



Capítulo 7

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

COMENTARIOS AL ARTÍCULO DE FUENTES DE LAS OBLIGACIONES PROPUESTO POR EL PROFESOR ADAME Y APOYADO POR EL PROFESOR ESBORRAZ

Martha Lucía Neme Villarreal
Universidad Externado de Colombia

Lo primero que debe aclararse es el alcance del establecimiento de las fuentes de las obligaciones, pues determinar cuáles pueden ser o no ellas y cómo será su clasificación posee un enorme influjo sobre todas las instituciones ligadas al concepto de obligación. Por ejemplo, establecer si el daño es directamente una fuente de obligaciones y no el acto lícito o ilícito que lo generan repercutirá sus efectos sobre la entera materia de la responsabilidad civil. Por otro lado, sostener que una de las fuentes de las obligaciones son los actos o convenios «por los que dos personas se obligan recíprocamente, de los cuales resultan obligaciones bilaterales o contratos», conduce a algo más que enunciar una fuente de las obligaciones: a establecer el propio concepto de *contrato*; de ahí, que tengamos que reflexionar cuidadosamente sobre los términos precisos que se usen en la definición de las fuentes, pensando en los efectos subsiguientes que pueda tener esta.

1. Adame propone reducir las fuentes de las obligaciones a los actos entre vivos. No obstante, se debería aclarar que se está seccionando una parte del género, pues si pretendemos definir la fuente de la obligación por la técnica de la *partitio*, en la división no ha de omitirse ninguna de las partes.

2. Resulta pertinente evaluar la conveniencia de iniciar el elenco de las fuentes de la obligación identificándolas con las causas («las causas o fuentes de las obligaciones son:») en la medida en que dicha filiación pueda generar equívocos: se identifica la fuente como causa del contrato, por ejemplo, como subespecie que se enuncia.

3. Largamente se ha reconocido por la doctrina y jurisprudencia que el enriquecimiento como causa el abuso del derecho y, en general, el principio de buena fe pueden considerarse como fuentes de las obligaciones. Por tal razón, estimo de capital importancia que revisemos si la redacción propuesta permite tal entendimiento.

4. En cuanto a los denominados *actos no convenidos causantes de injuria o daño patrimoniales*, debería discutirse la eficacia de utilizar esta denominación de *patrimoniales* o no en vez de la de *inmateriales* y *materiales*, en pro de considerar que los derechos afectados están todos dentro del patrimonio de la persona.

5. Oportunas parecen las acotaciones de Esborraz de sustituir el concepto de *persona* por el de *parte*, lo cual admitiría además la pluralidad de sujetos, en lugar de hablar de obligación de una persona para con otra.

6. En cuanto a la emisión de títulos obligacionales debería debatirse si estos configuran una fuente autónoma diversa del contrato que constituye su causa o del propio acto de donación posterior, o contractual que subyace a su transmisión.

7. Comparto, por supuesto, la propuesta conforme a la cual la totalidad de las obligaciones deberán ser cumplidas «teniendo en cuenta no solo lo expresamente determinado en la ley o en el acto jurídico que le sirva de fuente, sino también todo aquello que sea conforme a la naturaleza de la deuda contraída, a la buena fe, a los usos y costumbres y a la equidad». No obstante, debo precisar que se trata no de un principio, sino de una regla emanada de la buena fe, cuya aplicación en función integradora del contenido de la obligación resulta imperiosa a todo tipo de obligaciones y no solo a las derivadas del contrato, en la medida en que el ámbito de aplicación del principio trasciende esa órbita y se extiende, como decía Quinto Mucio Scevola, a todas las cosas sobre las cuales se funda la vida social (Cicerón de off. 3,17,70).

8. Muy afortunada me parece la iniciativa de introducir dentro del Código Marco para América Latina un aparte que establezca las reglas fundamentales que regulen la categoría de obligación en general. Empero, considero que esto debe hacerse siempre que, a la vez, se introduzcan aquellas reglas que evidencien la especificidad de cada una de las fuentes en particular y de las subespecies que «transiten con su propio nombre», como en lo relativo a las diferentes clases de contratos.

Ello contribuirá a mantener la unidad de la categoría *obligación* y, en su interior, la cohesión de las especies de fuentes. Luego, en lugar de hacer «perder interés por el estudio y análisis de cada una de ellas» —como se teme—, esto acarreará una visión sistemática de las mismas, en la que la claridad de la definición del género —esto es, la obligación— permita identificar el elemento común de la categoría y lo propio de la especie —es decir, «la última diferencia que no puede aplicarse a ninguna otra cosa», como afirma Cicerón en *Tópica*—.

9. Conviene precisar si queremos centrar la fuente contractual en el acto inicial de consentimiento o en el concepto de *sinalagma*. Se habla de *actos convenidos* que generan obligaciones unilaterales y de aquellos que generan obligaciones recíprocas, pero solo a los segundos se les da la denominación de *contratos*.

De manera que la redacción planteada en el numeral dos parece reducir la categoría *contrato* a los sinalagmáticos, con lo que se excluiría de plano que actos consensuales que no generen obligaciones recíprocas puedan considerarse bajo la categoría del contrato.

Ello supone o bien que se entiende eliminada la diferencia entre contratos unilaterales o bilaterales, o que los hoy catalogados como unilaterales, esto es, el mutuo, el comodato, el depósito gratuito, la prenda, *dejarían de ser contratos*.

No obstante, en las explicaciones que anteceden la propuesta, Adame estima que en la primera categoría quedan incluidos las promesas unilaterales, la emisión de títulos obligacionales y los contratos unilaterales.

En cuanto al tema del concepto de contrato, Esborraz, aunque aboga por una concepción del contrato centrada en el *synallagma* labeoniano, acoge la concepción propuesta de fraccionar la categoría, que en la redacción supondría ir más allá, eliminando del mundo de los contratos a los llamados *unilaterales*.

10. Discrepamos de la posición de Esborraz y Adame en la definición de contrato. Comencemos por recordar que no son solo las partes las que tienen el poder de hacer que se genere obligaciones en el contrato, también lo tiene la buena fe, por su efecto integrador del contenido del contrato, como veremos en breve.

–Así, la relación tan fuerte entre los conceptos de contrato y obligación, que no supone una tautología, pone de relieve la necesidad de estar atentos para evitar todo tipo de presuposición, como aquella que sustenta que, en el proyecto en marcha, el concepto de contrato se debe elaborar desde la fragmentada construcción de la categoría en contratos unilaterales y bilaterales. Por tanto, resulta descontada «la conveniencia de distinguir entre obligaciones *correspectivas* o *sinalagmáticas* y obligaciones *simples* o *unilaterales*. Esto no es así. En un Código Marco para América Latina debemos discutir de manera expresa el concepto de contrato y asumir de manera consciente y deliberada los elementos que lo conforman y no introducirlo de soslayo a través de la clasificación de las fuentes de las obligaciones. Por esta razón, propongo que en el establecimiento del elenco de las fuentes de las obligaciones no se proceda a la definición de las mismas, por lo menos respecto del concepto de contrato, cuya complejidad amerita una reunión particular en la que se ventilen las diferentes posiciones.

–Se invoca al peso de la tradición, diríamos más propiamente de la codificación, y no de la romanista, como se verá, para señalar que «todos los Códigos Civiles del sistema jurídico romanista suelen distinguir [...] a las obligaciones [...] *correspectivas* o *sinalagmáticas*¹ [...] [de las] *simples* o *unilaterales*». Obsérvese

¹ Algunos Códigos latinoamericanos emplean para designar a esta categoría de obligaciones los calificativos de «bilaterales» (CCArg/1869, CCPAr/1985), «recíprocas» (CCCR/1886, CCHon/1906,

que se habla de *las obligaciones en general*, pero cuando se plantean los ejemplos mediante los que se sustenta la veracidad de la afirmación, estos se refieren a una de sus subespecies: los contratos. Por ende, no podríamos extender el argumento a la totalidad de la categoría sin un previo análisis de su procedencia.

–Así las cosas, en virtud de la fundamentación argüida y de la expresa formulación en el artículo propuesto, deberemos detenernos en el tema propiamente contractual para ahondar en las razones que nos permiten sostener que la fragmentación de la categoría *contrato* en perfectos e imperfectos significaría desconocer la oportunidad de construir un concepto de *contrato* fundado en una noción de sinalagma funcional y no formal, que contribuirá a la articulación de esta noción bajo los postulados de la justicia contractual, del equilibrio normativo y de la buena fe.

–En primer término, la posición planteada por los expositores implicaría desconocer que la reciprocidad de las obligaciones también opera por virtud de la integración del contenido del contrato, así como por la buena fe.

Al respecto sostiene Hinestrosa que en la relación crediticia existen deberes que pasan a ser «parte fundamental, común del contenido de toda obligación, por fuerza de la cláusula general *ex lege*, cuyo alcance preciso se singulariza en cada circunstancia, al tiempo que constituyen un límite, y de suyo un temperamento, a la pretensión del acreedor (exigibilidad, alcances, magnitud), al imponer el equilibrio de su interés legítimo con la exposición del deudor, y un talante más consonante con la función social de la colaboración intersubjetiva» (2002-2003, pp. 112-113).

–Mantener la posición que justifica la inexistencia de obligaciones recíprocas en los llamados *contratos sinalagmáticos imperfectos* implica desconocer que la bilateralidad objetiva es una circunstancia de índole sustancial y no simplemente formal, en términos del pacto expreso y, *ab initio*, de obligaciones correlativas; pues el carácter sinalagmático de las obligaciones encuentra fundamento en la finalidad misma del negocio, atendido el acuerdo de las partes. Esta función no siempre está determinada por la existencia de una ventaja económica. Recuérdese cómo Labeón extendía el término *contrato* también a negocios esencialmente gratuitos como el mandato y el depósito².

Labeón, en D. 17,1,8 pr., sostiene que la acción que tiene el mandante contra el procurador que se niega a restituir los documentos de la causa es la *actio mandati*

CCPan/1916, CCMéx[Fed]/1928, CCPer/1984, CCPar/1985, CCCub/1987) o «correlativas» (CCHon/1906, CCMéx[Fed]/1928).

² D. 17,1,8 pr. Ulpiano. XXXI ad ed. «Si he nombrado un procurador el cual no me restituye los documentos de la causa, ¿de cuál acción será obligado frente a mi? Labeón es del parecer que él sea obligado por la *actio mandati* y que no sea plausible la opinión de aquellos que consideran posible interponer en este caso la *actio depositi* dado que para cada contrato, es necesario tener en cuenta el acuerdo que le ha dado vida y su función» (Gallo, 1992, p. 211; el énfasis es nuestro).

y que no es admisible la opinión de aquellos que consideran posible interponer en este caso la *actio depositi*. Luego, la razón que plantea como sustento es que «para cada contrato, es necesario tener en cuenta el acuerdo que le ha dado vida y su función».

En relación con la función del contrato, vale la pena tener en cuenta las consideraciones de Fiori a propósito del alcance de la categoría «objeto del contrato», la cual pone de relieve que dicho objeto encuentra identidad con el entero programa contractual, por lo que no puede hacerse coincidir con la mera prestación y menos aún confundirse con la cosa sobre la que recae dicha prestación, en el sentido reductivo de bien económico, sino que evidencia la configuración del proyecto de las partes contratantes, lo que permite determinar una mejor comprensión de la función del contrato (2007, pp. 256-260).

–Proponer que en las fuentes de las obligaciones se plasme la categoría de los contratos mal llamados *unilaterales* conduce a quebrantar la estructura misma del sistema de obligaciones y contratos, en cuyo vértice se encuentra el principio de buena fe, plasmado con gran difusión en los Códigos latinoamericanos y reconocido ampliamente por la doctrina, pues ello conduciría a desconocer la función integradora de la buena fe respecto a las obligaciones de las partes. En efecto, el reconocimiento de dicha función integradora no puede ser meramente formal, como lo advierte Cardilli, y a ello llevaría una interpretación del tipo contractual en la que se separe la *obligación* del *contrato*. Esta lectura militaría en contra del papel de la buena fe, pues no obstante le sea reconocido el carácter de principio, tal afirmación terminaría siendo vacua, toda vez que, así, la buena fe perdería la capacidad «no solo para guiar a las partes en la ejecución de cuanto se ha prometido (buena fe como regla de conducta), sino la capacidad de integrar el contenido de la obligación que deriva del contrato» (2008, p. 55).

–En algunas oportunidades las obligaciones que integran el contenido del contrato son de tal naturaleza trascendental que su incumplimiento puede llegar a hacer nugatorios los efectos del entero contrato y por ende de la función de este. Veamos:

Así, por ejemplo en contratos tradicionalmente considerados como unilaterales, como el comodato, la prenda, el depósito o el mutuo, surgen, al contrario de tal convicción, obligaciones para el comodante, el depositante, el constituyente de la prenda o el mutuante, quienes por vía de integración del contrato asumen frente a la contraparte una serie de obligaciones que sin duda se encuentran en idéntico plano y cuya ausencia desnaturalizaría el negocio: piénsese, por ejemplo, en *un contrato de mutuo*, sin la garantía del respeto del plazo por parte del mutuante; *un comodato*, que deja de serlo para convertirse en precario en los eventos en que el comodante pida la restitución a su arbitrio o que por las condiciones de la cosa

no permite el disfrute de la cosa comodada por no servir a la función que le es propia; *un depósito*, en el que el depositante no advierte sobre los peligros de la cosa depositada o no concurre a recibir la cosa al final del depósito, o quizá pretenda no rembolsar los gastos de custodia o los perjuicios generados por la cosa depositada; una *prenda*, en la que el acreedor prendario no pueda exigir del deudor otorgante abstenerse de realizar acciones que disminuyan el valor del bien prendado, *serían todos ellos contratos inanes, absolutamente endebles y vacíos de contenido, en cuanto harían imposible el objeto del contrato e inalcanzable la función de ellos*.

—Se invocan como razones que justifican mantener la fragmentación entre contratos objetivamente bilaterales y unilaterales el hecho de que en diversas codificaciones latinoamericanas se prevea una sustancial distinción en el régimen aplicable a los actos lícitos generadores de obligaciones correspectivas o sinalagmáticas, y de aquellos que solo hacen nacer obligaciones simples o unilaterales. Aquí convoco justamente que se recuerde que la labor del jurista debe estar siempre atenta al vaivén entre tradición y novedad, y este sería sin duda el momento para introducir la novedad en los Códigos en pos del retorno de la tradición romanista, la cual defendía la consideración sustancial del sinalagma.

Esborraz indica que en las codificaciones se distingue que los remedios sinalagmáticos de invocar la mora recíproca, de exigir el cumplimiento simultáneo de las obligaciones, de oponer la excepción de incumplimiento, de invocar el incumplimiento anticipado, de solicitar la resolución en caso de imposible cumplimiento, de compensar los frutos e intereses percibidos en los supuestos de extinción de las obligaciones ya sea por nulidad y resolución o por acaecimiento de la condición resolutoria estarían excluidas —en principio— del ámbito de actuación de las obligaciones *simples* o *unilaterales*, al limitarse expresamente sus alcances a las obligaciones *correspectivas* o *sinalagmáticas*.

Y, además, que en algunas de las codificaciones latinoamericanas, la distinción entre una y otra categoría de obligaciones es *explícita*, en cuanto se considera justo que una obligación *simple* o *unilateral* deba estar sujeta a estándares de cumplimiento menos elevados de los que se puedan pretender cuando se trata de una obligación *correspectiva* o *sinalagmática*.

Al respecto cabe reiterar, en primer lugar, que la interdependencia entre los vínculos obligatorios originados en el contrato debe valorarse con referencia a la eficacia del tipo contractual. Por ende, no es absoluta, sino que está sujeta a graduaciones de intensidad según las particularidades del tipo de contrato y al propio reglamento negocial.

Sobre este tema, vale la pena señalar que Labeón centró su definición de *contractus* en la reciprocidad, *ultra citroque obligatio*, y no en la correspondencia

entre ventajas y sacrificios; esto es, sin calificar la relación de intensidad entre las obligaciones surgidas de una y otra parte, como lo señala Grosso (1963, p. 221).

Por esas razones, la diferencia de régimen no inhibe el carácter sinalagmático sino que plantea la consideración de la elasticidad propia del concepto.

De otra parte, ni la menor responsabilidad de quien otorga por liberalidad el derecho; ni la mínima entidad de los derechos que se transmiten o la necesidad de interpretar el negocio en el sentido menos gravoso para quien ejecuta el acto en principio liberal; ni la menor protección en lo que respecta a la estabilidad de la adquisición del derecho, presupuestos propios de los contratos gratuitos, pueden alegarse como talanquera frente al surgimiento de los deberes que impone la buena fe al otorgante del derecho y en favor del beneficiario. En otras palabras: la gratuidad no inhibe el surgimiento de los contratos. Así, ni el comodante, ni el mandante, ni el mutuante, ni el depositante podrían verse relevados de sus deberes de lealtad, de transparencia, de diligencia, de suministrar información relevante para el cumplimiento del contrato, de respeto por el pacto, so pretexto de la gratuidad del negocio y en desmedro de la función propia del tipo contractual.

—Por demás, la aplicación de los remedios sinalagmáticos a los mal llamados *contratos unilaterales* no resulta improcedente sino imperativa, en aras del respeto del principio de buena fe.

Como estos son susceptibles de incumplimiento mutuo, por ende, la cláusula resolutoria implícita permite dar por terminado el vínculo sin mayores dificultades. Asimismo, permite ejercer la excepción de contrato no cumplido protegiendo el interés de una de las partes en perseverar en dicho negocio. Y, finalmente, admite renegociar las condiciones pactadas en un evento de excesiva onerosidad, en tanto las circunstancias bajo las que originalmente se contrató han sido modificadas.

Así lo entendió Claro Solar al señalar que la cláusula resolutoria implícita es viable en los negocios unilaterales, pues si el fundamento de la misma es que «la obligación, o más generalmente la prestación de uno de los contratantes no tendría causa si la prestación de la otra parte no fuera ejecutada»; y por cuanto las partes han entendido tratar un equivalente que debe ser «*dado dando, a donner donnant*» (1936, p. 173), el precepto conforme al cual «en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, *no ha resuelto que tal condición no pueda ir envuelta en los contratos unilaterales*» (p. 173; el énfasis es nuestro). Y agrega que «independientemente de los precedentes históricos que han dado lugar a la a la admisión de la resolución contractual y especialmente a la condición resolutoria tácita, primero en los contratos innominados y enseguida en los contratos nominados, otras disposiciones del Código Civil manifiestan que el legislador no ha entendido dar a su disposición

del artículo 1489 el carácter privativo que se supone» (p. 173); esto es, que no sea aplicable a los denominados *negocios unilaterales* o *sinalagmáticos imperfectos*.

Tales argumentos resultan igualmente aplicables a los contratos gratuitos, en primer lugar, por considerar que «la naturaleza de las cosas», propia de la categoría de los llamados *negocios unilaterales*, no resulta ajena a los deberes de lealtad, diligencia, equilibrio contractual, etcétera, cuya exigencia deriva de la integración del contenido contractual que impone la buena fe y, en segundo lugar, porque no estimamos que la gratuidad sea en manera alguna un impedimento para que operen respecto del comodato o de otros negocios gratuitos los remedios sinalagmáticos. Veamos.

-En materia de cláusula resolutoria implícita:

Baste señalar que, en el caso del comodato o de la prenda, el comodante y el constituyente de la segunda pueden pedir la restitución de la cosa objeto del contrato cuando el comodatario o el acreedor prendario, según el caso, hagan mal uso de la cosa o no cumplan con los deberes de custodia y guarda de la misma. Así, esto dará lugar a la resolución del contrato aún antes del plazo convenido o al otorgamiento de garantías adecuadas sobre su buen uso (Claro Solar, 1936, p. 174). Respectivamente, el comodatario o el acreedor prendario podrán pedir la resolución del contrato y, por ende, proceder a la entrega anticipada del bien en los casos en que la cosa comodada o prendada no resulte apta para el cumplimiento de la función del contrato. En otras palabras, en los casos en que la cosa comodada no sirva a la función que le es propia o presente riesgo y, respecto a la prenda, en tanto esta no posea las calidades que le permitan servir de garantía o las pierda por causas no imputables al acreedor prendario, todo ello sin perjuicio de las respectivas indemnizaciones a que haya lugar. Igualmente, las partes podrán perseverar en el contrato solicitando la sustitución o reparación de los mencionados bienes.

En el mismo sentido, aquella parte que aparentemente no ha quedado obligada en el contrato de depósito, esto es, el depositante, podrá exigir la terminación anticipada del contrato si la cosa depositada corre riesgos en manos del depositario. A su vez, el depositario puede pedir la terminación del contrato por los riesgos generados debido a vicios ocultos de la cosa depositada o por reclamaciones jurídicas sobre la titularidad de la cosa que le impongan obligaciones judiciales engorrosas, o más gravosas, o lo expongan a continuos y molestos reclamos extrajudiciales, por ejemplo.

En el caso del mutuo, el mutuante podría exigir la cláusula aceleratoria del pago por incumplimiento del mutuario en el pago de los *instalamentos* o ante grave riesgo de insolvencia. En sentido contrario, el mutuario podrá pedir la terminación del contrato de mutuo gratuito por abusos del mutuante en el desconocimiento

de plazos y modalidades de pago o de amortización del crédito, o podrá exigir previamente el cumplimiento de este para continuar con la amortización del crédito.

–En materia de cláusula *rebus sic stantibus*:

Los contratos de prenda, comodato, depósito, mandato y mutuo gratuitos pueden ser objeto de modificación de las condiciones originalmente pactadas que hagan excesivamente gravosa la prestación de una de las partes. Por ejemplo:

- En el caso del depósito:

Para el depositario: cuando la conservación de la cosa requiera tal esfuerzo que exceda la vocación de sacrificio que está dispuesto a soportar: a) cumplimiento de medidas legales costosas o dispendiosas (registros, avalúos); b) surgimiento de obligaciones de conservación y seguridad (cambios climáticos intempestivos que generen obligaciones más gravosas respecto de la adecuada conservación del bien); c) alteración de las condiciones de vida del depositario (pérdida del lugar de habitación, imposibilidad de dedicar el tiempo requerido para la custodia por enfermedad, desarrollo de alergia al producto depositado o, en general, el advenimiento de circunstancias gravosas que le impiden continuar con el depósito en las condiciones pactadas).

Para el depositante: a) cuando hayan nuevos requerimientos legales que le exijan interrumpir periódicamente el depósito; b) cuando deba soportar gastos de conservación seguridad o custodia derivados de circunstancias provenientes del depositario; c) cuando el cambio de las circunstancias de seguridad del depositario, sin serle imputables, le hagan temer por la adecuada custodia del bien y que hagan tan oneroso el depósito que se requiera un reacondicionamiento de las condiciones del contrato o incluso su terminación.

- En el caso del mutuo:

Su carácter de gratuito no excluye la aplicación de la excesiva onerosidad sobreviniente, siempre y cuando existan circunstancias, surgidas con posterioridad a la celebración del contrato, como fenómenos inflacionarios extraordinarios, guerra, catástrofes ambientales, etcétera, que puedan dar lugar a la necesidad de replantear las condiciones originales.

Nuestro razonamiento se hace, sin duda, bajo el amparo de la buena fe que impone una valoración conjunta de los intereses de las partes. De allí que, como sostiene Demolombe:

[E]sta condición resolutoria tácita la encontramos siempre que una de las partes deja de ejecutar las obligaciones que el contrato le impone y sobre cuya fe la otra parte había consentido. Siempre, decimos, no solamente en los contratos

sinalagmáticos perfectos o imperfectos, o en los contratos unilaterales a título onerosos, sino también en los contratos de beneficencia, como igualmente en los actos de disposición a título gratuito, donaciones entre vivos o testamento (1844, p. 492; la traducción es nuestra).

-En materia de *exceptio inamdiplentis contractus*:

Teniendo en cuenta que la *exceptio inamdiplentis contractus* tiene por efecto suspender o retardar temporalmente la pretensión de la contraparte en tanto esta no cumple, a su vez, con las obligaciones a su cargo³, podemos sostener que, cuando se ejercita con fundamento en las obligaciones surgidas al interior del contrato, el ejercicio del derecho de retención constituye una manifestación de dicha excepción⁴, en cuanto comporta la negativa al deber de restitución que pesa en la cabeza del comodatario, el depositario, el mandatario y el acreedor prendario, siempre y cuando estos no cumplan con el resarcimiento de perjuicios o el reembolso de gastos en el desarrollo del contrato.

En efecto, el derecho de retención, cuyo fundamento, según la doctrina, está en el principio de buena fe (Castro de Cifuentes, 2004, pp. 24-25) y, según otros, en la equidad (Valencia Zea, 1987, p. 433), encuentra cabida por vía excepcional en aquellos eventos en que la ley expresamente otorgue tal derecho⁵, casos entre los que se encuentran el mandato, el comodato, el depósito y la prenda.

Ha sostenido la doctrina que de esas disposiciones legales que de manera específica otorgan este derecho se desprende «que el derecho de retención legal es la facultad que, sin convención de las partes, corresponde al acreedor de rehusar a su deudor la entrega de una cosa que le debe mientras no se haya satisfecho,

³ En tal sentido encontramos entre las primeras jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia colombiana la del 23 de setiembre de 1938, con ponencia del magistrado Juan Francisco Mujica y la del 23 de marzo de 1943, con ponencia del magistrado Hernán Salamanca, reiteradas sucesivamente.

⁴ Sobre la correspondencia entre derecho de retención y excepción por incumplimiento Sacco y De Nova señalan que el problema de la aplicación de la excepción en materia de restitución podría frecuentemente resolverse con el ejercicio de un derecho de retención, que haría innecesario el remedio sinalagmático, cuestión que podría formularse así: «si la excepción de incumplimiento da lugar a una especie de derecho de no colaboración generalizado, ejercitable hasta que dura el incumplimiento de la contraparte, en conformidad de un esquema vemos bien utilizado en el área del derecho de retención» (2000, p. 641). Si bien tal apreciación puede ser cierta, interesa, sobre todo, resaltar la función sinalagmática de la retención con independencia de que adquiera autonomía como institución propia; esto es, el reconocimiento de que la retención comporta en sí misma la sinalagmaticidad cuando es ejercida respecto de obligaciones surgidas en el contrato.

⁵ Artículo 2417 del Código Civil colombiano: «No se podrá tomar al deudor cosa alguna contra su voluntad para que sirva de prenda, sino por el ministerio de la justicia.

No se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento; excepto en los casos que las leyes expresamente designan».

por su parte lo que a su vez le debe o le dé efectivas garantías de pago» (Claro Solar, 1937, p. 559). En concordancia, la jurisprudencia Colombiana la ha entendido como «el rehusamiento legítimo a la restitución de una cosa», señalando al efecto que: «No definido legalmente, la doctrina tiene dicho que el derecho de retención no es otro que el de retardar la entrega de la cosa debida en los supuestos en que la ley expresamente lo autoriza, como medio de obligar a la persona a quien pertenece a pagar al detentador de dicha cosa la deuda nacida con ocasión de la misma cosa»⁶.

Ahora bien, en el caso del contrato de mutuo, el mutuario estaría habilitado, en virtud de la excepción de contrato no cumplido, a abstenerse de cumplir con sus obligaciones de restituir los bienes mutuados, en el sentido de no efectuar el pago de la suma mutuada o de la respectiva cuota, cuando quiera que el mutuante pretenda desconocer el plazo otorgado o el sistema de amortización pactado.

La aplicación de la *exceptio inamdiplentis contractus* respecto de los denominado *contratos sinalagmáticos imperfectos* ha sido reconocida por la doctrina⁷.

Este elemento substancial de preservación de la igualdad entre las partes, tan agudamente percibido por el autor, excluiría una noción de contrato que permitiera cualquier tipo de sujeción. De ahí que se persevere en la tradición iusnaturalista plasmada en los Códigos, cuyo modelo «se limita a poner en relieve el acuerdo entre sus elementos y tiende a restar valor a la causa —[que] conduciría a— [...] una muy probable desnaturalización de la verdadera función del contrato» (Cardilli, 2008, p. 55).

Justamente estos relieves de la obligación que, en pos de una justicia sustancial, la presenta como «unidad compleja y como proceso [...] que pone en relieve su función y que permite de igual manera entrever su estructura» (pp. 56-57), encuentran coincidencias con la doctrina latinoamericana que ve en la obligación «la necesidad de una conducta singular de colaboración con el titular del derecho a exigir esa prestación: en su orden, deberes de comportamiento y obligaciones de prestación» (Hinestrosa, 2002-2003, p. 42) y en la que considera que la relación jurídica obligacional no es una relación entre patrimonios, sino «entre sujetos jurídicos en cuyo patrimonio se proyecta» y cuya finalidad se encuentra

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de mayo de 1995. Magistrado ponente: Carlos Esteban Jaramillo Schloss. En el mismo sentido, ha señalado la Corte que «el que retiene una cosa, no está obligado a restituirla cuando tiene prestación que demandar, como consecuencia de la acción personal o real intentada contra él y en que ha sido vencido» (Corte Suprema de Justicia, casación del 27 de octubre de 1938 y, en el mismo sentido, casación del 25 de agosto de 1953).

⁷ «Tales contratos, según algunos autores (Mazeaud, por ejemplo), equivaldrían para muchos efectos a los contratos bilaterales; se dice así que les sería aplicable por lo menos la excepción *non adimpleti contractus*» (Mélích Orsini, 1993, p. 41). Habíamos señalado precedentemente, también, la posición a favor de Claro Solar (1936, p. 173).

en «la realización de los fines de la vida mediante la cooperación intersubjetiva» (Namen, 2009, p. 30).

De los llamados *contratos unilaterales* surgen para el comodante, depositante, mandante, mutuante y constituyente de la prenda verdaderas obligaciones relativas e individuales que otorgan «acción al acreedor para exigir su cumplimiento» (Claro Solar, 1936, p. 7).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Cardilli, Riccardo (2008). Contrato y obligación: la importancia de su vínculo en el derecho civil. *Revista de Derecho Privado*, 15, 41-57.
- Castro de Cifuentes, Marcela (2004). *El derecho de retención en las obligaciones civiles y mercantiles*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Claro Solar, Luis (1936). *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Tomo X, vol. I. Santiago: Nascimento.
- Claro Solar, Luis (1937). *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Tomo XI, vol. II. Santiago: Nascimento.
- Demolombe, Charles (1844). *Cours de Code Napoléon*. Tomo XXV. París: Durand-Hachette.
- Fiori, Roberto (2007) El problema del objeto del contrato en la tradición civil. *Revista de Derecho Privado*, 12-13, 205-260.
- Gallo, Filippo (1992). *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*. Vol. I. Turín: Giappichelli.
- Grosso, Giuseppe (1963). *Il sistema romano dei contratti*. Turín: Giappichelli.
- Hinestrosa, Fernando (2002-2003). *Tratado de las obligaciones*. Vol. I. Bogotá: Universidad Externado.
- Mélich Orsini, José (1993). *Doctrina general del contrato*. Caracas: Jurídica Venezolana.
- Namen, William (2009). El concepto de la relación obligatoria. En Castro de Cifuentes, M. (coord.), *Derecho de las obligaciones*. Tomo I (capítulo 1). Bogotá: Universidad de los Andes-Temis.
- Sacco, Rodolfo & De Nova Giorgio (2000). *Il contratto*. Tomo II. Turín: UTET.
- Valencia Zea, Arturo (1987). *Derecho civil*. Tomo II. Bogotá: Temis.