



Capítulo 25

Editores

DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL

COLOQUIO DE IUSPRIVATISTAS DE ROMA Y AMÉRICA
CUARTA REUNIÓN DE TRABAJO



**FONDO
EDITORIAL**

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

De las obligaciones en general
Coloquio de iusprivatistas de Roma y América
Cuarta reunión de trabajo

Rómulo Morales Hervias y Giovanni F. Priori Posada, editores

© Rómulo Morales Hervias y Giovanni F. Priori Posada, editores, 2012

De esta edición:

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

Diseño, diagramación, corrección de estilo y cuidado de la edición:

Fondo Editorial PUCP

Primera edición: diciembre de 2012

Tiraje: 500 ejemplares

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

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2012-15834

ISBN: 978-612-4146-24-4

Registro del Proyecto Editorial: 31501361200977

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

LA TUTELA DEL DERECHO DE CRÉDITO

Giovanni F. Priori Posada

Pontificia Universidad Católica del Perú

INTRODUCCIÓN

Con ocasión de la Cuarta reunión de trabajo del Coloquio de iusprivatistas de Roma y América, llevada a cabo en Lima, el 21 y 22 de julio de 2011, en el ánimo de trabajar una propuesta de regulación general para América Latina sobre las obligaciones en general, se me pidió intervenir acerca de la propuesta de mi apreciado amigo, Edgar Cortés, respecto a la tutela del derecho de crédito.

En esa ocasión mi intervención no versó sobre lo que la propuesta de Cortés contenía, sino más bien en aquello que omitía. Por esto sirva este breve trabajo para explicar mi posición sobre los temas que creo no deben ser olvidados en una propuesta de regulación para América Latina en materia de obligaciones en general.

1. LA TUTELA

La propuesta de regulación utiliza la expresión *tutela* para referirse a la protección del derecho de crédito. Por ello, creo que es fundamental entrar al análisis de lo que la *tutela* supone, con el fin de poder establecer qué es aquello que una propuesta de regulación sobre la *tutela del derecho de crédito* debe contener.

1.1. El presupuesto de la tutela: el establecimiento de un interés jurídicamente prevalente y el reconocimiento de situaciones jurídicas de ventaja¹

Ninguna regulación en ningún ámbito del derecho puede dejar de lado la constatación según la cual, en la sociedad, los hombres tienen un sinnúmero de

¹ Sobre este tema y su vinculación con el derecho procesal, he desarrollado algunas ideas que pueden ser confrontadas en Priori Posada (2003).

necesidades que deben satisfacer. Para lograr la satisfacción de dichas necesidades, los hombres requieren de bienes aptos para ello. Una vez que un hombre identifica un bien como apto para satisfacer su necesidad, se produce una relación entre ambos elementos; y es a esta relación a la que la teoría general del derecho denomina *interés* (Bigliuzzi Geri, Breccia, Busnelli & Natoli, 1997, pp. 260 y ss.; Carnelutti, 1994, pp. 11 y ss.; 1951; Rocco, 1976, pp. 16 y ss.).

Los bienes, sin embargo, no son siempre suficientes para satisfacer las necesidades de todos los hombres. Precisamente, esta escasez es la que ocasiona que dos o más sujetos puedan identificar un mismo bien como idóneo para compensar sus respectivas necesidades, situación en la cual cada uno de ellos tendrá una relación de tensión respecto de un único bien; y es este hecho el que da lugar al conflicto intersubjetivo de intereses².

Es esta una situación que se presenta en la sociedad: una de conflicto, en búsqueda de la satisfacción de las necesidades de los hombres; contexto del que el derecho debe ser consciente y frente al cual debe obligatoriamente actuar, en aras de mantener la paz en la sociedad. De lo contrario, el modo en que los hombres buscarán la complacencia de sus necesidades será la violencia.

De esta manera, la propia sociedad organizada, sobre la base de los diversos valores que la inspiran³, dicta sus propias normas de conducta (derecho objetivo) en las cuales dispone cuál es la solución a los diversos conflictos de intereses que se presentan.

En dichas normas, el derecho objetivo establece de manera abstracta y general qué interés, de aquellos que se encuentran en conflicto, es el que será digno de tutela (interés prevalente) y qué otro será el que deberá cederse (interés no prevalente o subordinado). Solo el requerimiento de aquel que está detrás del interés prevalente es el que, conforme al derecho, deberá satisfacerse. Por ello, detrás de la consideración de un interés, como prevalente, existe una calificación jurídica positiva por parte del ordenamiento jurídico.

La determinación de qué interés es el prevalente y qué otro el subordinado determina una especial y distinta posición de sus titulares frente al ordenamiento

² Para Carnelutti la situación de conflicto se explica de la siguiente manera: «Si el interés significa una situación favorable a la satisfacción de una necesidad; si las necesidades del hombre son ilimitadas, y si por el contrario, son limitados los bienes, es decir, la porción del mundo exterior apta para satisfacerlas, como correlativa a la noción de *interés* y a la de *bien* aparece la del *conflicto de intereses*. Surge conflicto entre dos intereses cuando la *situación favorable a la satisfacción de una necesidad excluye la situación favorable a la satisfacción de una necesidad distinta*» (1994, p. 16).

³ «*La norma giuridica é da ascrivere alla sfera del valore inteso vuoi alcunché di approvabile, di preferibile in una data cultura, vuoi, e correlativamente, come criterio —regola— di condotta su di esso ordinato: la norma, o piú norme [...] incorporano un valore il quale ne risulta potenziato per gli attributi propri per la giuridicità [...]*» (Fazzalari, 1996, p. 22).

jurídico. Así, el titular del prevalente se encontrará en posición favorable para la satisfacción de su interés, razón por la cual se dice que es titular de una situación jurídica de ventaja. En cambio, el titular del subordinado se encontrará frente al ordenamiento jurídico en una posición desfavorable para la complacencia de su interés, por lo que se encontrará en una situación jurídica de desventaja (Bigliuzzi Geri et al., 1997, p. 270).

Una de esas situaciones jurídicas de ventaja es precisamente el derecho de crédito, que en su formación supone un interés que subyace a él, el cual pretende ser satisfecho mediante la realización de una determinada conducta por parte de quien es titular de la situación jurídica de desventaja correlativa a ese interés (obligación). De esta manera, esta última situación tiene una función instrumental respecto de la complacencia del interés que subyace a una situación jurídica de ventaja, que se traduce en términos de intereses en la siguiente forma: el ordenamiento jurídico privilegia la satisfacción de uno de los dos intereses en conflicto a través del sacrificio de uno. Procura el cumplimiento de aquel beneficio que recibió ese juicio de valor positivo (el prevalente), razón por la cual su titular está frente a él en una posición especial: una situación jurídica de ventaja. Así, la no realización de esta situación positiva supone la no complacencia del interés que subyace a ella y, por ende, la no realización de los valores y principios que están detrás del establecimiento de dichas normas.

No basta, sin embargo, con reconocer situaciones jurídicas de ventaja.

1.2. La lesión o amenaza de lesión de las situaciones jurídicas de ventaja: la reacción del ordenamiento jurídico

Como ya lo hemos mencionado, el solo reconocimiento de las situaciones jurídicas de ventaja no garantiza la satisfacción del interés que subyace a ellas, debido a que su realización finalmente depende de que el titular de la situación de desventaja cumpla con aquella conducta prevista por el ordenamiento jurídico como instrumental para la complacencia del interés.

Por ello, el gran reto del ordenamiento jurídico está en procurar la realización del interés prevalente, especialmente en los casos en los que el titular de la situación jurídica de desventaja no lo haga voluntariamente. ¿Cómo hacerlo? Analizando adecuadamente los diversos intereses que subyacen a las situaciones jurídicas de ventaja y procurar la realización de todas aquellas circunstancias que, por omisión o comisión, otorguen satisfacción al interés prevalente.

La tarea, entonces, es no dejar que la no colaboración de los titulares de las situaciones jurídicas de desventaja termine por dejar insatisfechas a las positivas, respecto de las cuales subyacen intereses que han sido considerados prevalentes

por parte del ordenamiento jurídico. Hacerlo supondría burlar no solo los beneficios de los sujetos de derecho, sino la propia calificación valorativa que ha hecho el ordenamiento jurídico.

1.3. La noción de tutela

Tutela es entonces la protección que brinda el ordenamiento jurídico a las situaciones jurídicas de ventaja que son lesionadas o amenazadas. ¿Cómo se brinda esa protección? A través de la previsión legal de ciertos instrumentos jurídicos —denominados *remedios*— con los cuales se puede obtener la satisfacción de los intereses que subyacen a estas situaciones lesionadas o amenazadas.

Esos remedios deben, por tanto, ser idóneos: más que una mera reacción frente a la lesión o amenaza de ella, deben, esencialmente, obtener la satisfacción de los intereses prevalentes.

1.4. Las formas de tutela

Las formas de tutela de los derechos han sufrido una evolución desde aquellas que han respondido —en términos de Di Majo (1993, p. 45)— a la dupla *restitución/resarcimiento* a aquellas de *tutela satisfactiva*.

1.4.1. La dupla *restitución/resarcimiento*

Este modelo de tutela de los derechos en general parte de reconducir todas las situaciones jurídicas al modelo de *propiedad*. Sobre la base de esa consideración, se parte de la idea de que la lesión del derecho de propiedad —y por extensión, de todas las demás ramas— se produce fundamentalmente con un despojo; por ello, la protección se centra en lograr la *restitución* de aquel bien sobre el que recaía el derecho.

Solo en los casos en que dicha restitución no fuera posible, cabía el *resarcimiento* como remedio sustitutivo. Posteriormente, el resarcimiento se consideró una herramienta facultativa del titular de la situación jurídica lesionada.

1.4.2. La *tutela satisfactiva*

La *tutela satisfactiva* no hace referencia a otra cosa que obtener todo aquello necesario para poder colmar el interés del acreedor. Por ello, en materia contractual —que es el punto que nos interesa en esta sede—, esto se expresa, fundamentalmente, en obtener el cumplimiento coactivo de la obligación asumida por el deudor; es decir, la ejecución en forma específica.

Como bien señala Di Majo el desafío está en determinar, de modo concreto, cuáles son las formas en que se puede obtener la protección de modo específico, en función de la especial naturaleza de las situaciones jurídicas de ventaja (1993).

2. LA TUTELA DEL DERECHO DE CRÉDITO

Siguiendo la línea anteriormente trazada, es fundamental que antes establezcamos la especial naturaleza del derecho de crédito nacido de un contrato, con el propósito de determinar las necesidades de protección de esta situación jurídica.

Así, este, en sustancia, consiste en la potestad que tiene su titular de exigir de parte del deudor el cumplimiento de determinada prestación (conducta) a su cargo.

En función a lo anteriormente expuesto, la doctrina y la legislación comparada (y en eso no ha sido ajena la latinoamericana) ha propuesto —fuera de los casos específicos de autotutela permitidos—⁴ de manera general que, frente al incumplimiento, existen tres formas de protección, a elección del acreedor: a) la resolución del contrato, b) la indemnización por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia del incumplimiento y c) el cumplimiento forzoso de la obligación.

El análisis en materia de cumplimiento forzoso de la obligación nos lleva necesariamente a considerar los diversos tipos de conducta a los cuales el deudor puede obligarse: un dar, un hacer o un no hacer. Frente a la particularidad de las relaciones jurídicas que se presentan en nuestro medio, incluso esa división resultaría insuficiente, pues dependerá el tipo de bien que uno se obliga a dar, o el tipo de actividad que uno debe hacer o no hacer. En cualquier caso, existe mayor precisión sobre este punto dentro de las obligaciones de dar, pues estas normalmente se distinguen, entre obligaciones de dar bienes ciertos, inciertos, fungibles o infungibles y, dentro de estas, quizá tengan mayor desarrollo las que se refieren a dar una suma de dinero.

Sin embargo, el esquema de tutela de derecho de crédito ha sido pensado fundamentalmente respecto de las obligaciones de dar, no así respecto de las de hacer o no hacer. La razón de ello está, fundamentalmente, en el pensamiento liberal que predominó entre los siglos XVIII y XIX, el cual, para sobreproteger la libertad de los ciudadanos, estableció algunos límites concretos a la posibilidad de intervenir en su actuación, incluso en los casos en los que estos se habían exigido libremente a realizar determinada obligación.

⁴ Nos referimos a la excepción de incumplimiento, la excepción de caducidad de plazo, el derecho de retención, etcétera.

Así, esa idea de la *incoercibilidad del hacer* generó la imposibilidad de exigir a *hacer algo* a todo aquel que se ha obligado a ello, si es que voluntariamente no lo desea. ¿De qué modo se protege entonces al acreedor de una obligación de hacer? Solo quedaba la alternativa de deshacer el pacto o de recibir el resarcimiento. Es decir, o de volver las cosas al estado anterior al surgimiento de la obligación o convertir la obligación de *hacer* en una *de dar*, de modo que los medios de protección previstos para estas formas de protección puedan servir para «proteger» de modo indirecto las situaciones jurídicas lesionadas.

De este modo, los remedios frente a la lesión del derecho de crédito estaban destinados a la realización del patrimonio del deudor con el fin de cobrar o la suma de dinero a la que se había obligado a dar, o el resarcimiento por el incumplimiento de la obligación de hacer o no hacer. Con ello se aprecia que la tutela del crédito al final terminaba con un solo remedio: el dar una suma de dinero. Con esta concepción poco partidaria del cumplimiento fiel de las obligaciones y de la real satisfacción del interés del acreedor, la prioridad en el nivel de la tutela del derecho de crédito estaba en mantener incólume el patrimonio del deudor, pues al final de cuentas, este sería el destinado a responder por el cumplimiento de la obligación.

Así, los remedios tradicionalmente previstos para la tutela del crédito están destinados o a realizar el patrimonio del deudor o a recomponerlo en los casos en los que haya habido una disposición de bienes que pongan en riesgo el futuro cobro. Dentro de los mecanismos de tutela de *recomposición de patrimonio*, están fundamentalmente la denominada *acción pauliana* y la *nulidad por simulación del acto jurídico*.

Uno de los remedios más audaces para obtener el patrimonio del deudor es la denominada *acción oblicua*, según la cual se persigue un bien del primero, antes de que ingrese a su patrimonio, para que vaya directamente a la satisfacción del derecho de crédito.

De este modo, el interés que subyace a los derechos de crédito relativos a obligaciones de hacer o no hacer queda absolutamente insatisfecho. ¿Cómo realizar coactiva o coercitivamente esas conductas a las que el deudor se ha obligado voluntariamente y ahora no quiere cumplir? Este es el gran desafío.

3. LA PROPUESTA SOBRE TUTELA DE DERECHO DE CRÉDITO

La propuesta presentada se ubica en esa visión tradicional de los medios de tutela y, más allá de condensar de modo importante esos medios tradicionales de recomposición de patrimonio del deudor con el fin de realizar coactivamente las obligaciones de dar sumas de dinero originarias o aquellas a las que se recondujo

las obligaciones de hacer o no hacer, no entra en el gran desafío de establecer la manera de obtener la protección de los derechos de crédito, cuyo interés solo puede ser verdaderamente satisfecho con un hacer o un no hacer.

Creo que lo que la propuesta contiene está muy bien y debe permanecer, pero no debemos dejar de aprovechar la oportunidad para comenzar ahora a discutir los aspectos que durante siglos hemos abandonado: la real protección del derecho de crédito, de modo distinto a la reconversión de las obligaciones a simples deberes de dar sumas de dinero.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bigliuzzi Geri, Lina; Breccia, Humberto; Busnelli, Francesco & Natoli, Ugo (1997). *Diritto civile. Norme, soggetti e rapporto giuridico*. Vol. I. Turín: UTET.
- Carnelutti, Francesco (1951). *Teoria generale del diritto*. Roma: Edizione Scientifiche Italiane.
- Carnelutti, Francesco (1994). *Sistema de derecho procesal civil*. Tomo I. Buenos Aires: Uteha.
- Di Majo, Adolfo (1993). *La tutela civile dei diritti*. Milán: Giuffrè.
- Fazzalari, Elio (1996). *Istituzioni di diritto processuale* (8ª ed.). Padua: CEDAM.
- Priori Posada, Giovanni F. (2003). La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso. *Ius et Veritas*, 26, 273-292.
- Rocco, Ugo (1976). *Tratado de derecho procesal civil*. Tomo I. Bogotá-Buenos Aires: Temis-Depalma.