

Apuntes sobre el contenido patrimonial de la obligación

Uno de los temas que desde hace tiempo atrae poderosamente la atención de la doctrina es el concerniente al carácter patrimonial de la obligación.

El problema consiste en determinar si puede considerarse como obligación, en sentido técnico, todo vínculo jurídico que impone al sujeto pasivo un deber de conducta (prestación), tenga o no contenido patrimonial, o por el contrario si sólo son obligaciones propiamente dichas aquellas cuyo contenido es de índole patrimonial, o sea, susceptible de apreciación pecuniaria.

Si bien es cierto que la cuestión involucra directamente a la obligación, el problema se centra realmente en su objeto (o contenido), de modo que lo que propiamente se discute es la prestación, es decir, aquella conducta a la que está constraído el deudor, debe tener (o no) carácter patrimonial.

La importancia que el tema merece no sólo se circunscribe al ámbito de lo teórico o académico sino que como puede anticiparse, alcanza relevos prácticos incuestionables. Si se niega que la prestación deba ser susceptible de apre-

ciación económica entonces habría que admitir como verdaderas obligaciones todas aquellas válidamente contraídas, sin importar, desde el punto de vista patrimonial, cuál es el contenido. Esto significa que a tal gama de obligaciones se serán aplicables todas las normas que contiene el Libro VI de nuestro Código Civil, incluyendo aquellas relativas a los efectos de las obligaciones a que se refieren los artículos 1218 y 1219.

Si, por el contrario, se concluye que la obligación para ser considerada como tal debe necesariamente revestir un contenido eco-

Hugo Forno Flores

Abogado, profesor de Derecho de Contratos (Parte General) en la Universidad de Lima y en la Universidad Católica.

nómico, debe entonces excluirse a todas aquellas que no lo tengan y al no poder ser propiamente consideradas como tales no les son aplicables las normas ya recordadas. Esto significaría en definitiva, que o bien se trataría de deberes jurídicos de distinta naturaleza (de derecho familiar o de derecho de personas) regulados en forma distinta por normas también diferentes, o bien que se trata de deberes no jurídicos, que por exceder el ámbito del derecho no son tutelados por éste, entrando en la esfera de las relaciones (deberes) morales, religiosos, etc.

La cuestión encuentra su origen, como ocurre con tantas otras en el Derecho Privado, en el Derecho Romano. Según el pasaje 40-7-9-2 del Digesto muy frecuentemente citado a este respecto por los autores, (1): "Ea enim in obligatione consistit, quae pecunia vel praestantur vel possunt", o sea que puede ser objeto de obligación todo aquello de lo cual podemos libertarnos con dinero. (2) La explicación de este principio patrimonialista está en que de acuerdo con las normas que gobernaban los procesos judiciales en Roma, especialmente las concernientes al Procedimiento Formulario, el objeto de la condena siempre era pecuniario, o sea que al demandado que perdía en el proceso sólo se le condenaba a pagar una indemnización en dinero. (3)

El tema ha venido madurando a través de los siglos y la necesidad del contenido patrimonial de la obligación, con el sustento en las fuentes romanas, ha encontrado en Savigny (y en otros juristas pertenecientes a la escuela histórica) entre los cuales se cita a Puchta y

Brinz) (4) a su más caracterizado defensor.

En las últimas décadas del siglo pasado Windscheid e Ihering, este último en una monografía clásica denominada "Del interés en los contratos y de la supuesta necesidad del valor patrimonial de las prestaciones obligatorias" que publicó en 1880, contestan vigorosamente la tesis clásica y niegan rotundamente la necesaria patrimonialidad de la prestación obligatoria.

Según relata Boffi, (5) Ihering expresa que el error se debe al descubrimiento de Goyo y especialmente a su referencia sobre la obligación del juez romano de pronunciar condenas de carácter pecuniario. Los juristas de la escuela histórica, agrega el autor alemán, poniendo a un lado reglas del derecho aplicables durante siglos, han utilizado estos descubrimientos, olvidando que se concedía acción por incumplimiento de sponsales, se declaraban obligatorias las convenciones que versaban sobre educación de los hijos en una religión determinada y se concedía acción por daños por las lesiones corporales.

Resulta sumamente ilustrativo e interesante conocer el enfoque que Ihering le da al problema y los ejemplos concretos de los que se sirve para fundar su crítica. "Veamos —expresa Ihering— a dónde conduce el dogma del valor pecuniario. Un mozo en un hotel estipula, en su contrato con su patrono, que quedará libre los domingos después de mediada la noche. ¿Es válida esta convención? (No! La libertad del domingo por la tarde no tiene ningún valor pecuniario para el

mozo del hotel, porque piensa dedicarse ese tiempo a divertirse. Esa libertad, lejos de procurarle dinero, por el contrato, le costará alguno. Un inquilino estipula para él y para sus hijos el goce del jardín de la casa. ¿Puede esta convención ser perseguida en justicia? (No! El juego y el paseo no tienen un valor pecuniario. Una señora enferma, a causa de su estado de salud, y por no tener ruido en su casa, ha dejado de arrendar las habitaciones vacantes; al fin se decide, después de largas vacilaciones, a darlas a un inquilino que le ha prometido tener mucho cuidado comprometiéndose especialmente a no hacer música. Poco después se descubre que el inquilino es un profesor de piano, que da durante el día lecciones en su casa, y que durante la noche estudia y se ejercita en el referido instrumento. ¿Debe respetarse el pacto? (No! La salud y el reposo durante la noche no tienen valor pecuniario).

El maestro alemán deduce con aguda ironía que "Según esto, el patrimonio es el único bien que el Derecho Civil está llamado a proteger. Los demás bienes son cosas sin valor, que no deben preocupar al juez; él sólo conoce los intereses del bolsillo: donde éstos no llegan, para él no llega el derecho". (6)

El debate adquirió mayor relevancia por el hecho de que por aquel entonces se venía elaborando el código civil alemán. A tal punto llegó la polémica que el código civil japonés de 1896 estableció en su artículo 399 que la prestación puede tener incluso carácter no patrimonial. (7) El Código Civil alemán que como se ha anotado venía madurando a través de la disputa, parece haber

Citas

(1) De Ruggiero, R., Instituciones de Derecho Civil, Editorial Reus, Madrid, 1977, T. II, Vol. I, pág. 17. De Diego, F., Instituciones de Derecho Civil Español, Madrid, 1959, T. II, pág. 15. Giorgi, J., Teoría de las Obligaciones en el Derecho Romano, Madrid, 1909, Vol. I, pág. 202, nota 2.

(2) Díez-Picazo, L., Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Editorial Tecnos, Madrid, 1979, Vol. I, pág. 347.

(3) Barassi, L., La Teoría Generale delle Obligazioni, Giuffrè Editore, Milano, 1963, Vol. I, pág. 149. Petit, E., Traité Elemental de Droit Romain, Editorial Nouriel, México D.F., 1963, pág. 618. Jóns, P. y Kunkel, W., Derecho Privado Romano, Editorial Labor S.A., Madrid,

1937, pág. 244.
(4) Altieri, A., Curso de Obligaciones, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, T. I, pág. 81.
(5) Boffi, L., Tratado de las Obligaciones, Astrea, Buenos Aires, 1979, T. I, pág. 92 y sigas.
(6) La cita es recogida textualmente de Boffi, L., Op. Cit., pág. 92 y siguientes.
(7) Giorgianni, M., La Obligación, Bosch, Barcelona, 1958, pág. 38. Altieri, A., Op. Cit., pág. 82.

admitido la tesis de Ihering y Windscheid puesto que no exige la patrimonialidad de la prestación; su párrafo 241 se limita a establecer que: "En virtud de la relación obligatoria el acreedor está autorizado a exigir del deudor una prestación. La prestación puede también consistir en una omisión". (8) Sin embargo, se explica con razón que no hay un repudio expreso a la tesis patrimonialista y que, en todo caso, el silencio del código germano debe obedecer seguramente al hecho de que Windscheid tomó parte de la comisión que lo elaboró.

El debate y la controversia, no obstante el transcurso de los años, no han llegado a su término y las posiciones contradictorias también en el plano legislativo continúan sucediéndose en la actualidad. Así, el artículo 1174 del código civil italiano de 1942, sobre el cual habremos de reflexionar más adelante, exige expresa y claramente que "La prestación que constituye objeto de la obligación debe ser susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés, aun cuando no sea patrimonial, del acreedor" (9). En cambio, el código civil portugués de 1966 (vigente a partir de junio de 1967) dispone en el segundo párrafo de su artículo 398 que la prestación no necesita tener valor pecuniario. (10).

Resulta útil recordar a estos alturas de la exposición, que el legislador peruano ha permanecido ajeno a la controversia y no ha dedicado a la cuestión ninguna disposición que signifique, con alcance general, una clara forma de posición al respecto.

Scialoja ha puesto de manifiesto que todo el problema se ha suscitado por no haber sabido distinguir el interés del acreedor en la prestación respecto de la patrimonialidad de la prestación misma. No parece existir duda de que debe exigirse siempre un interés por parte del acreedor en la prestación; tampoco puede dudarse que el interés del acreedor que está destinado a ser satisfecho mediante la prestación puede ser patrimonial pero también y sobre todo, que tal interés puede no ser pecuniario sino simplemente moral, de afección, de mero deleite, etc. (11).

Entonces, la doctrina opositora a la tesis patrimonialista, de la circunstancia de que el interés del acreedor puede también ser no pecuniario dedujo que la patrimonialidad no era ni siquiera requerida para la prestación. Vamos a ver como aun ahora en que se admite por todos la necesaria existencia del interés del acreedor, algunos sectores doctrinarios, todavía no pueden desembarazarse de esta peligrosa confusión.

Hoy existe unanimidad en la doctrina en cuanto a la existencia del interés del acreedor (en la prestación). Nuestro código civil, aun cuando no contiene un precepto de orden general semejante al que contiene el art. 398 del código portugués, ha reconocido también este principio innegable en una serie de disposiciones que toman en consideración el interés del acreedor de una manera absolutamente relevante. A título de ejemplo puede citarse los preceptos que contienen el segundo y el tercer párrafo del art. 1316 de nuestro código, los cuales hacen depender nada menos que la

subsistencia de la obligación de la pérdida del interés del acreedor en la prestación o el caso contemplado por el segundo párrafo del art. 1456 a propósito del contrato a favor de tercero según el cual el estipulante debe tener interés propio en la celebración del contrato (aun cuando debe advertirse que respecto a la naturaleza de este interés no es unánime la doctrina). Además, todas aquellas normas del código civil que conceden las diversas alternativas de las que el acreedor dispone en caso de incumplimiento han sido establecidas con el propósito de tutelar precisamente el interés de aquél (arts. 1135, incs. 1, 2, 3 y 4; 1150; 1151; 1158; etc.).

Ocurre que para la existencia de un derecho subjetivo es siempre requerida la presencia de un interés en el titular ya que la inexistencia del interés determina que falta la razón que motiva su reconocimiento jurídico. (12) Este interés que también el acreedor como titular de un derecho subjetivo debe tener, no precisa ser de índole económica sino que puede ser moral, religioso, de afección, etc., con tal de que sea digno de protección jurídica. (13)

Pero de esto no puede deducirse, decíamos, que el contenido de la obligación pueda no tener carácter económico. En esta afirmación, cuyo descubrimiento todos reconocen a Scialoja, no implica contradicción alguna pues resulta evidente que así como por medio de prestaciones (pecuniarias) puede obtenerse la satisfacción de intereses económicos, así mediante prestaciones (pecuniarias) puede obtenerse también la satisfacción de intereses extrape-

Citas

- (8) Código Civil Alemán (BGB), Bosch, 1955.
(9) Código Civil Italiano, Milanesio, F., Manual de Derecho Civil y Comercial, EIEA, Buenos Aires, 1979, I, 1.
(10) Código Civil Portugués, Edición revisada y actualizada por Varela, A. y Chiriac, B., Colección Editora, Lisboa, 1966.
(11) Betti, E., *Teoria Generale Delle*

- Obbligazioni*, Giuffrè Editore, Milano, 1953, Vol. I, pag. 34.
(12) Trabucchi, A., *Instituciones de Derecho Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, I, 1, pag. 10; Sordani Passarelli, J., *Doctrinas Generales del Derecho Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, pag. 65.
(13) Ruggiero, R., *Op. Cit.*, pag. 18; Betti, E., *Op. Cit.*, pag. 52.

timoniales. Cuando Ticio pretende incrementar su patrimonio mediante la adquisición de un bien valioso que con tal propósito compra, su interés es netamente patrimonial y lo satisface a través de una prestación pecuniaria. Al contrario, ejemplos de intereses extrapatrimoniales que pueden ser satisfechos mediante prestaciones (pecuniarias) son innumerables. Caya desea rendir culto a sus padres fallecidos, para lo cual contrata la construcción de un mausoleo. A Sempronio le interesa agasajar a un amigo a quien invita a su casa en donde tendrá lugar un banquete amenizado por una orquesta que al efecto ha contratado. Se trata de intereses extrapatrimoniales cuya satisfacción se busca a través de prestaciones (patrimoniales).

Ahora bien, la mayor parte de la doctrina, influida todavía por la **condemna** pecuniaria del derecho romano, encuentra la justificación de la necesidad del requisito del carácter patrimonial de la prestación, en las consecuencias que se derivan del incumplimiento de la obligación, consecuencias que se reducen, finalmente, a la indemnización por daños y perjuicios que se hace efectiva en el patrimonio del deudor. (14)

Consecuentemente, si la prestación no fuese susceptible de valoración económica, no sería factible la indemnización en dinero que la inejecución de la prestación origina.

En tal sentido, a la doctrina opositora simplemente le ha bastado rebatir esta supuesta justificación pretendiendo demostrar con ello la posible extrapatrimonialidad de

la prestación. (15) Sin embargo, Giorgianni se ha ocupado de explicar con mucha perspicacia que la necesidad del contenido patrimonial de la obligación (o sea de la prestación) existe, pero no puede buscarse en el funcionamiento del resarcimiento de daños en caso de incumplimiento.

El maestro de la Universidad de Bolonia ha enseñado (16) que la **pecuniariedad** del resarcimiento del daño y la **pecuniariedad** de la prestación no son conceptos implicantes, o sea, que del carácter necesariamente pecuniario del resarcimiento del daño no debe deducirse, necesariamente, el carácter pecuniario de la prestación, el cual debe buscarse en otras consideraciones.

En efecto, ante el incumplimiento de la obligación, la ley atribuye al acreedor la posibilidad de obtener a través del aparato judicial del Estado el bien mismo que el deudor ha debido procurarle, y a ello se le denomina ejecución en forma específica (o ejecución forzada); además, siempre tiene la posibilidad de exigir la indemnización por daños y perjuicios. Pero cuando la ejecución en forma específica no es posible, al acreedor sólo le resta la posibilidad de obtener el resarcimiento en dinero de los daños; a esto se le ha denominado ejecución por equivalente, lo cual puede hacer suponer erróneamente (17) que el acreedor tiene siempre en esta última hipótesis, el derecho a obtener el equivalente en dinero del valor de la prestación no ejecutada.

Debe ponerse de relieve ante todo que la indemnización sólo se debe si es que del incumplimiento

se han derivado daños y/o perjuicios y sólo en la magnitud que éstos hayan alcanzado. Es evidente que del incumplimiento pueden no derivarse en absoluto daños y perjuicios. (18) Es pues acertado el criterio de Santos Buz (19) cuando expresa que el elemento esencial que a diferencia de la culpa ha de concurrir en todo caso para que derive responsabilidad civil, es el de la existencia de un daño, ya que para que proceda el resarcimiento es ineludible la producción de un menoscabo en la esfera jurídica del perjudicado para lo cual no es suficiente el incumplimiento de un contrato ni tampoco la mera producción o comisión de un acto ilícito. Es decir, no puede hablarse de responsabilidad contractual ni extracontractual si no se ha causado un daño a alguien (esto sin perjuicio de la institución de la cláusula pena).

También es evidente que el valor de los daños y perjuicios puede ser inferior, igual o superior al valor de la prestación. (20) Debe pues observarse que aun cuando del incumplimiento de una obligación se deriven daños para el acreedor no existe necesariamente una relación directamente proporcional entre la magnitud de la indemnización y la de la prestación. No es correcto afirmar que sólo si la prestación tiene carácter patrimonial será posible resarcir patrimonialmente los daños que derivan de su inejecución. Como explica Giorgianni, el carácter pecuniario del resarcimiento del daño sólo puede significar que el daño producido por el incumplimiento debe ser económicamente medible pero de aquí no podemos saltar a la patrimonialidad de la prestación.

Citas

- (14) Ruggiero, R., Op. Cit., pág. 18.
(15) Mesiano, F., Manual de Derecho Civil y Comercial, EEA, Buenos Aires, 1979, t. IV, pág. 35.
(16) Rodière, R., Obligaciones y Contratos, Primera Parte, Lima, pág. 24.
(17) Batti, E., Op. Cit., pág. 52-53.
(18) Lombardi, J., Manual de Derecho Civil-Obligaciones, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1981, pág. 18.
(19) Ruiz Peña, F., Tratado de Derecho Civil Español, Editorial Revista de Derecho Privado, t. I, Vol. I, pág. 45.
(20) Bordo, S., Tratado de Derecho Civil-Obligaciones, Vol. I, Editorial Perrot, Bue-

- nos Aires, pág. 20.
(21) Scarsi, L., Op. cit., pág. 153.
(22) De Diego, F., Op. Cit., pág. 35.
(23) Batti, E., Op. cit., pág. 100.
(24) Sarmiento, R., Derecho Civil, Derecho de Obligaciones I, Universidad Complutense, Sección Publicaciones, Madrid, 1981, pág. 28.
(25) Abadado, M., Derecho Civil, t. I, Vol. I, Bosch, Barcelona, 1983, pág. 29.
(26) Lioy, J., Elementos de Derecho Civil, t. I, Vol. I, Bosch, Barcelona, 1977, pág. 34.
(27) Santos Buz, J., Derecho Civil, t. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973, pág. 30.
(28) Véase especial-

- mente Hernández Gil, A., Derecho de Obligaciones, Editorial CEURA, Madrid, 1973, pág. 110 y sigs.
(29) Giorgianni, M., La Obligación, Bosch, Barcelona, 1958.
(30) Luzzatto, R., Le Obligazioni nel Diritto Italiano, Giacomini-Editore, Torino, 1950, pág. 10.
(31) Morello, A., Indemnización del Daño Contractual, Editorial Perrot, La Plata, 1974, pág. 159.
(32) Santos Buz, J., La Responsabilidad Civil, Editorial Montecorvo, Madrid, 1981, pág. 123.
(33) Luzzatto, R., Op. Cit., pág. 11.

Es en efecto posible y muy frecuente que el incumplimiento de una obligación con contenido patrimonial origine daños patrimoniales pero se ha demostrado (21) que es también perfectamente posible que el incumplimiento de una obligación (con contenido patrimonial) se deriven daños no patrimoniales, observese los casos contemplados por los arts. 351, 1322 y 1984 de nuestro código civil.

Por otra parte, es también perfectamente factible que del incumplimiento de deberes (con contenido extrapatrimonial) se deriven daños patrimoniales (como podría ocurrir en el caso de la ruptura de esponsales) y no por ello podría afirmarse que se trata de deberes patrimoniales.

Es seguro que la naturaleza (patrimonial o extrapatrimonial) del daño que deriva de la inexecución de una prestación depende más del tipo de interés (patrimonial o extrapatrimonial) que el acreedor pretende satisfacer con ella (aún cuando esta afirmación no debe entenderse de modo absoluto). Así por ejemplo, si la orquesta que Ticio ha contratado para animar el banquete que ofrece no se presenta, es evidente que el daño que experimenta no es de índole patrimonial, como no lo es el interés que tenía en esa prestación.

Por eso Giorgianni explica que a falta de correspondencia entre patrimonialidad de la prestación y patrimonialidad del daño que su inexecución produce, no puede invocarse como fundamento del requisito de la patrimonialidad de la prestación la necesaria patrimonialidad del resarcimiento del daño.

El sustento de la necesaria patrimonialidad de la prestación debe encontrarse en la naturaleza del bien que los sujetos comprometen con el propósito de satisfacer sus intereses.

La ley tiene el propósito de regular la pacífica convivencia de los miembros de la sociedad cuando éstos pretenden satisfacer sus intereses. Sin embargo, la ley no puede medir con la misma vara y regular con igual alcance e intensidad bienes de naturaleza muy diversa. Entonces, cuando los miembros de la sociedad pretenden satisfacer sus intereses mediante el intercambio de bienes de naturaleza patrimonial, y atendiendo precisamente a que son de esta naturaleza, la ley permite que los sujetos mismos establezcan las normas a que habrán de sujetarse las relaciones correspondientes, disponiendo para ello sólo un marco de actuación que responde precisamente a ese propósito de lograr una pacífica y justa convivencia. Sin embargo, dentro de este marco de actuación, los sujetos tienen autonomía casi plena.

Esto no quiere decir (y en esto sí tenía razón Ihering) que el Derecho sólo tutela los bienes patrimoniales o que piense que sólo éstos pueden satisfacer los intereses del individuo, sino que tratándose de bienes de naturaleza extrapatrimonial existen algunos que el derecho considera merecedores de una mayor, más eficaz y más intensa tutela que aquellos que asigna a los bienes patrimoniales (derecho de personas, derecho de familia) y entonces los sustrae a la regulación de la iniciativa de los particulares. (21)

Es evidente que, por ejemplo, no podemos aplicar a las relaciones que derivan de los actos a que se refiere el art. 6 y siguientes del código civil, las normas que gobiernan los Obligaciones y es también evidente que el acto a que se refiere el art. 7 del C.C. no es un contrato aún cuando allí se le llame donación. Nadie puede dudar que tampoco los deberes que contienen los arts. 288, 289, 290, 454, sólo por citar algunos ejemplos, son propiamente obligaciones y que no puede aplicárseles las normas relativas a éstas. Incluso en algunas ocasiones la propia Ley sanciona en forma específica el incumplimiento de estos deberes, pero lo hace en forma distinta que en el caso de incumplimiento de obligaciones: un ejemplo de ello es la norma que contiene el segundo párrafo del art. 291 del C.C.

Finalmente, a otros bienes de naturaleza extrapatrimonial el Derecho no los considera dignos de tutela jurídica y por tanto asume frente a ellos una postura de total indiferencia. (22)

Si tenemos presente lo que hemos dicho hasta ahora podremos comprobar que pueden fácilmente resolverse los problemas que exponía Ihering descubriendo que los intereses que motivaron a los sujetos en los ejemplos propuestos por el autor alemán eran de naturaleza extrapatrimonial pero las prestaciones pactadas con el propósito de satisfacerlos tenían carácter pecuniario.

Ahora bien, ya hemos adelantado que el legislador peruano no consagró un precepto de alcance general ni para adoptar la tesis de la patrimonialidad de la prestación

Citas

- (21) Giorgianni, *Op. Cit.*, págs. 39-40.
(22) Giorgianni, *Op. Cit.*, pág. 40.

ni para rechazarla, tal como ha ocurrido recientemente con los códigos italiano (art. 1174) y portugués (art. 398).

Lo ideal hubiera sido que este requisito de la patrimonialidad de la prestación se hubiese recogido en una disposición de alcance general y se la hubiese ubicado conjuntamente con las normas que contiene el artículo 1403 (23) como primeros artículos del Libro VI del Código Civil, que establece las normas generales concernientes a las obligaciones.

Sin embargo algunas normas hay que nos permiten interpretar que nuestro código ha acogido la tesis positiva, o sea, aquella según la cual la prestación debe ser susceptible de apreciación pecuniaria.

Si concordamos las disposiciones contenidas en los artículos 1351 y 1402 podemos concluir que al menos en el ámbito contractual (y el contrato es la más importante y extensa de las fuentes de obligación) la obligación debe tener contenido económico. En las demás fuentes de las obligaciones no puede suscitarse la controversia y debe admitirse el contenido patrimonial de las obligaciones que de ellas emanan. El único caso que quizá pueda preocupar es el relativo a las obligaciones que emanan de las promesas al público o las que se refiere el art. 1959 del código civil. En este último caso debe optarse por la tesis del carácter patrimonial del contenido de la obligación no sólo por la fuerza de los argumentos expuestos sino por la propia tendencia del código.

Habiendo demostrado la patri-

monialidad de la prestación como requisito de la obligación, sólo se ha recorrido la mitad del camino. Debemos ahora estudiar un problema casi tan arduo como el relativo a la existencia misma del requisito de la patrimonialidad y es el que concierne al mecanismo o criterio que debe usarse para establecer cuándo la prestación es susceptible de valoración económica.

Por lo pronto debe descartarse la tesis de quienes piensan (24) que la prestación tiene carácter patrimonial si su incumplimiento provoca daños (patrimoniales) en el acreedor. Lo cual significaría, por interpretación a contrario, que cuando tal valoración del daño falta, la prestación no es patrimonial. El problema se presenta, en rigor, no en los casos ordinarios en los que nadie duda que se trata de prestaciones patrimoniales (como por ejemplo la que consiste en la entrega de una suma de dinero) sino en los casos excepcionales, extraordinarios, que podrían situarse en el límite entre lo patrimonial y lo no patrimonial.

La opinión que parece prevalecer en la doctrina es denominada subjetiva y según ella la patrimonialidad de la prestación puede resultar de la propia naturaleza intrínseca de ella, pero además, y sobre todo, cuando la prestación no tiene en sí misma este carácter, puede adquirirlo de reflejo cuando las partes han pactado una contraprestación de carácter patrimonial o cuando se ha estipulado una cláusula penal. (25) Esta opinión viene sustentada en el propio texto de la *Relazione al código civil italiano* cuyo No. 557 dice textualmente: "La posibilidad de valoración

económica no existe solamente si la prestación tiene un valor patrimonial intrínseco, sino también cuando la recibe de reflejo de la naturaleza de la contraprestación o de una valoración hecha por las partes, como en el caso en que se conviene una cláusula penal". (26)

Esta opinión dominante ha sido vigorosamente contestada por Giorgianni sustentándose principalmente en el texto del art. 1174 de su código que parece aludir la patrimonialidad de la prestación como un requisito intrínseco de ella, y por lo tanto, ajeno a toda apreciación subjetiva de las partes.

Sin embargo, como el carácter económico de un bien sólo puede existir en función del individuo es siempre necesario un juicio (humano) de valor para establecer la existencia o no de dicho carácter. Entonces, Giorgianni sostiene que para establecer si una prestación específica tiene carácter patrimonial debe observarse el ambiente jurídico-social en el que la obligación surge. La valorabilidad pecuniaria de una prestación viene a indicar —expresa Giorgianni— (27) que en un determinado ambiente jurídico-social, los sujetos están dispuestos a un sacrificio económico para gozar de los beneficios de aquella prestación, y que esto puede tener lugar sin ofender los principios de la moral y de los usos sociales.

Esta nueva tendencia, que poco a poco va ganando adeptos, (28) ha sido materia de algunas críticas recientes (29) que sin embargo han servido para darle mayor vitalidad. Se ha argumentado

Citas

- (23) La ubicación del artículo 1403 por el alcance general de las disposiciones que contiene es absolutamente inapropiada y revela un grave error de sistematización. Nadie puede poner en duda que esos requisitos son también de aplicación a las obligaciones que derivan de la voluntad unilateral o que se refiere la Sección Quinta del Libro VI del Código Civil.
- (24) Giorgi, Op. Cit., Vol. II, pág. 45E.
- (25) Giorgianni, F., *Diritto Privato*, CE-SAM, Padova, 1983, pág. 176.

- Trubucchi, A., Op. Cit., pág. 31.
- Suggere, R., Op. Cit., pág. 17.
- Dez-Picazo, L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1985, pág. 178.
- Lafaille, R., *Derecho Civil*, T. IV Obligaciones, Vol. I, EDIAR, Buenos Aires, 1947, pág. 34.
- (26) Cf. *Festval de Giorgianni*, M., Op. Cit., pág. 42.
- (27) Op. Cit., págs. 43-44. Conforme también Luzzatto, Op. Cit., pág. 204, nota 1.
- (28) Además de los autores citados en la nota 27, ver Illud, G., op. cit.,

- pág. 21.
- Epini, D., *Manual de Derecho Civil Español*, vol. II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, pág. 46.
- Connata, C., en *Trattato di Diritto Privato*, diritto da Piero Rescigno, vol. 9, *Obbligazioni e Contratti*, Tomo Primo, UTET, Torino, 1986, pág. 14.
- (29) Ver Micola, R., *I Detti di Credito*, Vol. I, UTET, Torino, 1971, pág. 43 y sigs. Ver también al mismo autor en *Commentario del Codice Civile*, Libro IV, Tomo Primo (Título II, *Della Obbligazione in Generale*, UTET, Torino, 1982, pág. 7 y sigs.

do que no es posible remitirse a la conciencia jurídico-social en una época determinada (*ex communi hominum sensu recipere aestimationem*) como criterio para hallar el carácter patrimonial de la prestación. Micio pretende que en un mismo ambiente jurídico-social puede estimarse por algunos que se trata de una prestación pecuniaria y otro sector puede opinar respecto de la misma prestación que no tiene tal carácter. En palabras del propio Micio, "Un partido de fútbol tomado en línea general es una actividad recreativa que no puede ciertamente considerarse objeto de valoración económica, pero si es colocado en un particular clima de pasión deportiva y si, sobre todo, se lo encuadra en una adecuada organización que haga posible disfrutar de él, deviene sin más en objeto de valoración económica, y las mismas prestaciones de los aficionados devienen adecuadas contraprestaciones. Ello no excluye, sin embargo, que también en este ambiente jurídico-social vivan y vegeten millones de hombres que no experimentan ningún interés por un partido de fútbol, y que no estarían dispuestos a gastar nada para asistir al partido, aun cuando lo consideren una actividad recreativa apreciable". (30)

Debe observarse que este autor incurre en un grueso error al confundir el interés del acreedor en la prestación, con la patrimonialidad de ésta (aún cuando el propio autor explica y admite el distingo en sus dos obras citadas en la nota 29). No se trata de establecer si todos los hombres en un determinado ambiente jurídico-social están interesados en un determinado bien y dispuestos (todos ellos)

a experimentar un sacrificio patrimonial para colmar ese interés.

Es evidente que en un ambiente jurídico-social los intereses de los individuos no son todos en todo homogéneos y puede haber muchos interesados en un partido de fútbol y otros tantos no interesados en tal evento (para utilizar el ejemplo propuesto por el autor italiano). Pero es evidente también, que todos los sujetos (o la inmensa mayoría, si se prefiere) que conforman nuestro ambiente jurídico-social, incluso los que no tienen en absoluto interés en un partido de fútbol, entienden y aceptan que un evento de tal naturaleza sea susceptible de valoración económica y que su disfrute se ofrezca (a quienes tienen interés) a cambio de una contraprestación también de naturaleza económica. A nadie, ni siquiera a quienes no tienen interés, puede repugnar que los aficionados paguen una conveniente prestación en dinero para disfrutar de un partido de fútbol o de un evento de semejante naturaleza.

Lo que no puede admitirse es la tesis subjetiva ya que resultaría que cualquier prestación, no importa su naturaleza, tendría valor económico toda vez que las partes convergen una retribución económica o una cláusula penal. Además de lo dicho, si éste fuera el criterio, sólo podría funcionar cuando la obligación de que se trate tenga por fuente el contrato pero no serviría si se tratara, por ejemplo, de obligaciones emanadas de la promesa unilateral.

Como explica Cannata,⁽³¹⁾ del tema que ahora analizamos se derivan dos cuestiones que aunque estén estrechamente vincula-

das son distintas y deben resolverse con criterio también diverso. El primer aspecto se refiere a la existencia misma de la patrimonialidad de la prestación y se resume en la pregunta ¿tiene valor? La segunda cuestión sólo debe abordarse cuando sea necesario y siempre después de haber contestado afirmativamente la primera cuestión. Este segundo problema se resume en la pregunta ¿Cuánto vale?

La primera pregunta concierne a la existencia misma de la obligación y debe encontrarse la respuesta de acuerdo con el criterio de la *ex communi hominum sensu* que nos ha enseñado Giorgianni.

La segunda pregunta se vincula con otros aspectos del vínculo que atienden a la función del mismo y, por lo tanto, a su eficacia, de manera que involucra institutos como el de la lesión, la excesiva onerosidad sobreviniente de la prestación, etc. Entonces para responder esta pregunta si debe usarse el criterio subjetivo que patrocinó Micio conjuntamente con la doctrina dominante.

A manera de breves conclusiones de cuanto se ha expuesto puede decirse que:

- a) La obligación tiene carácter patrimonial, el cual debe observarse en el ámbito de la prestación.
- b) La valorabilidad de la prestación depende del ambiente jurídico-social en el que nace la obligación.
- c) La magnitud del valor de la prestación depende de la apreciación subjetiva de las partes en cada relación obligatoria concreta.

Citas

- (30) Micio, R., En *Commentario*..., cit., pág. 9.
(31) Op. Cit., pág. 13.