

## LA "PARTE GENERAL" DE LAS OBLIGACIONES A 50 AÑOS DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL CÓDIGO CIVIL ITALIANO\*

MICHELE GIORGIANNI

Profesor emérito de Derecho Civil de la Universidad de Roma "La Sapienza",  
Miembro de la "Accademia dei Lincei".

### SUMARIO

I. Presentación.- II. La "parte general" de las obligaciones en la sistemática del Código Civil italiano de 1942.- III. Dudas y reafirmaciones recientes sobre la validez de la "parte general" conforme al texto vigente.- IV. La extrema variedad del "comportamiento" del deudor y la validez de la "parte general".- V. Conclusiones sobre la validez de la "parte general". Comparación con otros sistemas jurídicos.- VI. La incidencia de los principios constitucionales y de la legislación especial.- VII. Las "cláusulas normativas generales" contenidas en el Código y su progresiva expansión.- VIII. Las propuestas de reforma.- IX. Los fenómenos de alteración del sistema: la restricción del área de la obligación y la tendencia a brindar una protección de naturaleza "real".- X. Sigue: la "objección" del derecho de crédito.- XI. Conclusiones: la utilidad de una parte general de los derechos patrimoniales.

### I. PRESENTACIÓN

*Con el sensible fallecimiento de Michele Giorgianni (1915-2003), ocurrido el 14 de mayo del año en curso, el derecho civil italiano pierde a uno de los altos representantes que forjaron su bien merecida fama, especialmente en el mundo jurídico de habla castellana.*

*La mañana del sábado 13 de mayo del 2000, visité al anciano profesor siciliano en Roma, en su departamento de Via Luigi Bellotti Bon. En la impresionante biblioteca de casa no atesoraba sino pocos, y antiguos, libros de derecho. Allí estaban, cómo no, "Les lois civiles dans leur ordre naturel" de Jean Domat, bellamente encuadernadas, pero todo lo demás era historia, geografía y literatura. "El derecho está donde le corresponde: en mi estudio de abogado" – se apresuró en aclararme.*

*Recuerdo a su esposa, la señora Ina, que lo atendía en todo momento, y puso en mis manos los libros y separatas que Giorgianni había autografiado previamente para mí. Tenían cincuenta y ocho años de casados. Él hojeaba una lujosa edición del "Decamerone", que le acababa de ser obsequiada por la "Accademia dei Lincei".*

*Yo no tenía mejor tema para iniciar la entrevista que la conocida versión en castellano de su obra "L'obbligazione", firmada por Evelio Verdura y Tuells, para la editorial barcelonesa Bosch, en 1958.*

\* Texto, acompañado de notas bibliográficas, de la ponencia leída el 27 de marzo de 1992 en el seminario "Per il cinquantesimo anniversario del codice civile 1942-1992", organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Bolonia, publicada en "Contratto e impresa", vol. IX, núm. 2, 1993, págs. 482 y apcs.

Traducción, autorizada por el autor, de Aldo Zola Villegas, alumno del 9º ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Agradecemos al doctor Leysser L. León, profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú, doctorado en Derecho Civil por la Scuola Superiore "San'Anna" di Studi Universitari e di Perfezionamento, por haber posicionado y revisado la traducción del presente artículo, y por haberlo cedido para su publicación.

Las notas del traductor (\*) reproducen la normativa italiana citada imprescindible para el buen entendimiento del texto.

*La evocación fue inmediata:*

*"El libro es antiguo –dijo– pero el debate sobre «la» obligación, y no sobre «las» obligaciones, como incorrectamente dicen algunos, parece haber quedado cerrado a partir de entonces, porque Pietro Rescigno, en la voz "Obbligazione", escrita mucho tiempo después para la «Enciclopedia del diritto», acoge el esquema e ideas por mí propuestos. Aquellas páginas recogen mis lecciones dictadas en la Universidad de Catania en el año académico 1944-1945, cuando volví de la guerra".*

*Como Angelo Falza y Luigi Ferri, Michele Giorgianni combatió en la Segunda guerra, y en ella perdió a su padre y a su hermana mayor. El primero, oficial de policía, fue uno de las víctimas civiles de un feroz ataque de artillería en Sicilia; Giuseppe Giorgianni, capitán del ejército italiano, se inmoló batallando en el frente ruso.*

*"Había terminado mis estudios en el '39, bajo la guía de Rosario Nicolò, a cuyo lado inicié también mi carrera académica. Ese año me inscribí en el colegio profesional de abogados, y obtuve una beca para seguir estudios de perfeccionamiento en Alemania. El mismo día que me tocaba presentarme en Berlín, tuvo lugar la invasión de Polonia" – me contó.*

*Alcanzó el grado de sargento y cuando la alianza italo-germana se extinguió abruptamente, fue arrestado por la SS y confinado a un campo de prisión establecido en Roma, del cual consiguió escapar tras haber sido condenado a la deportación a Alemania, de donde, con seguridad, jamás habría retornado.*

*En la dedicatoria de la edición original de "L'obbligazione" (publicada por la editorial Magliá de Catania en 1945, y sucesivamente reimpressa, en edición definitiva, por Giuffrè de Milán, en 1951, 1955 y 1968) se lee:*

*"Me tocó dictar estas lecciones en un período angustioso de mi existencia: todavía estaba vivo en mí el dolor por la pérdida de mi padre, herido de muerte por las cañones de una guerra extranjera combatida en nuestra tierra; al mismo tiempo, se extinguían nuestras esperanzas sobre la suerte corrida por mi hermano Giuseppe; luego supimos que él había perecido gloriosamente, combatiendo con heroísmo, a la cabeza de los hombres a él confiados para una empresa desesperada e inútil. A la memoria de ambos están dedicadas estas páginas, meditadas con angustia sobre sus destinos. Que el sacrificio de los mejores pueda servir de admonición para los dolidos sobrevivientes".*

*Hacia la época de la traducción de Verdere, Giorgianni era catedrático de derecho civil en la Universidad de Bolonia, a la cual se integró a mediados de los '50. En aquellos años la prestigiosa Facultad de Derecho boloñesa podía preciarse de contar con profesores de la talla de Antonio Cicu, Edoardo Volterra, Tito Carnacini, Enrico Redenti, Tullio Ascarelli, Giuseppe Branca, Walter Bigliani y Giuseppe Osti.*

*Con Osti, que había participado en la redacción del Código Civil italiano de 1942, Giorgianni se enfrascó en un ardoroso debate sobre el carácter objetivo o subjetivo de la llamada "responsabilidad contractual". No puede desconocerse que su defensa de la culpa, minoritaria mas irrefutable, eclipsa el magisterio objetivista ostiano.*

*Si bien sus primeros estudios se remontan a fines del decenio 1930-1940: las voces "Pagamento" y "Usufrutto" –esta última escrita en colaboración con Nicolò– para el "Nuovo Digesto italiano" de la Utet, dirigido por Mariano D'Amelio, y las monografías "Il negozio d'accertamento" (1939), "Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui" (1940) y "La dichiarazione di morte presunta" (1943), no puede dejar de llamar la atención que el inmenso prestigio de Giorgianni se deba, en gran medida, a sus lecciones universitarias. En*

efecto, también sus cursos dedicados a los temas del cumplimiento ("*Lezioni di diritto civile*", 1955-1956) e incumplimiento ("*L'inadempimento*", 1957-1958) de las obligaciones, así como a la obligación: conceptos generales y sujetos ("*Corso di diritto civile*", 1958-1959), fueron publicadas en ediciones cuidadosamente recopiladas por su discípulo y más cercano colaborador, el hoy famoso profesor Cesare Massimo Bianca y circularon masivamente por años, entre los estudiantes.

En 1960 pasó a la Universidad de Nápoles, y luego a "La Sapienza" de Roma, donde culminó su carrera docente a inicios de la década pasada.

Escribió las voces más importantes sobre el derecho de obligaciones, que formaron parte del "*Novissimo Digesto italiano*" dirigido por Ernesto Eula y Antonio Azera. La "*Enciclopedia del diritto*" de la Giuffrè también lo tuvo entre sus colaboradores.

Los civilistas italianos le rindieron tributo con una compilación de estudios escritos en su honor, y dedicados al tema de la forma de los actos jurídicos en el derecho privado (1988). Su castísima obra menor fue recogida en dos volúmenes: "*Scritti minori*", publicado por la ESI de Nápoles (1988), y "*Raccolta di scritti*", publicada la Cedam de Padua (1996). En el segundo de ellos está incluido el presente estudio, cuya traducción me fue oportunamente autorizada por su autor, y que ahora tengo la satisfacción de presentar en la correcta traducción de mi ex-alumno Aldo Zela Villegas.

Vi por última vez a Giorgianni en la Universidad de Mesina, en junio del año pasado, en la segunda jornada del multitudinario congreso "*Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*", organizado en homenaje a su amigo Angelo Falzea. Por el propio testimonio del profesor, sipe de su delicado estado de salud. Fue emocionante para toda la concurrencia que él, a pesar del mal que lo aquejaba, se hiciese cargo de la ponencia más importante del magno encuentro: "*un panorama de la evolución de las instituciones del derecho privado italiano al inicio del nuevo milenio*".

Alguien que pasaba lo saludó llamándolo "maestro". Acremente –y el profesor Paolo Grossi, que nos acompañaba, puede testimoniarlo– comentó en voz alta, que el término había devenido tan corriente que no podía considerarlo más que un insulto.

Pisa, septiembre del 2003

Leysser L. León

## II. LA "PARTE GENERAL" DE LAS OBLIGACIONES EN LA SISTEMÁTICA DEL CÓDIGO CIVIL ITALIANO DE 1942

La novedad más importante que el Código Civil italiano de 1942 ha aportado en el terreno de las obligaciones está representada, sin lugar a dudas, por la introducción de una "parte general". Al respecto, el Código Civil de 1865, según el ejemplo francés, refundía las obligaciones y los contratos bajo el encabezado del título IV "De las obligaciones y de los contratos en general", del libro III, titulado, a su vez, "De los modos de adquirir y transmitir la propiedad y los otros derechos sobre las cosas". Dicha sistemática correspondía a la idea, ligada con la economía de la época, de que la obligación –la de *facere*, inclusive– y el contrato tenían la función de transmitir o hacer adquirir la propiedad sobre las cosas. Siguiendo aquella sistemática, el Código de Comercio de 1882 atribuía al título VI del libro I el título "De las obligaciones comerciales en general", y allí se comprendían también las disposiciones sobre el contrato.

El Código Civil de 1942 –a imitación del Código Civil alemán (BGB), y mejorando, ciertamente, la sistemática de éste– ha distinguido claramente las obligaciones y las fuentes de las obligaciones, al introducir en el libro IV una “parte general” de las obligaciones (Título I “De las obligaciones en general”). Debe resaltarse, sin embargo, que dicha sistemática sigue resultando imperfecta, si se considera que el libro IV lleva por título “De las obligaciones”, pero contiene en el título II y siguientes la regulación del contrato en general y de los contratos especiales, antes del tratamiento de las fuentes no-contractuales. En tal sentido, el código parece haber perpetuado, por un lado, la vieja concepción según la cual el contrato constituye fuente productiva sólo de obligaciones, y por otro lado, la consideración de las fuentes distintas del contrato (hechos ilícitos, enriquecimiento sin causa, pago indebido, gestión de negocios ajenos), exclusivamente, en lo tocante a las consecuencias constituidas por el nacimiento de obligaciones.<sup>1</sup>

La sistemática del Código Civil de 1942 ha reforzado la convicción de que, no obstante la conciencia sobre la historicidad y la consiguiente relativización de las categorías jurídicas, la obligación, o sea la relación obligatoria, se presenta, aun hoy en día, como una categoría ahistórica, “siempre igual a sí misma”, neutral, construida tomando el mínimo de los denominadores comunes de los diversos tipos de obligaciones y reduciendo las diversidades a aspectos descriptivos y externos al concepto.<sup>2</sup>

Semejante convencimiento viene acompañado de la común observación según la cual la parte dedicada en el Código Civil a la regulación de la relación entre el acreedor y el deudor en general, constituye el objeto de las sistematizaciones conceptuales de más antigua y consolidada tradición, de tal modo que la relación que liga al deudor y al acreedor, parece trascender la historia y los ordenamientos; en el entretanto, se reconoce a la obligación en la teoría general, una importancia solamente equiparable a la que tiene la categoría del “valor” en la doctrina económica.<sup>3</sup>

Como consecuencia de todo aquel modo de ver, se considera que no tienen ninguna relevancia ni el objeto ni el “título” o fuente de la relación y de ello se desprende la afirmación de la aplicación de las mismas reglas, incluso fuera de los títulos “privatísticos”.

<sup>1</sup> Tales observaciones ya estaban contenidas en mi curso sobre *L'obbligazione* [“La obligación”], dictado en la Universidad de Catania en el año académico 1944-45 (págs. 3 y sgtes.) reunido en forma inalterada en el año 1951 por la editorial Guaffrè. En dicho curso, yo también había observado (pág. 9) que es impropio hablar de “obligaciones”, en plural, lo cual constituye, probablemente, el rezago de la terminología adoptada en el derecho romano clásico que conocía casos singulares de obligaciones. Tales observaciones sistemáticas han sido acogidas por BIANCA en el volumen IV de su tratado de derecho civil (*Diritto civile. IV. L'obbligazione*, Milán, 1990).

<sup>2</sup> PERLINGIERI, *Le obbligazioni tra vecchi e nuovi dogmi*, Nápoles, 1990, pág. 15.

<sup>3</sup> BRECCIA, *Le obbligazioni*, en *Trattato di diritto privato* al cuidado de IUDICA y ZATTI, Milán, 1991, págs. 2 y sgtes.

<sup>4</sup> Las constantes dadas en torno de la validez de una parte general de las obligaciones en la doctrina italiana y alemana antes del Código Civil de 1942 fueron por mí referidas en *L'obbligazione*, cit., pág. 5.

### III. DUDAS Y REAFIRMACIONES RECIENTES SOBRE LA VALIDEZ DE LA "PARTE GENERAL" CON FORME AL TEXTO VIGENTE

Ahora bien, la sistemática seguida por el Código Civil de 1942 y por lo tanto, la validez de una "parte general de las obligaciones", ha sido recientemente puesta en duda con varias consideraciones.<sup>4</sup>

Así, se ha observado que la aproximación entre la teoría de la relación obligatoria y la de su fuente, puede resultar más expresiva de los modos y tiempos de la dinámica de la obligación, por captar las mutaciones en las cuales ésta se sustancia<sup>5</sup>; y que la consideración del puro momento estructural (crédito-obligación) no puede ser suficiente para establecer cuál es la normativa a la que cada relación singular debe ser sometida, debiendo tenerse en consideración, más bien, el título del cual deriva la relación<sup>6</sup>; y que incluso existen hipótesis en las cuales, en lugar del esquema simple débito-crédito, se evidencia un esquema complejo, caracterizado por la contemporánea presencia, en cabeza de ambas partes, de la doble caracterización de acreedor y deudor, como sucede en las relaciones con prestaciones o con atribuciones patrimoniales recíprocas<sup>7</sup>.

Se ha resaltado, además, que la configuración de la obligación como figura general y abstracta que puede derivar de diversas fuentes no recoge a plenitud el fenómeno, dado que la obligación es el efecto de una determinada *fittispecie*, la cual debe ser tomada en cuenta, sea para la determinación de su contenido, sea para la búsqueda de la regulación específica.<sup>8</sup>

En oposición a las advertencias anteriores, se ha reafirmado, incluso recientemente, la "neutralidad" del concepto de obligación, sobre la base de la consideración de que la relación obligatoria constituye el modelo "típico" de relación, y de que su estructura se aplica aun fuera del derecho de las obligaciones —el cual está tratado, en el sistema italiano, en el libro IV del Código Civil—, pues ella es

<sup>4</sup> PERLINGIERI, *op. cit.*, pág. 22.

<sup>5</sup> BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI y NATOLI, *Diritto civile*, I, I, Turín, 1986, pág. 352 y sigtes., quienes citan el ejemplo de la obligación pecuniaria, la cual es en sí misma neutra, pero en la cual, sin embargo, la identificación del título por el que la suma de dinero es debida, permite identificar también la regulación a la que cada obligación está concretamente sujeta. Diferentes son, en efecto, y los autores citados lo señalan —por ejemplo, en el nivel de los intereses devengados o de la prescripción—, las hipótesis en que una suma sea debida como contraprestación de una compraventa, como merced conductiva de arrendamiento, a título de alimentos, de remuneración por un trabajo subordinado, de restitución de suma indebidamente percibida inclusive o recibida en mano, y así por el estilo.

<sup>6</sup> BIGLIAZZI GERI y otros, *op. loc. cit.*

<sup>7</sup> BIANCA, *Diritto civile*, IV, cit., págs. 11 y sigtes., quien observa que el sistema formal del Código Civil propone la regulación de la obligación como regulación básica, la cual, cuando tiene origen contractual, debe ser integrada con la del contrato; y más aun, que aquella puede ser emendada como una regulación que integre la de la relación contractual, de la cual constituye el momento ejecutivo. Véase también BRECCIA, *op. cit.*, págs. 251-252, quien observa que —para efectos de la plena individualización de las posiciones respectivas de las dos partes de la relación— es necesario tener en cuenta, además de la interpretación del contenido del título cuando éste, como por lo general ocurre, sea contractual, también las circunstancias en las cuales la obligación está destinada a desarrollarse y sobre todo, la función que puede asumir el canon general de valoración construido por la lealtad o por la buena fe.

<sup>8</sup> RESCIGNO, en el *Tratado de derecho privado* bajo su dirección, vol. 9, Turín, 1984, págs. XI-XII, quien sostiene, por lo tanto, que el esquema y la normativa general de las obligaciones hallan aplicación incluso fuera del específico sector regulado en el libro IV, siempre que se presenten la estructura y la función de la relación obligatoria. Ello hace referencia, por ejemplo, a las relaciones nacidas de los derechos reales sobre cosas ajenas, los cargos reales y a las obligaciones reales.

objeto de aplicación tanto en el derecho de familia como en el derecho sucesorio, tanto en la materia de la propiedad y de los derechos reales cuanto en el derecho de la empresa y del trabajo.<sup>19</sup> Es dado recordar, de igual forma, que hoy es universalmente reconocida la idoneidad que tienen las obligaciones para penetrar en ordenamientos de diversa inspiración social e ideológica<sup>20</sup>; al mismo tiempo, hoy es común pensar que incluso las obligaciones de la Administración pública son reguladas por el derecho común.<sup>21</sup>

#### IV. LA EXTREMA VARIEDAD DEL "COMPORTAMIENTO" DEL DEUDOR Y LA VALIDEZ DE LA "PARTE GENERAL"

Me parece que las observaciones mencionadas, relativas a la relación entre el vínculo obligatorio y su fuente, no son idóneas para afectar su concepto unitario. En efecto, dichas observaciones conciernen a aspectos meramente descriptivos de su regulación y de su protección jurisdiccional.

Mayor relevancia habría que reconocer, en cambio, y en mi opinión, a la consideración del objeto, esto es, a las en verdad múltiples –y se puede anotar "infinitas"– modalidades del "comportamiento" que constituye el contenido de la obligación del deudor y el punto de referencia del derecho del acreedor.

Dicho fenómeno se ha acentuado, ciertamente, en la moderna economía, que ha presenciado la multiplicación de los contratos "especiales", cuyas prestaciones, frecuentemente, resultan difíciles de asimilar a la regulación del código.

Al respecto, no cabe duda que la vieja distinción (*datre, facere, praestare*) no podría agotar, ni siquiera si fuera "modernizada", la lista del contenido de los "comportamientos". Ya se ha reconocido, efectivamente, la extrema "ductibilidad" del objeto de la relación obligatoria, en el sentido de que toda expresión de la actividad humana puede constituir, en abstracto, el contenido de la prestación; y de que sólo pueden trazarse –negativamente– los límites impuestos por el ordenamiento (en relación, sobre todo, con la posibilidad y licitud del comportamiento debido).

El comportamiento, ciertamente, está enlazado con un "bien" o un "resultado", o con ambos, inclusive. El "bien" puede tener las más diversas expresiones (piénsese en los llamados "servicios", que son una categoría en continua expansión); por su parte, el "resultado" tiene una variedad aun mayor (piénsese en el mandato, en el trabajo subordinado, en las actividades artísticas y "profesionales" en general).

Debe señalarse también que el "comportamiento" del deudor no siempre indica una actividad del individuo. En la economía moderna se tienen cada vez más en consideración los casos en que la prestación consiste en la actividad de una "empresa", lo cual parece extraño a muchas normas del Código Civil, que da la impresión de seguir estando anclado en la concepción de la prestación como actividad del deudor

<sup>19</sup> BIANCA, *op. cit.*, pág. 11.

<sup>20</sup> BIANCA, *op. cit.*, pág. 16.

<sup>21</sup> "Art. 1228. *Responsabilidad por el hecho de los auxiliares.* – Salvo voluntad diversa de las partes, el deudor que en el cumplimiento de la obligación se vale del obrar de terceros, responde también por los hechos dolosos o culpables de ellos."

Esta norma ha sido recogida, con defectuosa sistematización, en el Código Civil peruano de 1984: "Art. 1325. – El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culpables de éstos, salvo pacto en contrario".

individual; tampoco me parece que esta consideración haya sido debidamente enfatizada por la doctrina. En lo tocante al Código Civil, la única norma que parece hacer referencia a una prestación efectuada por una empresa es la del artículo 1228<sup>107</sup>, la cual, sin embargo, está establecida en clave, hoy por hoy un poco anticuada, de responsabilidad del deudor por hecho de los auxiliares, todo lo cual termina legitimando la incongruente afirmación de una responsabilidad objetiva del deudor.

Sin embargo, yo creo que ni siquiera lo que se acaba de señalar, sobre el amplio espectro en el que hoy puede expresarse el objeto de la relación, está en condición de propiciar el abandono de la actualmente secular, obra de abstracción que hubo de conducir a la identificación de un concepto unitario y ha hacer que se hable de "obligación", en singular. En realidad, es ciertamente diversa la regulación y la protección jurisdiccional, según la diversidad del comportamiento que el deudor ha tenido. En el caso de incumplimiento, por ejemplo, me he esforzado en demostrar, admito que con limitado éxito, que la norma generalizadora del artículo 1218 del Código Civil<sup>108</sup> no toma en cuenta muchas otras normas del mismo texto, donde se regula de diverso modo el incumplimiento del deudor, según el objeto del comportamiento al que éste se ha comprometido.<sup>109</sup> Al respecto, se ha advertido recientemente, acaso acercándose a la misma concepción, que la insuficiencia del artículo 1218<sup>110</sup> deriva también del hecho de que sólo a partir de las distintas *fattispecie* contractuales se deduce cuáles son las especiales cualidades y conocimientos que el deudor debe tener, cuáles son las tecnologías de las que se puede hacer uso, y en general, de qué medios está dotado él para procurar el resultado querido por el acreedor; así pues, para las obligaciones derivadas de contratos, la regla abstracta del artículo 1218<sup>111</sup> debe ser concretizada a tenor de la regulación contractual global, en función de la cual se ha contraído la obligación.<sup>112</sup>

<sup>107</sup> "Art. 1218.- La responsabilidad del deudor.- El deudor que no cumple exactamente la prestación debida está obligado al resarcimiento del daño si no prueba que el incumplimiento o el retardo ha sido determinado por la imposibilidad de la prestación derivada de causa no imputable a él".

<sup>108</sup> En mi caso *L'indovimento*, 3<sup>a</sup> ed., Milán, 1975.

<sup>109</sup> MENGONI, "La parte generale delle obbligazioni", en "Rivista critica del diritto privato", 1984, págs. 507 y sgtes., especialmente, págs. 518-519.

<sup>110</sup> Constitución de la República Italiana (1945): "Art. 42. La propiedad será pública o privada. Los bienes económicos pertenecerán al Estado, a entidades o a particulares.

La propiedad privada podrá ser expropiada por motivos de interés general en los casos previstos por la ley y mediante indemnización.

La propiedad privada será reconocida y garantizada por la ley, la cual determinará sus modalidades de adquisición y de goce y los límites de la misma, con el fin de asegurar su función social y de hacerla accesible a todos.

La ley establecerá las normas y los límites de la sucesión legítima y testamentaria y los derechos del Estado en materia de herencia.

Art. 43. La ley podrá, con finalidades de interés general, reservar a título originario o transmitir mediante expropiación y con indemnización al Estado, a entes públicos o comunidades de trabajadores o de usuarios, determinadas empresas o categorías de empresas que exploten servicios públicos esenciales o fuentes de energía o situaciones de monopolio que tengan carácter de interés general predominante.

Art. 44. Con objeto de conseguir el aprovechamiento racional del suelo y de establecer relaciones sociales equitativas, la ley impondrá obligaciones y cargas a la propiedad inmobiliaria privada, fijará límites a su superficie según las regiones y las zonas agrarias, promoverá e impondrá la bonificación de las tierras, la transformación del latifundio y la reconstitución de las unidades productivas, así como ayudará a la pequeña y mediana propiedad.

La ley preverá medidas a favor de las zonas montañosas".

Sin embargo –a pesar de la importancia de la distinción que puede fundarse en la diversidad del comportamiento al que está comprometido el deudor–, ésta no es comparable, ni siquiera lejanamente, con la diversidad que encuentra el concepto de propiedad de acuerdo con su objeto (como es sabido, es por ello que se ha hablado de propiedades, en plural), especialmente si se considera, por ejemplo, la profunda diversidad que existe para efectos de la sujeción a los vínculos previstos en los artículos 42 a 44 de la Constitución.<sup>172</sup>

Por ello, se ha observado que, si bien es verdad que en las sociedades industrializadas y avanzadas el sistema jurídico no puede mantener aquellos elevados niveles de abstracción que en otros tiempos hacían posible una cualificación relativamente simple y rápidamente traducible en la práctica de situaciones de hecho complejas, debe considerarse, de todas maneras, que la moderna técnica hermenéutica y la nueva dogmática orientada hacia los valores, permiten conferir al sistema un grado de flexibilidad suficiente como para satisfacer exigencias de mayor especificación, sin necesidad de abandonar la categoría general de la obligación<sup>173</sup>.

## V. CONCLUSIONES SOBRE LA VALIDEZ DE LA “PARTE GENERAL”, COMPARACIÓN CON OTROS SISTEMAS JURÍDICOS

En conclusión, entonces, pienso que no puede negarse la validez actual de una parte general de las obligaciones.

Al respecto, puede señalarse que incluso en la codificación de los países socialistas se ha mantenido la regulación de las obligaciones en general. La excepción fue el Código Civil de la República Democrática Alemana de 1976 –recientemente abrogado, a partir de la unificación de las dos Alemanias– que rechazó el modelo pandectístico de una regulación general de las obligaciones, y optó por regular solamente los contratos (parte III, parágrafos 43 a 283) y los hechos ilícitos (parte V). En dicho Código, pues, era posible vislumbrar un eco de la decimonónica sistematización del *Code civil*.

Como es sabido, en el *common law* está ausente la noción abstracta y generalizada de obligación, que es propia del derecho continental. En el *common law*, el derecho de las obligaciones de la tradición continental es prácticamente absorbido por el llamado derecho de los contratos (*contracts law*) y en el del ilícito (*torts*).

Sin perjuicio de lo anterior, se ha auspiciado recientemente una reforma de la enseñanza del derecho privado, que haga preceder a los cursos sobre contratos y sobre hechos ilícitos un curso preliminar sobre principios comunes a las dos materias.<sup>174</sup> Se trataría, entonces, y como alguien ha observado, de un curso que podría compararse a nuestra “parte general de las obligaciones”.<sup>175</sup>

<sup>172</sup> MENGONI, *op. cit.*, pág. 520, quien sostiene que esta categoría ofrece al menos ventajas irrenunciables: desde el punto de vista del llamado sistema expositivo, es decir, de la función expositiva y didáctica de la forma sistemática, permite una simplificación de la materia regulada, volviéndola más inteligible y aborreciendo inútiles repeticiones; desde el punto de vista del llamado sistema intrínseco, es decir, de las conexiones que ligán a los enunciados normativos de conformidad con determinados principios, proporciona al intérprete criterios de coherencia de las partes especiales, garantizando su reducción a una unidad racional.

<sup>173</sup> GILMORE, *The Death of Contract*, Columbus (Ohio), 1974, pág. 90. En la traducción italiana, *La morte del contratto*, Milán, 1988, pág. 81.

<sup>174</sup> MENGONI, *op. cit.*, pág. 523.



## VI. LA INCIDENCIA DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y DE LA LEGISLACIÓN ESPECIAL

Pasando a considerar, ahora, los cambios que esta parte del Código Civil ha experimentado en los 50 años que nos separan de su entrada en vigor, se ha observado con acuciosidad que el libro "de las obligaciones" ha variado muy poco; que en los datos normativos ha sido escasa la incidencia, tanto del transcurso de una estación breve, pero densa de hechos, cuanto de las intervenciones legislativas, del pronunciamiento de la Corte Constitucional, de las técnicas nuevas de la práctica comercial; y que permanece intacta, en lo sustancial, una estructura que parecía estar destinada a ser afectada por las nuevas tendencias político-constitucionales.<sup>17</sup>

Sin embargo, las observaciones anteriores se oponen a la opinión según la cual se afirma, en cambio, que los principios expuestos en el Código Civil de 1942 deben ser concordados con el nuevo marco referencial, político y normativo, representando por la Constitución de 1948; y que tales principios deben también ser considerados a la luz de la profunda innovación introducida por numerosas leyes que –a pesar de no reformar el Código– son utilizadas en algunos "sectores-clave" del derecho privado, y que introducen regulaciones antitéticas respecto de las del Código Civil.<sup>18</sup>

En el primer aspecto, el autor cuyo pensamiento es aquí aludido señala que los sectores "redefinidos" por la doctrina, sobre la base de los principios que derivan de la Constitución por la doctrina, son la propiedad, la iniciativa económica, los

<sup>17</sup> RESCIGNO, *op. cit.*, pág. V.

<sup>18</sup> DE MAJO, en *Commentario del codice civile Scialoja e Branca*, sub art. 1171-1320, Bologna y Roma, 1988, págs. 62 y sigs.

<sup>19</sup> DE MAJO, *op. cit.*, pág. 63, quien hace referencia al art. 3, 7º párrafo, que introduce el principio de la igualdad sustancial, al igual que las normas que exaltan los valores de la sociedad política, económica, social (art. 2), del trabajo (art. 4), de la salud (art. 32), del ahorro (art. 43).

<sup>20</sup> Constitución de la República italiana: "Art. 2. La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, sea como individuo, sea en el seno de las formaciones sociales donde el desarrollo de la personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inescusables de solidaridad política, económica y social.

Art. 3. Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales.

Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.

Art. 4. La República reconoce a todos los ciudadanos el derecho al trabajo y promoverá las condiciones que hagan efectivo este derecho.

Todo ciudadano tendrá el deber de desempeñar, con arreglo a sus posibilidades y según su propia elección, una actividad o función que concurre al progreso material o espiritual de la sociedad.

Art. 32. La República protegerá la salud como derecho fundamental del individuo e interés básico de la colectividad y garantizará asistencia gratuita a los indigentes.

Nadie podrá ser obligado a sufrir un tratamiento sanitario determinado, a no ser por disposición de una ley. La ley no podrá en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana.

Art. 47. La República estimulará y protegerá el ahorro en todas sus formas: disciplina y coordinación del ejercicio del crédito.

Favorecerá el acceso del ahorro popular a la propiedad de la vivienda, a la propiedad agraria directa y a la inversión económica directa e indirecta en los grandes complejos productivos del país".

<sup>21</sup> El autor recuerda también (págs. 63-64) las propuestas presentadas en la doctrina alemana, tendientes a reducir la tradicional "indiferencia" del modelo *liberal*, a través de un "modelo social de obligación" (*sozialer Obligatorismus*) basado en el principio que, en un Estado inspirado por criterios sociales, la obligación no puede medirse sólo sobre intereses de personas que producen y/o intercambian bienes sino también sobre los intereses de las personas que tiene el rol de consumidores y/o trabajadores.

derechos fundamentales y el derecho de familia. Dicho autor explica las limitaciones de la obra de la doctrina atendiendo a que el derecho de las obligaciones, a diferencia de otros sectores, ya constituía expresión de los principios de igualdad y paridad promulgados en la Constitución. Sin embargo, se afirma que la ética individualista y de libre intercambio del derecho de las obligaciones debe cotejarse con una ética diversa, que deriva de los principios de la Constitución<sup>19</sup> 204; así pues, sería necesario proceder a una "lectura" del modelo conceptual reflejado en la parte general de las obligaciones, distinta de la efectuada por los codificadores en una economía de mercado.<sup>21</sup> Al respecto, y por consiguiente, el autor afirma que, para lograr lo que él llama "modelo social" de obligación, no pueden dejar de contribuir, de manera relevante, las denominadas cláusulas normativas generales, como el principio de buena fe y lealtad [*correttezza*] o como los principios del orden público y de las buenas costumbres.

En el segundo aspecto (es decir, en lo concerniente a la legislación especial), los autores cuyo pensamiento ha sido referido, ponen énfasis en la modificación introducida por las leyes especiales en materia de relaciones de trabajo, de locación y de arrendamiento agrario, y afirman que tales leyes especiales son susceptibles de formar principios generales "exportables" a otros sectores.<sup>22</sup>

Se ha destacado también que el principio de solidaridad económica y social, que caracteriza a los Estados modernos que salen de una experiencia individualista y liberal –aun en la diversidad de distintas inspiraciones ideológicas–, ha conducido a la obligación a alejarse definitivamente de la originaria noción de relación de subordinación –primero física, y luego solamente patrimonial– del deudor al acreedor, y que ésta se configura cada vez más como una relación de cooperación encaminada a la plasmación de un interés patrimonial del acreedor a ser realizado en pleno respeto al valor de la dignidad de las personas humanas directamente o indirectamente protagonistas del episodio de plasmación.<sup>23</sup>

## VII. LAS "CLÁUSULAS NORMATIVAS GENERALES" CONTENIDAS EN EL CÓDIGO Y SU PROGRESIVA EXPANSIÓN

Sobre el tema –que merecería, ciertamente, una mayor profundización– permítanseme algunos comentarios.

En lo tocante a la legislación especial, me parece que ella afecta sectores respecto de los cuales no puede considerarse posible una "expansión" frente al concepto de obligación y de su regulación en el Código.

<sup>19</sup> DI MAJO, *op. cit.*, pág. 68 y sgtes.

<sup>20</sup> PERLINGIERI, *op. cit.*, págs. 47 y sgtes.

<sup>21</sup> "Art. 634. *Condizioni equivoche e illogiche*. - En las disposiciones testamentarias se consideran no puestas las condiciones imposibles y las contrarias a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres, salvo lo establecido por el artículo 626.

Art. 788. *Motivo illecito*. - El motivo ilícito hace nula la donación cuando del acto resulta que fue lo único que determinó al donante a realizar la liberalidad.

Art. 795. *Prohibición de restitución*. - En las donaciones no se permite la restitución sino en los casos y en los límites establecidos por los actos de última voluntad.

La nulidad de las restituciones no importa nulidad de la donación.

En lo tocante a la incidencia de los principios de la Constitución y a las observaciones sobre el variado clima económico y social, me parece que el ordenamiento del código en materia de obligaciones, permite toda adaptación a través de las llamadas cláusulas normativas generales de las que aquel está provisto.

Al respecto es necesario distinguir las cláusulas –como el orden público y las buenas costumbres– que son ajenas a la parte general de las obligaciones, en cuanto constituyen límites a la autonomía privada, y que están significativamente previstos en el Código, en las disposiciones del contrato o de otros actos de autonomía privada (por ejemplo, los artículos 634, 788, 795, 1343, 1346, 1354).<sup>1072</sup>

Existen, por el contrario, cláusulas normativas generales que conciernen, propiamente, a las modalidades del “comportamiento” –que constituye la expresión típica de la relación obligatoria– como la que hace referencia al “buen padre de familia” (art. 1176), a la “lealtad” (art. 1175), a la “buena fe” (art. 1375)<sup>1073</sup>, esta última aunque sea citada a propósito de la ejecución del contrato, todavía puede considerarse referible –como se piensa comúnmente– al “comportamiento” de las partes de la relación obligatoria. Se trata, sin duda alguna, de una característica muy importante del Código Civil de 1942, que hace que las cláusulas normativas generales asuman un papel central en la regulación de la obligación.

Al respecto se ha asistido a una importante obra interpretativa por parte de nuestra doctrina.

Como es sabido, el principio de la “lealtad” ha sido introducido por vez primera en el Código Civil de 1942, en el artículo 1175, que contenía una “cola”, posteriormente cortada, en 1944, que unía la “lealtad” con los “principios de la solidaridad”; por otra parte, en la intención del legislador, la lealtad se imponía como “deber de comportarse en forma tal que no se lesione el interés ajeno fuera de los límites de la legítima defensa del interés propio” (*Relazione del Código Civil*, núm. 588)<sup>1074</sup>

Art. 1343. *Causa ilícita*.- La causa es ilícita cuando es contraria a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres.

Art. 1346. *Requisitos*.- El objeto del contrato debe ser posible, lícito y determinado o determinable.

Art. 1354. *Condición ilícita o imposible*.- Es nulo el contrato al que se le haya puesto una condición, suspensiva o resolutoria, contraria a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres.

La condición imposible anula el contrato si fuese suspensiva; si fuese resolutoria se tendrá como no puesta.

Si la condición lícita o imposible fuese puesta a un pacto singular del contrato, se observarán respecto de la eficacia del pacto las disposiciones de los párrafos precedentes, quedando firme lo dispuesto por el artículo 1419<sup>o</sup>.

<sup>1072</sup> «Art. 1176. *Diligencia en el cumplimiento*.- Al cumplir la obligación el deudor debe usar la diligencia del buen padre de familia.

En el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia debe valorarse en relación a la naturaleza de la actividad ejercitada».

«Art. 1175. *Comportamiento con arreglo a la lealtad*.- El deudor y el acreedor deben comportarse según las reglas de la lealtad».

En el original se usa la voz «correttezza» para referirse a la «lealtad». Santiago SENTÍS MELENDO, en su conocida traducción del *Manuale* de Francesco MESSINEO, propone una traducción literal («corrección»). Por nuestra parte, seguimos la traducción del profesor Leyser L. LEÓN propuesta en el libro *Tratado general del negocio jurídico: 4 estudios fundamentales* (ARA Editores, Lima, 2001, pág. 262), que hubiera su cuidado. Otra alternativa podría ser «rectitud» o «honestidad».

«Art. 1375. *Ejecución de buena fe*.- El contrato debe ser ejecutado de acuerdo con la buena fe».

<sup>1073</sup> La *Relazione* constituye una suerte de exposición de motivos oficial del Código Civil italiano de 1942, y fue elaborada por el ministro de gracia y justicia (*Giustiziergilli*) Dino GRANDI.

El principio de "buena fe" contenido en el Código Civil de 1865 aparecía bajo un aspecto objetivo sólo en el art. 1124<sup>207</sup>, a propósito de la ejecución del contrato. Sin embargo, éste había adquirido relevancia autónoma a medida que la doctrina iba alejando del clima cultural inspirado por el principio de dominio de la voluntad de las partes, propio de la época en que aquel Código se había formado; todo ello desembocó, entonces, en la inserción del principio de la "buena fe" en el terreno de la interpretación del contrato, efectuado, en el Código de 1942, mediante la fundamental norma del art. 1366<sup>208</sup>.

Como se sabe, con posterioridad a la entrada en vigor del Código de 1942, se desató una disputa sobre el significado de la "lealtad", así como su relación con la "buena fe".

En los primeros años de la vida del Código hubo quien sostuvo que la "buena fe" tenía que ver sólo con el deudor, mientras que la "lealtad" tenía que ver con ambas partes; otros, por el contrario, sostenían que la lealtad concernía sólo al acreedor, por estar el deudor ya vinculado por otras disposiciones específicas, como el art. 1176 que le impone emplear, en el cumplimiento de la obligación, la diligencia del buen padre de familia; otros, en fin, afirmaban que el criterio de la lealtad se distingue del criterio de la buena fe, a pesar de ser, ciertamente, complementario a ésta, por el hecho de que la lealtad impone, normalmente, sólo un deber de carácter negativo, mientras que la buena fe impone obligaciones de carácter positivo.<sup>21</sup>

Pasados los primeros años de vigencia del Código, sin embargo, la doctrina ha negado que se pueda establecer una diferencia de significado entre las dos cláusulas en mención, y ésta puede ser considerada, hoy en día, como la opinión común<sup>22</sup>, aunque la doctrina encuentre dificultades, entonces, para indicar su preciso significado

<sup>207</sup> "Art. 1124. *Mantenimiento y reconstrucción de escaleras.* - Las escaleras son mantenidas y reconstruidas por los propietarios de los diversos pisos a los que sirven. El gasto correspondiente se reparte entre ellos por mitad en relación al valor de cada uno de los pisos o porciones de piso y por otra mitad en proporción a la altura de cada piso respecto del suelo".

<sup>208</sup> "Art. 1366. *Interpretación de buena fe.* - El contrato debe ser interpretado de acuerdo con la buena fe".

<sup>21</sup> En distinto sentido: BETTI, *Trattato generale delle obbligazioni*, I, Milán, 1953, págs. 61 y sgtes.; MENGONI, "Obbligazioni di risultato e di mezzi", en *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1954, I, pág. 366 y sgtes.; FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione del debitore*, Milán, 1947, pág. 323; NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo convenienza*, en "Banca, borsa e titoli di credito", 1961, I, págs. 157 y sgtes.; GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milán, 1951 (reimpresión), pág. 148; además, ID., *Lezioni di diritto civile*, dictadas en el año académico 1953-54, Catania, 1954, págs. 232 y sgtes., donde expresa su opinión de que los dos principios son contiguos, pero que acaso era de todo manera posible ver la diferencia en este: que el deber de cumplir la obligación según la buena fe tiene que ver con el contenido de ésta; la lealtad, en cambio, califica el comportamiento de las partes una vez establecido cuál es el contenido de las obligaciones que el acreedor puede pretender y que el deudor está comprometido a cumplir.

<sup>22</sup> Véase: DI MAJO, *op. cit.*, págs. 284 y sgtes.; BIGLIAZZI GERI, *vo* "Buona fede del diritto civile", en *Digesto delle discipline penitentiache, Sezione civile*, vol. II, Turín, 1988, pág. 170; BESSONE y D'ANGELO, *vo* "Buona fede", en *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. V, Roma, 1985. A ambas cláusulas se les asignó también una función de "cláusula" del sistema, porque ellas evitan que se tenga que considerar permitido todo comportamiento que ninguna norma de ley vuelva obligatorio (GALLIANO, citado por BRECCIA, *op. cit.*, pág. 382).

<sup>208a</sup> Art. 2598. *Actos de competencia desleal.* - Sin perjuicio de las disposiciones que conciernan a la protección de los signos distintivos y de los derechos de patente, realiza actos de competencia desleal todo aquel que:

1.-1.

3) Se vale indirectamente de cualquier otro medio no conforme a los principios de la lealtad profesional e ilícito para perjudicar la hacienda ajena".

compartido, lo cual puede considerarse justificado por tratarse de cláusulas normativas generales.

A mi juicio, la dificultad de distinguir el significado de las dos cláusulas se enlaza con la expansión, presente en nuestra bibliografía, del criterio de la buena fe, la cual ha provocado el sumergimiento o absorción, en este último, de la, considerada menos significativa, "lealtad". Sin embargo, esta última todavía conserva alguna utilidad, por ejemplo en el campo de la competencia, en el cual es invocada como "lealtad profesional" (art. 2598, núm. 3)<sup>970</sup>, y donde conserva, entonces, un significado preciso.

Por lo tanto, y tal cual ha sido justificadamente destacado, las cláusulas normativas generales permiten su adaptación a las exigencias que derivan de la Constitución y al cambio del clima político-social.<sup>971</sup>

A propósito de las cláusulas normativas generales, me parece que no puede descuidarse, en la evaluación del comportamiento de las partes, y por lo tanto, del contenido de la "relación", aquella otra cláusula que está constituida por la "diligencia", la cual marca los límites, sea de obligación del deudor, sea de la "exigibilidad" de la prestación por parte del acreedor, límites que son diversos según las diversas *fitispecies*, como se ha precisado, por lo demás, en la formulación misma del art. 1176, y también del art. 2104<sup>972</sup>, a propósito de la prestación de trabajo.

También hay que señalar que a través del recurso a las mencionadas cláusulas normativas generales—incluida, por lo tanto, la cláusula de la diligencia—se ha arribado a la protección de intereses, del acreedor o de tercero, que incluso son extraños al objeto de la obligación. Se trata de los llamados "deberes de protección", expresamente previstos en el Código Civil en ciertos supuestos (art. 1580, 1681, 2087)<sup>973</sup>, que han sido generalizados, y por lo tanto, extendidos a toda relación

<sup>970</sup> RODOTÁ, en "Bancas, borsa e titoli di credito", 1965, I, págs. 149 y sgtes., el cual observa que la regla de la buena fe y la lealtad derivan de un único criterio general de solidaridad, lo cual comporta la imposibilidad de delimitar en modo absoluto y preciso su sustancia, siendo la función de dos criterios la de determinar, en concreto, la legitimidad de un comportamiento, y por dicho camino, la de contener y modificar, con mayor o menor intensidad, las normas consecuencias del *strictum ius*.

<sup>971</sup> "Art. 2104. *Diligencia del prestador de trabajo*. - El prestador de trabajo debe usar la diligencia exigida por la naturaleza de la prestación debida, por el interés de la empresa y por el interés superior de la producción nacional.

Debe observar además las disposiciones para la ejecución y para la regulación del trabajo impartidas por el empresario y por los colaboradores de él, de los jerárquicamente dependa".

<sup>972</sup> "Art. 1580. *Cosas peligrosas para la salud*. - Si los vicios de la cosa o de gente notable de ella exponen a serio peligro la salud del arrendatario o de sus familiares o dependientes, el arrendatario puede obtener la resolución del contrato, aun cuando los vicios fuesen conocidos por él, no obstante toda renuncia.

Art. 1681. *Responsabilidad del porteador*. - Sin perjuicio de la responsabilidad por el retardo y por el incumplimiento en la ejecución del transporte, el porteador responde de los siniestros que afectan a la persona del viajero durante el viaje y de la pérdida o de la avería de las cosas que el viajero lleva consigo, aun prueba que ha adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño.

Señalamos las cláusulas que limitan la responsabilidad del porteador por los siniestros que afectan al viajero.

Las normas de este artículo se observan también en los contratos de transporte gratuito.

Art. 2087. *Protección de los conductores de trabajo*. - El empresario está obligado a adoptar en el ejercicio de la empresa las medidas que, según la particularidad del trabajo, la experiencia y la técnica, son necesarias para preservar la integridad física y la personalidad moral de los prestadores de trabajo".

<sup>973</sup> MENGONI, *op. cit.*, en "Rivista critica del diritto privato", págs. 508-509. Véase también BIANCA, en *Compendio del código civil. Scialoja e Basso*, sub art. 1218, Bologna y Roma, 1967, págs. 32 y sgtes.

obligatoria, cuando, naturalmente, se verifiquen sus presupuestos. Así pues, tomado conciencia de la presencia de tales deberes, se puede afirmar actualmente que la obligación debe ser considerada como una estructura compleja, en la cual el núcleo primario, constituido por la obligación de prestación, es integrado por una serie de obligaciones accesorias coordinadas en un nexo funcional unitario<sup>35</sup>.

Se puede observar, finalmente, que los principios antes referidos tienden, aunque con trabajo, a penetrar en la jurisprudencia, por ejemplo en aquella área, densa de principios que frecuentemente se superponen, constituida por la llamada "presuposición".

#### VIII. LAS PROPUESTAS DE REFORMA

El tema que se acaba de tratar nos conduce, ahora, a considerar el de la necesidad de una reforma legislativa de esta parte del Código Civil, como se ha auspiciado, "en torno del eje cultural aportado por la Constitución"<sup>37</sup>.

Es cierto que a cincuenta años de su entrada en vigor, el sector del Código Civil donde menos se ha sentido la reforma es el de las obligaciones. Si se traen a la mente la reforma y la evolución doctrinal y legislativa que han tenido lugar en el campo de los derechos personales y familiares, la diferencia es realmente profunda.

Como es sabido, un movimiento de reforma concreto del libro íntegro de las obligaciones se ha producido, incluso con carácter oficial, en Alemania, y es acaso significativo que el mismo, al menos hasta donde llega mi conocimiento, no se haya concretizado aún.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> DI MAJO, *op. cit.*, pág. 67.

<sup>36</sup> Al momento de realizarse la presente traducción podemos decir que dicha reforma es ya una realidad. En 1984, el Ministerio Federal de Justicia Alemán nombró una comisión encargada de recobrar el derecho de las obligaciones, la misma que dio a conocer su informe final recién en 1992, luego de ocho años de trabajo. El proyecto de reforma del derecho de obligaciones del *Bürgerliches Gesetzbuch* se publicó el 4 de agosto del 2000, y se convirtió en proyecto de ley el 9 de mayo del 2001. A dicho proyecto se le introdujeron algunas modificaciones y entró en vigor el 1 de enero del año 2002.

Sobre esta importantísima reforma puede consultarse el prolijo estudio de Leysser L. LEÓN: "La incorporación del derecho comparado en la reforma del Código Civil y en la fundación de una verdadera Escuela de civilistas privados. A propósito de la modernización del derecho de obligaciones en Alemania" (*Schuldrechtsmodernisierung*), en "Ius et Veritas", año XIII, núm. 26, julio del 2003, págs. 12 y sgtes.

<sup>37</sup> Las ponencias han sido publicadas en la "Revista crítica del derecho privado", 1984, págs. 487 y sgtes.

<sup>38</sup> MENGONI, *op. cit.*, págs. 507-508, recoge las observaciones de WIEACKER y de HUBER, el primero de los cuales subrayaba que "el perfeccionamiento" (*Rechtsoberholung*) realizado por la jurisprudencia había ido más allá del Código Civil "en medida tan acusada que el derecho privado verdaderamente «vigente», especialmente los principios generales del derecho de las obligaciones, ya no podrían ser extraídos del texto legislativo"; y el segundo, que "en Alemania se ha arribado en esta materia a un punto tal que el derecho realmente vigente puede ser recabado de la ley sólo en fragmentos"; y que "el legislador debe decidirse si mantiene firme la idea de una codificación o si la deja decaer, con la consecuencia de que la práctica de legitimar las decisiones a tenor del texto legal adquirirán cada vez más un carácter puramente ceremonial".

<sup>39</sup> Código Civil alemán (1896, en vigor desde 1900) "§ 241.- En virtud de la relación obligatoria, el acreedor está autorizado a exigir del deudor una prestación. La prestación puede también consistir en una omisión".

Tras la *Schuldrechtsmodernisierung* del 2001, el texto actualmente vigente del citado párrafo, que es la primera norma del libro sobre derecho de obligaciones del BGB, incluye un segundo párrafo: "Por el contenido de la relación obligatoria cada uno de las partes puede estar comprometida al respeto de los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra".

Con ocasión de un encuentro académico entre juristas italianos y alemanes sobre dicha reforma, celebrado en 1983<sup>28</sup>, uno de los ponentes italianos observaba que nuestro Código de 1942 no contiene la laguna que, en Alemania, ha sido descubierta en el BGB, en tanto nuestro Código Contiene la norma-base del art. 1175, inspirada en una concepción más moderna que la expresada en la definición del §241 del BGB.<sup>29</sup> <sup>NT14</sup> Por otro lado, puede observarse que en Italia todos los movimientos de reforma legislativa conciernen sólo a la materia de los contratos.<sup>30</sup>

La opinión contraria a una reforma es compartida por alguien que, luego de haber advertido que el legislador italiano no parece abierto a una reforma general, toma en cuenta, con mayor realismo, el hecho de que la única innovación posible por el momento, si bien de "perfil bajo", sólo puede fundarse en el diálogo de los estudiosos "con los tribunales".<sup>31</sup> También se ha observado que en Italia amamos "refugiarnos en las técnicas interpretativas", con el riesgo, obviamente, de exasperar un "conservadurismo lógico", el cual constituiría un "rasgo característico de la clase de los juristas".<sup>32</sup>

El primero de aquellos juicios sobre la razón del rechazo hacia una reforma legislativa puede ser plenamente compartido. Son innegables, sin embargo, los "progresos" de adecuación a las exigencias económicas desarrollados –de manera más marcada, ciertamente, en el campo de los contratos especiales, donde se ha asistido a la creación de nuevas figuras contractuales– por la doctrina, por la jurisprudencia y por la práctica, incluso en la materia de la parte general de las obligaciones.

Aquí puede recordarse lo que ha acontecido en lo tocante a la devaluación monetaria, fenómeno que ya estaba presente desde en la entrada en vigor del Código Civil, que se agravó después de algunos años, y que nunca ha sido detenido, pese a sus altibajos. Al respecto, y como se sabe, la doctrina y la jurisprudencia han reaccionado en varias direcciones, con el fin de resolver el obstáculo del llamado "principio del nominalismo", enunciado en el art. 1277<sup>33</sup>. Se ha utilizado, donde ha sido posible, el art. 1467<sup>34</sup>, considerando la devaluación como un acaecimiento

<sup>28</sup> Incluso el ambicioso Proyecto de ley presentado por el Gobierno a la Cámara de Diputados el 10 de octubre de 1963, que proponía una reforma radical de todos los Códigos, se limitaba, en lo concerniente al libro de las obligaciones (art. 2, letra V), a los contratos (véase la *Relazione* respectiva, II, 5).

<sup>29</sup> ROPPO, en "Rivista critica del diritto privato", 1984, págs. 487-488.

<sup>30</sup> PARDOLESI, en "Rivista critica del diritto privato", 1984, pág. 667.

<sup>31</sup> "Art. 1277. *Debito de suma de dinero*.— Los deudas pecuniarias se extinguen con moneda que tenga su uso legal en el Estado al tiempo del pago y por su valor nominal.

Si la suma debida estaba determinada en una moneda que no tiene ya curso legal en el momento del pago, éste debe hacerse en moneda de curso legal equiparada por su valor a la primera".

<sup>32</sup> "Art. 1467. *Contrato con prestaciones recurrentes*.— En los contratos de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes hubiera llegado a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que debe tal prestación podrá demandar la resolución del contrato, con los efectos establecidos en el artículo 1458".

<sup>33</sup> "Art. 1224. *Dafno en las obligaciones pecuniarias*.— En las obligaciones que tiene por objeto una suma de dinero, se deben desde el día de la mora los intereses legales, aun cuando no se debieran anteriormente y aun cuando el acreedor no padece haber sufrido algún daño. Si antes de la mora se debía intereses en medida superior al legal, los intereses moratorios se deben en la misma medida.

El acreedor que demuestre haber sufrido un daño mayor le corresponde el ulterior rescabimiento. Este no se debe si se ha convenido la medida de los intereses moratorios".

“extraordinario e imprevisible”, incluso en los años en que era manifiesta y extremadamente predecible que aquella iba a seguir manifestándose; y se ha recurrido, con más éxito, al “mayor daño” atribuido por el art. 1224<sup>NT177</sup> al acreedor respecto de los intereses legales, y también a la distinción entre obligaciones “dinerarias” en contraposición a las obligaciones de “valor”, especialmente en materia de responsabilidad extracontractual; también se han dado por válidas, en fin, las llamadas cláusulas de indexación.

#### IX. LOS FENÓMENOS DE ALTERACIÓN DEL SISTEMA: LA RESTRICCIÓN DEL ÁREA DE LA OBLIGACIÓN Y LA TENDENCIA A BRINDAR UNA PROTECCIÓN DE NATURALEZA “REAL”

Pasando a verificar algunos de los más significativos fenómenos de alteración que esta parte del derecho privado ha experimentado en los cincuenta años transcurridos, es menester señalar, ante todo, el que está representado, y me parece bastante importante, por la cada vez más clara tendencia a la restricción del área dentro de la cual la obligación opera tradicionalmente. El fenómeno es consecuencia, ciertamente, de la conciencia que las partes han adquirido sobre la insuficiencia de la sanción del resarcimiento del daño, ligada a una concepción estática de la economía.

Ya con el ingreso al campo de las situaciones jurídicas subjetivas de los llamados “derechos potestativos” se había permitido que en muchas *fittispecie* el interés del sujeto se realizara sin la cooperación de la otra parte, que es típica de la relación obligatoria. Piénsese en la opción contractual y en los retractos “reales” –en contraposición a los retractos “obligatorios”– que se concretan mediante la llamada “recuperación”.

Fuera del fenómeno anterior, la restricción del área de la obligación es perceptible tanto en el nivel de los principios cuanto en el de la práctica contractual.

Ya en el nivel legislativo, el Código Civil de 1942 había realizado una verdadera revolución con la introducción del art. 2932<sup>NT178</sup>, que ha permitido la realización del interés del acreedor a través de un instrumento profundamente distinto de la sanción típica por la violación del derecho de crédito, es decir, distinto del resarcimiento del daño.

En el nivel de los principios, ahora es evidente la definitiva exclusión de la obligación del área de los derechos personales de goce, así como su acercamiento, cada vez más visible, incluso en la legislación, hacia una situación muy cercana a la de los derechos reales. Al respecto, puede señalarse –además de la regulación de la locación y del arrendamiento agrario– también la evolución doctrinal y jurisprudencial en materia de servidumbre.

<sup>NT177</sup> Art. 1224. *Ejecución específica de la obligación de celebrar un contrato* - Si el que está obligado a celebrar un contrato no cumple la obligación, la otra parte, cuando sea posible y no esté excluido por el título, puede obtener una sentencia que produzca los efectos del contrato no celebrado.

Si se trata de contratos que tienen por objeto la transferencia de propiedad de una cosa determinada o la constitución o la transferencia de otro derecho, la demanda no puede ser acogida si la parte que la ha propuesto no cumple su prestación o no hace el ofrecimiento de ella en los modos legales, a menos que la prestación no sea todavía exigible.

<sup>NT178</sup> Art. 1028. *Noción de utilidad* - La utilidad puede consistir también en la mayor comodidad o amenidad del fundo dominante. Puede igualmente ser inherente al destino industrial del fundo.



En este último sector puede destacarse, en efecto, una dilatación bastante marcada del área tradicional de la servidumbre, que ha pasado a comprender deberes *in faciendo* o *in non faciendo*. Piénsese, por ejemplo, en la materia urbanística de las relaciones de vecindad, donde tal expansión se realiza a través del instrumento de la inscripción registral, que es también utilizada para la imposición de deberes de carácter público (urbanísticos, panorámicos, artísticos).

Piénsese también en la ampliación de las llamadas "servidumbres irregulares": típica es la afirmación de las llamadas "servidumbres industriales", incluso más allá de lo previsto en el art. 1028<sup>379</sup>, y por lo tanto, con prescindencia de la hipótesis en que la *utilitas* es inherente a la destinación industrial del fondo. En dicho sector, es indudable que asume especial importancia el reconocimiento de la llamada "servidumbre de no-concurrencia", en la cual se asiste al "carácter real" de una obligación típicamente negativa, al margen, de igual forma, de la rigurosa *vicinitas*, prevista para las servidumbres prediales; aquí el único, y en verdad muy débil, nexo con el concepto clásico de servidumbre está constituido por el presupuesto de que el deber de *non facere* sea impuesto al sujeto pasivo, no como persona, sino en tanto propietario del fondo gravado con la servidumbre, y de que la *utilitas* concierna, necesariamente, a un fondo que esté comprendido en una hacienda, como factor productivo de la misma.<sup>380</sup>

Puede efectuarse también la consideración sobre la insuficiencia de la estructura y del concepto mismo de obligación para explicar algunas situaciones ligadas con el *status* de socio (por ejemplo, el derecho de voto).

Puesto que semejante evolución está ligada, ciertamente, con la protección más eficaz que el ordenamiento reserva para las situaciones "reales", en comparación con las obligatorias, donde la protección está constituida sólo por el resarcimiento del daño<sup>381</sup>, se asiste cada vez más, en la práctica contractual, a la creación de situaciones que puedan gozar de una protección más incisiva. En tal sentido, se recurre, siempre con mayor frecuencia, a cláusulas que reducen el pago de la contraprestación sometida a condición, suspensiva o resolutoria, del contrato; a cláusulas que atribuyen a la parte acreedora el receso del contrato con suspensión de la contraprestación, en caso de un retardo, aun si fuera mínimo, en el cumplimiento de la otra parte; a la cláusula que atribuye al acreedor una posición "real" propiamente dicha, a través de recursos para eludir a través de estratagemas – hoy cada vez más latamente permitidas – la prohibición del pacto comisorio (piénsese en la venta con finalidad de garantía para el *leasing*, especialmente en la forma del *lease-back*, donde el tradicional financiamiento se realiza a través del mantenimiento de la propiedad del bien que el deudor habría adquirido o construido con la suma obtenida por mutuo); a cláusulas que estipulan una previa liquidación del daño derivado del incumplimiento

<sup>379</sup> *COMPORIT*, *voz "Servitùdine pùbblca"*, en *Enciclopedia del diritto*, vol. XLII, Milán, 1990, págs. 274 y sgtes., págs. 292-293.

<sup>380</sup> Sobre este tema, véase mi estudio "*Tanto del credito e tanto «real»*", en "*Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*", 1975, págs. 883 y sgtes.

<sup>381</sup> Código Procesal Civil italiano (1940), Sección Quinta, *De las medidas de urgencia*: "Art. 700. *Condizioni per la concessione*.- Fuera de los casos señalados en las precedentes secciones de este capítulo, quien tiene fundado motivo de temer que durante el tiempo transcurrido para hacer valer su derecho en la vía ordinaria, éste se vea amenazado de un perjuicio inminente e irreparable, puede pedir con recurso al juez las medidas de urgencia, que resuelve, según las circunstancias, más ágilmente para asegurar provisoriamente los efectos de la decisión de mérito".

o del retardo, acompañada por garantías seguras, como la fianza bancaria de realización inmediata; a la expansión del aseguramiento del crédito.

Es innegable que la aversión de las partes hacia el instrumento obligatorio se origina –más allá de la antes indicada insuficiencia de la protección constituida por el resarcimiento del daño– por la lentitud del proceso, de conocimiento o ejecutivo, incluido el de quiebra (tanto así que el legislador mismo prevé “protección preferente” para las deudas tributarias, y para el crédito predial).

Por consiguiente, se ha asistido también a la aplicación –en realidad contrastada hasta el momento– de la llamada “protección anticipada” del art. 700 del Código Procesal Civil<sup>910</sup> al crédito en dinero, y ya no solamente a los créditos de restitución de cosa cierta y determinada.

El discurso sobre la protección jurisdiccional de la obligación lleva también a considerar la cada vez más exacta atribución de protección “real” en la hipótesis de ejecución “en forma específica” (art. 2930 y sgtes. del Código Civil)<sup>911</sup>.

Puede señalarse también la tendencia a atribuir protección posesoria incluso a quien no ejerce un derecho real o no detenta una cosa. Así sucede, en algunas hipótesis, en favor del socio, y más frecuentemente en favor del acreedor de algunos servicios (gas, electricidad, teléfono) mediante el artificio de la posesión de los instrumentos (conductores) a través de los cuales el “acreedor” regula la afluencia de la energía. En tales hipótesis, lo que en verdad ocurre es que el acreedor ejerce el derecho de crédito de modo “inmediato” que se considera típico de los derechos reales, lo que sucede también en otros campos, por ejemplo, a través del retiro automático de dinero en los bancos.

De tal manera, puede decirse que dos mundos exclusivos y excluyentes –tal cual eran tradicionalmente considerados, por un lado, el derecho real, y por el otro, la obligación– tienden a acercarse. A tal fenómeno no es ciertamente extraña la expansión de la economía mobiliaria.

Se asiste, por otro lado, a un fenómeno inverso al anteriormente indicado: el dinero de res se vuelve un valor simplemente “contable”, mientras que en el ámbito de algunos títulos-valores llega a faltar la posesión del documento, mediante aquella especie de almacén general constituido por la llamada Monte Titoli<sup>(92)</sup><sup>912</sup>.

<sup>910</sup> “Art. 2930. Ejecución forzada por entrega o emisión. - Si no se ha cumplido el deber de entregar una cosa determinada, mueble o inmueble, el derechohabiente puede obtener la entrega o emisión forzada a tenor de las disposiciones del Código Procesal Civil.

Art. 2931. Ejecución forzada de los deberes de hacer. - Si no se cumple un deber de hacer, el derechohabiente puede obtener que el mismo se ejecute a costa del obligado en la forma establecida por el Código Procesal Civil.

Art. 2933. Ejecución forzada de los deberes de no hacer. - Si no se ha cumplido un deber de no hacer, el derechohabiente puede obtener que se destruya, a costa del obligado, lo que se ha hecho en violación de la obligación.

No se puede ordenar la destrucción de la cosa y el derechohabiente puede conseguir sólo el resarcimiento de los daños, si la destrucción de la cosa es perjudicial para la economía nacional”.

<sup>911</sup> Sobre tal fenómeno véase, de lo reciente, LUZZI, “Dematerializzazione del titoli e garanzia senza ipotecizzazione nel sistema Monte Titoli”, en “Rivista critica del diritto privato”, 1992, págs. 45 y sgtes.

<sup>912</sup> Entidad, constituida en 1978, dedicada al depósito y administración de instrumentos financieros que tienen en común su dematerialización.

## X. SIGUE: LA "OBJETIVACIÓN" DEL DERECHO DE CRÉDITO

Otro fenómeno del más grande interés está constituido, desde mi punto de vista, por la llamada "objetivación" del derecho de crédito, que se manifiesta desde varios puntos de vista.

Un primer aspecto está constituido por la consideración del crédito como "bien", que lo acerca a la tradicional categoría de las "res".

En tal dirección, un fenómeno más antiguo estaba constituido por la llamada "incorporación" del crédito en un documento que permitía la circulación en modo casi análogo a los bienes muebles.

Más recientemente, el acercamiento del crédito hacia la "res" ha permitido la afirmación de que éste —en tanto expuesto a violación por parte de terceros, y no sólo por parte del deudor— puede ser susceptible de aquella protección que es típica de los derechos que no se limitan a una relación bilateral, esto es de la protección aquiliana. Ello, se ha considerado, puede verificarse cuando el tercero, con su actividad, provoca el incumplimiento del deudor (llamado "tercero cómplice del incumplimiento"), mientras que —desde otro punto de vista— se habla del contrato que lesiona intereses de terceros, los cuales pueden, por ello, adherirse a la protección aquiliana.

Se está acentuando también el fenómeno de la cesión del crédito, que, ya prevista en el Código de 1865 como "venta", se ha ordenado más adecuadamente en el Código de 1942, y ha dado lugar, así, a una nueva figura contractual llamada factoring. En ésta, no sólo se supera la duda que se manifestaba en el pasado sobre la posibilidad de cesión de un crédito futuro, sino que se asiste, frecuentemente, a una cesión con fin de garantía, y a la vez, fuera del esquema clásico de la prenda de los créditos, sorteándose, con certeza, la prohibición del pacto comisorio, una elusión que, como se ha indicado líneas atrás, es cada vez más frecuente en la práctica.

La nueva figura regocial ha sido regulada —al menos en ciertos aspectos— en la reciente Ley N° 52, del 21 de febrero de 1991, que ha reglamentado la cesión de "créditos de la empresa". Así, dicha ley (en su art. 3)<sup>1029</sup> reafirma el principio de la posibilidad de ceder los créditos futuros "incluso antes de que sean estipulados los contratos de los cuales surgen"; prevé la cesión de créditos existentes o futuros, incluso "en masa", y permite la cesión "en masa" de los créditos futuros que surgen de los contratos a estipular dentro de los 24 meses a partir de la cesión. Se ha advertido, entonces, que de tal modo el ámbito de la cesión de los créditos futuros ha sido ampliado notablemente, en comparación con lo que hasta hoy permitían la doctrina y la jurisprudencia.<sup>1030</sup> Pero me parece interesante señalar, sobre todo, que se habla de

<sup>1029</sup> Artículo 3 de la Ley 52. *Cesión de créditos futuros y de créditos en masa.*

1. Los créditos pueden ser cedidos incluso antes de que sean estipulados los contratos de los cuales surgen.
2. Los créditos existentes o futuros pueden ser cedidos también en masa.
3. La cesión en masa de los créditos futuros pueden tener por objeto sólo créditos que surjan de contratos a estipularse en un período de tiempo no superior a los veinticuatro meses.
4. La cesión de los créditos en masa se considera con objeto determinado, incluso con referencia a créditos futuros, si es indicado el deudor crédito, salvo en cuanto lo prescrito en el párrafo 3°.

<sup>1030</sup> DE NOVA, ya con respecto al Proyecto, en "Rivista di diritto civile", 1987, II, págs. 285 y sgtes.

cesión de créditos "en masa", con la adopción de una terminología que es propia de las cosas materiales.

Otro aspecto de la "objetivación" del derecho del crédito puede ser visto en la situación de la llamada "disponibilidad" de los créditos en dinero en un banco (incluso de modo "escritural") que permiten al titular disponer del mismo en favor de terceros, conforme a las distintas formas permitidas (cheque bancario, giro, etc.), además de "retirar" el dinero de modo inmediato -por ejemplo, de forma automatizada- sin el mecanismo que normalmente rige el cumplimiento del deudor, constituido por un comportamiento "libre".

## XI. CONCLUSIONES: LA UTILIDAD DE UNA PARTE GENERAL DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES

El panorama que he intentado presentar como el estado de la parte general de las obligaciones a cincuenta años del nacimiento del Código Civil no está, ciertamente, completo; presenta, por el contrario, numerosas lagunas. Pero creo haber señalado, por lo menos, aquellas manifestaciones que, desde mi punto de vista, indican su permanente validez, y sus numerosas alteraciones, las cuales no inciden, sin embargo, en sus líneas fundamentales.

Si fuera posible extraer una conclusión sobre las modificaciones sería que la distancia entre las situaciones jurídicas reales y las obligatorias ya no son tales como para justificar su consideración en compartimentos herméticos. En realidad, se ha hablado a veces de un "derecho común" del derecho patrimonial, con referencia exclusiva a la "posibilidad de exportar" la noción de obligación también al campo de los derechos reales<sup>37</sup>.

A mi parecer, por el contrario, puede tenerse en consideración la utilidad de una parte general de los derechos patrimoniales, actualmente separada en las dos categorías incommunicadas de las "cosas" y los "bienes", por una parte, y de la "prestación", por otra parte, y de los derechos que tienen por objeto los unos y la otra.

Con ello se puede lograr atraer hacia dicha parte general los fenómenos, a veces complejos, que son estudiados, por aquí y por allá, en los contratos especiales, especialmente en los de acuñación más reciente. En dicha parte general debería hallar un lugar, por lo tanto, el estudio de los derechos patrimoniales con referencia no sólo a su *objeto*, sino también a su *contenido*, atendiendo a que en ocasiones -tal cual ocurre respecto de la propiedad de los bienes productivos- presenciamos una interrelación de poderes *lato sensu* "reales" y de vínculos *lato sensu* "obligatorios"; fenómeno que se produce, se entiende que con diversa medida, en algunos contratos especiales o en el suministro de servicios.

Pienso que, por encima de todo, una parte general puede encaminar hacia un estudio unitario una materia que se encuentra frecuentemente desmembrada en el tratamiento de los contratos especiales.

---

<sup>37</sup> Cf. MAJL, op. cit., en *Contenuto del codice civile Scialoja e Branca*, pág. 41 y nota (1).