es el más importante: si el de la imprevisibilidad o el de la inevitabilidad. Es evidente que con el primer elemento podemos determinar la imputabilidad del agente. Así, si previó el resultado habrá cometido dolo; si sólo hubo imposibilidad de prever, incurrirá en culpa; y si hubo imprevisión total, se tendrá el caso fortuito. Parece ser que el criterio más seguro es el de la inevitabilidad, porque la imprevisibilidad representa un cálculo de probabilidades en tanto que

El caso fortuito no sólo constituye un evento imprevisible, sino también irremovible.

Propiamente, lo que caracteriza el caso fortuito no es la imprevisibilidad, sino la inevitabilidad. Una sequía o una inundación producen daños inevitables, que no se pueden impedir. Se trata de acontecimientos en que la acción o la voluntad del hombre no tienen intervención alguna.

Por el caso fortuito o la fuerza mayor resulta imposible al deudor cumplir la obligación. Si la imposibilidad es total el deudor quedará enteramente libre de cumplir la prestación y la obligación desaparece. Empero, si la imposibilidad es sólo parcial el acreedor podrá obtener, según el fin del contrato, el cumplimiento de lo que le fuere útil. También puede ocurrir que el caso fortuito o la fuerza mayor no impidan total o parcialmente el cumplimiento de la prestación, sino que sólo retarden su ejecución.

Los subjetivistas estiman que el caso fortuito limita o confina con la culpa; que donde termina el uno comienza la otra; o donde cesa la culpa comienza el caso fortuito.

No hay acontecimientos que deban ser considerados siempre *a priori* y en forma abstracta casos fortuitos o de fuerza mayor, ya que su determinación como tales depende de las circunstancias en que se verifican. Por ejemplo, en unos casos se considera la inundación como caso fortuito y en otros no. Así, no lo es en aquellas comarcas en que las descargas pluviales son siempre excesivas e incontrolables.

Por tanto, el caso fortuito es el acontecimiento inopinado que la inteligencia y la fuerza humana no pueden prever ni evitar; o aún cuando fuera previsto resultara inevitable. La impre-

la inevitabilidad se refiere a la diligencia del deudor. Por ejemplo, tenemos el rayo, suceso previsible pero inevitable en cierta época y según el grado de progreso y cultura, ya que en las grandes ciudades es controlable. Ese es el defecto de la inevitabilidad, desde que si el caso fortuito queda sujeto a ella, su concepto habrá de variar teniendo en cuenta la época y el grado de cultura.

El caso fortuito es el acaecimiento imprevisible o inevitable para el deudor que produce la imposibilidad del exacto cumplimiento de su obligación.

El caso fortuito no sólo es lo imprevisible, sino también lo previsible, pero inevitable. La guerra en ciertas épocas puede ser un suceso imprevisible, pero ahora, v.g., tal como están las cosas, sería un acontecimiento previsible.

Para las nociones de fuerza mayor y caso fortuito véase la monografía "Force Majeure et Cas Fortuit en matière d'inexécution des obligations, selon le code des obligations suisse"; por GIOVANOLI SILVIO, en que se encuentran tratadas en las p. 12 ss. y 19 ss. la teoría subjetiva de GOLDSCHMIDT y objetiva de EXNER y las modificaciones aportadas por otros doctrinadores alemanes.

visibilidad y la irresistibilidad son notas substanciales en este instituto; pero la segunda opera más intensamente.

En el campo de las obligaciones el caso fortuito tiene influencia sea para extinguirlas, sea para reducirlas, sea para ampliarlas.

Debe también aceptarse como cierto que el caso fortuito no siempre acarrea la imposibilidad de ejecutar la prestación. Así por ejemplo, tratándose de cosas genéricas el deudor no puede eximirse de su entrega alegando su pérdida por caso fortuito o fuerza mayor declara el art. 1180 del cód. civ.

El caso fortuito puede ocasionar que la prestación debida se torne más difícil u onerosa, aún cuando se afirme que entonces realmente no se trata de un caso fortuito. Pero, en general, puede existir caso fortuito que no origine la imposibilidad de la prestación y que, por tanto, no libere al deudor.

Conviene también detener la atención en que el caso fortuito jamás puede provenir de la culpa del deudor, ya que siendo inevitable el acontecimiento que lo caracteriza excluye la idea de la culpa. Será entonces siempre extraño a la voluntad del obligado y siendo irresistible está revelando que hay ausencia de culpa. Por el contrario, si el hecho deriva de un acto culposo del deudor no será inevitable; luego, no existirá caso fortuito.

Lo inevitable en el caso fortuito está íntimamente vinculado con la realidad, con la situación objetiva del momento y con las circunstancias reinantes al tiempo en que se verificó el hecho, de modo que ningún hombre pudiera precaverse contra lo que ha ocurrido o resistir a dicho evento. No se debe olvidar, sin embargo, la persona del deudor.

Ahondando en este principio de la imprevisibilidad tenemos que todo hecho abstractamente considerado es previsible. Insistimos que no hay acontecimientos que puedan ser considerados *a priori* siempre casos fortuitos. Lo que hoy es caso fortuito mañana dejará de serlo con el progreso de la ciencia.

Sin embargo, hay en la ley una hipótesis de la que se extrae el pensamiento de que existen acontecimientos que constituyen por sí mismos casos de fuerza mayor. Es la del art. 1625 del cód. civ., que refiriéndose a la responsabilidad de los hoteleros y posaderos estima que constituye fuerza mayor el robo a mano armada. Para nosotros, cada caso debe examinarse aisladamente.

145.— *El incendio no siempre constituye un caso fortuito.*— No basta alegar incendio para quedar el deudor exonerado de responsabilidad. La producción del incendio siempre revela algo de culpa, de negligencia, de imprudencia, de falta de vigilancia por parte de la persona que es víctima de él.

Se refiere particularmente al incendio nuestro cód. civ. en los siguientes artículos instalados al disciplinar el contrato de locación-conducción:

Art. 1518.— *“El arrendatario es responsable del incendio, a no ser que provenga de caso fortuito, fuerza mayor o vicio de construcción”.*

Art. 1519.— *“No responde el arrendatario del incendio que se haya comunicado de una casa vecina, a pesar de haber tenido la vigilancia que puede exigirse”* (Véase además los arts. 1520, 1521 y 1522 cód. civ.) (20)

Y dentro de la hipótesis de incendio del predio locado, la responsabilidad del arrendatario cesa en la medida en que el locador estuviese asegurado; pero agrega el art. 1522 del cód. civ. que la compañía aseguradora tiene acción contra el arrendatario si el incendio fué causado por culpa de éste.

Por tanto, el arrendatario para exonerarse de responsabilidad frente al locador no debe acreditar su ausencia de culpa. Esto no sería suficiente para exonerarlo. Tiene que probar que el incendio provino de caso fortuito, fuerza mayor o vicio de construcción, según el art. 1518 del cód. civ., no que no tuvo culpa. En cambio, frente a la compañía aseguradora el arrendatario puede liberarse de responsabilidad demostrando su ausencia de culpa, o sea que tuvo con la cosa la vigilancia que pueda exigirse en un hombre normal.

(20) Al arrendatario no le basta probar el incendio para quedar exonerado de responsabilidad. Así BAUDRY-LACANTINERIE et Barde, III, Nº 1923, tex. y n. 2 a 4 de la p. 257, con nutrida bibliografía y jurisprudencia.

Cf. J. D. D., “Prueba del caso fortuito para eximirse de la responsabilidad derivada de daños ocasionados por un incendio”, en “Boletín del Instituto de Enseñanza Práctica de Buenos Aires”, 1940, t. 6, párr. 28. Los tribunales decidieron que el incendio no constituye por sí solo caso fortuito y que al locador o propietario de la finca donde el fuego se inició, propagándose luego al inmueble vecino le incumbe probar que no hubo culpa o negligencia de su parte o de su agente. Se estableció que no se habían adoptado las precauciones necesarias para combatir incendios y que el local no llenaba los requisitos administrativos o comunales exigidos en toda construcción.

Resumiendo: el arrendatario frente al dueño y locador no puede liberarse ofreciendo simplemente la prueba negativa y más fácil de que no existió culpa de su parte. El art. 1518 del cód. civ. exige la prueba precisa del hecho que ocasionó el incendio. Por lo mismo, debe acreditar dicho arrendatario que el incendio provino de un caso fortuito, de una fuerza mayor o de un vicio de construcción, o, en otro caso, que se propagó de otro predio; y en este último supuesto le basta acreditar que adoptó las precauciones exigibles.

Hay quienes como SAVATIER René (20 bis), que identifican la fuerza mayor y la falta de culpa. Para éste, o el evento dañoso es imprevisible e inevitable, en cuyo caso desaparece la culpa y nace la fuerza mayor; o había forma de prever y evitar dicho evento dañoso, en cuyo caso se configura la culpa del agente, que no recurrió a todos los medios para evitar el daño. Los MAZEAUD (20 ter), por el contrario, distinguen que entre los dominios de la culpa y los de la fuerza mayor hay un terreno intermedio, que es el de la falta de culpa. Existirá culpa si el juez se persuade de que un individuo avisado habría actuado en forma distinta del demandado. Existirá fuerza mayor si el juez llega a la convicción de que un individuo avisado habría estado en la imposibilidad de actuar en forma distinta a la que actuó el demandado. Diferencia considerable existe entre la falta de culpa, que corresponde a aquellas situaciones en que el origen del evento dañoso no puede ser atribuido a una negligencia o imprudencia del deudor, y la realización de la fuerza mayor, que importa un daño producido por una fuerza irresistible, perfectamente conocida. Para BONNECASE (20 quater) los casos en que no ha mediado culpa están equiparados a la fuerza mayor. Coincide con MAZEAUD que en teoría pura la fuerza mayor debe implicar algo más que la falta de culpa, pero en la práctica la equiparación entre ambos términos se produce. La diferencia estaría en la prueba, desde que la fuerza mayor supone acreditar la realización de un hecho positivo, concreto y determinado; y la falta de culpa constituiría una prueba negativa, que consistiría en no haber incurrido en ninguna imprudencia y en haber adoptado ciertas precauciones.

(20 bis) "Traité de la responsabilité civile", Paris, 1939, t. I, Nos. 182/3, p. 227 ss.

(20 ter) "Traité de la responsabilité civile", Paris, 1935, t. I, No 630.

(20 quater) "Supplement" al "Traité" de BAUDRY-LACANTINERIE, t. 3, No 285, p. 570.

146.— *Estado de guerra.*— Informan PLANIOL y RIPERT (20 quinquies), que la jurisprudencia francesa se ha negado a admitir que el estado de guerra pueda por sí solo considerarse como caso de fuerza mayor y exige que el deudor demuestre que, como resultado de la guerra, se ve en la imposibilidad de cumplir. A lo más, la guerra sólo produce dificultad en el cumplimiento, pero no imposibilidad. Así, las materias primas escasean, falta la mano de obra, se producen dificultades en la elaboración y en el transporte; y estos acontecimientos no constituyen indudablemente fuerza mayor. Con la guerra el cumplimiento no se hace imposible en todos los casos, sino sólo difícil.

147.— *El robo y el hurto.*— No tratándose del robo a mano armada, el robo hace presumir cierta negligencia o imprudencia y con mayor razón el hurto (21). Si sólo hubiere hurto, menos aún podría invocarse el caso fortuito.

El deudor que invoca la exención de responsabilidad por el caso fortuito, hemos dicho que deberá probar éste. Por lo mismo, es necesario que de la prueba resulte la completa exclusión de la culpa. Tratándose del robo y del hurto, por ejemplo, es difícil determinar si estos acaecimientos se produjeron por fatalidad o por culpa, y en habiendo duda se tiene al deudor por culpable.

148.— *Efectos del caso fortuito.*— ¿Cuáles son los efectos?

1) Exime de responsabilidad al deudor; lo expresa el art. 1319 cód. civ. ya reproducido. Existirá imposibilidad de ejecución y será el momento de aplicar la teoría de los riesgos (véase arts. 1175, 1177, 1184, 1188, 1197 inc. 1º cód. civ.).

2) El deudor no responde de los daños y perjuicios moratorios. Tiene que probar que incurrió en mora sin culpa alguna de su parte, como lo expresa el 2º párrafo del art. 1256 cód. civ. Tampoco abonará daños y perjuicios compensatorios. La ausencia de culpa no sólo provendría de la existencia de un *casus*, sino de la conducta del obligado comparada con la de un hombre diligente y prudente.

(20 quinquies) VII, Nº 843, p. 156 s. En el mismo sentido la jurisprudencia argentina: así lo hace notar SALVAT, Nº 150, p. 73.

(21) V. PLANIOL-RIPERT y Esmein, VII, Nº 837, p. 150.

El caso fortuito produce un efecto substancial: es el efecto liberatorio; la irresponsabilidad del deudor; es una causa legítima de exoneración de responsabilidad.

Empero, el caso fortuito o la fuerza mayor para liberar debe producir la imposibilidad de ejecución.

Si esa imposibilidad es permanente y total se extinguirá la obligación.

Si es temporal la imposibilidad, no existirá *mora*, porque, si la obligación tiene cierto retardo en su cumplimiento y ese retardo obedece a caso fortuito no habrá *mora*. Pero, además, para que no exista *mora* basta probar la ausencia de culpa en el deudor, prueba negativa, y no el hecho constitutivo del caso fortuito o de la fuerza mayor, lo cual es evidentemente más difícil.

Y si la imposibilidad de ejecución es sólo parcial el acreedor puede reclamar el cumplimiento de la parte de la obligación que es susceptible de cumplirse. Así por ejemplo, tratándose de la entrega de una cosa mueble, si ésta se deteriora sin culpa del deudor, el acreedor puede, a su elección, disolver la obligación, o recibir la cosa mueble en el estado que se hallare, con disminución proporcional del precio, si lo hubiese, según lo autoriza el art. 1177 del cód. civ.

Nuestro cód. civ. no contempla en el título de las obligaciones de dar, la obligación de restituir una cosa, como ocurre en la hipótesis del arrendamiento, ya que cuando este contrato termina, la cosa locada deberá serle restituída al locador. Si la cosa que debe restituirse se hubiere deteriorado sin culpa del arrendatario, el locador estará obligado a recibir la cosa en el estado en que se encontrare, sin derecho a indemnización alguna, por lo mismo, que el deterioro se produjo sin culpa del arrendatario.

149.— *Excepciones a la regla de que el caso fortuito exime de responsabilidad.*— Tenemos las que siguen:

1) Si el caso fortuito se produce durante la *mora* del deudor, deberá éste satisfacer los daños y perjuicios. Así lo dispone el 1er. apartado del art. 1256 cód. civ. Empero, puede probar que el caso fortuito habría alcanzado a la cosa debida, con detrimento del acreedor, aunque la ejecución se hubiera llevado a cabo a su debido tiempo (última parte del art. 1256 cód. civ.).

V.g., *A* debe entregar un caballo a *B* inmediatamente, pero no lo entrega. *B* constituye en mora a *A* y con posterioridad a la constitución en mora el caballo muere en una inundación extraordinaria. *A* queda exento de responsabilidad por daños y perjuicios si prueba que el caballo habría muerto igualmente en poder de *B*, porque el predio de éste también fue inundado. Contempla la misma situación el art. 995 cód. civ. en el supuesto de pérdida de la prenda; y también el art. 1557 cód. civ. sobre locación de obra. Estos son casos que la ley establece expresamente y a los que se refiere la frase final del art. 1319 cód. civ.:

“El deudor no responde por los daños y perjuicios resultantes del caso fortuito o de la fuerza mayor, sino en los casos expresos de la ley, y en los que así lo establezca la obligación” (21 bis).

Otro caso expreso de la ley lo encontramos en el art. 840 cód. civ.:

*“El poseedor de mala fe responde de la pérdida o detrimento del bien por caso fortuito, si éste no se hubiese sufrido estando en poder del propietario”.*

El caso fortuito tampoco libera al mandatario que no cumpliera personalmente el mandato, si se produce daños y perjuicios para el mandante, por haber efectuado una sustitución sin estar facultado para ello. Sin embargo, quedará liberado de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, si el mandatario prueba que dichos daños se habrían producido aunque no se hubiese efectuado la sustitución. Así lo declara el art. 1638 del cód. civ.

2) Otra excepción más la encontramos en el mismo art. 1319 cód. civ., por el cual el deudor responderá de los daños y perjuicios producidos por el caso fortuito o la fuerza mayor cuando *“así lo establezca la obligación”*, es decir, si el deudor conviene en responder no obstante el caso fortuito.

Hay en la ley varias hipótesis en las que el caso fortuito no libera al deudor. No sólo cuando ha sido constituido en mora

(21 bis) Sobre la cuestión de que el caso fortuito no libera al deudor si se encontrara en mora, salvo que pruebe que el caso fortuito habría alcanzado a la cosa aunque la ejecución se hubiere cumplido a su tiempo, PLANIOL-RIPERT y Esméin, VII, Nº 1322, p. 658, explican que si el acreedor prueba que hubiera vendido la cosa antes de perecer y que de este modo la pérdida hubiera recaído en una tercera persona, siempre deberá la indemnización el deudor moroso. La mora perpetúa la obligación.



prestará el caso fortuito; también lo presta en la gestión de negocios (art. 1660 cód. civ.), si el gestor acomete operaciones distintas del giro habitual del dueño, o cuando posponga el interés de éste al suyo propio, o cuando inició la gestión contra la voluntad manifiesta o presunta del dueño. También se responde del caso fortuito en el comodato, si la cosa fué tasada al prestarse al comodatario (art. 1590 cód. civ.), o si el comodatario prefirió perder la cosa prestada y no la suya (art. 1596 cód. civ.). Del caso fortuito se responde también en la ley de accidentes de trabajo N° 1378, de 20 de enero de 1911.

Caso interesante de responsabilidad es el de quien recibe un pago indebido de mala fe, en que responde del caso fortuito o del deterioro "por cualquier causa; pero apesar de su mala fe se libera si demuestra que el *casus* hubiera afectado a la cosa aún cuando se hallare en poder del que la entregó" (art. 1283 cód. civ.).

En ciertos casos, es lícito y está permitido que el deudor asuma los riesgos que suponen el caso fortuito o la fuerza mayor; viene entonces a convertirse en asegurador a favor del acreedor, quien así se libera de los riesgos.

Si el deudor hubiere convenido con su acreedor que él responderá del caso fortuito o de la fuerza mayor ello es lícito; es una aplicación del principio de la libertad contractual. Sin embargo, debe entenderse esto con ciertas limitaciones. Así, en la locación el arrendatario puede tomar sobre sí el riesgo de los casos fortuitos que suelen ocurrir comúnmente a fin de no poder pedir por esta causal rebaja de la merced conductiva; pero es inoperante y se tendrá por no puesta la cláusula por la que renuncia a los casos fortuitos extraordinarios. Esta es la doctrina que informa el art. 1503 cód. civ.

El pacto por el cual se obliga a responder el deudor de los daños y perjuicios resultantes del caso fortuito es válido, porque no es contrario al orden público y a las buenas costumbres. Y su validez nos viene desde el Derecho Romano.

En doctrina se debate desde antiguo cuál es la responsabilidad del deudor en caso de haberse convenido que responderá de los daños y perjuicios provenientes del caso fortuito en forma general, sin precisarse expresamente cuáles eran los eventos de que respondería. Una corriente doctrinaria entendió que el deudor debería responder de todos los casos fortuitos; otra corriente pretendió que el deudor sólo respondiera de los casos

fortuitos realmente insólitos; y otra dirección teórica que es la que ha conseguido más adeptos y seguidores al punto de convertirse en la *communis opinio*, entiende que el pacto lato de responder por los efectos del caso fortuito importa la responsabilidad por los casos fortuitos ordinarios, pero no que el deudor tenga que responder de hechos que no podían siquiera ser previstos como verosímiles.

Debe ser, por otro lado, una convención expresa. Es inadmisibles una manifestación tácita de la voluntad por la cual el deudor tome a su cargo las consecuencias del caso fortuito.

En general, los tribunales no aceptan una convención por la cual el deudor admite una responsabilidad absoluta por las consecuencias del caso fortuito. Es restrictiva. La responsabilidad del deudor juega por los casos fortuitos comunes. Todo caso fortuito comporta una situación anormal, pero dentro de esa anormalidad hay una normalidad relativa.

150.— *Prueba del caso fortuito*.— Quien invoca el caso fortuito como eximente de responsabilidad deberá probarlo. No sólo comprobará la existencia del acaecimiento (un terremoto), sino que probará también que por esa causa quedó impedido de cumplir la obligación (21 ter).

Asimismo, el deudor que estuviere en mora y que pretendiera exonerarse de responsabilidad porque el caso fortuito hubiere alcanzado a la cosa aunque hubiere estado ésta en manos del acreedor, deberá también acreditarlo.

La regla general sobre este punto la encontramos en el art. 1326 cód. civ.:

*“El obligado a entregar la cosa que se ha destruído o perdido por caso fortuito o fuerza mayor, está en el deber de probar su inculpabilidad”.*

Y no sólo a probar estará obligado, sino que en el mismo cód. nos encontramos con el:

Art. 1327.— *“El deudor que se libere de responsabilidad por la pérdida o destrucción de la cosa, debe ceder al acreedor cualesquiera derechos que le hubiesen quedado relativos a ella”.*

Es obvio que la pérdida se deberá a caso fortuito o fuerza mayor, en el supuesto a que alude la fórmula.

(21 ter) SALVAT, Obligaciones, No 163, p. 79.

La prueba del caso fortuito corre a cargo del que lo invoca, con arreglo a la máxima *allegans casus fortuitus illum probare tenetur*.

El § 282 del cód. alemán determina a quien corresponde el *onus probandi*: "En caso de cuestión para saber si la imposibilidad de la prestación es consecuencia de una circunstancia de que no deba responder el deudor, correrá la prueba a cargo de éste último".

El art. 1327, es un dispositivo semejante al art. 1303 del cód. de Napoleón, del cual PLANIOL-RIPERT y Esmein (21 quater) expresan que constituye una supervivencia histórica, ya que en la época antigua la obligación de dar una cosa no transfería la propiedad. Así, para esa época dan el ejemplo de que la cosa vendida fuera robada o destruída por un extraño cuando todavía la tenía el vendedor y era a éste a quien correspondía la acción de reparación del perjuicio, la que debía ceder al comprador; pero que ahora en que la propiedad se transfiere por sólo el efecto del contrato, esa acción nace en la persona del acreedor, ya que es propietario de la cosa, y el vendedor nada tiene que ceder. Para nosotros, el art. 1327 cód. civ. únicamente es aplicable tratándose de bienes muebles, en que la sola obligación de darlos no transforma al acreedor en propietario de los mismos, sino que para esto es necesario cumplir la tradición.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que existen otros contratos en que funciona la obligación de entregar la cosa. También es necesario expresar que si bien el contrato de compra-venta (de inmuebles tan sólo, para nosotros) transfiere el derecho de propiedad del vendedor al comprador, ello no supone que la cosa ha sido entregada; la entrega puede ser diferida y la no entrega no supone que el contrato no ha quedado perfeccionado. Por lo mismo, en la venta, en el depósito, en el comodato y en el arrendamiento, el vendedor, el depositario, el comodatario y el arrendatario se encuentran obligados a conservar la cosa que deben entregar o restituir. La obligación de conservar es una obligación general de prudencia y diligencia (o de medios), y no una obligación determinada o de resultado.

No entregada la cosa, al deudor se le presume culpable; empero, si prueba que la cosa se destruyó o perdió sin su culpa,

deberá transferir al acreedor los derechos que tuviere sobre la cosa destruída o perdida, o la parte de la cosa que hubiere quedado, si la destrucción fué sólo parcial (arts. 1326 y 1327 cód. civ.).

Una excepción a esta regla la encontramos en el contrato de comodato, en que la obligación de conservar a cargo del comodatario se reclama en forma más intensa y severa, en razón de que en el comodato vive la idea de la gratuidad (el comodatario usa y goza de la cosa prestada, sin que le corresponda a su vez cumplir con alguna contra-prestación). Así, si la cosa prestada se pierde por caso fortuito y fué tasada, responderá el comodatario, conforme a la declaración que hace el art. 1590 del cód. civ.; y no obstante que el caso fortuito es causal suficiente para liberar de responsabilidad a todo deudor. Y en el art. 1596 del mismo cód., se insiste en que el comodatario responda si la cosa prestada se pierde por caso fortuito del que podía salvarla el comodatario. Sin embargo, este último caso no es de caso fortuito, propiamente.

En el contrato de depósito, el art. 1618 cód. civ. dispone que si la cosa depositada se hubiere perdido por fuerza mayor y recibido otra el depositario, deberá entregar ésta al depositante. Además de que el depositario deberá probar la fuerza mayor conforme al art. 1326 cód. civ., se le permite liberarse entregando cosa distinta de la que debe, en oposición con la doctrina del art. 1171 del cód. civ.

En resumen, los arts. 1326 y 1327 se refieren a la obligación contractual de conservar la cosa cierta.

150a) — *Caso de varios deudores.*— Si la obligación llegare a ser imposible y existen varios deudores, todos ellos quedarán liberados. Habiendo culpa y si los deudores son mancomunados (obligación conjunta), quedan liberados aquellos que no fueren culpables.

Si la obligación es solidaria existiendo culpa de uno de los deudores sólo ese responderá por la indemnización de daños y perjuicios, pero por el valor de la obligación responderán todos (art. 1220 cód. civ.), a no ser que se trate de intereses. Estos los deberán todos los deudores solidarios (art. 1221 cód. civ.).

En la obligación indivisible la culpa de uno de los deudores no aumenta la responsabilidad de los otros; los no culpables no contribuirán a la indemnización con más cantidad que la por-

ción correspondiente del precio de la cosa o del servicio en que que consistiese la obligación (art. 1207 cód. civ.).

En las obligaciones aseguradas con fianza, la culpa del deudor principal no libera al fiador; ni la culpa del fiador puede dar nacimiento a la responsabilidad del deudor principal, por no ser éste garante de los hechos del fiador (22).

151.— *Nuestros tribunales y la doctrina del caso fortuito.*— La jurisprudencia sobre caso fortuito es la que sigue:

A) Sent. de 10 de Junio de 1916 (22 bis). En este fallo se resolvió que la destrucción por caso fortuito de la cosa locada, no impone al locador o dueño la obligación de reconstruirla. Habiéndose destruído parte de la cosa materia del arrendamiento, se reputó inadmisibles las acciones que se dirigían a que se pusiere la cosa arrendada en condiciones de servir al objeto del contrato, o que se autorizara al locatario para hacer los gastos que demandara ese acto, con cargo de descontar el valor de lo gastado de los arrendamientos por pagar. Lo resuelto no parece inamovible, en la hipótesis de que esos gastos fueren ahora considerados como mejoras necesarias y cayeran bajo la órbita del art. 1540 cód. civ. En el caso jurisprudencial la cosa se había destruído por efecto de un terremoto, que es caso fortuito y que, por tanto, escapa a toda previsión, y es además, inevitable.

Conforme al art. 1533 del cód. civ., la locación no se acaba si se destruye o pierde parcialmente la cosa locada, por caso fortuito. Por lo tanto, el arrendamiento concluirá si la cosa locada se pierde o destruye íntegramente por caso fortuito, o si se pierde o destruye parcialmente por culpa del arrendatario, caso en que infringe el inc. 1º del art. 1517 cód. civ. al no cuidar la cosa arrendada como propia. Pero también se acaba el contrato si el arrendatario pretende que se le rebaje la renta por haberse destruído parcialmente por caso fortuito la cosa y el locador opta porque se le devuelva su cosa. Si la cosa arrendada se destruye hay acción de desahucio, aún cuando la destrucción no se deba a culpa del arrendatario. El inc. 2º del art. 1606 del cód. civ. derogado establecía que la pérdida o destrucción de la cosa arrendada era una de las causas por la que se acababa la locación y

(22) PLANIOL-RIPERT, VII, Nº 1320, p. 657.

(22 bis) Inserta en "A. J.", 1916, p. 131.

el art. 952 del cód. de proc. civ. declaraba que todos los casos del art. 1606 del cód. civ. de 1852, así como los del 1602 del mismo cód. dan lugar a la acción de desahucio. Ha reemplazado al art. 1606 el art. 1531 del nuevo cód. civ., que no contiene esa causal de desahucio. Sin embargo, para que proceda el juicio la destrucción debe ser completa, o también una destrucción parcial, pero en este caso que exista prueba que el arrendatario pidió rebaja de la renta.

B) Sent. de 1º de agosto de 1922 (22 ter). Aquí se declara que el compromiso que los comerciantes contraen de observar fielmente las disposiciones que adoptan los beligerantes con aquellos otros comerciantes que figuran en las llamadas "listas negras", no importan un caso de fuerza mayor que puede eximir del cumplimiento de un contrato de fletamento. Estas listas no impiden el cumplimiento de los contratos legalmente celebrados, ni constituye el hecho de figurar en ellas caso de fuerza mayor, desde que no son algo imperioso, insuperable, irresistible, que impone al obligado algo que es contrario a lo convenido.

C) Sent. de 5 de enero de 1929 (22 quater). Esta resolución es incuestionablemente muy importante, porque decide que el incendio, con independencia de su origen, no es por sí solo un caso fortuito. Agrega que la responsabilidad del porteador es la de un depositario y que a él le incumbe probar el caso fortuito que produce la pérdida de la mercadería. La empresa porteadora sólo había probado el hecho material del incendio. Sin embargo, a ella le correspondía probar su inculpabilidad, desde que el incendio podía deberse a culpa, por acción u omisión del porteador o de sus empleados. Si, por ejemplo, la empresa hubiere comprobado que fué la caída de un rayo la que originó el incendio que destruyó la mercancía porteadada, es obvio que se hubiera declarado su irresponsabilidad.

D) Sent. de 22 de agosto de 1944 (22 quinquies). Se tuvo en cuenta que el terremoto es eximente de responsabilidad.

E) El fallo de 12 de setiembre de 1885 (22 sexies) declaró que la fuerza mayor o el caso fortuito son causa eximente del

(22 ter) En "A. J.", 1922, p. 86.

(22 quater) "A. J.", 1923, p. 326.

(22 quinquies) "R. de J. P.", 1944, p. 29.

(22 sexies) "A. J.", 1880 - 1887, p. 204.

pago de intereses penales en que hubieren convenido las partes. Se habían pactado éstos para la hipótesis de que el deudor pudiendo pagar no pagara por su culpa; pero en el caso resuelto la falta de pago no podía imputarse a negligencia del deudor, sino a las circunstancias de la guerra, o sea a la fuerza mayor que había pesado sobre todos. Así, el deudor no pudo aprovechar de la época favorable en que el billete fiscal era de curso forzoso a fin de hacer sus pagos. Se dejó establecido que el acreedor, que era un Banco, no tenía derecho para sustraerse de las calamidades de la guerra y mucho menos para derivar provecho de esas calamidades, percibiendo intereses penales durante una época luctuosa para la Patria.

Para esta sentencia, la guerra constituye fuerza mayor. Además, manda llevar adelante la ejecución por la obligación que se cobra, pero no por los intereses penales estipulados, porque considera que no procede la aplicación de éstos, porque la obligación fué de imposible cumplimiento, a causa de la fuerza mayor que el estado de guerra significó.

F) En la sent. de 26 de mayo de 1948 (22 septies) se estableció que no se puede reclamar ejecutivamente ninguna suma por concepto de daños y perjuicios, por no constituir éstos cantidad líquida y exequible. El acreedor había demandado el importe de una letra de cambio, los intereses legales y, además, el pago de daños y perjuicios en la ejecución promovida. Adviértese que el reclamo de los intereses legales constituyen daños y perjuicios y el pago de otra suma por este mismo concepto, importaba un doble pedido.

G) En la sent. de 20 de junio de 1908 (22 octies) se declara fundada la demanda para que se indemnice la avería que sufrió parte de un cargamento al ser desembarcado en un puerto del litoral peruano, decidiéndose que la compañía de vapores encargada del transporte debía pagar esa indemnización. La compañía invocó su irresponsabilidad porque la avería provino de fuerza mayor consistente en una recia marejada. El Fiscal consideró que no era un caso de fuerza mayor y que la pérdida se debió a que no se puso la debida diligencia y que el fletante responde del cargamento desde que se le hace la entrega hasta que lo desembarca.

(22 septies) "A. J.", 1948, p. 129.

(22 octies) "A. J.", 1908, p. 231.

H) Asimismo, sobre la noción del caso fortuito y de la fuerza mayor debe revisarse la sent. de 31 de octubre de 1891 (22 nonies). La pérdida del cargamento sobrevino porque la compañía naviera no pudo transbordarlo a otro buque a causa de que se había declarado la interdicción de la navegación por haber sobrevenido una epidemia. Se consideró que este hecho no se podía prever ni evitar por el deudor, por lo que constituía fuerza mayor y procedía la aplicación del art. 1639 del cód. civ. derogado, que eximía de responsabilidad a los portadores si las obligaciones que asumían las incumplían por los efectos del *casus*.

I) El depositario se encuentra obligado a probar su inculpabilidad para liberarse de devolver la cosa depositada, que alega y no prueba haberse perdido por caso fortuito. Véase sent. de 5 de enero de 1929 (22 decies).

(Continuará).

---

(22 nonies) "A. J.", 1888 - 1893, p. 223.  
(22 decies) "A. J.", 1928, p. 326.