



# Capítulo 8

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

## PROPUESTA DE PRINCIPIOS LATINOAMERICANOS SOBRE LA PRESTACIÓN DE LA RELACIÓN OBLIGATORIA

*Hernán Corral Talciani*  
Universidad de los Andes

### 1. CONCEPTO DE LA PRESTACIÓN

*La prestación de la relación obligatoria consiste en uno o más comportamientos propios o ajenos, a los que se compromete el deudor para satisfacer un interés del acreedor digno de tutela jurídica.*

- Explicación

Aunque puede no ser necesario, se considera útil partir ofreciendo una noción de lo que se entiende por *prestación*.

Debe advertirse que las normas que se insertan en este capítulo en los Códigos Civiles a veces son incluidas en el concepto del contrato. Pero, como lo que se pretende es establecer un marco regulatorio para el derecho de obligaciones, nos parece conveniente que tales reglas se ubiquen en este apartado. Se ha eludido la abundante discusión sobre si el objeto de la obligación es la *cosa* o la *prestación*, porque no se pretende legislar sobre una materia más bien conceptual y sin repercusiones prácticas<sup>1</sup>.

Se habla de *relación obligatoria* y no de obligación para evitar la cacofonía *prestación/obligación*, pero también para denotar que la primera es un concepto que se inserta en una concepción más amplia que la de la obligación, en estricto sentido, y se incluyen las relaciones obligaciones nacidas de convenciones sinalagmáticas.

Seguidamente, el concepto que se ofrece tiene como núcleo la expresión *comportamiento*. Como destaca Guzmán Brito para el derecho romano, la prestación es siempre un «hacer» del sujeto pasivo o deudor en favor del acreedor. Aquí se puede observar la diferencia entre un derecho personal y otro real:

---

<sup>1</sup> Un elenco de las posibles teorías formuladas puede verse en Lafaille (2009, pp. 60-61).

Las relaciones obligatorias no se satisfacen, en consecuencia, mediante actos unilaterales del sujeto activo dirigidos al aprovechamiento de una cosa, tal cual ocurre en los derechos reales, sino mediante el concurso del deudor a quien algo se le puede exigir hacer (1996, p. 676).

Para evitar que se confunda la noción amplia de prestación con uno de sus posibles contenidos, el de *hacer*, hemos preferido la expresión *comportamiento*, tomándola de la obra de Hinestrosa:

Objeto de la obligación es, ciertamente y siempre, un comportamiento humano, comisivo u omisivo, cooperación o colaboración ajena: es el deber de una persona determinada de actuar en determinada forma, correspondiente al poder de la contraria de esperar y, llegado el caso, exigir dicho desempeño. Esa conducta es la prestación (2003, p. 108)<sup>2</sup>.

Se dice, en plural, *comportamientos*, porque luego se precisa que la prestación puede descomponerse en una principal y deberes complementarios a ella —actualmente es usual que se hable de programa o plan prestacional (Alterini, Ameal & López Cabana, 1993, p. 53)—. Además, con esta denominación se incluye el supuesto de pluralidad de objetos y de obligaciones alternativas.

Se precisa que puede tratarse de comportamientos *propios o ajenos* al deudor para incluir la posibilidad de la promesa del hecho ajeno y también para denotar que, por regla general, la prestación puede ser ejecutada por un tercero.

Los comportamientos deben ser *debidos*, es decir, exigibles jurídicamente. Esta idea se pretende expresar mediante la expresión *se compromete*.

Finalmente, la prestación debe atender como finalidad la satisfacción del interés del acreedor, pero se agrega que este interés debe ser legítimo, es decir, tutelable por el ordenamiento jurídico.

## 2. CONTENIDOS DE LA PRESTACIÓN

*La prestación puede consistir en dar, hacer o no hacer algo.*

*La prestación de dar puede consistir en transferir, entregar o restituir una cosa cierta o genérica. Es de transferir cuando tiene por objeto ceder el dominio o constituir otro derecho real; de entregar, cuando se cumple por medio de la consignación material de la cosa bajo la esfera de control del acreedor, y de restituir, cuando la cosa debe ser devuelta al acreedor después de que el deudor la ha recibido con ese cargo.*

---

<sup>2</sup> En Chile, ya Claro Solar señalaba: «Toda obligación tiene por objeto una prestación, es decir, un acto que el deudor debe ejecutar en beneficio del acreedor» (1992, p. 15).

*La prestación de hacer consiste en un comportamiento positivo distinto de los descritos en el inciso anterior. El hecho debido puede ser una obra, un servicio o la constitución de una obligación.*

*La prestación de no hacer tiene por objeto la abstención del deudor de una conducta que podría lícitamente realizar o el sometimiento a que el acreedor realice algo que el deudor podría autorizadamente impedir.*

- Explicación

Aunque el contenido específico de la prestación puede dividirse de distintas maneras, se prefirió mantener la tradición de los Códigos latinoamericanos de distinguir entre dar, hacer y no hacer: así el Código Civil de Bello, artículo 1438; el Código Civil de Vélez Sarsfield, artículos 574 y ss.; el Código Civil de Brasil, artículos 233 y ss., y el Código Civil para el Distrito Federal de México, artículo 1824. La tripartición es también acogida por los nuevos Códigos del Perú (1984), artículos 1132 y ss., y de Paraguay (1987), artículos 463 y ss. Lo mismo sucede con el Proyecto de Código Civil argentino de 1998, artículos 687 y ss.

Por lo demás, esto parece concordar con el derecho romano clásico, aunque en las fuentes aparece también la expresión *prestar* (*praestare*), principalmente para comprender la idea de garantía (sea la de responder por deudas ajenas o la de otorgar una garantía por deuda propia). Pero, como anota Guzmán Brito, no puede admitirse que sea una prestación autónoma, porque el prestar se convierte en una obligación de dar si se trata de pagar una suma de dinero, o en una de hacer si se trata de otorgar garantías (1996, pp. 677-678).

También se ha discutido si debe considerarse la simple entrega material para completar una obligación de dar o para conceder la tenencia de la cosa, lo que supone una prestación diversa a la de dar y la de hacer. Concretamente, en Francia, el proyecto Catalá, parece favorecer una cuatripartición, al disponer que una parte puede obligarse «a ceder la propiedad o a conceder el uso, o una cosa a que ella se obliga a hacer o no hacer», en su artículo 1221 (Hinestrosa, 2006).

No obstante, en nuestra propuesta se prefiere no incluir como categoría separada la obligación de entregar, sino incluirla como uno de sus posibles objetos. Por ello, la obligación de dar aparece en el articulado en su concepto más amplio y no solo dirigida a transferir el dominio. Así, se reconocen tres posibles formas de esta obligación: a) la de ceder el dominio o constituir otro derecho real en la cosa; b) la de entrega (en las que se comprenden tanto las obligaciones de entrega para que el acreedor tenga el uso o la mera tenencia a título de depósito o garantía), y c) la de restituir.

Se concibe como obligación de restituir aquella que consiste en la devolución de una cosa que ha sido entregada a deudor con ese cargo (arrendamiento,

depósito, comodato). No se incluye la restitución que emana de un delito o de una situación de precario, porque se entiende que en estos casos se está fuera de las relaciones obligatorias<sup>3</sup>.

Debe notarse que se precisa que la obligación de dar puede tener por objeto cosas ciertas o géneros. Así, se permite que se regule diferenciadamente la obligación de dar una especie o cuerpo cierto y la obligación de dar una cantidad de un género determinado. Dentro de las obligaciones genéricas, una relevancia especial deberá darse a las obligaciones dinerarias.

Seguidamente, la obligación de hacer se precisa negativamente respecto de la de dar, ya que, en estricto rigor, también los supuestos de dar son actos o comportamientos del deudor. Por tanto, se la configura mejor diciendo que puede tener por objeto una obra, un servicio o la constitución de una obligación. De este modo, se permite la distinción entre hechos materiales y jurídicos.

La obligación de no hacer se descompone en los dos supuestos que vienen desde el derecho romano: el *non facere* y el *pati* (D'Ors, 1991, p. 403).

### 3. PRESTACIONES DE RESULTADO Y DE ACTIVIDAD

*La prestación es de resultado si el deudor no solo se obliga a desarrollar la conducta debida sino a obtener el resultado que se espera de ella.*

*La prestación es de actividad si el deudor solo se obliga a realizar la conducta debida y poner todos los medios que razonablemente estén a su alcance para satisfacer el interés del acreedor, pero sin garantizar la obtención del resultado esperado.*

- Explicación

Se ha discutido mucho, desde su inicio en la doctrina francesa, si los Códigos latinoamericanos permiten la clasificación en obligaciones de medios y de resultado. Para zanjar esta discusión y, además, teniendo en cuenta que esta diferencia es relevante para regular cómo se entiende el incumplimiento y la responsabilidad que debe soportar el deudor, se ha creído conveniente consagrarla como una forma distinta de prestación obligacional.

El texto que se propone se inspira en los principios Unidroit, artículo 5.1.4, según los cuales:

---

<sup>3</sup> Contrariamente Peñailillo Arévalo sostiene que la obligación de restituir incluye el supuesto que él llama de restitución «por entrega anterior inversa» y también cuando ella no ha existido como cuando alguien ha entrado a poseer o simplemente detentar una cosa y es condenado a poner término a esa situación, restituyendo la cosa al demandante por una acción reivindicatoria, posesoria, de precario, según corresponda (2003, pp. 195-196).

(1) En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de alcanzar un resultado específico, esa parte está obligada a alcanzar dicho resultado. (2) En la medida en que la obligación de una de las partes implique un deber de emplear los mejores esfuerzos en la ejecución de la prestación, esa parte está obligada a emplear la diligencia que pondría en circunstancias similares una persona razonable de la misma condición.

#### 4. PRESTACIÓN BÁSICA Y DEBERES CONEXOS

*La prestación incluye no solo el comportamiento referido en el segundo principio, sino otros deberes complementarios que, aunque no hayan sido expresados, surgen de la buena fe, el respeto de los derechos fundamentales, las leyes supletorias o imperativas y la equidad en los intercambios.*

*La prestación de transferir el dominio contiene como deberes complementarios los de custodiar y entregar la cosa, así como sanear sus vicios o su evicción.*

*Es deber del acreedor colaborar con el deudor para el cumplimiento oportuno de la prestación y, en caso de incumplimiento, mitigar los daños.*

- Explicación

La idea de distinguir entre prestación básica y deberes conexos o complementarios está tomada directamente del jurista español Albaladejo<sup>4</sup>, aunque hemos preferido las expresiones *conexos* o *complementarios* a la de *secundarios* que este utiliza.

Se da cabida así a la idea de que existe un *programa prestacional* y que no puede reducirse la prestación a una sola conducta, sino que esta debe ser configurada de acuerdo a las circunstancias y a la intención de las partes por otros deberes que puedan eventualmente surgir.

Se mencionan como fuentes de estos deberes conexos el principio de buena fe, las leyes supletorias o imperativas y la equidad en los intercambios. Además, atendido el fenómeno de la constitucionalización e internacionalización del derecho civil, es conveniente incluir el respeto y promoción de los derechos fundamentales o humanos entre las posibles fuentes de deberes conexos.

Los párrafos siguientes colocan ejemplos de deberes conexos, primero, para el deudor y, luego, para el acreedor. Para el primero se indican como deberes conexos una prestación de transferir el dominio, custodiar y entregar materialmente la cosa, así como el saneamiento de los vicios o de la evicción que sufre el acreedor. Así, se distinguen de la obligación de entregar (que no transmite el dominio) y se ponen

---

<sup>4</sup> «[S]obre el deudor pesa, además del deber de ejecutar la prestación, todo el conjunto de los que podrían llamarse deberes secundarios encaminados a, cabría decir, proporcionar una prestación no únicamente *ella misma*, sino con su *entorno* completo» (2001, p.33).

en su justa dimensión de deberes que van *funcionalizados* al aprovechamiento real de la adquisición del dominio.

Para el acreedor se mencionan los dos deberes que han sido configurados en la doctrina más moderna: el de colaborar con el cumplimiento y el de mitigación de los daños. El de cooperación es recogido por el artículo 677 del Proyecto argentino de 1998 y, también, de manera general para las partes del contrato por los principios de derecho europeo de los contratos, Proyecto Lando, artículo 1:202, y los principios Unidroit, artículo 5.1.3.

## 5. DETERMINACIÓN DE LA PRESTACIÓN<sup>5</sup>

### 5.1. Determinación y determinabilidad

*La prestación debe ser determinada o determinable en su contenido y características esenciales. A falta de precisión por las partes, los usos del tráfico o disposición legal supletoria, la obligación no vale.*

*Es determinable la prestación que puede ser determinada con reglas o datos que proporcione el instrumento en el que se constituyó sin nueva convención de las partes.*

*Si la calidad de la cosa, obra o servicio no es determinada, se entenderá que el deudor se obligó a prestar una cosa, obra o servicio de una calidad correspondiente a la naturaleza y valor de la contraprestación. A falta de ello, se considerará que se obligó a una calidad mediana.*

- Explicación

Este principio exige que la prestación esté determinada o sea determinable, so pena de nulidad de la obligación. La determinación se refiere a su contenido y sus características esenciales. Deliberadamente no se quiso mencionar cuáles serían estas características porque se incurriría en un casuismo peligroso, ya que no parece sencillo visualizar *a priori* las características esenciales de todas las formas imaginables de prestación. Será inevitable recurrir al dictamen de un juez si se discute sobre ello. En todo caso, se aclara que algunos elementos de la prestación, como por ejemplo el tiempo o lugar en que debe ejecutarse, se consideran determinados aunque no hayan sido mencionados por las partes si existe costumbre o una disposición legal supletoria.

Se permite que la prestación sea determinable, siempre que ello sea posible, sobre la base de reglas o datos proporcionados por un instrumento en el que se constituyó la obligación. La exigencia de que no sea necesaria una nueva convención

---

<sup>5</sup> La determinación de la prestación es una materia que tiene un contenido más extenso, por eso se la dividió en cuatro subprincipios.

de las partes se toma del artículo 2475 del Código de Nicaragua, aunque este se refiere solo a la cantidad.

En tercer lugar se establece una regla para determinar la calidad de la prestación. Se recurre, en un inicio, a la calidad o valor de la contraprestación que sirve de referencia; luego, a falta de ella, al tradicional criterio que los Códigos ofrecen para las obligaciones de géneros —que es el que debe una calidad a lo menos mediana—<sup>6</sup>.

## 5.2. Determinabilidad por un tercero

*Las partes pueden convenir que la prestación sea determinada por un tercero. A falta de declaración se entenderá que el tercero debe proceder sobre la base de las reglas de equidad. Si el tercero actúa de mala fe, la prestación será determinada por el juez.*

*Si por cualquier razón el tercero no determina la prestación en un plazo razonable y no se ha previsto o nombrado por acto posterior un sustituto, la prestación se tendrá por no determinada.*

- Explicación

Es usual que se regule la determinación de una prestación por un tercero. Este tercero puede obrar según su libre arbitrio o sobre la base de una apreciación de equidad, que deberá ser fundada. La propuesta deja libertad a las partes para elegir entre estas dos alternativas pero, a falta de declaración, se presume que se optó por una determinación de equidad. Se sigue, así, el criterio del Código Civil del Perú, en su artículo 1407: «Si la determinación de la obligación que es objeto del contrato es deferida a un tercero y no resulta que las partes quisieron remitirse a su mero arbitrio, el tercero debe proceder haciendo una apreciación de carácter equitativo». El Proyecto de Pavía señala en el mismo sentido, en su artículo 31.2 que «[s]i la determinación del contenido del contrato se encomienda [...] a un tercero, en caso de duda, se considerará que dicha determinación debe hacerse sobre la base de una apreciación equitativa» (García Cantero, 2004). Los principios Lando disponen en parecido sentido en su artículo 6:106: «Si el precio o cualquier otro elemento fijado por un tercero resulta manifiestamente irrazonable, lo así determinado se sustituirá por otro precio o elemento razonable». En términos similares, se pronuncian los principios Unidroit en su artículo 5.1.7, párrafo 3.

---

<sup>6</sup> Código de Bello, artículo 1509; Código de Vélez Sarsfield, artículo 662; Código de Brasil, artículo 244 —aunque el argentino y el brasileño prefieren disponer según a quien corresponde la elección: el deudor no puede escoger la peor, ni el acreedor la mejor—; Proyecto argentino de 1998, artículo 708, letra d. Es también el criterio del Proyecto de Código europeo de los Contratos de Pavía, artículo 31.5; de los principios Lando, artículo 6:108, y de los principios Unidroit, artículo 5.1.6.

Si se prueba que el tercero actuó de mala fe, la determinación se encomienda al juez<sup>7</sup>.

En caso de falta de determinación por el tercero, si las partes no hubieren previsto un sustituto o no lo nombran para ese efecto, la prestación se tiene por no determinada. Ha parecido preferible esta solución por ser más concordante con los Códigos latinoamericanos<sup>8</sup> y para evitar que el contenido de la prestación sea fijada judicialmente. En contra, el Proyecto Pavía, en su artículo 31.3 encarga en tal caso la determinación al juez.

### 5.3. Determinabilidad por una de las partes

*No se podrá dejar la determinación de la prestación a la sola voluntad de una de las partes, salvo: a) que se trate de un contrato de tracto sucesivo en el cual se faculte al acreedor a que fije el precio de cada prestación periódica al momento en que esta sea recibida, conforme a sus tarifas generales o de otro modo justificable; b) que se trate de servicios profesionales encargados sin fijarse el precio, para los cuales el acreedor podrá determinar el valor de la contraprestación justificando la magnitud de los servicios prestados.*

*En estos dos supuestos el deudor podrá recurrir al juez si la fijación efectuada por el acreedor es abusiva respecto de las circunstancias del mercado.*

*Todo lo anterior no se aplica si se trata de obligaciones alternativas o facultativas.*

- Explicación

Aunque en el Proyecto de Pavía y en los principios Lando, en su artículo 6:105, se prevé la posibilidad de que se otorgue a una de las partes la determinación de la prestación, ha parecido más conforme con la tradición latinoamericana el excluir esta posibilidad que pone a una de las partes bajo la discreción o dominio de la otra. El Código de Bello dispone a este respecto, en su artículo 1809, inciso 2, que, para el caso de compraventa, «no podrá dejarse el precio al arbitrio de uno de los contratantes».

No obstante, ha parecido útil seguir al Proyecto francés de Pierre Catala que, en su artículo 1121-4 establece excepciones a este principio general para los «contratos de ejecución sucesiva o escalonada» o cuando se trate de obligaciones de hacer cuya magnitud no es determinada o determinable, como lo establece en su artículo 1121-5. Las normas, sin embargo, han sido adaptadas, principal-

<sup>7</sup> Cfr. Código del Perú, artículo 1408; Proyecto de Pavía, artículo 31.3; aunque ambos solo para el caso en que el tercero estaba facultado para obrar a su libre arbitrio.

<sup>8</sup> Código de Bello, 1809; Código del Perú, artículo 1408; Código de Bolivia, artículo 487.II; Código de Paraguay, artículo 693, inciso 1; aunque en contra está el Código de Vélez Sarsfield, artículo 1171.

mente respecto de las obligaciones de hacer, que se han circunscrito a los servicios profesionales en los que realmente puede ser dificultoso fijar el valor previamente.

El Proyecto de Catala, en su artículo 1121-6 dispone como protección al deudor la facultad de este de consignar el precio practicado habitualmente. Nos parece que esto igualmente producirá un litigio ya que el acreedor no aceptará la consignación. Por ello, proponemos que el deudor pueda reclamar al juez probando que la fijación del acreedor es abusiva, si se consideran las circunstancias del mercado.

Para mayor claridad, se excluye de la regla a las obligaciones alternativas y facultativas, en las cuales la elección obviamente puede corresponder ya sea a ambas partes (alternativas) o al deudor (facultativas).

#### 5.4. Futuridad de la cosa

*La prestación de dar puede referirse a una cosa que no existe pero que se espera que exista.*

*La determinación de la prestación se entiende sujeta a la condición de que la cosa llegue a existir, a menos que, por la voluntad, la costumbre o las circunstancias del tráfico, se entienda que se ha celebrado un contrato aleatorio.*

*La prestación no puede consistir en dar, en todo o parte, derechos de una herencia que aún no se ha abierto.*

- Explicación

Se permite que la prestación consista en una cosa futura, siempre que la obligación haya previsto que la cosa puede llegar a existir. Se circunscribe la regla a las prestaciones de dar o de entregar, ya que las de hacer y no hacer por principio se refieren a resultados futuros.

Conforme a la tradición de los Códigos latinoamericanos, la prestación se entiende condicionada a que la cosa llegue a existir, salvo, como dice el Código de Bello en su artículo 1813, que por la naturaleza del contrato «aparezca que se compró la suerte», lo que aquí se ha expresado en referencia a la celebración de un contrato aleatorio para no restringir la regla a la compraventa<sup>9</sup>.

Siguiendo la tradición latinoamericana de no aceptar la sucesión contractual, se aclara que la prestación no puede tener por objeto una herencia futura<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Código de Vélez Sarsfield, artículo 1173; Código peruano, artículo 1410; Código de Paraguay, artículo 695.

<sup>10</sup> Código de Bello, artículo 1463; Código de Vélez Sarsfield, artículo 1175; Código de Paraguay, artículo 697; Código para el Distrito Federal de México, artículo 1826; Código de Venezuela, artículo 1156; Código de Nicaragua, artículo 2473.

## 6. POSIBILIDAD DE LA PRESTACIÓN

*La prestación debe ser física y jurídicamente posible. Es físicamente imposible si contraviene la naturaleza. Si siendo lícita no es concebible ante el derecho, es jurídicamente imposible.*

*La imposibilidad que anula la prestación debe ser absoluta, ya sea en general para cualquier persona o para el deudor en particular, y coetánea al momento en que la obligación sea exigible. Si la prestación deviene en posible, aunque sea por un modo equivalente que deje indemne al acreedor, valdrá la obligación.*

*Si la imposibilidad es parcial, subsistirá en el resto la obligación, a menos que la parte imposible sea de tanta envergadura que no resulte de interés para el acreedor el cumplimiento de lo que reste.*

*La prestación de dar bienes ajenos es posible pero inoponible al dueño.*

- Explicación:

Este requisito de la prestación manifiesta el principio de que a lo imposible nadie está obligado: *impossibilium, nulla obligatio est* (D. 50,17,185). En principio se había pensado dejar restringido el concepto a la posibilidad física, en atención a que, como señala Albaladejo, la imposibilidad moral o de derecho se confunde con la licitud (2001, p. 22). No obstante, siguiendo la opinión de Alterini, Ameal y López Cabana, hemos previsto la imposibilidad jurídica como distinta de la licitud, cuando la prestación es algo que no es conceptualmente posible ante el derecho, como si alguien se obligara a hipotecar un automóvil, o a constituir un derecho real que no está contemplado legalmente (en un sistema de *numerus clausus* de derechos reales) (1993, pp. 54-55).

La imposibilidad debe ser absoluta, en el sentido de que no basta una mera dificultad u onerosidad excesiva. Pero puede tratarse de una imposibilidad general, aplicable a cualquier deudor, o una personal o subjetiva, que se aplica al deudor en particular (por ejemplo, que cante un deudor que es mudo) (Albaladejo, 2001, p. 25). Hay autores que se pronuncian en contra y excluyen la imposibilidad subjetiva o personal, argumentando, por ejemplo, que quien no tiene habilidad manual puede obligarse a construir un mueble (Borda, 2008, p. 16; Alterini et al., 1993, p. 54)<sup>11</sup>. Empero, nos parece que estos son supuestos en los que la imposibilidad no es absoluta.

Asimismo, la imposibilidad debe ser originaria (coetánea al momento en que la obligación se haga exigible) y no sobrevenida. Esta última es un fenómeno

---

<sup>11</sup> Igualmente, el Código de Nicaragua: «En los contratos solo se considerará como físicamente imposible lo que lo sea con relación absoluta al objeto del contrato, pero no a la persona que se obliga» (artículo 2477).

que debe regularse respecto de los efectos del incumplimiento o la extinción de las obligaciones.

La imposibilidad parcial no anula la obligación, salvo que, considerado el interés del acreedor, la parte imposible sea de tanta significación que no resulte satisfactorio el cumplimiento del resto.

Se permite que la prestación pueda devenir en posible, aunque sea por medios equivalentes que satisfagan al acreedor, caso en el cual la obligación se entiende válida y ejecutable.

Se aclara que la prestación de dar bienes ajenos es posible y, por tanto, vale, pero sin que ello pueda afectar los derechos del propietario. Se ha optado por no reproducir la casuística que algunos textos contienen al respecto, en cuanto diferencian si el contrato versa sobre un bien ajeno prometido como tal o uno ajeno que se pasa como propio, y si se garantiza o no el éxito de la promesa<sup>12</sup>, por considerarse que las consecuencias pueden obtenerse de las reglas generales de vicios del consentimiento o de responsabilidad por incumplimiento.

## 7. LICITUD DE LA PRESTACIÓN

*La prestación debe ser lícita.*

*La prestación de dar es ilícita cuando se refiere a una cosa que está fuera del comercio. Si se refiere a una cosa que está embargada, que es litigiosa o que está sujeta a medidas cautelares, la prestación será permitida si las partes han conocido esa circunstancia y han pactado, bajo la expectativa de que los obstáculos para la enajenación o gravamen serán oportunamente levantados.*

*La prestación de hacer o no hacer es ilícita cuando es contraria a ley, a las buenas costumbres o cuando lesiona derechos fundamentales.*

- Explicación

Después de declararse que la prestación debe ser lícita, se aclara en qué consiste este requisito en las prestaciones de dar y en las de hacer y no hacer.

Las prestaciones de dar son ilícitas cuando recaen sobre cosas intransferibles. Se contempla el caso de las cosas embargadas, sujetas a litigio o medidas cautelares, en el cual se declara la licitud si la prestación ha sido contraída con conocimiento de las partes y con la esperanza de que esos obstáculos sean alzados. Esta disposición se inspira parcialmente en el Proyecto argentino de 1998 en su artículo 950.

Las prestaciones de hacer y no hacer se declaran ilícitas cuando son contrarias a la ley y a las buenas costumbres. Se agrega la lesión de derechos fundamentales.

---

<sup>12</sup> Cfr. Código de Vélez Sarsfield, artículo 1177; Proyecto argentino de 1998, artículo 949.

## 8. PATRIMONIALIDAD DE LA PRESTACIÓN

*La relación obligatoria debe ser patrimonial, esto es, debe enmarcarse en el ámbito de las conductas con función socioeconómica.*

*Las prestaciones pueden ser extrapatrimoniales en los casos siguientes:*

- a) Si la contraprestación es patrimonial.*
  - b) Si su incumplimiento genera responsabilidad avaluada o avaluable pecuniariamente.*
  - c) Si se dirige a la satisfacción de un interés jurídicamente digno de tutela del acreedor.*
- Explicación

La cuestión de la patrimonialidad de la obligación ha ocupado a la doctrina durante ya dos siglos desde que fuera planteada en el seno de la pandectística alemana. Algunos Códigos latinoamericanos, influenciados por el francés, no expresaron ninguna exigencia de que la prestación obligatoria sea patrimonial: por ejemplo, el Código de Bello. De ahí que parte de la doctrina más ilustre rechazara este requisito: Claro Solar en Chile, siguiendo a Ihering, es enfático en enseñar que la obligación puede tener por objeto una prestación valorable económicamente o uno simplemente moral (1992, pp. 8-14). Pero otros, por la influencia de Aubry y Rau, que a su vez siguieron a Savigny, exigieron el requisito: el Código de Vélez Sarsfield dispone que «la prestación, objeto de un contrato, puede consistir en la entrega de una cosa, o en el cumplimiento de un hecho positivo o negativo susceptible de una apreciación pecuniaria» (artículo 1169).

Finalmente, algunos Códigos más modernos, como el de Paraguay, han recepcionado la doctrina italiana que distingue entre prestación e interés del acreedor<sup>13</sup>. Se ordena de esta forma que «[l]a prestación que constituye el objeto de la obligación debe ser susceptible de valoración económica y corresponder a un interés personal, aun cuando no sea patrimonial del acreedor» (artículo 69). Y de idéntico modo lo sostiene el Proyecto argentino de 1998 (artículo 675, letras a y b)<sup>14</sup>.

En la propuesta se parte de la base de que la relación obligatoria pertenece al ámbito del tráfico jurídico que tiene implicancias económicas. Se pretende así demarcar un límite con otro tipo de compromisos o deberes que no forman parte

<sup>13</sup> El autor de la distinción fue Vittorio Scialoja, cuya opinión fue codificada en el artículo 1174 del Código Civil italiano de 1942 (Giorgianni, 1968, p. 32).

<sup>14</sup> El artículo 675 dispone que «La prestación debe reunir estos requisitos: a) Tener contenido patrimonial. b) Corresponder a un interés del acreedor, aunque sea extrapatrimonial». Esta solución ya era propiciada por la doctrina sobre la base del artículo 1169 del Código de Vélez Sarsfield (Alterini et al., 1993, p. 54).

del derecho de las obligaciones: compromisos de carácter solidario, religioso, amistoso, familiar, etcétera. En esto se sigue a Díez-Picazo, cuando afirma que:

[L]a obligación es, ante todo, un cauce de cooperación de las personas dentro de la vida económica. A través de ella se trata de hacer dinámica la vida económica mediante el intercambio de bienes y la cooperación en la prestación de servicios. En la medida en que los bienes poseen carácter económico y los servicios determinan un sacrificio de idéntica naturaleza, puede decirse que la obligación posee siempre un carácter objetivamente patrimonial (1996, p. 89).

También sirve para deslindar del campo de las obligaciones deberes derivados del respeto a los derechos de la personalidad o de las responsabilidades familiares. Finalmente, destaca la exclusión de compromisos ajenos a lo jurídicamente exigible, como las relaciones de amistad, de cortesía social, protocolares o servicios prestados por benevolencia (Lafaille, 2009, p. 69).

Sin embargo, que la obligación en su conjunto pertenezca al ámbito del derecho patrimonial no indica que todas las prestaciones obligacionales tengan que ser directamente valuables en dinero y no puedan tener un carácter extrapatrimonial.

Así, los autores dan distintos casos en los que una prestación puede tener un contenido moral, no evaluable directamente en dinero. Por ello, en la propuesta se admiten las prestaciones no patrimoniales en tres casos. El primero, cuando la contraprestación es de carácter patrimonial, lo que salva la patrimonialidad de toda la relación obligatoria. El segundo, cuando la evaluación en dinero es indirecta por medio de la evaluación pecuniaria de los perjuicios derivados del incumplimiento (en la que cabe también el caso frecuente de que se asegure la prestación con una cláusula penal de contenido económico) (p. 68). El tercero se acoge al criterio de la tradición italiana pero para justificar la existencia de una prestación no patrimonial: si existe un interés del acreedor que tenga relevancia jurídica y, por ello, sea legalmente tutelable.

Al respecto, puede ser exacta la tesis de algunos autores, como Giorgianni, quienes afirman que en estos casos se confunde patrimonialidad con juridicidad (1968, p. 38); no obstante, no hay gran diferencia en términos de resultados prácticos, pues señalan que en estos casos la prestación debe considerarse patrimonial, porque la patrimonialidad debe entenderse en un sentido más amplio que como simple evaluación pecuniaria, de modo que ella depende del ambiente jurídico-social en el cual surge la obligación y si, según esta, los sujetos están dispuestos a un sacrificio económico para gozar de las ventajas de la prestación. Por tanto, si bien en el derecho romano no era pecuniariamente valorable el ejercicio de una profesión literaria o artística, no sucede lo mismo en nuestra época, en la cual

«la energía física del hombre es un bien objeto de evaluación pecuniaria y puede ser por tanto contenido de una prestación (como la prestación de trabajo)» (pp. 17-18).

Teniendo resultados similares, pensamos que, si se quiere llegar a un texto que suscite consenso entre diversas formulaciones, es preferible exigir la patrimonialidad, aunque se la interprete en los términos latos que usa la última doctrina, pero dejando en claro que ella se cumple en los supuestos en los que pueden plantearse dudas, mediante criterios asentados en los números de la norma que se propone: contraprestación, responsabilidad patrimonial e interés digno de tutela jurídica.

## ANEXO

### TEXTO DE LA NORMATIVA PROPUESTA

#### 1. Concepto de la prestación

La prestación de la relación obligatoria consiste en uno o más comportamientos propios o ajenos, a los que se compromete el deudor para satisfacer un interés del acreedor digno de tutela jurídica.

#### 2. Contenidos de la prestación

La prestación puede consistir en dar, hacer o no hacer algo.

La prestación de dar puede consistir en transferir, entregar o restituir una cosa cierta o genérica. Es de transferir cuando tiene por objeto ceder el dominio o constituir otro derecho real; de entregar, cuando se cumple por medio de la consignación material de la cosa bajo la esfera de control del acreedor, y de restituir, cuando la cosa debe ser devuelta al acreedor después de que el deudor la ha recibido con ese cargo.

La prestación de hacer consiste en un comportamiento positivo distinto de los descritos en el inciso anterior. El hecho debido puede ser una obra, un servicio o la constitución de una obligación.

La prestación de no hacer tiene por objeto la abstención del deudor de una conducta que podría lícitamente realizar o el sometimiento a que el acreedor realice algo que el deudor podría autorizadamente impedir.

#### 3. Prestaciones de resultado y de actividad

La prestación es de resultado si el deudor no solo se obliga a desarrollar la conducta debida sino a obtener el resultado que se espera de ella.

La prestación es de actividad si el deudor solo se obliga a realizar la conducta debida y poner todos los medios que razonablemente estén a su alcance para satisfacer el interés del acreedor, pero sin garantizar la obtención del resultado esperado.

#### 4. Prestación básica y deberes conexos

La prestación incluye no solo el comportamiento referido en el segundo principio, sino otros deberes complementarios que, aunque no hayan sido expresados, surgen de la buena fe, el respeto de los derechos fundamentales, las leyes supletorias o imperativas y la equidad en los intercambios.

La prestación de transferir el dominio contiene como deberes complementarios los de custodiar, entregar la cosa, así como sanear sus vicios o su evicción.

Es deber del acreedor colaborar con el deudor para el cumplimiento oportuno de la prestación y, en caso de incumplimiento, mitigar los daños.

## **5. Determinación de la prestación**

### ***5.1. Determinación y determinabilidad***

La prestación debe ser determinada o determinable en su contenido y características esenciales. A falta de precisión por las partes, los usos del tráfico o disposición legal supletoria, la obligación no vale.

Es determinable la prestación que puede ser determinada con reglas o datos que proporcione el instrumento en el que se constituyó sin nueva convención de las partes.

Si la calidad de la cosa, obra o servicio no es determinada, se entenderá que el deudor se obligó a prestar una cosa, obra o servicio de una calidad correspondiente a la naturaleza y valor de la contraprestación. A falta de ello, se considerará que se obligó a una calidad mediana.

### ***5.2. Determinabilidad por un tercero***

Las partes pueden convenir que la prestación sea determinada por un tercero. A falta de declaración se entenderá que el tercero debe proceder sobre la base de las reglas de equidad. Si el tercero actúa de mala fe, la prestación será determinada por el juez.

Si por cualquier razón el tercero no determina la prestación en un plazo razonable y no se ha previsto o nombrado por acto posterior un sustituto, la prestación se tendrá por no determinada.

### ***5.3. Determinabilidad por una de las partes***

No se podrá dejar la determinación de la prestación a la sola voluntad de una de las partes, salvo: a) que se trate de un contrato de tracto sucesivo en el cual se faculte al acreedor a que fije el precio de cada prestación periódica al momento en que esta sea recibida, conforme a sus tarifas generales o de otro modo justificable; b) que se trate de servicios profesionales encargados sin fijarse el precio, para los cuales el acreedor podrá determinar el valor de la contraprestación justificando la magnitud de los servicios prestados.

En estos dos supuestos el deudor podrá recurrir al juez si la fijación efectuada por el acreedor es abusiva respecto de las circunstancias del mercado.

Todo lo anterior no se aplica si se trata de obligaciones alternativas o facultativas.

#### **5.4. Futuridad de la cosa**

La prestación de dar puede referirse a una cosa que no existe pero que se espera que exista.

La determinación de la prestación se entiende sujeta a la condición de que la cosa llegue a existir, a menos que, por la voluntad, la costumbre o las circunstancias del tráfico, se entienda que se ha celebrado un contrato aleatorio.

La prestación no puede consistir en dar, en todo o parte, derechos de una herencia que aún no se ha abierto.

#### **6. Posibilidad de la prestación**

La prestación debe ser física y jurídicamente posible. Es físicamente imposible si contraviene la naturaleza. Si siendo lícita no es concebible ante el derecho, es jurídicamente imposible.

La imposibilidad que anula la prestación debe ser absoluta, ya sea en general para cualquier persona o para el deudor en particular, y coetánea al momento en que la obligación sea exigible. Si la prestación deviene en posible, aunque sea por un modo equivalente que deje indemne al acreedor, valdrá la obligación.

Si la imposibilidad es parcial, subsistirá en el resto la obligación, a menos que la parte imposible sea de tanta envergadura que no resulte de interés para el acreedor el cumplimiento de lo que reste.

La prestación de dar bienes ajenos es posible pero inoponible al dueño.

#### **7. Licitud de la prestación**

La prestación debe ser lícita.

La prestación de dar es ilícita cuando se refiere a una cosa que está fuera del comercio. Si se refiere a una cosa que está embargada, que es litigiosa o que está sujeta a medidas cautelares, la prestación será permitida si las partes han conocido esa circunstancia y han pactado, bajo la expectativa de que los obstáculos para la enajenación o gravamen serán oportunamente levantados.

La prestación de hacer o no hacer es ilícita cuando es contraria a ley, a las buenas costumbres o cuando lesiona derechos fundamentales.

#### **8. Patrimonialidad de la prestación**

La relación obligatoria debe ser patrimonial, esto es, debe enmarcarse en el ámbito de las conductas con función socioeconómica.

Las prestaciones pueden ser extrapatrimoniales en los casos siguientes:

- a) Si la contraprestación es patrimonial.
- b) Si su incumplimiento genera responsabilidad avaluada o avaluable pecuniariamente.
- c) Si se dirige a la satisfacción de un interés jurídicamente digno de tutela del acreedor.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albaladejo, Manuel (2001). *Derecho civil II: derecho de obligaciones* (11ª ed.). Barcelona: Bosch.
- Alterini, Atilio; Ameal, Oscar & López Cabana, Roberto (1993). *Derecho de obligaciones* (4ª ed.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Borda, Guillermo (2008). *Manual de derecho civil: obligaciones* (3ª ed.). Buenos Aires: La Ley.
- Claro Solar, Luis (1992). *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Vol. X. Santiago-Bogotá: Jurídica de Chile.
- D'Ors, Álvaro (1991). *Derecho privado romano* (8ª ed.). Pamplona: Eunsa.
- Díez-Picazo, Luis (1996). *Fundamentos del derecho civil patrimonial II: Las relaciones obligatorias*. Madrid: Civitas.
- García Cantero, Gabriel (2004). *La traducción española de la Parte General del Código europeo de Contratos*. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- Giorgianni, Michelle (1968). *L'obbligazione*. Milán: Giuffrè.
- Guzmán Brito, Alejandro (1996). *Derecho privado romano*. Santiago: Jurídica de Chile.
- Hinestrosa, Fernando (2003). *Tratado de las obligaciones* (2ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hinestrosa, Fernando (trad.) (2006). *Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción. Anteproyecto de reforma del Código Civil francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Lafaille, Héctor (2009). *Derecho civil. Tratado de las obligaciones* (2ª ed.). Buenos Aires: La Ley-Ediar.
- Peñailillo Arévalo, Daniel (2003). *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones*. Santiago: Jurídica de Chile.