

92



Universidad Nacional Autónoma de México

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL**

**OBLIGACIONES REALES
O PROPTER REM**

T E S I S

**QUE PARA OPTAR AL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA EL PASANTE**

RICARDO CASTRO BRAVO



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N D I C E

OBLIGACIONES REALES O PROPTER REM.

	Pág.
INTRODUCCION.....	I
C A P I T U L O I	
DIVERSAS ACEPTACIONES DE LA PALABRA OBLIGACION.	
1.- Génesis de las obligaciones.....	1
2.- Evolución de las obligaciones.....	5
3.- Elementos de la obligación.....	21
C A P I T U L O II	
CLASIFICACION DE LAS OBLIGACIONES.	
1.- Según sus fuentes.....	41
2.- Según su objeto.....	91
3.- Según el sujeto.....	107
C A P I T U L O III	
LAS OBLIGACIONES REALES O PROPTER REM.	
1.- Concepto de obligación real o propter rem.....	114
2.- Sus características.....	115
3.- Obligación real y carga real ¿sinónimos o acepciones diver- sas? Sus puntos de convergencia. Sus diferencias. Conclu- sión.....	116
C A P I T U L O IV	
OBLIGACIONES REALES O PROPTER REM CONTENIDAS EN OTROS ORDENAMIENTOS LEGALES DIVERSOS AL CODIGO CIVIL.	
1.- Obligación real "arrendataria" contenida en el artículo 15 - de la Ley de Nacionalización de Bienes, Reglamentaria de la fracción II del artículo 27 Constitucional.....	123
2.- Obligación real de "zona declarada reserva territorial" con- tenida en el artículo 40 de la Ley General de Asentamientos- Humanos.....	126
3.- ¿Es obligación real la disposición contenida en el artículo- 5 de la Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera?.....	127
CONCLUSIONES.....	
BIBLIOGRAFIA.....	

I N T R O D U C C I O N .

La Teoría General de las Obligaciones tiene una extremada importancia. La relación entre el acreedor y el deudor aparece como la relación jurídica más simple que pueda concebirse, y es con ocasión de esa relación que se exponen la mayor parte de los principios generales del derecho. Esto no implica que la teoría general de las obligaciones sea la más importante en el estudio del Derecho Civil, pero si una rama estructural, no sólo para el Derecho Civil, sino para todo el sistema jurídico. Al dominar todas las relaciones jurídicas que existen entre los hombres, es igualmente indispensable para el conocimiento del derecho comercial y, de un modo general, de todo el Derecho Privado. Es más, el Derecho Público se ha constituido usando procedimientos técnicos del Derecho Privado, se encuentra en las relaciones jurídicas previstas en el Derecho Administrativo, aplicaciones frecuentes de las reglas del Derecho Civil en materia de obligaciones, aun cuando consideraciones particulares de interés público impongan ciertas deformaciones de esas reglas.

La noción moderna de obligación se ha ido desprendiendo poco a poco en el curso de una evolución, por lo que resulta sumamente interesante y apasionante abordar este tema que es tratado en forma sencilla y escueta, exponiendo únicamente los lineamientos generales, pero a la vez dando las bases para un estudio más profundo. El Derecho de las Obligaciones, como todas las instituciones jurídicas, se encuentra orientado por la influencia de las ideas morales, de las circunstancias sociales, por el ambiente económico y por las tendencias políticas; la síntesis de dicha influencia es la llamada ratio legis y los denominados exposición de motivos, los cuales cobran mayor importancia en tratándose del Derecho Civil, por ser el derecho común, común al pueblo, a la gente, a las personas que de una u otra forma delinear la forma de ser de un pueblo. De tal suerte que toda disposición jurídica se encuentra determinada por los "motivos" que dieron lugar a su emisión, motivos que pueden ser de diversa índole y características.

Ninguna de las grandes codificaciones, ni aun las de Justiniano, ha logrado detener la evolución del Derecho. La afirmación según la cual el Derecho Romano ha establecido, de una vez para siempre, los principios del Derecho de las Obligaciones, no es totalmente falsa, pero tampoco es totalmente verdadera mas que para las reglas técnicas que

se refieren al mecanismo jurídico de la obligación; si el razonamiento lógico abstracto sobre el cual descansa esta construcción se ha conservado en parte, el espíritu del Derecho de las Obligaciones ha cambiado profundamente en el transcurso de la evolución del Derecho Romano, como en la Edad Media por la influencia de los glosadores, postglosadores, comentaristas y los canonistas, como contemporáneamente, por el legislador en las diversas codificaciones, al que impulsan las necesidades sociales y económicas, así como por los tribunales que es en donde se vive y se goza la práctica de esta parte del derecho tan importante y fascinante.

En el presente trabajo trataremos inicialmente las diversas acepciones de la palabra obligación, en donde abordaremos la génesis, evolución y estructura moderna del concepto de obligación. Posteriormente — trataremos brevemente la clasificación de las obligaciones, sin adentrarnos a una clasificación tan científica y profunda como la expuesta por tratadistas tan prestigiados como Castán Tobeñas, pues tal situación rebasaría los objetivos trazados en el presente trabajo. Asimismo, se definirá y se darán las características de las obligaciones reales, diferenciándola de otra figura e institución jurídica, que algunos han pretendido asimilar a la figura del que es título el presente trabajo, y que es la carga real. Finalmente se estudiarán algunas obligaciones reales que se encuentran contenidas en algunas leyes administrativas, como la Ley de Nacionalización de Bienes, Reglamentaria de la fracción II del artículo 27 Constitucional, la Ley General de Asentamientos Humanos y la Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera, en las cuales se intentará demostrar que aun y cuando dichas obligaciones reales se encuentren contenidas en ordenamientos jurídicos distintos al civil, no por ello pierden sus características y naturaleza jurídica de derecho común y ser obligaciones reales, propter rem, u ob rem o ambulatorias.

DIVERSAS ACEPTACIONES DE LA PALABRA OBLIGACION.

1.- GENESIS DE LAS OBLIGACIONES.

De acuerdo con el estado actual de los estudios históricos no es posible hacer afirmaciones seguras, que además puedan tener carácter de universalidad acerca del origen y evolución de la generalidad de las — instituciones jurídicas. Y más que en ninguna de ellas, en la parte relativa a las obligaciones, debido a la amplitud y la indeterminación de su concepto, lo cual presenta dificultades para trazar un esquema, aun aproximado de su proceso evolutivo.

Sin embargo, cabe apuntar que la evolución de la obligación está determinada por factores complejos y especialmente por las dos siguientes, señalados por Cimbali (1):

1º.- El respeto de la personalidad frente al Estado. Esta influencia es evidente ya que, la obligación civil, que implica una limitación en la libertad o propiedad de algunos individuos en beneficio de otros, presupone la afirmación y reconocimiento de la personalidad y de la propiedad individual.

2º.- Las necesidades y condiciones de la vida en los distintos — pueblos y períodos. Lo cual se explica teniendo en cuenta que, si el objeto del derecho de obligaciones es regular las relaciones patrimoniales de individuo a individuo, estas relaciones obedecen a las necesidades y condiciones especiales de cada época.

Es en las condiciones de hecho del hombre primitivo donde deben buscarse siempre la génesis de los sentimientos humanos y, por consiguiente, de las instituciones jurídicas, ya que, en su origen el derecho es vivencia social y además fuente del mismo, a saber: la costumbre. De tal suerte que para conocer el origen de la obligación debemos remontarnos a la etapa primitiva del género humano.

En un principio el hombre primitivo vivía en grupos sin organizar, inestables, sin jefes fijos, sin división del trabajo. En estas — condiciones, no estando organizada la sociedad, faltándole consistencia a los grupos existentes y no existiendo la institución doméstica, ni — aun en su forma más rudimentaria, por necesidad tenían que faltar las — relaciones íntimas entre los individuos. Las relaciones entre los parti

(1) CIMBALI, citado por Castán Tobeñas J., Derecho Civil, T. II p. 8

culares se limitaban a escasos cambios de servicios; dichas relaciones debían ser eminentemente transitorias, y, por tanto, tener un carácter eminentemente confuso. Es decir, en la etapa primitiva de la humanidad, las "relaciones obligatorias" entre individuo e individuo se reducían a algunos cambios de servicios y de algún objeto encontrado o manufacturado. Además, la inestabilidad del grupo y la falta de una verdadera organización del mismo, juntamente con la enemistad feroz para con los otros grupos, hacían que no pudiera existir otra relación de grupos a grupos.

Cuando el grupo humano primitivo comenzó a ser estable y cuando a pareció un cierto organismo de funciones, los cambios de servicios se hicieron más frecuentes, sin embargo, las relaciones obligatorias entre individuo a individuo tenían escaso desarrollo.

De tal manera que cuando tienen inicio las relaciones entre grupo y grupo, estas relaciones se reducen a obligaciones privadas que consisten a su vez, en algunos cambios de los objetos materiales que ambos grupos tienen en demasía, o sea, que en su origen las relaciones obligatorias en el terreno del Derecho Civil se reducen a la permuta. No es sino hasta que comenzó a reconocerse a la familia como cosa distinta del grupo social y se reconoció una cierta propiedad doméstica, cuando empieza a afirmarse las relaciones obligatorias de carácter privado.

Si yo he dado lo mío para obtener lo tuyo, exijo que me lo des; - he aquí la forma en que el sentimiento de propiedad se extiende a lo que puede aparecer como idéntico a la cosa propia, cuando ésta se transfiere. Si tú no me das lo que has prometido darme, es como si me hubieras robado la cosa mía; y si no mantienes tu promesa, nacerá en mí un rencor por no haber satisfecho dicha contraprestación; rencor que produce una reacción y que exige la intervención de la autoridad, pues de otra suerte no se verificarían semejantes relaciones entre particulares. La obligatoriedad nace de la necesidad de garantizar el cumplimiento de lo que se ha convenido válidamente, a fin de que no provoque la reacción individual; de la misma forma en que se garantiza el derecho de propiedad.

Paralelamente a estos hechos voluntarios que producen obligaciones, se originan otros hechos involuntarios. El delito produce un mal, y el que lo comete, además de la pena corporal que puede imponérsele, debe resarcir con su propio patrimonio las consecuencias que el delito haya producido, siempre que se trate de una sociedad en que se halle consagrada la propiedad privada. Es decir, debió nacer la obligación de resarcir

el daño causado por medio del delito. Estas obligaciones revestían ya verdadero carácter jurídico, pero se referían a la familia entera, a causa de la solidaridad de la misma. El que se obligaba, cuando la obligación no era nula, obligaba también a toda su familia, que se consideraba solidaria con él; aquel que transfería la propiedad, a menos que se tratase de bienes muebles no podía hacerlo sin que prestasen su consentimiento para ello todos aquellos que se consideraban propietarios -pro-indiviso de dicho bien, es decir los miembros de la familia; y aquel que hubiera sufrido una injuria la vengaba contra todos los miembros de la familia de su agresor, y de todos ellos reclamaba el resarcimiento de daños y perjuicios.

La división del trabajo ya no fue una función de la competencia-exclusiva del patriarca, sino que se introdujo una cierta libertad de movimientos, aunque regulada por el jefe, y la costumbre obligaba a los hijos a seguir exactamente el oficio de su padre. Con esto comenzaron a existir entre los individuos las formas más sencillas de contratación, referentes a la locación de obra y a la permuta.

En las sociedades que habían salido de la matriarquía, la mujer era considerada como un objeto de cambio, como una verdadera moneda, que hasta se entregaba para expiar los delitos cometidos.

Es opinión extendida la de que el concepto plenamente desenvuelto de la obligación, encierra fundidas dos nociones que primitivamente se vieron con independencia: de un lado, la del débito o deber de cumplir la prestación; de otro lado, la de responsabilidad o de sujeción al sufrimiento de un perjuicio, si no se quiere cumplir dicho débito. Los pandectistas alemanes -Brinz principalmente- designaron respectivamente tales elementos con las expresiones Schuld y Haftung.

En un principio, la primera noción débito no es propiamente jurídica; si lo es, en cambio, la ligadura con la que una persona -la misma encargada de cumplir el débito u otra- se sujeta corporalmente en los primeros tiempos y patrimonialmente después, al poder del acreedor en situación supeditada al cumplimiento del débito. Es a tal ligadura -vinculum- a la que los romanos llamaron obligatio. Esta era una garantía del deber. La separación, muy ostensible mientras la ejecución se actúa por una addictio o entrega de la persona del obligado al acreedor, se va borrando cuando la ejecución versa sobre el patrimonio, y aun más en los casos en que era posible una ejecución forzada directa. De esta-

forma se pasó a la idea de que el nacimiento del débito implicaba o llevaba en sí la responsabilidad que primitivamente derivó de un acto delictivo. De este modo surgió el concepto moderno de la obligación.

Históricamente, la aparición de las obligaciones se suele relacionar con las costumbres primitivas respecto a los delitos. La obligación primitiva sería la delictual, en la que no cabría la distinción entre Schuld y Haftung. Pero si se analiza bien, no es del delito en sí de donde surgiría la obligación, sino del acuerdo por el cual se evitaban los efectos de una descontrolada venganza privada de la víctima o de su grupo familiar o gentilicio, aunque dicho acuerdo se redujese a ofrecer y a ceptar la entrega del ofensor como satisfacción.

Por tanto se puede afirmar que generatriz de la primera obligación es, pues, un convenio. En opinión de Arias Ramos (2), se plantea nal la cuestión cuando se interroga si las más antiguas obligaciones son las obligaciones ex contracto o ex delicto. Del delito en sí nacía solamente la vindicta. Fue necesario pactar -continua afirmando dicho autor al menos en la mínima medida de la aceptación de la ofrecida entrega del ofensor, para que surgiese la obligación. Que sin tal convenio, del acto delictivo mismo, surgiese la obligación, supuso un progreso; y en este sentido, las obligaciones ex delicto son una formación conceptual posterior a las obligaciones nacidas de un convenio. Por lo tanto -afirma dicho autor -, lo que cabe discutir es si tal convenio determinante de la obligatio apareció primero en el campo de las consecuencias de un acto delictivo, o si por el contrario, surgió fuera y se extendió después al área de los delitos. La primera es la opinión general

Evidentemente, obligare y obligatio derivan de la idea de "atar" (ligare). En sentido jurídico dicho término aparece primeramente referido al acto de sujetar una cosa en garantía; así aparece por primera vez en las Comedias de Plauto en relación con la fiducia (3). Como término técnico aparece en el siglo I a. de C. referido primeramente al debitum personal convencional, y se extiende pronto a la obligación de pagar una deuda a causa de un delito. En contra, sin embargo, opina Castán Tobeñas (4) quien sostiene "que el delito fue en las sociedades primitivas la única fuente de obligación y responsabilidad".

(2) ARIAS RAMOS J., Derecho Romano, p. 274.

(3) Citado por D'ORS ALVARO, Derecho Privado Romano, p. 333.

(4) CASTÁN TOBEÑAS J., Derecho Civil, p. 10.

2.- EVOLUCION DE LAS OBLIGACIONES.

El desarrollo de las obligaciones es paralelo al desarrollo de la vida social, porque cuanto más extensas son las relaciones sociales, tan to más numerosas serán las causas de las obligaciones.

Normalmente cada persona ejercita sus derechos privados a través del medio pacífico de la convivencia social, recibiendo de los demás la colaboración necesaria, manifestada, según los casos, en forma activa de prestación, o al menos en la pasiva de respeto y abstención.

No obstante, las normas jurídicas se dirigen a entes dotados de libre albedrío, las cuales en ocasiones, se niegan a cumplirlas, lesionando con ello derechos de otras personas. Aun sin la intención de dañar los ataques al derecho ajeno pueden provenir también de que no siempre la pertenencia de un derecho o la línea límite entre dos facultades jurídicas en contacto son apreciadas en forma unánime. Es por ello la necesidad de un servicio de protección de los derechos subjetivos.

En cuanto a la evolución de las obligaciones, se pueden mencionar las siguientes etapas:

I.- VENGANZA (Vindicta). Históricamente, la aparición de las obligaciones se suele relacionar con las costumbres primitivas respecto a los delitos. Sin embargo, del delito en sí sólo nacía primitivamente la vindicta y, en algunos casos, además de la pena corporal, el agresor tenía que sufrir, en todo o en parte la confiscación de los bienes que poseía. La venganza es la reacción natural que el ofendido, su familia o el grupo social al que pertenecía, ejecuta en contra del agresor; es llamada *ratio essendi*. Este hecho de lucha personal se transformó en derecho. En este período la función represiva estaba en manos de los particulares. Mas como en ocasiones la vindicta estaba en manos del ofendido, de su familia o del grupo social al que pertenecía, solía inferir un daño mayor que el recibido, se adoptaron ciertos límites de justicia, apareciendo de esta forma la fórmula del talión. ojo per ojo y diente por diente, para significar que el grupo sólo reconocía al ofendido el derecho de causar, un mal de igual intensidad al sufrido. Este sistema talional supone la existencia de un poder moderador y, en consecuencia, implica ya un desarrollo social considerable.

A esta etapa suele llamársele también, según Castellanos Tena (5)

(5) CASTELLANOS TENA F., Lineamientos..., p. 32.

venganza de la sangre o época bárbara, porque sin duda se originó por el homicidio y las lesiones, delitos por su naturaleza denominados de sangre. Entre los germanos, esta venganza recibió el nombre de blutrache, - generalizándose posteriormente a toda clase de delitos (6).

Es pues, la forma más rudimentaria de protección jurídica la auto defensa o autoayuda, es decir, la ejercitada por el que es - o al menos - se cree- titular del derecho discutido, valiéndose de su propia fuerza física, sola o aumentada por la de los individuos integrantes de su grupo familiar. Históricamente es la modalidad más antigua de defensa de los derechos.

Asimismo, la fase más remota del antiguo ius civile del Derecho Romano, todavía ofrece evidentes vestigios del período de la autodefensa. Además la formulación legislativa de la prohibición de utilizar la propia fuerza para la defensa de los derechos privados, así como la fijación de sanciones para los infractores de la prohibición, se hace ya bastante avanzada la historia del Derecho Romano. Sobre el particular Arias Ramos (7) nos comenta: "...en los comienzos del Principado, una lex Julia de vi castigaba con la privación de su derecho de crédito, al acreedor que directamente ejercita actos de fuerza sobre la persona del deudor para compelerle al pago. Una disposición de Marco Aurelio (decretum divi Marci) comprendió bajo el concepto de vis, con todas sus consecuencias, no sólo los actos coercitivos directos sobre la persona, sino los de apropiación de cosas del deudor llevados a cabo por el acreedor sin intervención del magistrado. La jurisprudencia fue ampliando el concepto de vis privata, incluyendo otros actos del acreedor, como los de impedimento del sepelio del deudor para coaccionar a los herederos. Disposiciones de Diocleciano y Maximiano y de Valentimiano, Teodosio y Arcadio aplican análogo principio en materia de derechos reales. Los primeros consideraban como rapina el apoderamiento por el acreedor de la cosa pignorada, y éstos cominaron con la pérdida de su derecho de propiedad a aquel que violentamente arrebatava el objeto a quien le tiene..."

Ahora bien, esto no significa que el Derecho Romano haya eliminado totalmente el empleo de la fuerza física para tutelar los derechos, - como no lo ha eliminado tampoco en absoluto ningún ordenamiento jurídico moderno, pues inclusive el Derecho Canónico se ocupó de la autodefensa -

(6) *Ibidem*.

(7) ARIAS RAMOS J., Derecho Romano, pp. 128-129.

al establecer: "Via vi repellere omnes leges et omnia jura permittunt", - es decir, todas las leyes y todos los derechos permiten repeler la fuerza con la fuerza (8).

Inclusive el Profesor García Maynez llegó a afirmar que: "...el derecho tolera y en ocasiones incluso prescribe el empleo de la fuerza, como medio para conseguir la observación de sus preceptos. Cuando éstos no son espontáneamente acatados, exige de determinadas autoridades que obtengan coactivamente el cumplimiento. La posibilidad de recurrir a la violencia, con el fin de lograr la imposición de un deber jurídico, se halla, por tanto, normativamente reconocida..." (9)

En el progreso de civilización de los antiguos pueblos, la teocracia marca una fase importante. Con el tiempo el derecho de venganza va perdiendo su nota personal y llega a adquirir un carácter divino; se tiene por una atribución de los sacerdotes que administran la justicia en nombre de la deidad. La venganza privada se sustituye por la venganza divina, que entraña una idea de castigo, de pena, pero con un carácter religioso, expiatorio y ético a la vez.

En esta etapa se estima al delito una de las causas del descontento de los dioses; es por ello que los jueces y tribunales juzgan en nombre de la divinidad ofendida, pronunciando sus sentencias e imponiendo - las penas para satisfacer su ira.

En esta etapa la justicia es manejada generalmente por la clase sacerdotal. Este período aparece en muchos pueblos, pero lógicamente con mayor claridad y énfasis en aquellos pueblos eminentemente religiosos, como el hebreo.

A medida que los pueblos van adquiriendo la idea del Estado, principia a hacerse la distinción entre delitos privados y públicos, según el hecho lesione directamente intereses de los particulares o el orden público. En este momento nos encontramos ante la etapa denominada "venganza pública" o "concepción política", pues la idea del delito reviste otro aspecto, pues no es ya una ofensa al individuo, sino a la sociedad.

Organizados los Estados y concibiéndose el delito como lesión de los intereses sociales, cuya custodia compete al Estado, y por esto mismo a él (8) Recordemos la legítima defensa consagrada en el artículo 15, fr. III, primer párrafo del Código Penal para el D. F., así como el derecho de una persona de cortar las ramas o raíces que se extiendan sobre su predio, que sean propiedad del colindante, establecido en el artículo 848 del Código Civil para el D. F.

(9) GARCÍA MAYNEZ E., Introducción..., pp. 21-22.

corresponde exclusivamente el derecho de imponer la pena.

Las distintas etapas sucesivas que se han comentado en el presente apartado, no se suceden en forma marcada, es decir, al aparecer la subsiguiente etapa no desaparece totalmente la anterior, pues ambas subsisten ya que, como se ha afirmado, aun en los ordenamientos jurídicos modernos existen situaciones de hecho tuteladas por el derecho.

II.- COMPOSICION. En el derecho visigótico los delitos que sólo resentía una persona, solamente a ella correspondía solicitar su castigo o castigarlos ella misma, por la venganza privada, o bien, concertando con el ofensor el pago de una composición; es decir, en el pueblo visigótico los delitos únicamente eran perseguidos y castigados a solicitud del ofendido, sin embargo "...era requisito que el ofensor hubiera sido declarado culpable y muerto civilmente, para que su persona y bienes que daban a merced del ofendido, sin que el delincuente gozará en este caso del derecho de asilo" (10).

Por otra parte, era al jefe de familia o al primogénito a quien correspondía el derecho de acusar en caso de que algún miembro de su familia hubiese sido víctima de un delito de sangre.

Así también, los germanos llamaban wergeld a la cantidad que el ofensor debía de pagar al ofendido de un delito o a su familia, en calidad de compensación. A dicha compensación en España se le denominó composición (11).

Por medio del sistema de las composiciones, el ofensor podía comprar al ofendido o a su familia el derecho de venganza.

Una vez superada la fase primitiva, en la que obligatio es sencillamente situación de cautividad servil a título de pena, surge el uso de las composiciones, primero voluntarias y después legales, en las que hay un obligatus, obnoxius, sujeto en garantía de la composición (débito) convenida (12). Un ejemplo claro de composición legal lo encontramos en el Fuero Juzgo Libro VI, Título I, párrafo segundo (13).

(10) ESQUIVEL OBERGON T., Apuntes..., T. I, pp. 72-73.

(11) Ibidem, p. 93.

(12) ARIAS RAMOS J., Derecho Romano, p. 274.

(13) Per IBARRA Impresor de Cámara de S. M., Fuero Juzgo en latín y castellano, cotejado con las más antiguas y preciosas ediciones por la Real Academia Española, p.

III.- EL NEXUM. En la primitiva Roma la moneda era, lo mismo que en la época patriarcal, la vaca y el carnero; la palabra pecunia proviene de pecus, lo que indica claramente que la primer moneda fue el ganado. Cuando los primitivos romanos comenzaron a saber trabajar los metales, - para fijar los valores emplearon el cobre como moneda típica, pero en un principio no estaba acuñada sino que se empleaba en barras, lo cual es - una evidencia indudable, con solo tener en cuenta que la forma más antigua de transmitir la propiedad era precisamente la forma per aes et libram, la cual duró por mucho tiempo como símbolo la presencia del libri-pens, que era el que tenía los pesos y la balanza, lo que demuestra que en la época primitiva la moneda no se contaba, sino se pesaba.

Por tanto, para los romanos la forma de contratación más elemental de que se tiene noticia fue la permuta; después se introdujo la venta pesando el dinero, y, por último, cuando se acuñó la moneda y tuvo un valor numerario, el peso de la misma quedó como un símbolo.

En el mismo sentido se pronuncia Floris Margadant (14) al referir se al negocio per aes et libram, al afirmar que, "parece que, en la fase arcaica del derecho, todo negocio jurídico se celebraba en Roma per aes et libram. Ante una balanza (libra) y en presencia de cinco testigos se pronunciaban fórmulas prescritas por la tradición, tras de lo cual se tocaba la balanza con un pedazo de bronce (aes)..."

El mismo tratadista (15), sostiene que el negocio per aes et libram podía tomar las siguientes modalidades:

1.- Una mancipatio, si se trataba de una transmisión de la propiedad.

2.- Un préstamo, si las frases utilizadas indicaban que un miembro de la familia de uno de los contratantes quedaba como "rehén" en poder de la familia del otro contratante, hasta la liquidación total de una deuda. En este caso se hablaba de nexum, nudo.

3.- Acto celebrado para que una mujer pasara de la domus de su padre a la de su marido (conventio in manum en forma de una coemptio).

4.- Disposiciones de última voluntad (el testamento mancipatorio)

5.- Además, gracias a la interpretatio hecha por los sacerdotes, - el negocio per aes et libram podía servir para formalizar contratos de compra, depósito, comodato, etc. (antes de que estos contratos fueran reconocidos como contratos reales), de manera que podemos considerar con-

(14) FLORIS MARGADANT S. C., Derecho Romano, p. 383.

(15) Ibidem, pp. 383-384.

tinua afirmando el autor que se comenta- el negocio per aes et libram como un germen del cual surgió casi todo el sistema de los negocios jurídicos romanos.

Es decir, que en su origen para que la obligación adquiriera carácter jurídico, fue necesario que se afirmara materialmente y en la forma solemne, esto es comprometiendo la propia persona. Tal compromiso proviene de la imposibilidad de dar un equivalente de lo que se ha recibido; es decir, que el deudor, no teniendo nada que dar de presente, da como en prenda su propia persona, la cual se hace propiedad absoluta del acreedor cuando el deudor no cumple lo convenido.

Este vínculo personal, que se contraía a falta del vínculo de los bienes, demuestra, no solo que en el derecho antiguo toda obligación real era al mismo tiempo personal, y que el no cumplimiento de la misma llevaba aparejada una pena corporal, sino también que en derecho arcaico de Roma se advierte la existencia de dos clases sociales: la de los vencedores (patricios) y de los vencidos (plebeyos). Lo que motivó que éstos últimos se vieran obligados a luchar por el reconocimiento de la propia personalidad y por la publicidad y la clara inteligencia de las leyes, así también debieron verse obligados a luchar porque el derecho, que ya era casi igual para todos, determinase los casos y la manera como el deudor podía ser obligado al pago, y los derechos que debían de corresponder al acreedor. Sobre el particular, las Leyes de las Doce Tablas fueron una marcada victoria de la plebe; pero un acucioso examen a las disposiciones que contiene dicho ordenamiento, nos demuestra lo rígido que era la ley sobre las deudas, la condición tan miserable del deudor. El medio de llamar a juicio es completamente primitivo e indica la violencia que se ejercía para exigir la pretensión conforme a derecho.

Es decir, que en virtud de la garantía del cumplimiento de la prestación, un miembro de la familia del deudor quedaba obligatus, o sea "atado" en la domus del acreedor como una especie de rehén, el cual pesaba, en presencia de cinco testigos y de un portabalanza, el bronce que servía de dinero, entregaba el valor convenido al deudor y se llevaba al rehén. Es a este negocio al que se le denominaba nexum, y era, por tanto, un préstamo per aes et libram. Si el deudor no pagaba puntualmente, entonces seguía la manus iniectio, descrita en las Doce Tablas. El acreedor se llevaba entonces al deudor a una cárcel privada, donde lo retenía durante sesenta días, exhibiéndolo tres ocasiones en el mercado, -

con el objeto de ver si alguien deseaba liberarlo pagando la cantidad de vida. Después de transcurridos los sesenta días, el acreedor podía vender al deudor como esclavo, fuera de Roma al otro lado del Tiber (trans-tiberina) o bien tenía el derecho de matarlo (16). Pero contra esta severidad debió reaccionarse necesariamente cuando progresó el derecho y cuando aumentó la conciencia de la personalidad individual.

Pero este carácter de las obligaciones, que se armonizan muy bien con las sociedades incipientes, es decir, que es muy propio de las épocas de violencia, se hace cada vez más incompatible con las exigencias sociales, a medida que se logra la igualdad de derechos, a medida que se desarrolla la inteligencia y a medida que se complican las relaciones sociales, lo cual provocó que se emitieran leyes protectoras a los deudores, y es así como termina esta etapa y se da comienzo a otra.

IV.- LEX POETELIA PAPIRIA. Esta ley fue expedida en el año de 326 a. de C., debido a la bárbara opresión de un acreedor con respecto a su deudor, y según Tito Livio, representa una nueva era de libertad para la plebe, un triunfo de los pobres sobre los ricos, ya que mediante la ley a comento, se prohibió que los deudores pudieran darse ellos mismos en esclavitud al acreedor, ni darse en prenda por aes et libram y, por lo tanto, se suprimió el encarcelamiento privado por deudas civiles. Desde entonces, generalmente el deudor de un préstamo respondía y responde con su patrimonio, pero ya no con su libertad o su vida, principio consagrado por nuestra Constitución General de la República (17).

Por otra parte, una fuente sumamente importante de contraer obligaciones, ha sido y es hasta nuestros días, el contrato, por lo que es digno de fijar los lineamientos generales de su evolución, sobre todo en el Derecho Romano.

Todo derecho se produce por un hecho; por lo tanto, no hay obligación que no traiga su origen de un hecho.

De acuerdo con Ortolan (18), los hechos que la pura razón filosófica nos presenta como posibles fuentes de las obligaciones, son las cuatro siguientes:

a) El mutuo consentimiento de las partes.

b) Los hechos por consecuencia de los cuales una persona puede haber causado a otra algún perjuicio por su culpa; supuesto que está sabido

(16) ORTOLAN M., Historia de la Legislación Romana, pp. 68-69.

(17) Art. 17 en su primera parte.

(18) ORTOLAN M., Explicación..., p. 115.

dinado a la máxima de la razón natural, de que es necesario reparar el mal que se ha causado sin razón.

c) Los hechos por consecuencia de los cuales pueda una persona hallarse, ya voluntaria ya involuntariamente, utilizada con los bienes de otro; supuesto éste que se determina por aquella verdad moral de que nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro, y

d) Ciertas relaciones entre las personas, en la constitución de la familia o de la sociedad.

Pero el derecho civil de los romanos no se extendió simultáneamente a tanto, sino que estos casos se fueron extendiendo gradualmente por el edicto del pretor, por la jurisprudencia, por las constituciones imperiales, y bajo la intervención, cada vez mayor de las ideas del derecho de gentes (*ius gentium*).

Por lo que respecta a las obligaciones que tienen su origen en el mutuo consentimiento de las partes, que se designan en forma genérica — convención o pacto (*conventio, pactum, conventum*), que implica el concurso de por lo menos dos voluntades para crear un derecho cualquiera, modificarlo o anularlo; pero el título de contrato (*contractus*) que designa particularmente el convenio en cuanto produce obligación, está reservado a aquellos convenios reconocidos como obligatorios y provistos de una acción por el antiguo derecho civil de los romanos.

En cuanto a la evolución de los contratos en el Derecho Romano, parece haber seguido la siguiente secuencia:

Como se ha afirmado, originalmente para la formación de las obligaciones se supone que el metal se pesaba y se daba por el acreedor a quien admitía por deudor; o bien, cuando una cosa se enajena, ya realmente ya de un modo ficticio, *ex jure quiritum*, las palabras solemnes pronunciadas entre las partes forman la ley de esta dación, y el vínculo, *vinculum iuris*, se forma de esta manera.

Es decir, que la forma más antigua de obligarse es el *numus*, préstamo de dinero de carácter formalista y ritual, celebrado con palabras solemnes, *per aes et libram*, ante cinco testigos y un *libripens*. Con la creación de la moneda acuñada, el verdadero préstamo queda ya al margen de dicho acto formal; pero el rito tenía que observarse, costosamente con la entrega del dinero, si se deseaba darle validez civil al contrato (19).

El nexum es el término antiguo y genérico que expresaba toda operación realizada mediante la vara de metal y del peso, el libripens, los cinco ciudadanos testigos, las acciones y palabras consagradas por la tradición. Esta solemnidad es vestigio y reminiscencia de los antiguos tiempos, en los que no conociéndose la moneda, se pesaba el metal, se conservaba como símbolo, y se usaba para la creación, transmisión y extinción de diversas especies de derechos.

Esta era la forma quirital y primitiva de obligarse para los romanos: el binomio indisoluble de una pantomima simbólica y de palabras sacramentales. Posteriormente la simple tradición de la cosa bastaba para crear la obligación civil, y de esta forma fueron reconocidos los contratos que los romanos denominaron como reales o re.

Los contratos reales se llamaron así porque para celebrarse era necesario que una parte diese alguna cosa a la contraparte, con la obligación de restituirla. Por lo tanto, el tipo de estos contratos fue el mutuo o préstamo (mutuum), modelo sobre el cual se formaron después los demás contratos reales, como el comodato, el depósito (depositum) y la prenda (pignus), los cuales integraban los llamados contratos reales nominados.

Luego que del mutuo se derivaron los otros contratos, los cuales se reducían siempre a la dación de una cosa material, se comienzan a concebir otros contratos, en los cuales la palabra res se empleaba en su más amplia significación de una prestación cualquiera, consistente en dar o hacer alguna cosa, con la obligación de la otra parte de dar o hacer otra cosa en cambio. Estos contratos no producían en su origen ninguna acción, porque no estaban comprendidos en la ley civil, razón por la cual se les denominó contratos reales innominados; pero la equidad del pretor concedió una actio de dolo contra aquella persona que, habiendo recibido alguna cosa comprometiéndose a restituirla, o a dar o hacer alguna otra cosa, se hubiese después negado a ello. Posteriormente se admitió una condictio causa data causa non secuta (20), que es la acción concedida toda vez que se ha entregado una prestación sin que haya seguido una contraprestación, o sea, una acción personal (condictio), basada en el hecho de que una prestación ha sido entregada (causa data), sin que la contraprestación haya seguido a esta prestación (causa non secuta)(21).

(20) Se trata de la llamada teoría de la causa en sentido objetivo: nadie se obliga sin la perspectiva de una contraprestación.

(21) D. 12.4.

Todavía después el jurisconsulto Celso, hizo que se admitiera como causa civil suficiente de contrato, el hecho de haber recibido alguna cosa con la obligación de hacer alguna prestación correlativa; por lo cual se admitió una *actio praescriptis verbis* para poder obligar a que cumpliera su compromiso la persona que lo hubiera adquirido. Dicha acción la intentaba el actor no para recuperar lo entregado, sino para que el demandado cumpliera con su contraprestación.

En tiempos del emperador Justiniano ya no había diferencia en cuanto a la eficacia jurídica entre contratos nominados e innominados; y estos últimos se clasificaron en cuatro categorías, a saber: *do ut facias*, *do ut des*, *facio ut des*, *facio ut facias* (22). De acuerdo con la opinión de Sohm "esta clasificación no es de origen clásico, sino que nace de la tendencia peculiar de los juristas bizantinos a reducirlo todo a esquemas. La acción judicial para reclamar la contraprestación fundada en la prestación que le precede -llámase *actio praescriptis verbis* o *actio in factum civilis*" (23). Finalmente, para poder obtener la contraprestación en estos contratos reales innominados, es necesario valerse del procedimiento *praescriptis verbis agere* (24), ya que dichos contratos no encuadran en ninguna de las categorías existentes, es decir son atípicos. Y lo mismo acontece -continúa sosteniendo dicho tratadista- en todos los demás casos en que las categorías cerradas del Derecho no sean lo bastante amplias para recoger el caudal imagoable de la vida jurídica (25).

Sin embargo, la marcha del Derecho Civil Romano, en las formas civiles de los contratos, pretendía simplificar la solemnidad *per aes et libram*; es decir, a tener por realizado el acto sacramental del peso, la barra de metal por pesada y dada, y en abandonar de esta forma la pantomima natural de los primitivos tiempos.

De esta tendencia nació la segunda forma quiritaria de obligarse, que consistía en las palabras sacramentales, sin la solemnidad *per aes et libram*, que se dió por verificada; se redujo a una interrogación solemne (*stipulatio*) entre las partes, seguida de una respuesta conforme y congruente (*responsio*, promissio). Los términos quiritarios y consagrados para esta interrogación y para esta respuesta fueron: *Spondes? Spon-*

(22) D. 19.5.5.

(23) SOHM RODOLFO, *Instituciones...*, p. 223.

(24) *Ibidem*, p. 224.

(25) *Idem*.

deo, de donde se ha denominado a esta formalidad el nombre de sponsio, - razón por la cual a estos contratos se les designó con el nombre de contratos verbis, a diferencia de los reales.

El contrato verbal romano consistía en la estipulación o promesa-estipulada. La estipulación se celebraba verbis, o sea bajo determinada forma verbal por medio de una pregunta y una respuesta. El acreedor interrogaba al deudor ¿Spondes?, y el deudor contestaba "Spondeo". Esta forma de sponsio se consideraba específicamente romana -iuris civilis- y, por tanto, sólo podía usarse entre ciudadanos romanos. Pero podían emplearse, en lugar de la palabra spondes, otros términos, inclusive más tarde desaparece el carácter de fórmula y hasta el griego es admitido, - siendo estas otras formas ius gentium, y, por tanto, válidas también entre peregrinos.

En el Derecho Justiniano se consideraron ya indiferentes las palabras utilizadas. Lo único que se requería era que el acuerdo de voluntades adoptase forma verbal, mediante una pregunta del acreedor y una respuesta congruente del deudor, pues esta forma es la que decidía la validez del contrato y la revestía de acción (26).

La cualidad inherente de la estipulación le permitía servir a una doble finalidad: creación de deudas nuevas y transformación de las existentes.

El contrato verbis fue una de las formas de obligarse muy general, ya que podía aplicarse a toda especie de obligaciones que se contrayeran.

La tercera forma quiritaria de obligarse, segunda derivación del antiguo nexum, la cual solamente era aplicable a las obligaciones de pagar una cantidad de dinero, consistió en considerar el rito per aes et libram como concluido; por consiguiente, la cantidad, objeto de la obligación, como pesada y dada por una parte, y, como recibida por la otra. Dicha operación se inscribía como tal en la fórmula consagrada, y en el registro doméstico (tabulae o codex accepti et expensi), de donde se deriva el nombre de este contrato como expensilatio (suposición de la cantidad pesada y dada). Es decir, la cantidad que hace el objeto de dicho contrato, los de pecunia expensa lata (cantidad que se supone pesada y dada) relativamente al acreedor; pecunia accepta relata (cantidad que se supone recibida) relativamente al deudor (27).

(26) SOHN ROBLFO, Instituciones..., p. 225.

(27) ORTOLAN M., Explicación..., p. 117.

De acuerdo con Ortolan (28), de esta forma de obligarse viene, en Derecho Romano, el término general de *nomen*, para designar un crédito, - ya que el crédito se inscribía en el registro doméstico bajo el nombre - del deudor. La que estaba formada de esta manera se llamó *nomen transcriptitium*, porque inscrita primero en un borrador corriente (*adversaria*), se ponía en limpio cada mes en el registro. Este es el contrato - que los romanos denominaron estar formado *litteris*.

Lo mismo que la estipulación, el contrato *litteris* fue en un principio exclusivamente propio de los ciudadanos romanos, pero con el tiempo se extendió a los peregrinos, sólo que bajo una forma diferente, en los *sygraphae* y en los *chirographae*. Posteriormente el empleo del *codex* o registro doméstico, y con él el verdadero contrato *litteris* de los romanos, cae en desuso. Lo mismo sucedió a los *sygraphae* del *ius gentium*, mientras que el *chirographum* sobrevivió más tiempo, el cual llegó hasta la época de Justiniano sensiblemente modificado, y eso reducido al valor de cautio o escrito simplemente probatorio (29).

Asimismo, debe de mencionarse que los *paterfamilias* que tenían - vastas administraciones y numerosos clientes, tenían un libro con la data (*receptum*) y con el cargo (*expensum*), en el cual anotaban los ingresos y los gastos. Con relación a sus dependientes, dicha anotación inscrita hacía fe plena; pero en relación con terceras personas, la *expensio* tenía que comprobarse. El contrato consistía en la inscripción material de la partida en el registro correspondiente; pero si la otra parte negaba, era necesario que el actor probase mediante testigos que había existido consentimiento. Posteriormente, todas las demás obligaciones comenzaron a consignarse por escrito. El deudor solía entregar al acreedor un documento (*chirographum*) en reconocimiento de la deuda, y fue por conducto de este medio por el que comenzaron a extenderse los contratos literales (30).

Según la opinión de D'aguanno, las tres clases de contratos hasta aquí enunciados tuvieron un origen antiguo: el momento de la desaparición del *nexum* (31).

Finalmente, el *ius civile* admitió ciertos contratos capaces de - ser integrados por el simple consentimiento, sin el formalismo per *aes et libram*, interrogación solemne, ni inscripción en los registros domés-

(28) *Ibidem*, pp. 117-118.

(29) *Ibidem*, p. 118.

(30) D'AGUANNO J. *Génesis...*, p. 375.

(31) *Ibidem*, pp. 375-376.

ticos, y que fueron únicamente cuatro contratos: la compraventa (*emptio venditio*), el arrendamiento (*locatio conductio*), la sociedad (*societas*) y el mandato (*mandatum*). Un quinto contrato consensual sería la *emphiteusis*, pero éste no debe incluirse, según opinión de Ortolan, porque no había sido considerado en la jurisprudencia romana, sino como una venta por unos y como un arrendamiento por otros (32). Estos son los contratos que los romanos llamaron *formados consensu contrahitur*, según las fuentes.

Por lo tanto, de la secuencia progresiva del Derecho Romano en materia de contratos, ya comentadas en líneas anteriores, se concluye que proceden cuatro especies de éstos, según que se formen *re, verbis, litteris* o *consensu*.

Todos los demás convenios, es decir, todos aquellos que no encajan en ninguna de las cuatro categorías de contratos ya comentados recibieron, por parte de los juristas, el nombre de "pactos" o *nuda pacta*, y que generalmente carecen de acción dentro del *ius civile*. Sólo a algunos de estos pactos, los que la doctrina denomina "*pacta vestita*", se les otorgó excepcionalmente acciones, ya por el derecho común o civil, ya por el derecho pretorio, ya por las constituciones imperiales. Los pactos protegidos por el pretor llevan, además, el nombre específico de *pacta pretoria*, y los sancionados por el emperador el de *pacta legitima* y aquellos añadidos a un contrato de buena fe, recibieron de la jurisprudencia la acción misma de los contratos a que se añadían.

Si realizáramos un esquema contractual en el Derecho Romano, éste se enunciaría de la siguiente forma:

CONTRATOS.

Protegidos mediante acciones civiles por vía del derecho consuetudinario.

- 1.- *Obligatio quae re fiunt* (contratos reales).
- 2.- *Obligatio quae verbis fit* (contrato verbal).
- 3.- *Obligatio quae litteris fit* (contrato literal).
- 4.- *Obligatio quae consensu* (contratos consensuales).

PACTOS.

Pactos mudos "no produce una obligación, sino que origina una excepción" (33).

Pacta vestita:

- 1.- *Pacta adjecta*, incorporados a los contratos de buena fe que sanciona el *ius civile*.
- 2.- *Pacta pretoria* sancionados por el Edicto del pretor.
- 3.- *Pacta legitima* sancionados por constituciones imperiales.

(32) *Idem*.

(33) D.2.14.7.4.

Finalmente, por frecuencia práctica y la necesidad de simplificar formalismos -en ocasiones ridículos-, en el derecho moderno basta el solo consentimiento, libre de formas, para crear y transferir obligaciones válidas y provistas de acción (34). El régimen de los contratos consensuales triunfa sobre el formalismo del sistema contractual primitivo.

Sin embargo, no solo los contratos producían efecto obligatorio, sino que además existían los delitos, los cuales producían una acción civil por el daño causado. Justiniano reguló las acciones provenientes de cuatro delitos, a saber: el hurto (*furtum*), el robo (*rapiña*), el daño causado con injurias (*damnum iniuria datum*) y las injurias (*iniuria*) (35). Es decir, que respecto de los hechos que no son el resultado del mutuo consentimiento de las partes, el antiguo derecho civil, con el nombre de *noxa*, y después con el de *maleficium* y *delictum*, ha determinado y dado acción en un cierto número de casos, en los cuales la obligación resulta del perjuicio causado a otro.

Posteriormente, junto a los contratos y a los delitos, nacieron otros hechos obligatorios, los cuales, no pudiendo ser incluidos en ninguna de las anteriores categorías, se denominaron *quasi-contratos* y *quasi delitos*, según que presentaban analogía con los contratos o con los delitos; la obligación nace como nacería de un contrato (*quasi ex contractu*), o como nacería de un delito (*quasi ex delicto*). En los primeros falta el consentimiento que puede dar vida al contrato; en las fuentes (36) se habla de cinco *quasi-contratos* (*quasi ex contracta*), a saber:

- 1.- La gestión de negocios (*negotiorum gestio*);
- 2.- La comunidad incidental (*communio incidens*);
- 3.- El pago de lo indebido (*indebiti solutio*);
- 4.- La gestión de la tutela y de la curatela (*tutelae vel curae-gestio*); y
- 5.- La adición de la herencia (*hereditates additio*).

Los *quasi-delitos* se denominaron así porque tenían analogía con los delitos; pero no solo falta en ellos el dolo, sino también la culpa directa. Los romanos distinguieron cuatro clases de *quasi-delitos* (*quasi ex delicto*), a saber:

(34) Ver los arts. 1796 y 1832 del Código Civil para el D. F.

(35) D. 47.1; 47.2.

(36) Inst. 3.27; D. 3.5; 12.6; 12.6.14.

1.- *Effusium et delectum*, por virtud del cual el paterfamilia - estaba obligado a resarcir a los peatones que circulaban por la calle, - del daño causado por algún líquido u objeto arrojado por la ventana de - su casa. Sobre el particular el Digesto (37) establece: "...También pa- rece obligarse como por un maleficio aquel de cuya vivienda, ya sea pro- pia, ya sea arrendada, ya habite en ella gratuitamente, sea arrojado un cuerpo sólido o líquido que dañe a alguien;..."

De acuerdo con las propias fuentes (38), el pretor daba acción a los transeúntes para que se les indemnizara por el doble de los perjui- cios ocasionados. Pero cuando fallecía un hombre libre, la estimación - del daño no se hacía al duplo, porque en el hombre libre no podía hacer se ninguna estimación, sino que se condenaba a cincuenta adreos.

2.- *Dammum in navi vel caupona vel stabularius datum*, en virtud- del cual el propietario de una nave, posada o establo estaba obligado a resarcir a los viajeros por los daños que les hubieren causado las per- sonas subordinadas al servicio de alguna de aquellas personas. Sobre el cuasi-delito que se comenta, el Digesto (39) estipula que: "...el pro- pietario de una nave, una hostería o un establo se considera que queda- obligado como por maleficio a causa del daño o el hurto que se ha come- tido en la nave, la hostería o el establo, siempre que no haya malefi- cio por su parte, sino de alguno de aquellos que trabajan para él en a- quellos lugares; como esta acción no se da contra ellos por un contrato pero hay por su parte alguna culpa en servirse de gente mala, por ello- se considera que se obliga como por maleficio".

3.- *Judex qui litem suam facit*, por medio del cual, el juez era- responsable de los daños causados a los litigantes por su impericia. Al respecto el Digesto (40) establece: "Si un juez hubiera juzgado mal, no parece quedar obligado propiamente por maleficio, pero como tampoco lo- está por contrato, y ciertamente ha cometido una falta, aunque sea por- imprudencia, se entiende que queda obligado como si fuese por un malefi- cio".

4.- *Positum vel suspensum*, por el cual era condenado a pagar una multa aquel que hubiese puesto o suspendido sobre la calle algún objeto que al caer hubiera causado algún daño a los transeúntes.

(37) D. 44.7.5; ver el artículo 1933 del Código Civil para el D. F.

(38) D. 9.3.1.

(39) D. 44.7.5.

(40) D. 50.13.6; en relación con D. 5.1.15.

Sobre este *cassu-delito* el *Digesto* (41) establece que: "...Lo que cayó cuando se estaba colgando se considera más bien como arrojado, y lo que cayó estando colgado es aun más cierto que se considera como arrojado. Por consiguiente, si algo colgado se hubiera vertido, aunque nadie lo hubiera vertido, se ha de decir, sin embargo, que se le aplica este edicto..."

La anterior cita del *Digesto* nos remite al edicto del pretor que regulaba el *cuasi-delito effusium et delectum*, puesto que está considerando a los objetos colgados como arrojados.

Cabe hacer mención que en Roma, en la época clásica, los juristas sólo conocían dos fuentes de las obligaciones del *ius civile*: el contrato y el delito. Tal era lo que enseñaba Gayo todavía a mediados del siglo II d. de C., en sus *Instituciones*. Es decir, las obligaciones nacían de acuerdos lícitos de voluntades entre acreedor y deudor, o bien, contra la voluntad de éste, por actos lesivos al derecho. Posteriormente el *Digesto* al citar de nuevo a Gayo (42), sobre el tema a comentario, le hace añadir —seguramente por interpolación— una nueva fuente de obligaciones, no muy concreta: *variae causarum figurae* (diversas clases de causas). Luego Justiniano comentó que ciertas obligaciones nacían como de un contrato y como de un delito.

Finalmente, había otras causas de obligaciones, que no pudiendo encuadrar en la categoría de los contratos ni en la de los delitos, se designaron bajo la denominación genérica de obligaciones *quae ex variis causarum figuris nascuntur* (*variae causarum figurae*) y que se referían a:

- 1.- La denuncia de una obra nueva (*novi operis nunciatio*) (43);
- 2.- La obligación de restituir lo que se hubiera recibido sin causa (*sine causa*) (44);
- 3.- La obligación de restituir lo que se hubiera recibido por causa torpe (*ob turpem causam*); y
- 4.- Por no haber correspondido a la prestación recibida (*condictio causa data causa non secuta*), así como otras (45).

(41) D. 9.3.1.

(42) D. 44.7.1 en relación con I. 3.14.

(43) D. 39.1.

(44) D. 12.7.

(45) D. 12.4.

3.- ELEMENTOS DE LA OBLIGACION.

Antes de introducimos al estudio de los elementos de la obligación, considero que es de previo y especial pronunciamiento fijar y establecer algunas concepciones y diferencias, para con ello, estar en aptitud de precisar claramente el tema de estudio que nos ocupa.

Primeramente trataremos de dar una noción de lo que se entiende por obligación.

Debemos de advertir que en el Derecho Romano los juristas clásicos no intentaron jamás definir la obligatio. Las dos famosas definiciones que hallamos en las fuentes (46) son de origen postclásico, lo cual nos autoriza y permite concluir la inexistencia de una definición clásica de dicho término, puesto que si tal definición hubiera existido, los compiladores seguramente la hubieran insertado en sus obras. Ello responde a la actitud general de los juristas clásicos, reacios siempre a definir conceptos fundamentales, del mismo modo que no dieron definiciones de la actio y del legatum, se abstuvieron también de definir la obligatio.

En los derechos personales siempre figura una persona como sujeto activo y otra como sujeto pasivo; ésta última se halla en una especie de relación de dependencia con respecto a aquélla; está en cierto modo unida y ligada a la primera para la ejecución del derecho de que es pasiva.

La obligación no es otra cosa que la necesidad jurídica impuesta a una persona, hacia otra, de hacer una prestación que puede consistir en un dar, hacer o no hacer (47).

Efectivamente, si bajo el punto de vista activo, es decir considerado por el sujeto que de él goza, es el derecho personal la facultad de obligar a una persona a realizar en su favor una prestación; bajo el punto de vista pasivo, es decir, en el sujeto que lo sufre o padece, es la necesidad de realizar esta prestación.

Bajo el primer aspecto se llama el derecho personal crédito, y el sujeto activo a quien el derecho pertenece, acreedor, creditor; dicho término proviene de credere, que significa tener confianza, dar crédito, lo que no siempre es exacto, porque muchos créditos nacen involuntariamente, sin acto de confianza, de una parte en otra.

(46) D. 44.7.3.; I. 3.13.

(47) Véase arts. 25 del Cod. de Proc. Civ. y 1624 del Código Civil.

Bajo el segundo aspecto, el derecho personal se denomina obligación, obligatio, y el sujeto pasivo, en contra de quien existe individualmente el derecho, deudor, debitor; término que deriva del deber o necesidad jurídica que tiene impuesto.

La obligación se define en las Instituciones de Justiniano (48) como: "la obligación es un vínculo jurídico por el cual quedamos constreñidos, necesariamente, a pagar alguna cosa, de acuerdo con nuestro derecho civil" (49).

Esta definición solo se aplicaba a la obligación existente según el derecho civil; en efecto, la obligación propiamente dicha del Derecho Romano, es la obligación civil -civilis obligatio-.

En la otra fuente que es el Digesto de Justiniano (50), la observación y definición de Paulo es sumamente importante, pues en ella sostiene que: "la esencia de las obligaciones no consiste de que uno haga nuestra una cosa o una servidumbre, sino en constreñir a otro para que nos dé, haga o indemnice algo" (51).

Esta célebre frase ilustra correctamente el carácter de los derechos personales; su substancia no consiste en proporcionarnos el dominio sobre algún bien o una servidumbre, sino en que otro quede constreñido a darnos algo, haga o responda de algo.

Asimismo, la jurisdicción pretorial introdujo obligaciones que no existían en el Derecho Civil, proveyéndolas de medios pretorianos para que fuesen llevadas a efecto y se llaman obligaciones pretorianas u honorarias.

Finalmente, la jurisprudencia hizo reconocer, sobre el fundamento único del derecho de gentes y en la razón natural, ciertas obligaciones que no se hallaban confirmadas ni por el derecho civil ni por el pretorio y que se denominaron obligaciones naturales. De acuerdo con la opinión de Alvaro D'ors (52), fue Juliano quien se permitió abusar del término llamando "debitores" a los incapaces, y es quien califica a esas relaciones como obligaciones naturales.

(48) ORTOLAN M., Instituciones..., p. 235.

(49) I. 3.13.: "obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringitur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura".

(50) D'ORS A., HERNANDEZ TEJERO P., FUENTESBACA P., GARCIA GARRIDO M. y BURILLO J., El Digesto..., T. III, p. 474.

(51) D. 44.7.3.: "obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum aut servitutum nostram faciat sed ut alium nobis obstringat ad dandum, aliquid faciendum vel praestandum".

(52) D'ORS A., Derecho Privado Romano, p.

De lo anteriormente expresado, se podría dar una noción moderna de la obligación, la cual desde luego no pretende ser definitiva ni universal, que sería la siguiente:

Entendemos por obligación, derecho personal o de crédito, la relación jurídica por virtud de la cual una persona, llamada acreedor, — puede exigir de otra, llamada deudor, el cumplimiento de una prestación que puede consistir en un dar, hacer o no hacer (53).

Asimismo, antes de entrar al estudio de los elementos de la obligación, creo conveniente hacer una pequeña referencia al origen histórico de la distinción entre derechos reales y el derecho personal o de crédito, para lo cual se seguirán los lineamientos apuntados por Díez-Picazo (54):

Tanto el concepto de derecho real como el de derecho personal no fueron conocidos en el Derecho Romano, ni se encuentran utilizados en las fuentes. Sin embargo, en dicho sistema jurídico se estableció una importante diferencia entre dos tipos de acciones: las acciones *in rem* y las acciones *in personam*. Mediante la *actio in rem* el demandante trata de obtener aquello que es suyo, cuyo ejemplo típico es la acción *rei vindicatoria*, por medio de la cual un propietario desposeído reclama la recuperación de la cosa indebidamente detentada por otra persona. Por tanto, la característica común de esta situación era más bien negativa, en cuanto consistía en la ausencia de una obligación a cargo del sujeto pasivo.

Mientras que la caracterización de la *actio in personam* la realiza Gayo cuando sostiene que una *actio in personam*, es aquella que ejercitamos cuando demandamos a alguien que nos debe algo en virtud de un contrato o de un delito. Por lo que la idea de la *actio in personam* supone la existencia de una obligación a cargo de un sujeto pasivo y en la intención de la fórmula civil *in personam*, existe siempre un "oportere" en tanto que en la *actio in rem*, la intención en la fórmula civil *in rem* se caracterizaba por la ausencia de un "oportere".

Por lo tanto, la diferencia tiene en su origen, un carácter netamente procesal y afecta más a la tipología de las acciones que a los derechos (55). Hay acciones en las cuales el actor se dirige fundamentalmente contra una cosa (*in rem*) y acciones en las cuales se dirige

(53) *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringitur ad aliquid dandum, vel faciendum, vel praestandum.*

(54) DÍEZ-PICAZO LUIS, *Fundamentos...*, Vol. I pp. 53-54.

(55) *Ibidem*, p. 53.

contra otra persona (in personam). O sea, en el Derecho Romano, la diferencia entre derechos reales y personales, nace de la diferencia entre acciones reales y acciones personales.

Fueron los glosadores en los comienzos de la baja Edad Media, — quienes al estudiar los textos romanos comenzaron a hablar de un ius in re y de un ius in personam. Esta terminología nació al preguntarse los juristas medievales por qué causa nace una acción y contestar que toda acción nace de un derecho anterior que corresponde al actor. La actio in rem tiene su fundamento en un ius in rem y la actio in personam tiene su fundamento en un ius in personam (56).

Posteriormente, en el siglo XIV, los postglosadores o comentaristas (57) recogieron y utilizaron ampliamente las nociones de ius in re y ius in personam, y en ocasiones también la de "ius reale", encontrando sin más un ius reale allí donde se podía ejercitar una actio in rem y un ius in personam donde se podía ejercitar una actio in personam.

La distinción fue ampliamente desarrollada por los juristas sistemáticos del siglo XVI — como Donello, Vinnio, etc.—. Según Donello, la noción de "nostrum" es doble y comprende aquello que propiamente es nuestro (quod nostrum est), y aquello que nos es debido (quod nobis debetur). En la primera categoría señalada se sitúan el dominio, los derechos de la persona sobre sí misma y los derechos de goce de cosas extrañas o ajenas. Mientras que en la segunda categoría se coloca el derecho de reclamar aquello que se nos debe.

La diferenciación es recogida por los autores anteriores a la codificación y se extiende durante el siglo XIX entre los pandectistas y los comentaristas franceses del Código Napoleónico. Finalmente se generaliza y trivializa completamente.

Sin embargo, para precisar aun más la noción de obligación, es necesario oponerla frente al derecho real, a efecto de establecer las nítidas características de cada uno de ellos, pues frecuentemente ambos términos se confunden o, en el peor de los casos, se asimilan. No obstante, derecho real y derecho personal tienen en común que ambos pertenecen a la categoría de los derechos patrimoniales. Para los efectos de la referida oposición entenderemos por derecho real como "la facultad —

(56) Entre los que se cuentan a Irnerio, Martino, Búlgaro, Jacobo, Hugo, Placentino, Azo, Odofredo y Acursio.

(57) Entre los que son dignos de mencionar a Bartolo, Baldo, etc.

vehamiento que le permite el título de su derecho en forma directa e inmediata y que es oponible a todo el mundo" (58).

a) El derecho real recae siempre sobre una cosa específica, determinada o bien sobre una cosa determinable.

En tanto que en el derecho personal, el acreedor tiene el derecho de exigir inclusive una prestación sobre cosas genéricas, que hasta pueden consistir en hechos o abstenciones.

b) En el derecho real el titular -sujeto activo- obtiene el provecho de la cosa en forma directa e inmediata. El titular del derecho real tiende al ejercicio de un poder directo sobre un bien.

Mientras que en el derecho personal, el acreedor -sujeto activo- únicamente puede exigir el cumplimiento de la prestación.

c) En el derecho de crédito, falta la inherencia del poder de la cosa, en cambio, es carácter fundamental del derecho real.

d) El derecho real se considera absoluto (erga omnes), por cuanto imponen a todos la obligación negativa genérica de respetar su ejercicio, de no perturbar ni violar el derecho mismo. De tal forma, que la acción que deriva del derecho real pueda dirigirse contra "todos", pero evidentemente, sólo contra el perturbador.

Los derechos de obligaciones, por el contrario, se dirigen contra uno o varios sujetos pasivos determinados e imponen la obligación de dar, hacer o no hacer; por lo que se les considera como derechos relativos (ius in personam). La acción que del mismo surja, puede dirigirse se contra una de estas personas determinadas.

De acuerdo con Von Thur (59), "los créditos son, con los derechos reales, la parte más importante de cuantos derechos integran el patrimonio de una persona. La diferencia fundamental que separa estas dos categorías de derechos -los créditos y los derechos reales- estriba en el objeto sobre que recaen. Los créditos son derechos dirigidos contra la persona del deudor, a quien imponen el deber de realizar un acto -la prestación-; de aquí que, a veces, se les distinga también con el nombre de 'derechos personales'. En cambio, los derechos de cosas o derechos reales se constituyen sobre un objeto material, asignando a su titular facultades de imperio, unas veces ilimitadas y otras restringidas. Los derechos reales hallanse enclavados en la zona de los derechos absolutos, pues permiten al sujeto ejercer su imperio contra cualesquiera -

(58) CARRERAS MALDONADO MARIA, Apuntes de cátedra.

(59) VON THUR ANDREAS, Obligaciones, pp. 1 y 2.

terceras personas que los perturben; por el contrario, los créditos son derechos relativos: el acreedor, generalmente, sólo puede dirigirse contra su deudor, sin deducir derecho alguno contra tercero. Donde mejor resalta la diferencia es en los créditos que versan sobre entrega de una cosa. El comprador no adquiere derecho alguno inmediato sobre la cosa comprada; no pueda apoderarse directamente de ella, sino que ha de dirigirse al vendedor, reclamando de éste la entrega".

El titular del derecho de crédito tiende a obtener que el deudor se comporte de un determinado modo, o bien, en todo caso, como subrogación, que se efectúe la ejecución forzada sobre el patrimonio del deudor.

e) Como consecuencia de la diferencia apuntada en el inciso anterior, los derechos reales tienen como defensa, una acción real (*actio in rem*), oponible frente a cualquiera.

En tanto, que los derechos de obligaciones se encuentran protegidos por una acción personal (*actio in personam*), que únicamente puede dirigirse contra el sujeto pasivo de la relación obligatoria.

Todos tenemos una obligación negativa de respetar el derecho real; la relación jurídica tiene lugar directa e inmediatamente contra "cualquiera" que pretenda hacer valer un interés contrapuesto al derecho real.

Pero en la obligación, derecho personal o de crédito, también existe una relación obligatoria erga omnes, a saber: el acreedor lo es solamente respecto del deudor, pero es acreedor ante los ojos de cualquier persona.

De acuerdo con la prestigiada opinión de Trabucchi (60) "...en el derecho real nos encontramos conceptualmente con una relevancia concedida al señorío sobre la cosa que constituye su objeto, mientras que en el derecho de obligaciones prevalece la pretensión que puede dirigirse contra una o varias personas".

f) Todo derecho real origina dos derechos especiales, a saber:

1.- Derecho de persecución. Los derechos reales deben ser respetados por todos los individuos, y por lo mismo, si alguna persona se apodera de la cosa sobre la cual recae el derecho real, el titular de éste puede perseguir la cosa a efecto de recuperarla y ejercitar el aprovechamiento que puede hacer de ella.

(60) TRABUCCHI A., Instituciones..., T. I, p. 60.

Este derecho de persecución le asiste al titular del derecho real y lo puede ejercitar contra cualquier detentador de la cosa, cuando la detente en contra de su autorización o sin su autorización.

Mientras que en el derecho personal, el titular únicamente puede demandar a su deudor y a nadie más (61).

2.- Derecho de preferencia. Consiste en que el derecho real es oponible a todos aquellos que ulteriormente hayan adquirido sobre la cosa, derechos reales de la misma o de diferente naturaleza.

En tanto que en el derecho personal no existe el referido derecho de preferencia.

Es decir, que entre varios derechos de crédito alegados frente a un mismo deudor, hay generalmente concurso, es decir, participación a la par (a prorrata) en la satisfacción, aunque se trate de derechos de crédito nacidos en tiempos diversos.

Mientras que el derecho real es exclusivo, en el sentido de que no tolera derechos iguales o concurrentes y los hace insuficientes o, - en el último de los casos, entre varios derechos reales, iguales o concurrentes, prevalece generalmente el primero en tiempo, salvo los efectos del registro.

g) Los derechos reales son limitados en cuanto a su número, pues sólo existen aquellos que la ley reconoce o reglamenta, a saber: la propiedad, el usufructo, el uso, la habitación, las servidumbres, la prenda y la hipoteca.

En tanto que los derechos personales son ilimitados.

h) En el derecho real la obligación a cargo del sujeto pasivo solamente consiste en un no hacer.

Mientras que en el derecho personal, la obligación a cargo del sujeto pasivo puede consistir en un dar, hacer o no hacer.

i) El derecho real se extingue si la cosa perece, es decir, se extingue el derecho junto a la cosa.

Mientras que en el derecho personal, aunque el deudor no tenga bienes, sea totalmente insolvente, el derecho subsiste, es decir, seguirá teniendo la calidad de deudor.

j) Por regla general los derechos reales tienden a la perpetuidad (62). En tanto que, generalmente el derecho de crédito es siempre - (61) Véase el art. 3 del Cod. de Proc. Civ. para el D. F. (62) Arts. 986, 1053, 1126, 1130 y 1131 del Código Civil para el D. F.

temporal, aun cuando puede tener larga duración.

k) El derecho de crédito consiste en el poder de conseguir una determinada situación; mientras que el derecho real consiste en el poder de conservar una situación.

l) El derecho real regula relaciones de concurrencia o de exclusión; en tanto que el derecho de crédito regula relaciones de colaboración o de cooperación.

m) Tanto los derechos reales como los personales son susceptibles de prescripción extintiva (63); en tanto que sólo los derechos reales son susceptibles de prescripción adquisitiva.

n) Además de las diferencias antes señaladas entre el derecho de crédito y el derecho real, existe otra muy importante que consiste en una total diferencia de estructuras entre ambos derechos, a saber:

De conformidad con las definiciones ya apuntadas de cada uno de los derechos a comento en el presente trabajo (64), resulta que en el derecho real existe una facultad o derecho que se ejerce sobre una cosa por el titular; dicha facultad se traduce en un poder directo e inmediato sobre la cosa y esa facultad se ejerce para el aprovechamiento de la propia cosa; ahora bien, ese aprovechamiento que tiene el titular del derecho, varía de acuerdo con el derecho real de que se trate, por ejemplo, el titular de un derecho real de propiedad tiene las facultades más amplias, ya que su titular puede usar (*ius utendi*), disfrutar (*ius fruendi*) y disponer (*ius abutendi*) del bien. De esta forma los elementos estructurales del derecho real son fundamentalmente los sujetos y el objeto.

A efecto de conocer las diversas tendencias que ha través del tiempo ha sufrido la concepción del derecho real, puesto que el examinarlo sobrepasaría los objetivos de la presente exposición, es digna de estudio la evolución bien lograda por Díez-Picazo (65).

Por lo tanto, los elementos estructurales de las relaciones jurídico patrimoniales son los siguientes:

1.- Los sujetos de la relación jurídica. Los sujetos de toda relación jurídica son siempre personas entre quienes la relación se trabaja.

Dentro de los sujetos de la relación jurídica debemos de distin-

(63) Véase el art. 636 del Código Civil para el D. F.

(64) Páginas 23, 24 y 25.

(65) DÍEZ-PICAZO LUIS, Fundamentos..., Vol. I pp. 54-59.

guir un sujeto activo y un sujeto pasivo. Se denomina sujeto activo a aquel a quien, en virtud de la relación, se atribuyen posiciones activas de poder jurídico, es decir, derechos subjetivos y facultades, y que en la especie sería el titular del derecho real. Se denomina sujeto pasivo a aquella persona a quien se impone una posición pasiva o de deber jurídico, y frente a quien se dan los derechos o facultades del sujeto activo, y que en la especie sería cualquier tercero.

2.- El objeto de las relaciones patrimoniales. El objeto de las relaciones jurídico patrimoniales está constituido por bienes que reciban o que son susceptibles de recibir una determinada valoración económica. Estos bienes pueden ser de la más diversa naturaleza y condición, con tal de que sean susceptibles de proporcionar una utilidad.

Como posibles objetos de relaciones jurídicas patrimoniales pueden citarse las siguientes:

- a) Las cosas materiales;
- b) Las energías de la naturaleza (v.gr.: la energía solar);
- c) Los bienes inmateriales o incorpóreos (v.gr.: derecho de autor);
- d) El comportamiento o la conducta de otra persona.

Por otra parte, los elementos estructurales del derecho personal son:

1.- Los sujetos de la relación jurídico obligacional. Aquí, al igual que en la relación jurídico patrimonial, existe un sujeto activo y un sujeto pasivo, teniéndose por reproducidas en este apartado las ideas vertidas respecto de cada uno de los sujetos referidos en la relación jurídico patrimonial. El sujeto activo llamado acreedor, puede exigir el cumplimiento de la obligación a cargo del deudor, en caso de que éste haya incumplido; es quien en virtud de la relación, se le atribuyen posiciones de poder, es decir derechos subjetivos y facultades (desde este punto de vista se denomina crédito). En tanto que el sujeto pasivo es quien debe de cumplir con la obligación, es decir, es aquel a quien se impone un deber jurídico (desde este punto de vista se denomina obligación).

El sujeto activo y el sujeto pasivo pueden ser determinados o determinables en la obligación, pero siempre deberán determinarse en el momento en que se exija el derecho o se cumpla el deber jurídico, ya que el hecho del ejercicio del derecho o del cumplimiento de la obliga-

ción suponen, respectivamente, un pretensor y un obligado determinado.- Efectivamente, no existe pretensión sin un sujeto que la sostenga y sin un deudor contra el que se pueda acudir para obtenerla.

De acuerdo con Trabucchi (66) "se habla de obligaciones 'ambulatorias' cuando alguno de los sujetos de la obligación pueda cambiar. En los títulos al portador, el acreedor viene determinado por la posesión-legítima del mismo; en los casos de promesa hecha al público es válida la obligación a favor de cualquiera que se encuentre en una determinada situación o cumpla una cierta actividad".

Como ejemplo de una relación jurídico obligatoria con el sujeto activo indeterminado, se puede citar a una declaración unilateral de voluntad de promesa de recompensa.

Parece ser que el sujeto pasivo siempre debe de ser determinado, ya que toda obligación debe ser a cargo de alguien y este alguien lógicamente debe estar determinado por el derecho. Sin embargo, existen casos en donde la determinación del sujeto pasivo, implica una cuestión posterior al nacimiento de la obligación. Tal es el supuesto de las obligaciones que nacen por un hecho ilícito, cuando se desconoce al sujeto causante del ilícito. En tal hipótesis surge un problema de indeterminación del sujeto pasivo y del derecho de la víctima para exigir la reparación del daño.

2.- El objeto. El objeto de las relaciones jurídico obligacionales es el contenido de la conducta del deudor, y por lo tanto, puede consistir en un dar, hacer o no hacer. El objeto de la obligación se caracteriza como prestación o como abstención, es decir, en una conducta positiva o negativa. No se debe cometer el error de afirmar que las cosas son objeto de las obligaciones.

El objeto de la obligación tiene que ser la prestación consistente en una conducta o en una abstención, la cual puede referirse a cosas en cuyo caso hablaremos de objetos indirectos de la prestación. Sin embargo, pueden los hechos ser formas puras de conducta, sin referencia a las cosas o resultados, como sucede generalmente en la prestación de servicios profesionales.

Respecto a este elemento estructural de la obligación, se presenta la cuestión referente a determinar, si necesariamente es de conteni-

do patrimonial o no patrimonial. Es decir, si todo objeto de obligación ya sea como prestación o abstenición, debe de tener un valor en dinero o ser susceptible de serlo.

Intimamente relacionado con la cuestión anterior, se encuentra - lo que nosotros entendamos por patrimonio, ya que de la idea que sobre éste se tenga, necesariamente deberá hacerse mención a su contenido, es decir, si el patrimonio es de contenido pecuniario únicamente o también de contenido afectivo o moral.

Al tratar de individualizar el fenómeno de la obligación y establecer su estructura, siempre se ha traído a discusión de si la obligación pertenece o no al campo patrimonial o económico. El problema de la patrimonialidad o del alcance económico de la obligación suele ser planteado en torno a su objeto, para decidir si la prestación debe o no poseer aquel carácter. Nuestro Código Civil para el Distrito Federal en vigor, en la parte relativa al "De las obligaciones" (67), al no definir la obligación, lógicamente no hace referencia al problema. Por su parte el Código Civil de 1884, en su artículo 1326 disponía, deficientemente: "Obligación personal es la que solamente liga a la persona que la contrae y a sus herederos".

Por otra parte, el artículo 1824 del Código Civil para el Distrito Federal en vigor dispone: "Son objeto de los contratos: I.- La cosa que el obligado debe dar; II.- El hecho que el obligado debe hacer o no hacer". Precepto que no hace referencia alguna a la naturaleza económica del contenido de la prestación. Lo mismo puede decirse respecto a lo dispuesto por el artículo 25 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en vigor, el cual preceptúa que: "Las acciones personales se deducirán para exigir el cumplimiento de una obligación personal, ya sea de dar, de hacer o no hacer determinado acto".

Evidentemente en la mayor parte de las ocasiones dicha cuestión no llega ni siquiera a plantearse, pues lo común es que las prestaciones insertadas como objeto de una relación jurídico obligacional sean económicamente valiosas. Sin embargo, en principio es posible imaginar conductas que por sí mismas carezcan de sentido económico y que integren una relación contractual, y por lo tanto jurídico obligacional. -- Por ejemplo, en un contrato de arrendamiento la arrendadora inserta una cláusula en la que impone a la arrendataria la restricción de que ésta

(67) Libro Cuarto, Primera parte, Título primero, Capítulo primero.

no tocará música por estar aquella enferma.

Sobre el particular han existido diversos puntos de vista, los cuales se expondrán sustancialmente en los siguientes párrafos (68):

La llamada doctrina clásica se elabora por los tratadistas Aubry et Rau, quienes sostienen que el objeto en toda relación obligatoria, debe ser susceptible de apreciación económica y además debe presentar para el acreedor alguna ventaja apreciable en dinero. Es decir, esta tesis tradicional exige la patrimonialidad como requisito del objeto en una relación jurídico obligacional.

Según la opinión de Díez-Picazo (69), esta tesis encuentra su fundamento en las fuentes romanas. Ciertamente, en el texto del Digesto (70) se afirma expresamente, al referirse a los "estadolibres" que: "... la obligación sólo puede consistir en lo que se puede liquidar y pagar en dinero, y la libertad no puede estimarse en dinero, ni indemnizarse. .."

Crítica sobre el carácter pecuniario de la prestación. En la doctrina alemana del siglo XIX, especialmente en la obra de Von Jhering y de Windscheid, la tesis tradicional de la patrimonialidad de la obligación fue severamente criticada. Los críticos se basaron principalmente en que, el interés del acreedor en la obligación puede tener una naturaleza moral o afectiva, y no necesariamente patrimonial. Además de que, en el Derecho Romano al ser exigida toda obligación judicialmente, tenía que ser convertida, a través de una estimación, en una cantidad en dinero. Y el derecho moderno al suprimir tal estimación y admitir la posibilidad de ejecución específica de todo tipo de obligaciones de dar, de hacer y de no hacer, ha provocado que aquella exigencia romanista haya perdido su justificación.

Entonces se afirmó que, basta con que la prestación tenga un interés digno de tutela para el acreedor, aunque no tenga valor económico. Por lo tanto, el interés del acreedor puede ser de diversos tipos, como por ejemplo, moral, espiritual, sentimental, religioso, afectivo, etc.

Al pronunciarse sobre el particular Vittorio Scialoja (71), advirtió que los autores alemanes citados, quienes habían hecho referen-

(68) Citado por BCRJA SORIANO MANUEL, Teoría..., p. 74.

(69) DIEZ-PICAZO LUIS, Fundamentos..., Vol. I, p. 346

(70) D. 40.7.9.

(71) Citado por DIEZ-PICAZO LUIS, Fundamentos..., Vol. I, p. 347.

cia sobre el carácter no económico de la obligación, habían incurrido - en una evidente confusión entre la patrimonialidad de la prestación y - la patrimonialidad del interés del acreedor. Empero, ambos conceptos de- ben de distinguirse cuidadosamente. Si bien el interés del acreedor, en la prestación puede ser extrapatrimonial, en cambio la prestación, obje- tivamente considerada debe de tener carácter patrimonial o bien, suscep- tible de valoración económica. Ahora bien, es obvio que una prestación- de hacer, que por su naturaleza es incoercible, sólo puede ser sometida a ejecución forzosa a expensas del patrimonio del deudor. No se puede - imaginar la forma de cumplimiento forzoso de un escultor que ha incum- plido con su prestación, hecha excepción para el caso de que el acree- dor pida que a costa del deudor se ejecute por otro, siempre y cuando - la substitución sea posible (72), y que desde luego, no se trate de un- contrato intuitu personae. Sin embargo, esto no significa que la presta- ción deba consistir siempre para el acreedor en un aumento efectivo de- sus bienes económicos, sino que es suficiente con que el objeto perte- nezca a la esfera patrimonial, o que sea susceptible de pertenecer a - ella, pudiendo serlo de naturaleza moral o de afección. Por lo tanto, - hay que distinguir entre el interés que el acreedor tiene en obtener la prestación, de la prestación misma, la cual debe de ser de tal naturale- za que en caso de incumplimiento se pueda condonar al deudor al pago de su equivalente económico.

Es decir, necesariamente debemos de diferenciar el interés, el - cual es prescindible para que exista un derecho de crédito, que puede - ser religioso, afectivo, científico, filisófico, humanitario, sentimen- tal, etc., de la valoración económica a la que siempre debe de estar so- metida toda prestación.

Así también, el requisito de la patrimonialidad de la prestación no presupone necesariamente un interés pecuniario del acreedor: el in- terés a la prestación no corresponde a la ventaja económica que la pre- stación pueda reportar.

Asimismo, la prestación objetivamente considerada debe de ser e- conómicamente valorable o susceptible de valoración económica, ya que - tanto el derecho de obligaciones como el llamado derecho de cosas, inte- gran el derecho patrimonial, formando una unidad sistemática de normas- jurídicas que regulan la atribución y el intercambio de bienes y de ser

(72) Art. 2027 del Código Civil para el D. F.

vicios.

En ocasiones basta una cláusula para el supuesto de incumplimiento, o bien, para el caso de que la obligación no se hubiere cumplido en la forma convenida por parte del deudor, tal es el caso de la pena convencional o cláusula penal, que implica un índice de patrimonialidad.

Se denominan obligaciones con cláusula penal aquellas en que se estipula una prestación —generalmente de pagar una suma de dinero— a cargo del deudor y a favor del acreedor, para el caso de que aquél no cumpla lo convenido o al cumplir contravenga el tenor de la obligación.

Por lo tanto, la cláusula penal desempeña una doble función, a saber:

- a) Sancionar o castigar el incumplimiento o cumplimiento inadecuado de la obligación;
- b) Evaluar anticipadamente los daños y perjuicios que calcula el acreedor habrá de ocasionarle dicho incumplimiento o cumplimiento inadecuado.

Por supuesto que el acreedor no podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena (73), a menos que aparezca haber estipulado la pena por el simple retardo en el cumplimiento de la obligación o porque ésta no se preste de la manera convenida (74). Pero el no prestar de la manera convenida la obligación y el cumplimiento inadecuado de ésta última, es lo mismo, por lo que nuestro legislador incurrió en una manifiesta contradicción al regular la pena convencional o cláusula penal.

De acuerdo con la prestigiada opinión de Messinec (75), frente al deber jurídico en general, que es la obligación como débito —a la cual ya hemos hecho mención—, y que es necesario precisar perfectamente pues la obligación (obbligazione) es una subespecie de la obligación —(obbligo), entendida esta como exigencia de un comportamiento.

Ahora bien —continúa afirmando el referido tratadista—, debe aclararse que, a la inversa, puede haber obligaciones (obblighi) que no son obligaciones (obbligazione), por la sencilla razón de que tienen contenido no patrimonial: tales son las obligaciones (o deberes) de derecho familiar y las obligaciones no patrimoniales que incumben al com-

(73) Arts. 1840 in fine y 1846 del Código Civil para el D. F.

(74) Art. 1846 del Código Civil para el D. F.

(75) MESSINEC FRANCESCO, Manual..., T. IV, pp. 9-11.

ponente de persona jurídica, o al propietario, además de, en general, - la obligación del respeto de los derechos subjetivos ajenos. Tales obligaciones se cumplen con abstenciones o con actos positivos; en el mismo sentido se pronuncia Trabucchi (76).

Por lo tanto, la distinción entre obligación y obbligo, consiste en el carácter patrimonial de la primera y de la no-patrimonialidad de la segunda, en la inteligencia de que la primera implica un comportamiento (prestación) de contenido pecuniario, mientras que; en ambos, se encuentra un interés del acreedor a la prestación y, además, la presencia de un sujeto activo (destinatario, respecto del cual el comportamiento debe tener lugar) y de un sujeto pasivo.

En nuestro país, el Profesor Gutiérrez y González sigue esencialmente la tesis de Von Jhering al sostener que el "patrimonio es el conjunto de bienes, pecuniarios y morales, obligaciones y derechos de una persona, que constituyen una universalidad de derecho" (77).

De tal suerte que, según dicho autor, son características del patrimonio:

a) Comprende todos los bienes de una persona, sin hacer distinción sobre la naturaleza intrínseca de cada uno de ellos, lo que implica que se les da un trato genérico, y por lo mismo que se les estime como una universalidad.

b) Se comprende en él, no sólo bienes que representan un valor pecuniario, sino que incluye necesariamente a los bienes que tienen un valor de afección, moral, no pecuniario (78).

Tal tesis es totalmente insostenible en el estado actual del derecho ya que, si bien se está de acuerdo en que en un momento determinado el acreedor tenga un interés no pecuniario, que como se ha sostenido puede ser moral, afectivo, sentimental, cultural, etc., es únicamente - el interés, pero que necesariamente la prestación en sí considerada debe de ser valorable o susceptible de valoración económica, pues por ejemplo, piénsese en el supuesto de incumplimiento de un deber con un contenido puramente moral, en donde la cuestión inmediata sería saber - en qué forma se podría constreñir al deudor para que cumpliera o bien - de qué otra forma se podría satisfacer al acreedor de dicho deber.

(76) TRABUCCHI ALBERTO, Instituciones..., T. II, p. 11.

(77) GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ E., El Patrimonio..., p. 43.

(78) Idem.

En la misma obra del referido Profesor, el que además se vanagloria de ser el autor de lo que él denomina "el mejor Código Civil del mundo", al insertar en dicho ordenamiento del Estado de Tlaxcala, que el contenido del patrimonio además de pecuniario, tiene un contenido moral; esto último, también llamados derechos de la personalidad.

Sobre la opinión del Profesor Gutiérrez y González cabe reproducir las ideas de Vittorio Scialoja, toda vez que le surten plenamente las acuciosas observaciones de este tratadista.

Es importante la opinión de Díez-Picazo, al considerar que el Derecho Patrimonial es aquella parte del Derecho Civil que se dedica al estudio pormenorizado de cada uno de los elementos del patrimonio, es decir, de cada una de las relaciones jurídicas que lo componen o que abstractamente lo pueden componer (79).

De tal suerte que existen como partes separadas del sistema del Derecho Civil un Tratado de Derecho de Obligaciones y un Tratado de Derecho de Cosas. Pero tanto uno como el otro no son compartimentos estancos en la disciplina normativa de la vida económica, ni tampoco sectores independientes, sino partes de una unidad, que es el Derecho de Bienes. Por tanto puede hablarse de un Derecho Civil Patrimonial (80).

Por lo que se puede afirmar que "los derechos patrimoniales son aquellos derechos subjetivos cuya finalidad consiste en la atribución a la persona de un poder de contenido económico o de un señorío sobre bienes de naturaleza económica" (81).

Así también, el objeto de las relaciones jurídico patrimoniales está integrado, por bienes que reciben o que son susceptibles de recibir una determinada valoración económica.

Por otra parte Trabucchi (82) afirma que el patrimonio es el conjunto de relaciones jurídicas con directa relevancia económica de las que una persona es titular. En tal afirmación se percibe la evidente inclinación del tratadista a comentar, de que el contenido del patrimonio tiene relevancia económica, es decir que tenga una apreciación pecuniaria.

Finalmente, por patrimonio entendemos el conjunto de obligacio-

(79) DIEZ-PICAZO LUIS, Fundamentos..., Vol. I, p. 39.

(80) Ibidem, p. 40.

(81) Ibidem, p. 50

(82) TRABUCCHI ALBERTO, Instituciones..., T. I, p. 401.

nes, derechos, bienes tanto pecuniarios como morales que tengan o sean susceptibles de apreciación económica y que integran una universalidad de derecho.

3.- El tercero y último elemento estructural de la obligación es la relación jurídico obligacional. La relación jurídica es toda situación que en la vida social se establece entre dos o más personas, como un cauce idóneo para la realización de unos fines o intereses, que son dignos y merecedores de tutela, cauce que es por ello disciplinado y organizado unitariamente por el ordenamiento jurídico. De esta manera, — obviamente una relación jurídica es patrimonial cuando versa sobre bienes o intereses que posean o sean susceptibles de valoración económica. Los bienes y los intereses poseen una naturaleza económica cuando pueden ser objeto de valoración y dicha valoración debe medirse de una manera objetiva, o sea, independientemente de la postura o actitud del sujeto con respecto a los bienes en cuestión.

Sin embargo, nuestro legislador ha reconocido en ciertos casos — muy especiales la actitud del sujeto frente a la relación obligatoria, — es decir, nuestro legislador ha tutelado aspectos no objetivos, sino — subjetivos; tal es el caso contemplado en el artículo 143 del Código Civil para el Distrito Federal, en donde se habla, al regular los esponsales, de una indemnización a título de reparación moral, pero que necesariamente se reduce a una valoración pecuniaria, es decir a un pago de pesos que fijará el juez prudentemente en cada caso, teniendo en cuenta los recursos del culpable y la gravedad del perjuicio causado al inocente.

Asimismo, nuestro legislador en el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, prevenía el supuesto de que la víctima de un hecho ilícito —fuente de obligaciones— o de su familia, en caso de que aquella falleciera, independientemente de los daños y perjuicios, — el juez podía acordar una indemnización equitativa, a título de reparación moral que pagará necesariamente el responsable del hecho ilícito. — Pero en dicho precepto se agregaba, que dicha indemnización no podía — exceder de la tercera parte del importe de la responsabilidad civil. — Sin embargo, con la reciente reforma (E3) al artículo que se comenta, — se definió lo que debe entenderse por daño moral, sosteniendo el legislador que es "la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, —

(E3) Publicada en el Diario Oficial del 31 de diciembre de 1982.

afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, consideración y aspecto físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás".

Espero, el propio precepto establece que cuando un hecho u omisión produzcan un daño moral, el responsable tendrá la obligación de repararlo mediante el pago de una indemnización en dinero, independientemente del daño material, ya sea por responsabilidad contractual o extra contractual. Esta misma obligación la tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva en los términos del artículo 1913, así como el Estado y sus funcionarios conforme al artículo 1928, ambos del propio Código Civil para el Distrito Federal. La acción de reparación que se ejercite al respecto, no es transmisible a terceros por acto entre vivos, y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida. Ahora bien, como muestra de la afirmación hecha en el sentido de la forzosa patrimonialidad de la obligación, aun y cuando el interés pueda ser de otra índole, el mismo precepto dispone que el monto de la indemnización la determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral -continúa preceptuando el citado artículo- haya afectado el decoro, honor, reputación o consideración de la víctima, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable la publicación de un extracto de la sentencia, a través de los medios informativos que considere convenientes. En el supuesto de que el daño deriva de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que el extracto de la sentencia tenga la misma difusión.

Es decir, que si bien algún aspecto subjetivo como puede ser afectivo, moral, espiritual, religioso, sentimental, filosófico, científico, etc., pueden ser integrantes y componentes del patrimonio, en caso de ser trastocados o conculcados dichos aspectos subjetivos, éstos necesariamente tendrán que ser evaluados económicamente para otorgar, en todo caso un sucedáneo, al ser reclamados por la víctima o por los herederos de éste último, con la condición de que aquél haya intentado la acción en vida. Así también, lo mismo puede afirmarse para el supuesto previsto en el artículo 2116 del propio ordenamiento en cita; es decir, que si bien no se alega que un aspecto puramente subjetivo pueda ser integrante de un patrimonio, en caso de ser éste perturbado, nece-

sariamente tendrá que evaluarse el aspecto subjetivo en una cantidad en dinero, en un aspecto pecuniario, que será un sustitutivo que ingresará al patrimonio de la víctima -o de sus herederos- en lugar del aspecto -subjetivo.

La reforma realizada al artículo 2116 del Código Civil para el Distrito Federal, consistió en suprimir la evaluación que se hacía de la indemnización, ya que dicho precepto disponía que "el aumento...no podrá exceder de una tercera parte del valor común de la cosa". Situación que desapareció con la reforma, pues tal artículo actualmente dispone que "el aumento que por estas causas se haga, se determinará conforme a lo dispuesto por el artículo 1916".

La relación jurídica es un vínculo ideal o intelectual entre el deudor y el acreedor, que sólo crea la norma de derecho.

La relación jurídica obligatoria origina dos facultades de distinto orden en el acreedor: facultad de recibir o de obtener y facultad de exigir. A su vez el débito u obligación impone dos situaciones jurídicas diversas: el deber jurídico del deudor, y la responsabilidad patrimonial para el caso de incumplimiento en el deudor o en tercera persona. Ahora bien, la facultad de recibir u obtener en el acreedor, es totalmente diferente de la facultad de exigir. En este orden de ideas, puede existir relación jurídica por la simple facultad de obtener aun cuando no exista facultad de exigir; tal es el supuesto de las obligaciones naturales en las que el acreedor puede recibir el pago, pero no exigirlo mediante la acción en juicio. Ahora bien, el acreedor podrá excitar el órgano jurisdiccional exigiendo su prestación, y si el demandado hace pago o se allana a la pretensión del acreedor, éste habrá logrado su objetivo, aun y cuando en estricto derecho no tenía acción para demandar, pues en todo caso compete al demandado oponer la excepción de prescripción, caducidad, falta de acción, etc., puesto que en nuestra práctica forense dichas situaciones no operan de oficio, sino que tienen que hacerse valer en juicio. Y si bien el deudor hace pago llano de lo que adeuda, ya sea que haya sido requerido judicial o extrajudicialmente para el pago, en tratándose de obligaciones naturales, no podrá ni tendrá acción para reclamar lo pagado, en base a la soluti restitio, puesto que era algo que él debía conforme a derecho.

Por tanto, no es necesario en la relación jurídica obligacional que exista la nota coactiva.

No se podría explicar el carácter de relaciones jurídicas de las obligaciones naturales, si no fuera porque el derecho protege el interés del acreedor para recibir y retener lo pagado; pero en caso de que el acreedor accione ante el órgano jurisdiccional competente, corresponderá al deudor demandado oponer las excepciones respectivas. Es decir, - la falta de acción para exigir el cumplimiento de una obligación, no es obstáculo para excitar al órgano jurisdiccional, puesto que en todo caso el demandado deberá oponerse con fundamento en las excepciones correspondientes.

En la noción tradicional de obligación se manifiestan los elementos deber de prestación y responsabilidad patrimonial. Sin embargo, no debe prescindirse de que esa noción ha sufrido en los últimos años, un proceso de modernización, que necesariamente vendría a modificar, en gran parte, sus términos.

Ya hemos estudiado que la obligación se descompone en dos fases lógicas y cronológicas: de un lado está el débito (Schuld), de otro, la responsabilidad (Haftung).

El primer momento lógico de la obligación estaría constituido por el puro débito, o sea, por el deber del deudor, al que corresponde una legítima expectativa del acreedor; tal débito realiza una relación entre personas.

El segundo momento lógico estaría constituido por la responsabilidad que consiste en un estado de sujeción (de cosas), al que corresponde un verdadero derecho subjetivo del acreedor de hacer valer esta sujeción; ese momento sobreviene en el caso de eventual incumplimiento del deber de prestación, y se resolvería en una relación entre patrimonios, en el sentido de que, a diferencia de los derechos antiguos, en el derecho moderno, el deudor no responde con su persona.

CAPITULO II.

CLASIFICACION DE LAS OBLIGACIONES.

1.- SEGUN SUS FUENTES.

La fuente de la obligación es el hecho que le da nacimiento. Los romanos denominaban causa a la fuente de la obligación, pero en la actualidad causa no significa la fuente, sino el por qué de la obligación.

Se llama "fuente" de una obligación al hecho que la produce. De esta forma la obligación tiene por fuente un contrato si resulta de las estipulaciones de una compraventa o arrendamiento; tiene por fuente un delito si proviene del daño causado por la falta de una persona a un deber jurídico. De tal suerte que la indicación de la fuente sirve para caracterizar a la obligación; se dice por ejemplo, obligación contractual, obligación delictuosa. Este modo de clasificación es, según los jurisconsultos romanos, la summa divisio.

Para clasificar las obligaciones se puede atender a diversos puntos de vista de acuerdo a los autores que tratan el tema, por lo que se puede afirmar que existen tantas clasificaciones de las obligaciones como tantos autores que abordan el tema. Sin embargo, es famosa la clasificación que en España hace Sánchez Román y la prolija clasificación de Justín Tobeñas (84).

Originalmente, en la época clásica del Derecho Romano, los juristas sólo conocían dos fuentes de las obligaciones de derecho civil, a saber: el contrato y el delito.

De esta forma, Gayo en sus Instituciones (85) presenta una clasificación bipartita de las fuentes de las obligaciones, al manifestar — que "toda obligación nace de un contrato o de un delito" (86), obra que fue redactada para sus estudiantes en el siglo II de nuestra era.

Sin embargo, el Digesto de Justiniano recoge dos fragmentos de otra obra de Gayo, Res Cottidianae, en la que propone una clasificación tripartita y otra cuatrigartita. En cuanto a la clasificación tripartita, ha sido agregada una categoría nebulosamente definida a las obligaciones contractuales y a las obligaciones delictuales: "obligationes — aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio (per delito), aut proprie —

(84) CASTAN TORRES J., Derecho Civil, T. II, pp. 16 y sig.

(85) Inst. IV, 88.

(86) Omnis obligatio vel ex contractu nascitur, vel ex delicto.

quodam jure ex variis causarum figuris"; las variae causarum figurae — son los diversos negocios jurídicos que no tienen cabida en la referida clasificación bipartita. Por lo que hace a la clasificación cuatripartita, a las obligaciones nacidas de los contratos y de los delitos, el — texto atribuido a Gayo agrega aquellas en virtud de las cuales los deudores quasi ex contractu teneri videntur, y quasi ex maleficio teneri: es decir, parecen estar obligados como por un contrato o como por un delito, respectivamente.

No obstante lo anterior, no es posible que Gayo, sumamente preciso y diligente, haya propuesto tres clasificaciones diferentes. El texto de las Instituciones, que contiene la clasificación bipartita, nos — ha llegado directamente, sin alteración alguna, por lo que se puede afirmar que esta clasificación bipartita es la de Gayo y los jurisconsultos clásicos romanos. Por otra parte los dos fragmentos de las Res Cōtidianae nos ha llegado indirectamente por el Digesto, y es sabido que, para poner en armonía los textos clásicos con el derecho de su época, — Justiniano los interpoló en ocasiones. Espero, es probable que, en el — primero de los fragmentos citados en el Digesto, Gayo agregara a la clasificación bipartita las obligaciones resultantes del derecho honorario o pretorio, que en la época clásica, gozaba de gran autoridad al lado — de la ley. Por lo tanto, hay que restablecer así el texto original: aut pretorio jure ex variis causarum figuris. Por lo que se refiere al segundo fragmento, éste fue interpolado por la adjucción de las categorías nuevas, para ponerlo acorde con el derecho de la época.

De acuerdo con la opinión de los hermanos Mazeaud (87), Justiniano no quiso afirmar que existieran dos géneros distintos de negocios jurídicos, los cuasicontratos y los cuasidelitos, sino que solo ha agrupado las obligaciones que nacen de negocios diversos que se parecen a algunos contratos o que se parecen a algunos delitos. Y de acuerdo con dichos tratadistas (88), fueron los comentaristas bizantinos y los de la Edad Media, quienes dieron a la referida clasificación un rigor que notentía, al pretender que se encontraban cuatro categorías de obligaciones, a saber: los contratos, los cuasicontratos, los delitos y los cuasidelitos. Veían el rasgo común de los cuasidelitos en la culpa no intencional, opuesta a la culpa intencional que constituye el delito. Fue a partir del momento en que los juristas admitieron junto con Domat, y

(87) MAZEAUD LEON, HENRI y JEAN, Lecciones de Derecho Civil, Parte Segunda, Vol. I, p. 60.

(88) Idem.

siguiendo a los canonistas, que toda culpa compromete la responsabilidad de su autor, los delitos y cuasidelitos formaron desde entonces una sola categoría.

Ahora bien, según Planiol (89), todas las obligaciones se derivan únicamente de dos fuentes: el contrato y la ley.

En ausencia del contrato, la única causa del nacimiento de las obligaciones es la ley, puesto que si el deudor está obligado, no es por que lo haya deseado, ni siquiera ha pensado en ello, y aun en el supuesto de que lo hubiera deseado su voluntad sería impotente para obligarlo, ya que ésta sería aislada y no respondería a la de su acreedor; por tanto, si la obligación existe, se debe únicamente a que el legislador lo desee. En consecuencia, la fuente de todas las obligaciones no convencionales es la ley; son obligaciones legales. Sin embargo, este criterio tan simplista no satisface los fines científicos de la clasificación.

Solo que dicha voluntad del legislador nunca es arbitraria y caprichosa, pues cuando crea una obligación nunca es injusta, sino que — hay siempre, en la persona del acreedor, o en su patrimonio, una circunstancia que hace necesaria su creación y que consiste en una lesión injusta de su parte, que se trata de evitar, si aun es futura, o de reparar si ya se actualizó.

Por su parte Pothier (90) propone la siguiente clasificación: — a) los contratos; b) los delitos y cuasidelitos; c) cuasicontratos; — d) la ley. Es decir, agregó a la lista las obligaciones legales.

Posteriormente se afirmó la existencia de otra fuente de obligaciones: la promesa unilateral de voluntad. Y de esta forma se llega a la siguiente clasificación:

I.- Fuentes Voluntarias: contrato y promesa unilateral de voluntad.

II.- Fuentes no Voluntarias: delito y cuasidelito, cuasicontrato, ley (*strictu sensu*).

Sin embargo, el problema de las fuentes de las obligaciones no ha recibido todavía, en el estado actual de la ciencia jurídica, una solución unánime.

Por otra parte el problema de las fuentes de las obligaciones ha

(89) Citado por CASTAN TOBEÑAS J., Derecho Civil, T. II, p. 53.

(90) Citado por MAZEAUD, HENRI y JEAN, Lecciones..., Parte Segunda, Vol. I, p. 50.

provocado una profunda discrepancia en la doctrina, proponiéndose por los tratadistas varios criterios sobre el particular. De acuerdo con Puig Peña (91) tales criterios se pueden clasificar en:

I.- Doctrinas Unilaterales. Entre las que se cuentan:

a) La que considera a la voluntad humana como la fuente única de las obligaciones. Esta tesis, que deriva del gran principio de la soberanía de la voluntad, pretende hacer valer que el único elemento que puede determinar el origen de una obligación es la voluntad humana, — pues aun en las denominadas obligaciones legales hay siempre una voluntad implícita que la motiva y la funda. De conformidad con esta tesis, — la ley, que parece imponer el derecho, no hace mas que presumir, para sancionarlo, un contrato tácito. O sea, que es siempre la voluntad la que engendra la obligación, la cual, si es conforme a la ley, producirá el contrato y cuasicontrato, y si es contraria a la misma, el delito y cuasidelito.

Esta doctrina tiene dos variantes, a saber:

1.- La que afirma que la fuente única de las obligaciones es la voluntad concordada expresa o tácita, y

2.- La que sostiene que es simplemente la voluntad unilateral.

b) La que considera a la ley como la única fuente de las obligaciones. De acuerdo con esta tendencia, en toda obligación encontramos siempre un hecho que actúa como presupuesto necesario para su nacimiento. Solo que este hecho, por sí solo, es impotente para crearla, pues — necesita de la norma jurídica para que pueda desplegar su eficacia en la vida del Derecho. Por lo tanto, definitivamente es la ley la única — fuente de las obligaciones, que las creará directamente, fortalecerá la potencia vinculante del contrato o establecerá la necesidad de responder, a consecuencia de la realización de determinados hechos.

II.- Doctrinas Bipartitas. Estas han sido recibidas con mayor — fortuna que las anteriores; entre las principales tesis bipartitas de las fuentes de las obligaciones, son dignas de mencionarse:

a) La doctrina que considera como fuente de las obligaciones únicamente a la voluntad y a la ley. Quizá sea ésta la tesis que ha recibido mejor acogida por los tratadistas. Su principal representante es Planiol, para quien, en ausencia de contrato, el nacimiento de una obligación no puede tener otra causa que la ley. Desde luego, que el legislador —según dicho autor— no crea caprichosamente una obligación, sino — (91) PUIG PEÑA FEDERICO, Tratado de Derecho Civil Español, T. IV, Vol. I, pp. 126-131.

que la establece cuando trata de evitar una lesión injusta para el patrimonio o persona del acreedor (obligaciones legales de la clasificación corriente y la obligación impuesta al gestor de negocios de continuar su obra) o de reparar una lesión ya inferida (éstas son las delictuales o nacidas de daños causados dolosamente, las cuasidelictuales — cuando media culpa del gestor, y las cuasicontractuales fundadas en el enriquecimiento sin causa).

Dicha doctrina ha sido criticada teniendo en cuenta que no establece un mismo fundamento a los dos términos de la clasificación, ya — que si bien en el primero atiende al hecho tomando en consideración por la voluntad legislativa (contrato), en cambio, en el segundo se refiere a esta misma voluntad, no a los supuestos de hecho que la determinan.

b) Las doctrinas que consideran fuente de las obligaciones a la voluntad encaminada a hacerlas nacer o a otros hechos naturales o humanos en los que la voluntad no se dirige a crear el vínculo. Son representantes de esta doctrina Pacchioni, Magliero.

III.- Doctrinas de contenido amplio. Como sostiene Demogue y — Castán Tobeñas, las teorías simplistas esclarecen poco la materia y son poco fecundas en sus consecuencias prácticas. Por tal razón los tratadistas intentan una reconstrucción de la teoría de las fuentes de las — obligaciones con base en una enumeración amplia, como la tradicional, — pero enfocada desde otro punto de vista. El que parece más completo es el que atiende a la intervención de las voluntades privadas, la cual — produce importantes consecuencias, principalmente en materia de capacidad. Siguiendo esta tendencia, Demogue establece la siguiente clasificación de las fuentes de las obligaciones: a) el contrato; b) la voluntad unilateral del deudor; c) los actos ilícitos; d) la voluntad del acreedor (cuasicontratos); e) el simple hecho (obligaciones ex re, llamadas — comúnmente legales).

Por otra parte, primeramente debemos de ubicar al derecho de las obligaciones en el amplio horizonte del Derecho Civil, para lo cual atenderemos a la definición que de éste último nos da Francesco Messineo (92), quien sostiene que el Derecho Civil es la rama del Derecho Privado que se refiere al hombre como persona, como miembro de un grupo familiar y como sujeto de una actividad económica en un plano de explotación —derechos reales— o de colaboración —derechos personales—, en vida o para después de su muerte —sucesiones—. Por lo que el Derecho de las—

(92) MESSINEO FRANCESCO, citado por López Menroy José de Jesús, Apuntes de Cátedra.

Obligaciones queda comprendido en el plano de colaboración; sin embargo, en toda relación humana puede surgir un conflicto de interés, en el que puede haber una posición de arreglo o de estallo.

En el presente apartado estudiaremos las fuentes de las obligaciones de conformidad con nuestra legislación, es decir, atendiendo a las establecidas como tales en nuestro Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal (93) pero lógicamente, esto no implica que se ignoren otras fuentes de obligaciones que mas adelante se comentarán. En lo sucesivo al referirnos al ordenamiento jurídico antes citado, únicamente se mencionará como Código Civil.

En Derecho Mexicano son fuente de obligaciones:

- 1.- El contrato;
- 2.- La declaración unilateral de voluntad;
- 3.- El enriquecimiento ilegítimo;
- 4.- La gestión de negocios;
- 5.- Los hechos ilícitos, y
- 6.- El riesgo creado.

A continuación haremos una breve referencia a cada una de las citadas fuentes de las obligaciones.

1.- El Contrato es un acuerdo de voluntades en virtud del cual - una o ambas partes se obliga u obligan a determinada conducta.

De acuerdo con Bruggi (94) por contrato debe entenderse la manifestación concorde de la voluntad de dos personas, una de las cuales - promete y la otra acepta una prestación.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1793 del Código Civil, los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contrato.

El contrato es un acto de voluntad que tiene la finalidad de - crear y transmitir derechos y obligaciones. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1792 de nuestro Código Civil, el contrato es un convenio strictu sensu.

Según Colin y Capitant (95) "el contrato o convenio es un acuer-

(93) Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 26 de marzo de 1928, en vigor a partir del 1° de octubre de 1932, según decreto publicado en el mismo Diario el día 1° de septiembre de 1932.

(94) BRUGGI BRUGGIO, Instituciones de Derecho Civil, p. 286.

(95) COLIN Y CAPITANT, citado por Manuel Borja Soriano, Teoría General de las Obligaciones, p. 111.

do de dos o varias voluntades en vista de producir efectos jurídicos. - Contratando, las partes pueden tener por fin, sea crear una relación de derecho; crear o transmitir un derecho real o dar nacimiento a obligaciones; sea modificar una relación preexistente; sea en fin extinguirla ..."

El contrato es el instrumento característico de la colaboración voluntaria que sirve de base a la vida económica de las naciones. Del contrato pueden surgir relaciones jurídicas de cualquier género y del más variado contenido. En reconocimiento al postulado del principio de la autonomía de la voluntad, nuestro ordenamiento civil atribuye, en su artículo 1832, a las partes contratantes la facultad de obligarse en la manera y términos que aparezca que cada uno quiso obligarse. Es decir, se reconoce la posibilidad de que cada persona, al manifestar libremente su voluntad, pueda ser el tutor más eficaz de sus propios intereses- (96).

En el presente trabajo sólo se mencionaran brevemente los elementos de existencia y los requisitos de validez del contrato, pues el agotar el estudio de cada uno de ellos rebasa el objetivo de la presente exposición.

Son elementos de existencia del contrato, de acuerdo con el artículo 1794 del Código Civil, los siguientes:

I.- Consentimiento;

II.- Objeto que pueda ser materia del contrato.

Pero en ciertas ocasiones la forma elevada al carácter de solemnidad, también es elemento de existencia en los contratos. Así lo disponen expresamente los artículos 1796 y 1832 del Código Civil. Es decir, hay ciertos casos en que para la existencia del contrato, es necesario que el consentimiento revista determinada forma establecida por la ley.

I.- El consentimiento es el acuerdo o concurso de dos o más voluntades sobre la creación o transmisión de derechos y obligaciones, — siendo necesario que estas voluntades tengan una manifestación exterior.

Sin embargo, nuestro legislador previene supuestos en que el silencio de las partes produce efectos jurídicos; tales supuestos se con-

(96) El principio de la autonomía de la voluntad se puede expresar, como la facultad que tienen los individuos de celebrar los actos jurídicos que deseen sin contravenir las normas de orden público y las buenas costumbres.

templán en los artículos 2547 y 1669 del Código Civil.

El primero de los artículos a comento dispone expresamente en su segundo párrafo:

"...El mandato que implica el ejercicio de una profesión se presume aceptado cuando es conferido a personas que ofrecen al público el ejercicio de su profesión, por el solo hecho de que no lo rehusen dentro de los siguientes tres días..."

Es decir, el mandato conferido a profesionales que ofrecen sus servicios al público, se entenderá aceptado si no lo rehusan expresamente dentro de los siguientes tres días.

Por su parte el segundo de los artículos a comento, refiriéndose a la aceptación y repudiación de la herencia, dispone:

"Cuando alguno tuviere interés en que el heredero declare si acepta o repudia la herencia, podrá pedir, pasados nueve días de la apertura de ésta, que el juez fije al heredero un plazo, que no excederá de un mes, para que dentro de él haga su declaración, apercibido de que si no lo hace se tendrá la herencia por aceptada".

Este precepto alude a lo que el Profesor Trabucchi denomina "actio interrogatoria" (97), la cual consiste en que cualquier interesado en que un heredero declare si acepta o repudia la herencia, podrá solicitar al juez competente que le fije a éste un plazo dentro del cual deberá declarar si la acepta o la repudia. A diferencia de nuestra legislación, en Derecho Italiano, el silencio equivale a la repudiación de la herencia.

Otro supuesto en donde también se le atribuyen efectos jurídicos al silencio de las partes, se contiene en el artículo 107 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, al disponer que los cuenta-habientes de un banco, al no objetar el informe mensual que les rinde la institución de crédito, se entiende que con su silencio la aprueban.

Interesante resulta determinar el momento en que se integra el consentimiento, observando las diversas hipótesis que puedan presentarse, es decir, entre personas presentes o ausentes, otorgándose o no plazo (98), atendiendo a las diversas teorías que sobre el particular se han creado, a saber, la teoría de la declaración, de la expedición, de la recepción y de la información. Nuestro legislador adoptó la teoría -

(97) TRABUCCHI ALBERTO, Instituciones..., T. II, p. 443.

(98) Artículos 1804 a 1811 del Código Civil.

de la recepción como regla general, conforme al artículo 1807 del Código Civil, el cual dispone:

"El contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación, estando ligado por su oferta según los artículos precedentes".

La excepción se registra al legislar sobre el contrato de donación. En efecto, el artículo 2340 del Código Civil dispone:

"La donación es perfecta desde que el donatario la acepta y hace saber la aceptación al donador".

Es decir, en tratándose del contrato de donación, nuestro legislador siguió la teoría de la inferencia.

Quien hace un breve estudio de las teorías relativas a la formación e integración del consentimiento, es el Profesor Borja Soriano, — cuya obra se recomienda consultar sobre el particular (99).

Por su parte el Código de Comercio adoptó el sistema de la teoría de la expedición, pues en el artículo 80 de dicho ordenamiento preceptúa:

"Los contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que esta fuere modificada..."

II.- El objeto. El término objeto tiene dos significados en materia contractual:

a) Objeto directo del contrato, que es el crear y transmitir derechos y obligaciones. Aquí más que objeto podría hablarse de objetivo y es al que se refiere el artículo 1793 del Código Civil.

b) Objeto indirecto es la conducta que debe cumplir el deudor, — conducta que puede ser de tres maneras: de dar, de hacer y de no hacer. El objeto indirecto del contrato es el objeto de las obligaciones creadas por el contrato. A este objeto se refiere el artículo 1824 del Código Civil, al disponer:

"Son objeto de los contratos:

I.- La cosa que el obligado debe dar;

II.- El hecho que el obligado debe hacer o no hacer".

De acuerdo con el artículo 2011 del Código Civil, cuando el contrato crea una conducta que tiene por objeto que el deudor dé una cosa, puede dicha prestación revestir diversas hipótesis, a saber:

(99) BORJA SORIANO MANUEL, Teoría General de las Obligaciones, pp. 125-126.

- a) Traslación del dominio de cosa cierta;
- b) Enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta;
- c) Restitución de cosa ajena;
- d) Pago de cosa debida.

Ahora bien, este objeto del contrato debe reunir ciertas cualidades, a saber:

a) Que el objeto exista en la naturaleza. Es decir, que la cosa para que pueda ser objeto de contrato debe existir en la naturaleza o ser susceptible de existir.

b) Que el objeto sea determinado o determinable en cuanto a su especie.

De acuerdo con el artículo 2014 del Código Civil, las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la transmisión de la propiedad se verifica ipso iure, por el solo efecto del contrato sin necesidad de tradición.

Un objeto es determinado cuando se individualiza; un objeto es determinable cuando lo conocemos por sus características de peso, de medida, de género, etcétera.

En tratándose de cosas indeterminadas, el artículo 2015 del Código Civil dispone, que la propiedad se transmite hasta el momento en que la cosa se hace cierta y determinada con conocimiento del acreedor.

c) Que el objeto se encuentre dentro del comercio. El objeto no puede estar dentro del comercio por dos razones, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 748 del Código Civil, a saber:

"Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley".

Y el artículo 749 del Código Civil dispone:

"Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad privada".

Ahora bien, respecto de la prestación de hechos y de abstención de realizar cierto hecho, el artículo 1827 del Código Civil dispone:

"El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser:

I.- Posible;

II.- Lícito.

Un hecho es factible si puede realizarse de acuerdo a las leyes de la naturaleza. Es decir, todo aquello que podamos realizar.

De conformidad con el artículo 1830 del Código Civil, un hecho—

es lícito si no contraria las leyes de orden público ni las buenas costumbres.

III.- Solemnidad. Generalmente el contrato requiere de dos elementos de existencia -consentimiento y objeto-, pero excepcionalmente -la ley establece para algunos contratos -por ejemplo, el matrimonio- un elemento más, que consiste en la solemnidad, es decir, que el consentimiento deba expresarse en la forma que la ley lo establece; el contrato debe de formalizarse para su existencia, pues de lo contrario, el contrato sería inexistente.

La solemnidad es el conjunto de elementos exteriores, que deben de reunir la voluntad de los contratantes y que la ley exige para la existencia del acto.

Son requisitos de validez del contrato, de acuerdo con el artículo 1795 del Código Civil:

I.- Capacidad. Las partes que celebran el contrato deben ser capaces.

La capacidad es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones y hacerlos valer.

La capacidad, atributo de la personalidad, se divide en:

a) Capacidad de goce. Es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones.

b) Capacidad de ejercicio. Es la aptitud jurídica de ejercitar y hacer valer los derechos y obligaciones que se tengan.

El artículo 450 del Código Civil establece las personas que tienen incapacidad natural y legal:

I.- Los menores de edad;

II.- Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad aun cuando tengan intervalos lúcidos;

III.- Los sordomudos que no saben leer ni escribir;

IV.- Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes.

Este precepto alude a la incapacidad de ejercicio, sin embargo -hay otros casos contenidos en nuestro Código Civil, como los contenidos en los artículos 174, 175 y 176 de dicho ordenamiento, en donde se estipula que los cónyuges necesitan autorización judicial para contratar entre ellos, excepto cuando el contrato sea el de mandato para pleitos y cobranzas o para actos de administración; asimismo, se requiere de dicha autorización para que el cónyuge sea fiador de su consorte o se o-

bligie solidariamente con él, en asuntos que sean de interés exclusivo de éste, salvo cuando se trate de otorgar caución para que el otro obtenga su libertad y el contrato de compraventa sólo lo pueden celebrar los cónyuges cuando el matrimonio esté sujeto al régimen de separación de bienes.

Nuestra regla general se encuentra contenida en el artículo 1798 del Código Civil, el cual dispone:

"Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas — por la ley".

Y de acuerdo con el artículo 1795 del propio ordenamiento en cita, la incapacidad de las partes contratantes o de una sola de ellas — produce la nulidad del acto.

Ahora bien, la nulidad por causa de incapacidad, sólo puede ser invocada por quien ha sufrido dicho vicio del consentimiento.

Finalmente, la incapacidad de cualquiera de los contratantes o — de ambos, produce la nulidad relativa de dicho acto jurídico, es decir la anulabilidad.

II.- La voluntad de las partes contratantes no debe de estar viciada.

Es menester que las voluntades que integran el consentimiento no sufran vicio alguno, ya que es suficiente con que una de ellas lo esté — para que el consentimiento también resulte viciado.

Son vicios del consentimiento todo aquel elemento que interviene en la integración de éste, privando al sujeto del conocimiento de la — realidad o de la libertad para decidir.

Nuestro legislador solo reconoce como vicios del consentimiento — al error, la violencia y el dolo, de acuerdo con el artículo 1812 del — Código Civil.

Trabuochi sostiene que existen vicios del consentimiento cuando — existe un contraste entre la voluntad internamente formada y aquella — que fue emitida (100).

En tales casos el Derecho interviene otorgando a la víctima una — acción de anulabilidad, pero porque la voluntad se formó de una manera — viciada, no porque haya faltado dicha voluntad. Lo mismo sucede con el — error y el dolo, que actúan más sobre la libertad, sobre el conocimien — to de los elementos que indujeron al sujeto a otorgar el contrato...

Tradicionalmente se han considerado como vicios del consentimien — to el error, el dolo, la mala fe, la violencia y la lesión.

(100) TRABUCCHI ALBERTO, Instituciones..., T. I, pp. 167-168.

El error es una falsa representación de la realidad que concurre a determinar la voluntad del sujeto. Es una creencia no conforme con la realidad, con la verdad.

Para que del error sobrevenga la nulidad del contrato, es necesario que se reúnan los siguientes requisitos:

- a) Que sea un error esencial del motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los contratantes;
- b) Se necesita que ese ánimo haya sido exteriorizado, manifestado por una declaración o por las circunstancias en que el contrato se celebró.

De acuerdo con el artículo 1813 del Código Civil, existen dos — clases de error; de hecho y de derecho. El error de derecho consiste en el falso conocimiento o ignorancia de la norma que determinó la voluntad del sujeto. En nuestra legislación, conforme al artículo 21 del ordenamiento legal citado, el error de derecho no puede ser invocado para sustraerse al mandato de la ley, ya que la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento —error iuris non excusat—, pues de lo contrario, ante la fácil excusa de la ignorancia las leyes no serían nunca aplicables. De acuerdo con la autorizada opinión de Trabucchi (101), el falso conocimiento de la ley que determinó una formación errónea de la voluntad, sí puede hacerse valer y, por lo tanto, anular los efectos jurídicos del negocio mismo. Tal es el caso en que Ticio compra un terreno a Caio para construir un edificio, desconociendo que en dicha localidad existe una prohibición de elevar edificaciones de más de cinco metros, — por razones de defensa militar. Si Ticio edifica sin limitación de altura, la autoridad militar le puede constreñir a demoler su construcción y no podrá argumentar que desconocía la ley, pero le cabe la posibilidad de solicitar la anulabilidad de la compraventa, porque si hubiera conocido la prohibición, no lo hubiera adquirido.

Ahora bien, el error puede presentar tres grados de gravedad, a saber:

a) Error indiferente, que es aquel que recae sobre cualidades secundarias del objeto, sobre motivos no determinantes de la voluntad. Este error no invalida el contrato, porque la ley no dispone que produzca su nulidad.

b) Error nulidad, que es aquel que recae sobre aspectos determinantes del contrato, suficientes para nulificar el contrato.

A este error también se le denomina error-motivo, indicando con esta terminología que el falso conocimiento influye sobre la determinación, motivos o fines del sujeto.

c) Error obstáculo, que es aquel error que se refiere a un elemento esencial de los contratantes que impide se integre el consentimiento. Este error, también llamado error in negotio, se presenta cuando cada una de las partes que pretenden celebrar un contrato, cae en el error de creer que celebran un contrato diverso al que piensa celebrar la otra.

Finalmente, de acuerdo con el artículo 2228 del Código Civil, el error produce la nulidad relativa del acto jurídico.

Hay violencia -dispone el artículo 1819 del Código Civil- cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.

En realidad lo que vicia el consentimiento es el temor, la intimidación, ya física ya moral.

Para que la violencia opere como vicio de la voluntad, es necesario:

- a) Que sea determinante la violencia en la contratación;
- b) La violencia debe de ser injusta.

Conforme al artículo 1818 del Código Civil, es nulo el contrato celebrado por violencia, ya provenga ésta de uno de los contratantes, ya de un tercero, interesado o no en el contrato. Es decir, la violencia de un tercero anula el contrato, tenga o no interés en dicho acto jurídico.

La violencia o intimidación produce, según lo dispone el artículo 2228 del Código Civil, la nulidad relativa del acto jurídico. Y de acuerdo con el 2230 del propio ordenamiento, dicha nulidad solo podrá ser invocada por quien la ha sufrido, es decir, por la víctima de la violencia. El acto viciado por violencia o intimidación podrá ser confirmado cuando cese el referido vicio del consentimiento, siempre que no concorra otra causa que invalide la confirmación. Ahora bien, conforme al artículo 2237 del Código Civil, la acción para demandar la nulidad del acto viciado por violencia o intimidación prescribe a los seis meses, contados desde que cese el vicio del consentimiento.

La lesión es el perjuicio que un contratante experimenta, cuando

en un contrato conmutativo no recibe de la otra parte un valor igual o equilibrado al de la prestación que suministra. Por lo tanto, dicho perjuicio se presenta por la desigualdad de los valores de ambas prestaciones, es decir, la esencia de la lesión es la desproporción de las prestaciones entre las partes contratantes.

La sanción para un acto viciado por lesión, de acuerdo con el artículo 17 del Código Civil, es el derecho que tiene el perjudicado para demandar la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, mas daños y perjuicios. Este derecho prescribe en un año.

Ahora bien, según nuestro Código Civil dispone en su artículo -- 2228 que, sólo podrá ser invocada la lesión por quien ha sufrido dicho vicio del consentimiento.

Para un mejor estudio de este vicio del consentimiento, inclusive antes de la reforma publicada en el Diario Oficial el 27 de diciembre de 1983, véase la obra del Profesor Borja Soriano (102).

Respecto al dolo o mala fe, nuestro legislador previno en el artículo 1816, que el dolo o mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquélla --una de las partes--, anulan el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico.

El dolo es cualquier sugestión, artificio o maquinación que un contratante o un tercero, emplea para inducir a error a su co-contratante o a un contratante, para con ello obtener su consentimiento.

La mala fe se presenta al incurrir un contratante en error y se le mantiene en él por su co-contratante, para con ello obtener su consentimiento.

Para Borja Soriano (103) el dolo y la mala fe no son vicios del consentimiento, sino que la ley los considera como causa de error. Y de acuerdo con Dias Ferreira (104) "el dolo y la mala fe, tienen los mismos efectos jurídicos, distinguiéndose apenas en que el dolo es, por -- así decirlo, activo y la mala fe pasiva".

El dolo que vicia al acto jurídico es el dolus malus, al cual hemos hecho referencia y que es frecuente en el mundo del comercio, el cual hay que diferenciarlo del dolus bonus, consistente en aquellas exaltaciones publicitarias de la propia mercadería toleradas y admitidas en la vida comercial.

Si el dolo produce un error que es causa determinante del contra

(102) BORJA SORIANO MANUEL, Teoría General de las Obligaciones, p. 237.

(103) *Ibidem*, p. 220.

(104) *Idem*.

to que se celebró, éste es anulable, ya que así lo determina nuestro legislador al disponer expresamente el artículo 2228 del Código Civil, — que el dolo produce la nulidad relativa. Esta nulidad solo podrá invocarse por quien ha sufrido este vicio del consentimiento.

III.- Un objeto, motivo o fin ilícito.

La ilicitud en el objeto no es un elemento de existencia, es un requisito de validez, ya que no obstante que sea ilícito no deja de ser un objeto posible.

El hecho que debe prestar el deudor o la abstención que debe observar, además de ser posible debe de ser lícito, entendiéndose por licitud (105), todo aquello que va conforme a las normas de orden público y a las buenas costumbres.

El motivo o fin lícito es la razón variable de persona a persona que induce a la celebración del acto jurídico.

Por otra parte la causa constituye un caso especial entre los elementos esenciales y de validez; la causa ha sido y es un elemento muy discutido en la formación de los contratos, de tal suerte que se trata de determinar si es un elemento de existencia o requisito de validez o si es irrelevante para tales aspectos del negocio jurídico. Con motivo de este elemento se han elaborado interesantes y diferentes teorías, — una llamada causalista y otra llamada anticausalista (106).

De acuerdo con el artículo 2225 del Código Civil, la ilicitud — en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, — ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley.

Del artículo a comento se desprende que para saber si un acto cuyo objeto, motivo o condición son ilícitos, es nulo o anulable será necesario precisar qué es lo que la ley dispone sobre el particular.

El artículo 2226 del Código Civil nos indica las características de la nulidad absoluta, a saber:

- a) No desaparece por confirmación o prescripción, y
- b) Puede hacerse valer por todo interesado

El artículo 2227 del referido ordenamiento establece el criterio para saber cuando estaremos frente a una nulidad relativa, según el cual ésta se dará si no se reúnen todos los caracteres que son propios de la nulidad absoluta.

Por otra parte el artículo 2228 del propio ordenamiento en cita-

(105) De acuerdo con el artículo 1830 del Código Civil.

(106) Véase BORJA SORIANO MANUEL, Teoría General de las Obligaciones, — pp. 159 y sigs.

estipula que, la falta de forma que la ley establece, siempre que no se trate de actos solemnes, la incapacidad y los vicios de la voluntad producen siempre la nulidad relativa del acto. Por lo tanto, la nulidad es relativa:

a) Cuando la acción de nulidad no reúne todas las características propias de la acción de nulidad absoluta, y

b) Cuando proviene de incapacidad, vicios de la voluntad o falta de formalidades propias del acto, no tratándose de actos solemnes.

Luego entonces, la ilicitud en el objeto, motive o fin provocara la nulidad absoluta del acto jurídico de que se trate.

IV.- El consentimiento se debe manifestar en la forma que la ley establece.

En cuanto a la forma que debe revestir la declaración o manifestación de voluntad, los actos se clasifican en:

a) Acto solemne. Es aquel que por disposición de la ley, la voluntad de las partes debe de ser declarada preclusivamente en la forma que el derecho ha establecido.

En este tipo de actos, la solemnidad se eleva a la categoría de elemento esencial, de tal suerte que al faltar este requisito, el contrato será inexistente. En los actos solemnes, la forma del acto ha sido establecida ad substantiam, o sea, la forma de la declaración integra la substancia de la voluntad.

b) Acto formal. En esta clase de actos, la ley ha establecido como requisito para la eficacia del acto, es decir, que la voluntad se declare con la formalidad requerida; ahora bien, si bien es cierto que si las partes no cumplen con dicha formalidad, el acto adolece de nulidad-relativa (107), es inválido, pero no obstante si la voluntad de las partes ha quedado constante de manera indubitable y no se trate de un acto revocable, cualquier interesado podrá exigir que el acto se otorgue en la forma prevista por la ley (108). Para efecto de ejercitar la acción de otorgamiento y firma de escritura, el Código Adjetivo preceptúa que el perjudicado por falta de título legal tiene acción para exigir que el obligado le extienda el documento correspondiente (109).

En tratándose de estos actos, la ausencia de la formalidad estipulada por la ley, no afecta a la existencia o sustancia de la voluntad solamente interesa a su exteriorización; por lo tanto, se dice que las-

{107} Artículo 2226 del Código Civil.

{108} Artículo 2232 del Código Civil.

{109} Artículo 27 del Código de Procedimientos Civiles.

simples formalidades se han establecido ad probationem.

c) Acto consensual. Es aquel en que el consentimiento se integra válidamente por el solo acuerdo de las voluntades de las partes, sin — que sea necesario exteriorizarlo en una forma determinada por la ley.

El acto produce todos sus efectos cualquiera que haya sido la — forma de exteriorizar la voluntad, sea cual fueren los medios empleados, siempre que estén encaminados a dar a conocer en manera directa e indubitable la voluntad de las partes.

Esta especie de actos son los que predominan en el tráfico jurídico moderno, ya que "en los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, salvo los casos expresamente designados por la ley" (110). En este mismo sentido, — "los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley" (111).

Por otra parte, de acuerdo con la opinión del Profesor López Monroy (112), el acto jurídico consiste en un cambio de juricidad, y en dicho cambio existen presupuestos y elementos.

Los presupuestos son aquellas hipótesis que el legislador exige que acompañen al cambio de juricidad, por lo que éstos son:

- a) El sujeto. Que se refiere a la capacidad, que es la posibilidad de ser sujeto de derechos y obligaciones y hacerlos valer.
- b) El objeto. Que se refiere a la comercialidad, entendiéndose — por ésta la idoneidad del bien para ser objeto de una relación jurídica.
- c) Legitimación. Que alude a la posición del sujeto frente al objeto.

Los elementos son aquellos que producen el cambio de juricidad, — por lo que éstos son:

- a) Elemento psicológico que es la voluntad.
- b) Elemento económico que es la causa —fin de cada parte para — realizar el contrato —fin concreto— o causa del contrato —fin abstracto—.
- d) Elemento físico es la expresión formal, que puede ser escrita o verbal.

(110) Artículo 1832 del Código Civil.

(111) Artículo 1796 del Código Civil.

(112) LÓPEZ MONROY JOSE DE JESUS, Apuntes de Cátedra.

2.- La declaración unilateral de voluntad. Es la manifestación de voluntad que crea en su autor la necesidad de conservarse en aptitud de cumplir por si o por otro voluntariamente una prestación, en favor de un tercero que eventualmente puede llegar a existir, y en tal caso a aceptar.

Nuestro legislador reguló los siguientes casos de declaración unilateral de voluntad:

- a) Ofertas al público;
- b) Estipulación en favor de un tercero;
- c) Documentos civiles a la orden o al portador;
- d) Promesa de recompensa, y
- e) El testamento.

Algunos autores no reconocen en el testamento una fuente de obligaciones, sosteniendo que más que crear obligaciones, crea derechos como el de suceder el patrimonio perteneciente al de cuius.

La promesa unilateral tenía un campo muy limitado en el Derecho Romano. Sólo existía como tal, la promesa hecha al Estado y al Municipio (pollicitatio) o a un templo (votum). En tales casos, tenía la característica de que, aunque no se hubiera aceptado, de todos modos daba nacimiento a una obligación.

Reconocida la declaración unilateral y aceptada en Roma en estos únicos supuestos, hoy en la actualidad tiene una eficacia limitada a los casos expresamente admitidos en la ley. Sobre el particular los artículos 1860, 1866, 1869 y 1873 del Código Civil son explícitos. La promesa unilateral no puede considerarse como un tipo genérico de fuente de obligaciones, a diferencia de lo que acontece con el contrato (113).

La oferta al público de objetos en determinado precio, obliga al oferente a sostener su ofrecimiento (114).

El oferente quedará obligado a favor de quien llene determinada condición o desempeñe cierto servicio, supuesto en el cual quien reúna tales requisitos podrá exigir el pago de la recompensa ofrecida (115).

Ahora bien, antes de prestado el servicio o cumplida la condición, podrá el oferente revocar su oferta, siempre y cuando la revocación se haga con la misma publicidad que el ofrecimiento. Empero, quien compruebe haber hecho erogaciones para prestar el servicio o cumplir la condición, tiene derecho a ser reembolsado (116).

(113) Artículo 1793 del Código Civil.

(114) Artículo 1860 del Código Civil.

(115) Artículos 1861 y 1862 del Código Civil.

(116) Artículo 1863 del Código Civil.

Si se hubiere señalado plazo para la ejecución de la obra, el oferente no podrá revocarla sino hasta llegado el término señalado, por lo tanto estará obligado durante el plazo con quien reuna la condición o preste el servicio (117).

En tratándose de una promesa de recompensa, para quienes llenen ciertas condiciones, es requisito esencial que se fije un plazo (118).

En todo caso el promitente tiene derecho a designar la persona a quien o quienes de los concursantes se otorgue la recompensa (119).

De acuerdo con Trabucchi (120), es necesario distinguir "la promesa hecha al público" de la "oferta al público". Promesa hecha al público es la promesa de una prestación unilateral que se hará en una determinada circunstancia, sin que sea necesaria la formación de un contrato; en tanto, que la oferta al público es la propuesta in incertam personam para concluir un contrato; es decir, es únicamente un elemento de un contrato futuro que se perfeccionará con la aceptación, tal y como acontece en las llamadas subastas o remates.

Asimismo, debemos de diferenciar la promesa de la oferta al público, consistiendo esta en que, en la promesa basta hacer algo para exigir, mientras que en la segunda hay que aceptarla.

La estipulación a favor de tercero es una cláusula en virtud de la cual en un contrato, un contratante declara que la otra parte contratante, prometa realizar determinada prestación a favor de otro. Es decir, la estipulación a favor de un tercero es un convenio entre dos partes, que lo celebran con la finalidad única de beneficiar a un tercero, es un contrato por virtud del cual, un contratante (estipulante) estipula con su co-contratante (promitente) que éste realizara determinada prestación a favor de un tercero.

Obviamente el contrato es válido entre quienes lo celebran, y por lo tanto, se confiere al tercero, salvo pacto expreso en contrario, una acción directa para exigir el cumplimiento de la prestación a que se comprometió el promitente. Asimismo, se confiere al estipulante el derecho de exigir del promitente el cumplimiento de la prestación a favor del tercero (121).

Es decir, los contratantes pueden convenir expresamente en que solo el estipulante podrá exigir el cumplimiento de la obligación, o

(117) Artículo 1864 del Código Civil.

(118) Artículo 1866 del Código Civil.

(119) Artículo 1867 del Código Civil.

(120) TRABUCCHI ALBERTO, Instituciones..., T. II, p. 225.

(121) Artículo 1868 del Código Civil.

por el contrario, se puede convenir expresamente en que solo el tercero podrá exigir el cumplimiento de la estipulación hecha a su favor.

El derecho del tercero nace de la estipulación en el momento de perfeccionarse el contrato, y desde entonces, aun sin saberlo el tercero adquiere una acción directa que ingresa a su patrimonio (122). Los contratantes conservan la facultad de imponer al derecho del tercero — las modalidades que juzguen convenientes.

Lógicamente el tercero puede rehusar la prestación estipulada a su favor, y en este supuesto el derecho se considera como no nacido. Es pues, la estipulación a favor de tercero, una vez aceptada por éste, — una excepción al principio de que "lo hecho por unos no puede beneficiar ni perjudicar a otros" (123).

Ahora bien, la estipulación puede ser revocada mientras el tercero no haya manifestado su voluntad de aceptarla (124), en tal supuesto el derecho se considera como no nacido. El derecho se habrá adquirido por el tercero, aun cuando este lo ignore, pero se habrá adquirido a título de derecho revocable. El derecho de revocación pertenece al estipulante, empero, en el contrato podrá pactarse que se requiera el consentimiento de ambos contratantes.

De conformidad con el artículo 1872 del Código Civil, el promitente podrá oponer al tercero, salvo pacto en contrario, las excepciones derivadas del contrato, porque la obligación nace en el contrato.

La fuente de obligación del promitente para con el tercero, es la voluntad unilateral del estipulante, la cual no es de carácter contractual, sin dejar de reconocer que esta obligación nace en el contrato celebrado entre el promitente y el estipulante.

Títulos de crédito a la orden y al portador. Dentro de la fuente de obligaciones declaración unilateral de voluntad, nuestro Código Civil en sus artículos 1873 a 1881 reglamentó a los documentos civiles p^ublados a la orden y al portador como fuente de obligaciones.

El Derecho Comercial designa bajo el nombre de títulos negociables, títulos de crédito que, redactados en una forma determinada por la ley (nominativos, a la orden, al portador) circulan más fácilmente que los créditos ordinarios.

Los títulos nominativos se transmiten por medio de un traspaso — inscrito en un registro del deudor.

(122) Artículo 1869 del Código Civil.

(123) Res inter alios acta aliis neque nocere, neque potesse potest.

(124) Artículo 1871 del Código Civil.

Los títulos a la orden se transmiten por endoso, que es una mención inscrita al dorso del documento.

Los títulos al portador se transmiten por la simple tradición de ellos.

Ahora bien, nuestro Código Civil de 1928 entró en vigor el 1° de octubre de 1932; la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito fue expedida el 26 de agosto de 1932 y publicada en el Diario Oficial el 27 de agosto del mismo año, disponiendo el artículo 1° transitorio de la propia Ley, que ésta entraría en vigor el día 15 de septiembre de 1932.

Por su parte el artículo 3° transitorio de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito textualmente dispone: "Quedan abrogados los artículos 337, 339, 340 al 357; 365 al 370; 449 al 575; 605 al 634 y 1044, fracción I, del Código de Comercio del 15 de septiembre de 1889 y las leyes de 29 de noviembre de 1897 y de 4 de junio de 1902. -Se derogan todas las demás leyes y disposiciones que se opongan a la presente..."

De lo dispuesto por dicho artículo transitorio se desprende claramente, que la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito derogó las disposiciones del Código Civil, referente a la materia de los títulos de crédito; es decir, las disposiciones del Código Civil relativas a los títulos de crédito nunca entraron en vigor.

Por su parte el artículo 1° de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito dispone claramente que "Son cosas mercantiles los títulos de crédito. Su emisión, expedición, endoso, aval o aceptación, y las demás operaciones que en ellos se consignen, son actos de comercio..."

El testamento. De acuerdo con el artículo 1295 del Código Civil, el "Testamento es un acto personalísimo revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte".

Sin embargo, de acuerdo con la opinión del Profesor López Monroy (125), a dicho precepto le falta señalar dos elementos más, que son: el ser un acto jurídico unilateral y autónomo.

El testamento es un acto autónomo pues es el ejercicio de la voluntad, pero no tiene un camino libre ya que se encuentra regulado por el Código Civil. A través del testamento el testador quiere seguir un camino distinto al establecido por el legislador; esta es la finalidad-

del testamento. Puede suceder que el testamento coincida con las disposiciones de la sucesión legítima, pero esta no es la finalidad del testamento. Es el testamento un acto jurídico unilateral, en virtud de que éste no es el resultado de un acuerdo de voluntades.

3.- Enriquecimiento ilegítimo. Esta clase de cuasicontrato fue conocida en el Derecho Romano, en donde su esencia y matices fue consagrada, pues en el Digesto (126) con toda razón se estipuló que: "Es de justicia natural que nadie se enriquezca a costa de otro".

Nuestro legislador estableció en el artículo 1882 del Código Civil la noción del enriquecimiento ilegítimo al disponer que "el que sin causa se enriquece en detrimento de otro, está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida que él se ha enriquecido".

Toda atribución o desplazamiento patrimonial para que sea lícito debe fundarse en una causa o razón de ser que la ley considere justas.- Por tanto, cuando una atribución o desplazamiento patrimonial no se encuentre fundado en una causa justa, el beneficiado deberá restituir al atribuyente el valor del enriquecimiento.

De acuerdo con lo anteriormente manifestado, los presupuestos del enriquecimiento sin causa son los siguientes:

- a) El enriquecimiento de una persona;
- b) El empobrecimiento de otra persona;
- c) Ausencia de una causa justificativa del enriquecimiento;
- d) Relación de causa y efecto entre el enriquecimiento y el empobrecimiento.

Pero ¿qué debe de entenderse por enriquecimiento? Por enriquecimiento debe de entenderse toda ventaja, utilidad o provecho que una persona haya recibido. Y de conformidad con nuestra noción de patrimonio (127) ya comentada, consideramos que dicho enriquecimiento puede ser patrimonial o económico, así como también de naturaleza no patrimonial (moral, afectivo, espiritual, etc.), pero únicamente en la medida en que impliquen consecuencias pecuniarias, es decir, que trasciendan al patrimonio de tal forma que sea apreciable o susceptible de apreciación económica. Es decir, que por enriquecimiento debemos de entender toda ventaja apreciable o susceptible de apreciación económica, sea o no intrínsecamente de naturaleza patrimonial.

Además, es necesario que el enriquecimiento se deba "a costa de otro". Al enriquecimiento de una persona debe ser correlativo al empobrecimiento.

(126) D.12.6.14.

(127) Páginas 31 y siguientes.

brecimiento de otra persona.

Asimismo, el empobrecimiento debe de ser una pérdida pecuniariamente apreciable, pues el perjuicio puramente moral y no apreciable en dinero no debe de considerarse como empobrecimiento, para los efectos de excitar el órgano jurisdiccional competente, mediante la acción de enriquecimiento. Debe de existir entre el enriquecimiento y el empobrecimiento, una relación igual a la que existe entre causa y efecto.

Finalmente es necesario, para que se presente el enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones, que dicho enriquecimiento sea injustificado, es decir, no basta que una persona se enriquezca a costa de otra, sino que es menester que falte una justa causa en que se encuentre fundado el enriquecimiento. Por lo tanto, el eje de la teoría del enriquecimiento sin causa, se encuentra en el tránsito sin causa de un valor económico de un patrimonio a otro. Por causa justa debe entenderse aquella situación jurídica que autoriza, conforme a la ley, al beneficiario de la atribución para recibir ésta y conservarla.

La acción que corresponde a aquella persona que se empobreció, se le denomina y se le denominó desde el Derecho Romano, actio in rem verso. Sobre el particular el artículo 26 del Código de Procedimientos Civiles estipula:

"El enriquecimiento sin causa de una parte, con detrimento de otra, presta mérito al perjudicado para ejercitar la acción de indemnización en la medida en que aquélla se enriqueció".

De acuerdo con este precepto la acción de enriquecimiento sin causa, tiene en principio un carácter puramente indemnizatorio. Pero no necesariamente debemos de distinguir si quien se enriqueció procedió con buena o mala fe.

Nuestro legislador introdujo dentro del propio capítulo relativo al enriquecimiento ilegítimo, la figura denominada "pago de lo indebido", la cual en el fondo es una modalidad de aquella fuente de las obligaciones. Es decir, el enriquecimiento ilegítimo es el género y el pago de lo indebido es una especie. Por otra parte, el pago hecho a sabiendas de que la deuda saldada no existe, no puede reclamarse, pues jurídicamente deberá de considerarse como una donación (128). Pero si se realiza el pago de una obligación que ya haya prescrito, aun y cuando sea por error, no se tiene acción para repetir; sobre el particular el propio artículo 1894 del Código Civil, abunda sobre el particular, incluyendo un deber moral, con base en la retentio soluti, es decir, en la (128) Artículo 1892 del Código Civil.

retención del pago en atención a la simple razón de que dicha prestación se debía.

En cuanto a la prescripción de repetición de lo pagado indebidamente, la ley distingue dos supuestos (129), a saber:

a) Que se conozca el error que originó el pago. En cuya hipótesis la acción prescribirá en un año desde que el error se conoció.

b) Que se desconozca el error que originó el pago. En cuyo supuesto la acción prescribirá en cinco años, contados desde la fecha en que se realizó el pago, la cual deberá hacerse valer en vía de excepción perentoria en contra de la pretensión del actor.

El propio Digesto (130) regula casuísticamente ambas figuras: enriquecimiento ilegítimo y pago de lo indebido, estipulando que "lo indebido que se paga por error debe repetirse en sí mismo o en su valor".

Como ya se afirmó, el enriquecimiento ilegítimo es el género y el pago de lo indebido es una especie, sólo que éste se refiere exclusivamente a prestaciones de cosas ciertas y determinadas, en donde no hay causa, en tanto que aquel se refiere en general a prestaciones de dar, hacer o no hacer.

Todo pago supone un débito y lo que se paga sin que fuera debido debe ser restituido. Este principio es la base del derecho de repetir lo indebidamente pagado. Por lo tanto, el pago no tendrá justificación causal, cuando el "accipiens" no fuera acreedor o cuando el "solvens" no tuviera la calidad de deudor.

De acuerdo con Trabucchi (131), se pueden presentar dos supuestos de pago de lo indebido, a saber:

a) Indebito oggettivo, que se presenta cuando el que nada debía pagó a quien no tenía crédito alguno, o bien, cuando el que debía cumplir una obligación paga a quien no tiene derecho al pago realizado. En este caso el accipiens obtiene un enriquecimiento, al no existir el crédito.

b) Indebito soggettivo, que tiene lugar cuando quien nada debe paga a quien es acreedor de una tercera persona. En este supuesto el crédito existía, pero quien lo paga no era el deudor.

No se reconoce el derecho a la restitución:

a) Cuando la acción ha prescrito. La acción para repetir lo pagado indebidamente prescribe en un año, a partir desde que se conoció el error que originó el pago. Pero el solo transcurso de cinco años cuenta (129) Artículo 1893 del Código Civil.

(130) D. 12.6.7.

(131) TRABUCCHI ALBERTO, Instituciones..., T. II, p. 230.

dos desde el pago de lo indebido, hace perder el derecho para reclamar su devolución.

b) Cuando la prestación no debida constituya una ofensa a las buenas costumbres o que lo entregado se hubiere hecho para la realización de un fin ilícito. En este supuesto, lo entregado indebidamente no quedará en poder del que lo recibió, sino que el 50% se destinará a la Beneficencia Pública y el otro 50% tendrá derecho de recuperarlo quien lo entregó, es decir el solvens (132).

En este caso nos encontramos ante el principio general del derecho conocido como "nemo auditur propriam turpitudinem allegans", principio que significa que la acción en justicia será rehusada al demandante cuando no puede invocar en apoyo de su demanda sino un acto inhumano efectuado por él.

Finalmente, el artículo 1894 del Código Civil estipula que quien ha pagado para cumplir una deuda prescrita o para cumplir un deber moral no tiene derecho de repetir.

4.- Gestión de negocios. "El que sin mandato y sin estar obligado a ello se encarga de un asunto de otro, debe obrar conforme a los intereses del dueño del negocio" (133).

La gestión de negocios consiste en el hecho de que una persona, llamada gestor, administre voluntariamente el negocio de otra persona, llamada dueño, sin mandato de este último.

Por lo tanto, son elementos de la gestión de negocios:

- a) Que el negocio objeto de la gestión no sea del gestor;
- b) Que el gestor obre voluntariamente;
- c) Que el gestor obre sin estar autorizado para ello.

De lo anterior se colige que la persona que cree fervientemente estar administrando sus propios negocios y que en realidad se esté ocupando de los negocios de un tercero, no se tratará de una gestión de negocios, sino de un enriquecimiento ilegítimo.

A nadie le es lícito inmiscuirse en la esfera de los intereses ajenos. Sin embargo, se admite en ciertos casos en que la intervención en el cuidado de los negocios ajenos, aunque no exista encargo del dueño, se considera ventajoso y útil. Esta es la ratio legis a la que responde la antigua negotiorum gestio que se ha considerado como fuente de obligaciones, ya sea para quien interviene en el negocio ajeno llamado gestor, o para el dueño del negocio, llamado dominus negotii.

(132) Artículo 1895 del Código Civil.

(133) Artículo 1896 del Código Civil.

De acuerdo con Trabucchi (134) esta fuente obligacional tuvo — gran importancia como consecuencia de las últimas guerras mundiales que provocaron que, por una u otra razón, muchas personas fueran obligadas a vivir en lugares diversos de aquel donde se encontraban sus negocios.

De acuerdo con el referido autor (135), son requisitos para que la gestión de negocios sea fuente de obligaciones:

- a) Que el negocio sea útil;
- b) Que el negocio no sea realizado contra la voluntad del dueño;
- c) El gestor debe de estar consiente de que se trata de un negocio ajeno;
- d) Debe tratarse de un negocio que entrañe una actividad lícita;
- e) El gestor debe tener capacidad de ejercicio.

Ahora bien, la utilidad inicial no basta con que exista en la intención del gestor; es cierto que no ha de tenerse en cuenta la utilidad del resultado, pero al menos en los comienzos se debe prever objetivamente que el dueño pudiera resultar perjudicado por la omisión o el aplazamiento de la actividad del gestor. Si apuntalé el edificio ruinoso, o curé al siervo enfermo, tendré derecho a la gestión, aunque posteriormente el edificio se hubiera destruido por un incendio o hubiera — muerto el siervo.

La gestión de negocios puede ser de dos clases:

- a) Simple. Se presenta cuando el gestor actúa en nombre propio y en interés ajeno.
- b) Representativa. Cuando se actúa por parte del gestor directamente en nombre del dueño del negocio, es decir del dominus.

Son obligaciones del gestor:

- a) El gestor debe obrar conforme a los intereses del dueño del — negocio (art. 1896 del C.C.);
- b) Debe de desempeñar su encargo con la misma diligencia que emplea en los negocios propios (art. 1897 del C.C.);
- c) Tan pronto como sea posible debe de dar aviso de su gestión — al dueño y esperar su decisión, a menos que haya peligro en la demora. — Si no fuere posible dar ese aviso el gestor debe de continuar su gestión hasta concluirla (art. 1902 del C.C.);
- d) No tiene derecho a cobrar retribución por el desempeño de la — gestión (art. 1904 del C.C.).

(134) TRABUCCHI ALBERTO, Instituciones..., T. II, p. 226.

(135) Idem.

Son responsabilidades del gestor:

a) Si no desempeñare su encargo con toda diligencia que emplea en sus negocios propios, indemnizará los daños y perjuicios que por su culpa o negligencia se irroguen al dueño de los bienes o negocios que gestione (art. 1897 del C.C.).

b) Si la gestión tiene por objeto evitar un daño inminente al dueño, el gestor no responde mas que por su dolo o de su falta grave (art. 1898 del C.C.).

c) Si la gestión se ejecuta contra la voluntad real o presunta del dueño, el gestor debe de reparar los daños y perjuicios que resulten de aquél, aunque no haya incurrido en falta (art. 1899 del C.C.).

d) El gestor responde aun del caso fortuito si ha hecho operaciones arriesgadas, aunque el dueño del negocio tuviere costumbre de hacer las; o si hubiere obrado más en interés propio que en interés del dueño del negocio (art. 1900 del C.C.).

e) Si el gestor delegare en otra persona todos o algunos de los deberes de su cargo, responderá de los actos del delegado, sin perjuicio de la obligación directa de éste para con el propietario del negocio (art. 1901 del C.C.).

Son obligaciones del dueño del negocio:

a) El dueño de un asunto que hubiere sido útilmente gestionado debe pagar los gastos necesarios que hubiere hecho el gestor en el ejercicio de su cargo y los intereses legales correspondientes (arts. 1903- y 1904 del C.C.).

b) El dueño debe de cumplir las obligaciones que el gestor haya contraído a nombre de él (art. 1904 del C.C.).

Para apreciar la utilidad o la inutilidad de los actos ejecutados por el gestor, hay que colocarse en el momento en que dichos actos se han ejecutado, sin tomar en consideración hechos posteriores. Además no debemos de confundir la utilidad jurídica del negocio con su utilidad económica.

Finalmente, la ratificación pura y simple del dueño del negocio, produce todos los efectos de un mandato. La ratificación, tiene efecto retroactivo al día en que la gestión principio (136), principie que fue sostenido desde el Derecho Romano (137).

En la gestión de negocios nos encontramos ante una situación muy similar a la de la relación jurídica que nace como consecuencia del con

(136) Artículo 1906 del Código Civil.

(137) D.50.17.60.

trato de mandato. No obstante, son diversas sus fuentes, ya que la base del mandato es un contrato, en la relación de los negocios ajenos es suficiente con que no exista oposición por parte del dueño del negocio.

El mandato representativo, la ratificación posterior del dominus y la gestión del negocio ajeno producen efectos análogos para el dominus; los dos primeros como consecuencia de la voluntad del interesado, - la tercera por disposición de la ley.

Tanto en la gestión de negocios como en el mandato, cada una de las partes, el gestor y el dueño, tienen una acción para obtener el cumplimiento de las obligaciones del otro contratante: son éstas la actio negotiorum gestorum directa a favor del dueño del negocio, y la actio negotiorum gestorum contraria, en favor del gestor.

5.- Hechos ilícitos. Corresponde estudiar al hecho ilícito como fuente de obligaciones, el cual se encuentra regulado por el artículo 1910 del Código Civil, el que con relación a los artículos 1830 y 1914 del propio ordenamiento se puede definir como, la conducta anti-jurídica, culpable y dañosa que engendra responsabilidad civil; es la violación culpable de un deber jurídico que causa daño a otro y que responsabiliza civilmente. Por lo que, son elementos característicos del hecho ilícito: a) El hecho; b) La anti-juricidad; c) La culpa, y d) El daño.

Responsabilidad civil es el nombre que toma la obligación que genera el hecho ilícito -y también el riesgo creado- y que se traduce en la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados.

Es de suma importancia subrayar que esta fuente de obligaciones tiene una gran relevancia, debido a la frecuencia con que se presenta en la vida práctica. De tal suerte que la fuente de obligaciones que se comenta, puede presentarse a propósito de todas las demás fuentes, siempre que se reúnan sus elementos característicos.

La estructura del hecho ilícito es:

a) El hecho. En la noción de hecho se comprende el comportamiento de la persona, que puede consistir en hacer -conducta positiva- o bien en no hacer -conducta negativa-, es decir, en comportamientos comisivos u omisivos, estos últimos relevantes únicamente si hay una exacta obligación jurídica de actuar, y el evento dañoso, es decir, la destrucción de una situación favorable para el sujeto.

Entre el acto y el evento debe existir un nexo de causalidad jurídicamente relevante y aquí se habla de "consecuencias inmediatas y directas" (138). Empero, de acuerdo con la autorizada opinión del Prof. (138) Artículo 1223 del Código Civil Italiano.

sor Trabucchi (139), la doctrina generalmente no toma literalmente tal expresión, la que se inclina en adoptar el concepto de la causalidad adecuada -causalidad adecuada-. Y en este término quedan comprendidas aquellas consecuencias unidas por un nexo de causalidad jurídicamente relevante, y que, en base a la común experiencia, era objetivamente presumible derivasen de la acción. Verbigracia, si Stico causa heridas a Pomponio, aquél debe pagarle a éste no solo los gastos de curación, sino también los perjuicios ocasionados por la privación de las ganancias que dejó de obtener al haber suspendido este último su trabajo. Sin embargo, Stico no tendrá la obligación de resarcirle de aquellos daños no incluidos dentro del orden normal de la "causalidad adecuada" al hecho. - Tal es el caso en que si se pudiese probar, que durante el proceso curatorio de sus lesiones, Pomponio no ha podido asistir a una entrevista o reunión que le hubiese permitido participar en un negocio extraordinario, el cual le hubiese reportado un gran beneficio, pues es evidente - que éste se excluirá del resarcimiento, precisamente por su índole singular.

En atención a la observancia de una cualitativa valoración de los varios factores causales, se pretende que el juez intervenga con su prudente arbitrio, a efecto de aceptar también aquellas consecuencias dañosas del hecho producido, y que aunque no sean consecuencia inmediatamente causado, constituyan, en una apreciación global, una necesaria e inevitable derivación del mismo, según la teoría basada en el principio de la regularidad causal.

b) La antijuricidad. Se entiende por tal a toda conducta o situación contradictoria a los establecido por las normas de derecho. Es el dato o la nota que califica a una conducta o a un hecho que transgreden lo preceptuado por la norma jurídica.

Desde luego que no todo hecho, naturalmente entendido, genera la obligación del resarcimiento. Debe de estar en contraste con un deber jurídico, y esta relación de disconformidad se expresa precisamente con el término de antijuricidad.

Existen varias especies de antijuricidad entre las que se pueden mencionar los siguientes:

I.- a) Contra norma expresa. Es toda conducta que transgreda u omite alguna norma jurídica.

b) Contra principio implícito. Son reglas que no han sido consagradas por disposición especial, pero que inspiran y presiden las soluciones (139) TRABUCCHI ALBERTO, Instituciones..., T. I, p. 218.

ciones legales; son principios de derecho cuyo quebrantamiento es también antijurídico aunque no haya norma expresa que lo establezca.

II.- a) Antijuricidad por acción. Es aquella que viola una norma prohibitiva; si la norma de derecho prohíbe realizar determinado hecho, será antijurídica su verificación o ejecución.

b) Antijuricidad por omisión. Es aquella que viola una norma dispositiva. Si las normas de derecho ordenan hacer alguna cosa o realizar alguna conducta, será antijurídica la conducta pasiva que desacata el precepto legal.

III.- a) Antijuricidad por ilícito civil. Es aquella que viola bienes individualmente protegidos y no generales; es la violación de un derecho subjetivo privado, que da lugar a la reparación del daño.

b) Antijuricidad por ilícito penal. Será hecho ilícito penal aquel que tipifica la hipótesis penal; es la violación de un derecho general y abstracto que da lugar a la aplicación de la pena.

Hay diversas clases de conductas antijurídicas según la naturaleza de la norma violada, y así encontramos fundamentalmente, junto al hecho antijurídico de carácter civil o privado, el antijurídico de derecho público cuya especie más señalada es el ilícito penal.

Asimismo, y según la categoría de normas con las cuales el comportamiento se encuentra en oposición, se distingue lo ilícito extracontractual o aquiliano del contractual.

Esta otra interesante división de las normas jurídicas es la que tiene como criterio su ámbito personal de aplicación; por tanto, a quienes obligan por tal concepto, las normas jurídicas pueden ser generales o particulares. La consecuencia del hecho ilícito que consiste en la obligación de reparar los daños y perjuicios causados, se clasifica tradicionalmente, atendiendo a su origen por la especie de norma que viola en extracontractual o aquiliana y contractual. Según Trabucchi (140), - se presenta el primero si se viola un derecho de otro a una situación jurídica tutelada de manera absoluta, esto es, contra todos los ciudadanos; se da el segundo si se viola un derecho de otro de carácter relativo. En ambos supuestos se responde mediante el resarcimiento de los daños producidos. En tales circunstancias -continúa afirmando el tratadista referido- la expresión contractual no debe inducir al error, pues en todo caso, se produce lo ilícito contractual cuando la lesión se refiere de cualquier modo a una precedente y específica relación obligatoria cualquiera que sea, a su vez la fuente de la obligación violada. De tal

(140) TRABUCCHI ALBERTO, Instituciones..., T. I, pp. 218 y 219.

suerte que si yo soy herido por una persona, ésta me responderá y quedará obligada para conmigo por su ilícito extracontractual y me debe resarcir del daño, que será determinado por una sentencia. Si posteriormente, dicha persona fuere negligente en el pago de la suma a que fue condenada responderá por su ilícito contractual, porque dicha persona en esta segunda fase, estaba ligado conmigo por una específica obligación de cumplimiento, aunque no haya habido contrato alguno entre nosotros.

Por lo tanto se dice que hay responsabilidad extracontractual, — cuando el carácter de la norma transgredida es una norma de observancia general, la ley. Si alguien viola la ley culpablemente y causa daño, incurre en responsabilidad extracontractual; a su cargo surge la necesidad de reparar los daños y perjuicios (responsabilidad civil) y el origen de esta violación es la violación de una ley, no de un contrato, por eso se dice que es responsabilidad extracontractual, fuera de contrato.

Por otra parte, la responsabilidad contractual es aquella que proviene de la transgresión de una cláusula particular, de una norma jurídica de observancia particular, de un contrato u otro acto jurídico.

En todo caso para el surgimiento de la responsabilidad civil, resulta irrelevante el carácter general o particular de la norma jurídica-violentada, pues en todo evento se producirá la consecuencia jurídica de la necesidad de indemnizar el daño producido.

Erróneamente se ha escindido la responsabilidad en las dos categorías comentadas, con el desastroso resultado de haber producido una doble reglamentación de los principios de la responsabilidad civil, ya que tanto una como la otra responden a los mismos cánones rectores. Pero aun y cuando ambas no difieren por sus efectos, éstas tienen algunas diferencias de detalle, en razón de que se generan por la violación de un distinto tipo de norma jurídica.

Por ejemplo, en la responsabilidad extracontractual no pre-existe una relación inter partes de acreedor-deudor; en tanto que en la responsabilidad contractual, existía ya entre las partes esa relación.

Por otra parte, mientras cualquier persona puede incurrir en agravio nuestro en una responsabilidad extracontractual, sólo nuestro co-contratante o aquel que ha emitido una obligación generada por acto jurídico, puede incurrir en responsabilidad contractual; esta diferencia proviene del hecho de que cualquier persona puede violar la ley, porque todos estamos obligados a observarla, en tanto que no cualquiera puede vio-

o jurídico, sino el único comprometido a observarlo, que son -
dores del mismo, llamados contratantes.

c) La culpabilidad. La culpa es un matiz o color particular de la
conducta, es una calificación del proceder humano, que se caracteriza --
porque su autor ha incurrido intencional o fortuitamente en un error de-
conducta, proveniente ya de su dolo o de su incuria o imprudencia.

De tal suerte que para que se produzca el hecho ilícito civil, --
fuente de obligaciones, es indispensable que la conducta sea errónea, --
que provenga de una falta de cuidado o negligencia, es decir, que se tra-
te de un proceder culpable, o bien de una actitud malévola o intencional.

De lo expresado anteriormente se deduce que la culpa es un tono -
específico de la conducta, diferente a la antijuricidad, pues hay conduc-
tas culpables y no antijurídicas.

La culpa puede conceptuarse como un error tal de conducta que no-
se habría cometido por una persona cuidadosa situada en las mismas cir-
cunstancias exteriores que al causante de tal conducta.

Sin embargo, es necesario discriminar la noción de culpa con la -
de dolo, pues se incurriría en un craso error el tratar de considerar a-
tales conceptos como equiparables. El dolo se presenta cuando el error -
de conducta es intencional, cometido con el deseo de producir el error -
para lo cual se despliega la conducta necesaria para tal efecto. Por o--
tra parte, hay culpa cuando el error no es intencional, sino que es eje-
cutado solo por imprudencia, negligencia, descuido o torpeza. Empero, an-
bas especies quedan involucradas dentro del concepto general de culpa ci-
vil.

En Derecho Civil se distingue el dolo de la culpa strictu sensu, -
ya que se aplica diversa sanción a una y a otra; de tal suerte que, --
mientras la responsabilidad procedente de dolo no es renunciable, sino -
que siempre es sancionada tal y como lo dispone el artículo 2106 de nues-
tro Código Civil, en tanto que la responsabilidad que emerge de un hecho
simplemente culpable, puede ser objeto de una renuncia de responsabili-
dad mediante la estipulación de una cláusula de no responsabilidad en --
tal sentido.

El acogimiento de la culpabilidad como un elemento del ilícito --
fue una conquista moral, que de esta manera permitió sancionar solo a a-
quel que pudo evitar la producción del daño, y eximir de toda responsabi-
lidad al causante accidental, al que no se puede atribuir falta alguna -

de conducta.

De esta manera se produjo una gran evolución en la responsabilidad civil, diferenciando ésta en dos grupos sumamente importantes, a saber:

a) De la sanción al causante del daño, por el solo hecho objetivo de haber participado en su producción, por lo que a tal situación se le ha denominado responsabilidad objetiva. En tal hipótesis solo se incurre en un error de conducta.

b) A la sanción solo del causante culpable, el que pudo y debió evitarlo, que incurrió en una falta de conducta; esta responsabilidad — que se funda de esta manera en un análisis de la conducta del sujeto y — por eso se llama responsabilidad subjetiva.

Puede afirmarse que formas de la culpabilidad son el dolo y la culpa en sentido estricto. Existe dolo (acto ilícito doloso), cuando la lesión jurídica es realizada con conocimiento y voluntad. Hay culpa en sentido estricto (acto culpose), cuando el acto es realizado por negligencia, imprudencia, impericia. En estas condiciones es obvio que la culpabilidad está excluida, así como la consecuente responsabilidad, cuando el evento sea independiente de la voluntad del agente, como consecuencia de una causa extraña y ajena, imprevisible e irresistible, o bien caso fortuito o fuerza mayor. Según Trabucchi (141), el caso fortuito hace referencia a un evento natural inevitable, en tanto que la fuerza mayor — también alude a los hechos humanos que se caractericen por su singular inevitabilidad. Sin embargo, los efectos jurídicos en ambos son los mismos, como causas de exclusión de la culpabilidad.

El caso fortuito o la fuerza mayor es un acontecimiento ajeno a la voluntad del deudor, impredecible o bien inevitable, al que no puede resistirse, que le impide cumplir definitiva y totalmente con la obligación asumida y que causa daños al acreedor.

Es decir, que en ocasiones el incumplimiento de una obligación no puede ser imputable al deudor, porque éste se encuentra impedido de cumplir a causa de un acontecimiento que está fuera del dominio de su voluntad, que no ha podido prever o que aun previéndolo no ha podido evitarlo.

El caso fortuito o la fuerza mayor debe constituir un obstáculo imprevisible, general —salvo cuando se trate de la ejecución de un hecho personal—, absoluto y algunas ocasiones definitivo.

(141) TRABUCCHI ALBERTO, Instituciones..., T. I, p. 222.

Imprevisibilidad. Si el hecho podía ser previsto y debían haberse tomado disposiciones para evitarlo, el deudor está en falta y por lo mismo no se presenta el caso fortuito o fuerza mayor.

Generalidad. Esta característica solo se exige de un deudor de -- prestación no personal. Es decir, no basta que la ejecución de la obligación sea imposible, es necesario que lo sea para todo el mundo.

Imposibilidad absoluta y definitiva. El caso fortuito o fuerza mayor debe dar por resultado una imposibilidad completa y definitiva y no una dificultad o un retraso de ejecución. No es suficiente, por tanto, -- que la ejecución de la prestación se haya hecho más difícil o más onerosa, en cuya hipótesis habrá desequilibrio entre las prestaciones pero no caso fortuito o fuerza mayor.

Sin embargo, existen excepciones (142) a la responsabilidad civil, no obstante que el incumplimiento se deba a caso fortuito o fuerza mayor, a saber:

- a) Si el deudor ha dado causa o ha contribuido a él;
- b) Si el deudor ha aceptado expresamente que será responsable de los daños y perjuicios que se originaren por incumplimiento, aun cuando éste se deba a caso fortuito o fuerza mayor;
- c) Cuando la ley se la impone.

Ahora bien, dicho acontecimiento puede ser un hecho natural, como por ejemplo una tempestad, una helada, un huracán, una epidemia, un terremoto, etcétera, o bien un hecho del hombre como una guerra, una huelga, un robo, un decreto de suspensión de garantías, etcétera, y el llamado "hecho del príncipe" que consiste en una orden o prohibición de la autoridad pública que imposibilita el cumplimiento de una obligación, como por ejemplo un decreto de expulsión dictado en contra de un extranjero, -- tal y como lo preceptúa el artículo 33 de nuestra Constitución Política General, en donde se faculta al Ejecutivo de la Unión a decretar el abandono de territorio nacional a un extranjero, sin previo juicio e inmediatamente, por considerarlo persona non grata.

El caso fortuito o fuerza mayor exonera la responsabilidad del -- deudor, porque el incumplimiento no proviene de su culpa, sino de un hecho ajeno al que no puede resistirse. Estrictamente se diría que más que una excluyente de responsabilidad civil, lo es del hecho ilícito, porque falta el elemento culpa.

(142) Artículo 2111 del Código Civil.

De acuerdo con nuestro Código Civil (143) los términos de "caso fortuito" y "fuerza mayor" tienen significados equivalentes, ya que nuestro legislador los menciona indistintamente y les atribuye las mismas consecuencias.

La justificación de la exoneración de responsabilidad se fundamenta, por una parte en el principio de derecho, que estipula que "a lo imposible nadie está obligado", y por otra parte, el acontecimiento imposible e irresistible, ajeno a la voluntad o participación del deudor, que le impide absolutamente cumplir con su obligación, le exonera de compromiso, extinguiéndolo por la imposibilidad de ejecución, sin responsabilidad de su parte.

Son excepciones al efecto exonerante del caso fortuito, es decir, no es excluyente de responsabilidad la fuerza mayor o caso fortuito:

a) Si el deudor asumió esa responsabilidad, comprometiéndose convencionalmente a indemnizar a su acreedor, en el supuesto que la obligación no pudiese ser cumplida por caso fortuito.

b) Si la ley le impone esa responsabilidad.

d) El daño. De acuerdo con nuestro Código Civil (144) se entiende por daño, la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación.

Entendiéndose por patrimonio la noción que de éste se ha dado en el capítulo anterior (145).

Ya que no basta una conducta antijurídica y culpable para generar obligaciones, se requiere además del daño. En tanto la acción contraria a Derecho y errónea no produzca una pérdida por otra persona, no surgirán obligaciones.

Es el daño el que establece un vínculo de derecho entre el autor del hecho ilícito y la víctima del mismo.

Y de conformidad con el ordenamiento legal referido (146) "se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación".

Por tanto, el daño es la pérdida o menoscabo de bienes que ya están en poder de la víctima, mientras que el perjuicio es la privación de

(143) Artículos 812 y 1847 del Código Civil.

(144) Artículo 2108 del Código Civil.

(145) Véase páginas 31 y siguientes.

(146) Artículo 2109 del Código Civil.

bienes que habrían de entrar al poder de la víctima y que ésta deja de percibir por efecto del acto dañoso.

Solo las consecuencias directas e inmediatas del hecho dañoso son los daños reparables; los daños resarcibles son únicamente los inmediatos directos. Además el daño debe ser cierto, es decir que se ha causado o que necesariamente deberá producirse.

La obligación de reparar los daños y perjuicios causados por un hecho ilícito, puede provenir, ya de hechos propios, ya de actos de otras personas de cuya conducta debemos responder, ya ocasionados por cosas de nuestra propiedad.

Es decir, que junto a la hipótesis normal consistente en que el daño es directamente producido por el sujeto, se encuentran particularmente reguladas algunas hipótesis de las cuales el evento dañoso es obra directa, ya de otras personas o de cosas o de animales.

Responsabilidad por hechos propios. De acuerdo con el artículo 1910 del Código Civil, cada quien responde de su propia conducta ilícita, pues tal dispositivo preceptúa que: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo".

Dicho ordenamiento llega al extremo de hacer responsables a los incapaces que causen un daño, imponiéndoles el pago de los daños y perjuicios cuando la indemnización no pudiese ser obtenida de los adultos que por ellos deban responder, en cuya hipótesis debe de demostrarse que los responsables eran capaces de entender y de querer. De acuerdo con el artículo 1911 del citado ordenamiento, el incapaz que cause daño debe repararlo, salvo que la responsabilidad recaiga en las personas de él encargado.

Responsabilidad por hechos ajenos. Hay ocasiones en que estamos obligados a reparar los daños producidos por una conducta ajena, lo que a simple vista no parece ser razonable.

Los casos previstos por nuestro Código Civil se dividen en dos grupos, a saber:

a) La indemnización de daños causados por menores de edad y otros incapacitados.

Por los incapacitados responden:

- 1.- Aquéllos que ejercen la patria potestad.
- 2.- Los directores de Colegios y Talleres.
- 3.- Los tutores.

Ahora bien, su responsabilidad proviene del hecho de que son quienes tienen el deber de cuidar y vigilar a los incapaces. El daño causado por los incapaces será una evidencia de su falta de cuidado, de su culpa que los romanos denominaron "culpa in vigilando". En dichas hipótesis el adulto bajo cuya vigilancia, custodia o dirección se encontraba el incapaz al momento de causar el hecho ilícito, deberá de indemnizar a la víctima, a menos que probare que no le fue posible evitar el daño y que ejercía la suficiente vigilancia sobre el causante, por lo que no hubo culpa que pudiese serle atribuida.

Se habla pues de una "culpa in vigilando" cuando la responsabilidad se atribuye a aquellos que están obligados a la vigilancia del incapaz. Como ha quedado establecido, esta responsabilidad de los adultos no excluye, la directa responsabilidad del menor o del incapaz legal cuando se demuestre que ellos eran capaces de entender y de querer. Por lo tanto, la responsabilidad del vigilante es subsidiaria, y respecto a las consecuencias que no deriven de su responsabilidad personal directa, el vigilante tiene derecho a ser reemplazado por la persona directamente responsable. En la llamada culpa in vigilando se admite la prueba liberatoria: aquellos que estaban obligados a la vigilancia se liberan de responsabilidad, cuando prueben no haber podido impedir el hecho.

b) La responsabilidad provocada por la conducta de empleados o representantes.

Por los empleados o representantes responden:

1.- Por los daños y perjuicios causados por operarios, indemnizan los maestros artesanos (147).

2.- Por los daños y perjuicios ocasionados por los obreros o dependientes, indemnizan los patrones y dueños de establecimientos mercantiles (148).

3.- Por los daños y perjuicios causados por los sirvientes, indemnizan los jefes de casa o los dueños de hoteles o casas de hospedaje en que trabajan (149).

4.- Por los daños y perjuicios que causen sus representantes legales, indemnizan las personas morales (150).

5.- Por los daños y perjuicios causados por sus funcionarios en atención al ejercicio de sus funciones, indemniza el Estado (151).

En los anteriores supuestos, la responsabilidad civil proviene --

(147) Art. 1923 del Código Civil. (150) Art. 1918 del Código Civil.
(148) Art. 1924 del Código Civil. (151) Art. 1928 del Código Civil.
(149) Art. 1925 del Código Civil.

del deber de elegir prudentemente a nuestros empleados, subalternos y representantes, deber que resulta incumplido cuando seleccionamos a una persona irresponsable, incompetente, torpe o imprudente. Ahora bien, la necesidad de indemnizar el daño ajeno causado por nuestro empleado, se fundamenta en la culpa en que incurrimos al escoger a dicha persona, que los romanos denominaban "culpa in eligendo". Por eso mismo quedaremos eximidos de indemnizar si no se nos pudiere atribuir ninguna culpa o negligencia. De todas suertes podremos repetir contra el causante directo del daño, por la reparación efectuada (152).

Responsabilidad por obra de las cosas. Si el daño fue causado por cosas de nuestra propiedad, necesariamente será a cargo nuestro la reparación:

- 1.- Sea que haya sido causado por un animal (153).
- 2.- Por un edificio (154).
- 3.- Por objetos caídos de una casa (155).
- 4.- U otras cosas varias.

En estos supuestos el deber de indemnizar descansa en la culpa del dueño, quien está obligado a vigilar a sus animales y a mantener sus cosas en condiciones de no dañar a los demás, y al no hacerlo así, tras-toca el principio de derecho consistente en que nadie debe causar daño a otro.

Una especie particular de hecho ilícito es el uso abusivo de los derechos, que se caracteriza porque el daño se causa al ejercitar un derecho.

Sería totalmente absurdo y anti-jurídico autorizar al titular de un derecho que aproveche sus facultades jurídicas con la única finalidad de perjudicar a un tercero. A tal situación se le considera un hecho ilícito y compromete la responsabilidad de su autor, al obligarlo a reparar los daños y perjuicios que cause. Por tanto, está prohibido ejercitar las facultades jurídicas con la única y exclusiva finalidad de causar daño a un tercero.

El problema se encuentra en definir hasta qué punto es respetable el ejercicio de los derechos subjetivos que provoque daños a un tercero y hasta qué punto es inadmisibles tal situación. Sobre el particular se presentan diversas opiniones en la Doctrina y en la Legislación; desde -

- (152) Artículo 1927 del Código Civil.
- (153) Artículo 1929 del Código Civil.
- (154) Artículo 1931 del Código Civil.
- (155) Artículo 1933 del Código Civil.

la postura totalmente individualista que postula que siempre es legítimo ejercitar el derecho, sea cual fuere su resultado, hasta aquella que limita el derecho subjetivo y lo sacrifica en beneficio del bienestar social.

De acuerdo con Josserand, las diversas corrientes legislativas sobre el particular, se han clasificado en tres grupos, a saber:

1.- Criterio individualista. Son aquellas legislaciones que no establecen límite alguno al hegemónico interés individual, y aplican el principio romano consistente en que "el que hace uso de su derecho a nadie perjudica". Por tanto, en estas legislaciones es lícito el ejercicio de los derechos aunque tenga por resultado el daño ajeno.

2.- Criterio intencional. Por otra parte existen algunas legislaciones en que se caracteriza como ilícito ejercitar un derecho con el único propósito de inferir un daño, sin beneficio para el titular. Nuestro artículo 1912 del Código Civil es un claro ejemplo de este grupo de ordenamientos jurídicos.

3.- Criterio funcional. Finalmente, hay legislaciones que consideran ilícito ejercitar el derecho desnaturalizando el fin para el que fue concedido, desvirtuando su función natural, y como ejemplo de ellas se tiene a los ordenamientos jurídicos del bloque socialista.

De lo anterior se puede afirmar que, el ejercicio de un derecho es abusivo, cuando es exclusivamente ejercitado con la intención de perjudicar a un tercero, sin obtener el titular beneficio alguno. Ejercer un derecho sin utilidad para su titular es abusar de él. Por lo tanto, quien ejerce un derecho del cual es titular con prudencia, atención y obediencia, teniendo un beneficio de él, no será responsable del daño que pueda causar a un tercero.

De acuerdo con nuestra legislación civil, habrá abuso de un derecho y, por lo tanto, el deber de indemnizar a la víctima, cuando se reúnan los dos siguientes elementos:

- a) Que el titular del derecho actúe con intención de dañar, y
- b) Que el ejercicio de su derecho no le haya significado ninguna utilidad al titular del mismo.

La responsabilidad civil es la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados por un hecho ilícito o por la creación de un riesgo. Por lo tanto, la responsabilidad civil en nuestro sistema jurídico tiene dos posibles fuentes, a saber: a) el hecho ilícito; b) el riesgo creado. La responsabilidad civil es el nombre que se da a la obligación de indem

nizar los daños y perjuicios causados por un hecho ilícito o por un riesgo creado.

La llamada responsabilidad objetiva, riesgo creado o responsabilidad sin culpa tuvo su origen en Europa en la segunda mitad del siglo pasado, precisamente con la corriente del objetivismo. Dicha doctrina no tuvo gran acogida en el Derecho Penal, pero posteriormente en el Derecho Privado, se postula la tesis de que los daños deben ser reparados por aquel cuya conducta los ocasiona, puesto que sin ella no se habrían producido. Sin embargo, a tal criterio habría que fundamentarlo en algún concepto que substituyera a la culpa, y ese concepto fue precisamente el riesgo: quien crea un riesgo de producir daños o perjuicios a otro, debe responder de la reparación de aquellos que cause, aunque no incurra en culpa alguna, aunque obre lícitamente.

La idea surgió como humanitaria respuesta a las injusticias que - la aplicación del concepto tradicional de responsabilidad, fundado en la culpa, produjo en el campo de las relaciones obrero-patronales. Esto se debió a la introducción de nuevas y complicadas maquinarias en las fábricas, que provocaban infinidad de accidentes entre los trabajadores, desconocedores de su manejo, un elevado porcentaje de ellos sufría lesiones, mutilaciones y pérdida de la vida. Sin embargo, ni la víctima, ni sus - deudos cuando ésta fallecía, podían obtener reparación alguna de los daños, porque el patrón no había incurrido en ninguna culpa, e invariablemente resultaba absuelto. Juristas como Saleilles y Josserand, no dudaron al postular que el patrimonio que debería de soportar los daños provenientes del uso del objeto peligroso, que crea riesgos de daños y que los causa, era el del que aprovechaba en su beneficio ese objeto y no el patrimonio de la víctima, y que debería de responder aunque no tuviera culpa, sino solo por el hecho de haber causado un riesgo.

De esta forma surgió un nuevo apoyo a la responsabilidad, que por fundarse en un dato externo al sujeto, se llamó responsabilidad objetiva por riesgo creado.

Por lo tanto, si el patrón o dueño de la fábrica había creado para sus obreros una nueva situación de riesgo al introducir nueva maquinaria a su empresa, peligrosa precisamente por la complejidad de su funcionamiento, por los elementos materiales que utilizaba o por su propia naturaleza, debería responder de los daños que causare aunque no incurriera en culpa alguna, sino solo por el hecho de haber provocado en su pro-

vecho esa situación peligrosa.

En este orden de ideas Trabucchi afirma (156), que se habla de -- responsabilidad objetiva en el sentido de que para ésta no se requiere -- del elemento culpa, pues dicha responsabilidad se basa en un principio -- de genérica equidad; "el que obtiene ventaja de una cosa responde tam-- bién de las desventajas".

La teoría del riesgo creado fue acogida por nuestro legislador, -- en el artículo 1913 del Código Civil que obliga al pago de daños y per-- juicios, a todo aquel que haga uso de objetos, substancias o aparatos pe-- ligrosos, ya por su velocidad, por su naturaleza explosiva o inflamable, o por la energía eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas; y-- por ello, aunque obre lícitamente, es decir, sin violar norma jurídica -- alguna y sin incurrir en falta de conducta que le fuera atribuible, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

De lo anteriormente estudiado se deduce que existen dos clases de responsabilidad civil, por el elemento o dato en que se fundamenta la necesidad de resarcir los daños, a saber:

a) Responsabilidad subjetiva proveniente de una conducta culpable, antijurídica y dañosa, que tiene por fuente el hecho ilícito y por soporte esa noción subjetiva de la culpa; y

b) La responsabilidad objetiva, que proviene de una conducta lícita, jurídica inculpable, consistente en aprovechar un objeto peligroso -- que crea el riesgo de producir daños, responsabilidad que se finca en dicho riesgo, y que por tanto se llama responsabilidad objetiva, por tener su apoyo precisamente en ese elemento externo que es el riesgo creado.

En resumen, la responsabilidad civil en nuestro sistema jurídico-- tiene dos posibles fuentes:

a) El hecho ilícito, conducta antijurídica, culpable y dañosa.

b) El riesgo creado, conducta lícita e inculpable de usar un objeto peligroso.

Corresponde estudiar los términos y alcances de la indemnización-- por responsabilidad civil. Indemnizar significa "dejar sin daño".

Existen dos formas de indemnización, a saber:

a) Aquella que tiende a borrar los efectos del hecho dañoso, restableciendo las cosas a la situación que tenían antes de producirse éste.

(156) TRABUCCHI ALBERTO, Instituciones..., Tomo I, p. 224.

Es la llamada restitutio in integrum. Coloca nuevamente a la víctima en el pleno disfrute de los derechos o intereses que fueron lesionados.

b) Aquella que tiende a proporcionar a la víctima un equivalente de los derechos o intereses afectados: el dinero. Se le pagan a la víctima los daños y perjuicios previa estimación legal de su valor.

Por otra parte y en función del daño que deberá reparar, la indemnización se clasifica en:

a) Si el daño consiste en el demérito o pérdida definitiva de los bienes o derechos de la víctima, deberá ser un sucedáneo o sustituto de aquellos que se han deteriorado o han desaparecido, es decir, compensa su depreciación o destrucción. En este supuesto estaremos frente a una indemnización compensatoria.

b) Si el daño proviene de un daño o mora en el cumplimiento de una obligación, se repara por esa mora, la cuantía será igual a las pérdidas o los perjuicios que hubiere sufrido el acreedor por el incumplimiento retardado. En cuyo caso estaremos frente a una indemnización moratoria.

La indemnización moratoria se presenta con mayor frecuencia con motivo de la responsabilidad contractual. Es más excepcional la extracontractual, que se consagra en el artículo 2104 de nuestro Código Civil, al referirse a las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones, disponiendo que quien estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios conforme a las reglas que el propio precepto establece.

No obstante lo anterior, existen excluyentes de responsabilidad, es decir, que la obligación de indemnizar no surge a cargo del causante del hecho ilícito en los siguientes supuestos:

1.- Cláusula de no responsabilidad. Que es un convenio celebrado entre el futuro causante del hecho ilícito y la futura víctima, por el cual aquel no indemnizará a ésta, en caso de que el daño se produzca.

2.- En caso de que se demuestre que el daño se produjo como consecuencia de la culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

3.- En el supuesto de que el hecho ilícito provenga de caso fortuito o fuerza mayor.

De acuerdo con los artículos 1832, 6º y 2106 del Código Civil, es permitido que una persona renuncie a ser indemnizada en caso de que le causen daños, excepto de que dichos daños hayan sido provocados dolosa-

mente, es decir con la intención de causarlos.

Sin embargo, cuando el daño no corresponde a las características del daño patrimonial, nos encontramos en presencia del daño moral.

La distinción entre daño patrimonial y daño moral no deviene de la naturaleza del derecho, bien o interés lesionado, sino del efecto o consecuencia de la lesión, del carácter de su repercusión sobre el perjudicado. De tal manera que tanto es posible que ocurra daño patrimonial como consecuencia de una lesión a un bien no patrimonial⁺, como daño moral como resultado de la ofensa a un bien material⁺⁺. De tal suerte que con motivo de un hecho ilícito o de un objeto peligroso que causa un daño material, también se puede causar un daño no económico, un daño moral.

Todo ser humano como persona tiene la posibilidad de ser titular de derechos; ahora bien, todo individuo, en cuanto tal, goza de ciertos derechos, denominados esenciales, que tienden a garantizar las razones fundamentales de su vida y el desenvolvimiento y desarrollo físico y moral de su existencia. Estos derechos suelen también ser denominados derechos de la personalidad -porque tienen por objeto un modo de ser de la misma persona-, algunos de los cuales son originarios, en cuanto surgen al nacer el sujeto (por ejemplo, el status de hijo habido en matrimonio); otros se adquieren con posterioridad (como el derecho al nombre).

A los derechos esenciales originarios también suele denominarseles "derechos innatos", por estimarse que existen con anterioridad a su reconocimiento jurídico. Sobre el particular debemos de recordar, conforme a los artículos 22 y 1314 del Código Civil, la protección que la ley ejerce desde el momento en que una persona es concebida.

Sin embargo, los derechos de la personalidad carecen de naturaleza patrimonial, son absolutos erga omnes, intransmisibles, imprescriptibles e irrenunciables.

La inestimabilidad del bien lesionado constituye la esencia del daño moral, pero no es una característica definitiva, ya que "...no es el dinero, ni una cosa comercialmente reducida a dinero, sino el dolor, el espanto, la emoción, la vergüenza, la injuria física o moral, en general una dolorosa sensación experimentada por la persona, atribuyendo a

+.- Por ejemplo, el cuerpo humano que tiene una existencia concreta es objeto de derecho no patrimonial.

++.- Verbigracia, el supuesto del artículo 2116 del Código Civil.

la palabra dolor el mas amplio significado" (157).

Por otra parte, el daño moral es el efecto no patrimonial de la lesión de derecho, y no la propia lesión abstractamente considerada. De esta forma los efectos del daño pueden ser patrimoniales o no, de lo que se desprende la división de los daños en patrimoniales y no patrimoniales. No cabe distinguir entre daño material y moral, porque la causa del daño es una. La consecuencia del daño es la que puede revestir carácter patrimonial o no patrimonial.

Daño moral es la reacción psicológica frente al daño, son los dolores físicos y morales que el hombre experimenta debido a la lesión. -- Verbigracia, el cuerpo humano es un bien no patrimonial, y a pesar de -- ello las lesiones que le causen pueden inferir daño al patrimonio, cuando repercute en detrimento de la actividad, para lo cual nos remitiríamos a la Tabla de Valuación de Incapacidades Permanentes de la Ley Federal del Trabajo.

La mayor dificultad del daño moral es precisamente el hecho de no encontrar correspondencia en el criterio valorativo patrimonial, pues el daño material nunca es irreparable, ya que ocurrido se debe restablecer a la situación anterior, y cuando ello fuere imposible, en el pago de daños y perjuicios. Con los daños no patrimoniales, todas las dificultades se presentan, dada la diversidad de los perjuicios que envuelven y, que solo tienen de común la característica negativa de no ser patrimoniales. Y es precisamente esa diversidad la que nos señala uno de los puntos de distinción entre los daños no patrimoniales y los daños patrimoniales, - que tienen carácter homogéneo, e imponen la mayor variedad en los medios de reparación. De lo expuesto surge un problema que la categoría de los daños patrimoniales no tienen necesidad de enfrentar y que consiste en - indagar si conviene recurrir a otra forma de tutela jurídica de los bienes inmateriales, a saber: la pena.

Son relaciones entre pena e indemnización, las siguientes:

a) La pena toma en cuenta la culpa del delincuente, en tanto que la indemnización tiene a reparar el daño.

b) La pena es inseparable de la persona del delincuente; la indemnización no lo es del causante del daño.

c) Si la indemnización tuviera carácter penal, la indemnización - no sería transmisible a los herederos del perjudicado.

(157) MINOZZI, citado por DE AGUILAR DIAS JOSE, Tratado de la Responsabilidad Civil, p. 373.

d) El responsable del daño no está sujeto a pena, pero sí a indemnización.

e) La pena puede ser conmutada en otro castigo, si el delincuente no la puede satisfacer, en tanto que la obligación de indemnizar subsiste aún en ese caso.

Ciertamente, en presencia de los daños extra-patrimoniales, cuando es posible restituir las cosas al statu quo, esto es, en presencia de la posibilidad de la reparación natural, como en tratándose de una lesión corporal. Empero, si la reparación se tiene que hacer en dinero, abundar los puntos de contacto entre la indemnización y la pena. Por tanto, la indemnización puede desempeñar un papel múltiple, de pena, de satisfacción y de equivalencia. De tal suerte que el pago de una suma a título de satisfacción ocupa un lugar intermedio entre la indemnización y la pena. Con aquella, comparte el fin esencial de representar una prestación impuesta a favor y en consideración del perjudicado; con ésta tiene de común el implicar un mal para el indemnizante.

El daño moral puede ser definido, en consecuencia, de la siguiente manera: es la afectación a una persona en sus derechos de la personalidad, independientemente de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual, con motivo de un hecho ilícito o de un riesgo creado, y que la ley considere para responsabilizar a su autor.

El viernes treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y dos, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, un Decreto que reformó los artículos 1916 y 2116 y adicionó un artículo 1916 bis al Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, disposiciones que entraron en vigor, de acuerdo con el artículo único transitorio, al día siguiente de su publicación en dicho medio de publicación.

Dichos preceptos estipulan:

Art. 1916.- Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño ma-

terial, tanto en responsabilidad contractual, como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus funcionarios conforme al artículo 1928, ambas disposiciones del presente Código.

La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto — entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida. El monto de la indemnización la determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Quando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original.

Anteriormente sólo se beneficiaba a la víctima de un hecho ilícito, o de su familia si aquella fallecía, y la indemnización a título de reparación moral no podía exceder de la tercera parte del importe de la responsabilidad civil. Esta disposición no era aplicable al Estado en el caso previsto en el artículo 1928 del propio ordenamiento a comento.

Sin embargo, esta reforma provocó entre los medios de información un total rechazo y repudiación, pues argumentaban los encargados de dichos medios, que con tal estipulación prácticamente se anulaba la libre expresión e información, por lo que se dió en denominarla "ley mordaza".

Empero, atendiendo a dichas peticiones y críticas se creó el artículo 1916 bis, el cual estipula:

Artículo 1916 bis.- No estará obligado a la reparación del daño moral, quien ejerza sus derechos de opinión, crítica, expresión e información, en los términos y con las limitaciones de los artículos 6º y 7º de la Constitución General de la República.

En todo caso quien demande la reparación del daño moral, por responsabilidad contractual deberá acreditar plenamente la ilicitud de la -

conducta del demandado y el daño que directamente le hubiere causado tal conducta.

Por su parte el artículo 2116 del propio ordenamiento quedó como sigue:

Artículo 2116.- Al fijar el valor y deterioro de una cosa no se atenderá al precio estimativo o de afecto, a no ser que se pruebe que el responsable destruyó o deterioró la cosa con objeto de lastimar los sentimientos o afectos del dueño; el aumento que por estas causas se haga, se determinará conforme a lo dispuesto por el artículo 1916.

Este precepto se modificó únicamente en lo que se refiere a la forma de indemnizar, pues anteriormente existía el límite de no poder exceder de la tercera parte del valor común de la cosa.

Asimismo, otro de los preceptos del Código Civil que previene el daño moral es el relativo a los esponsales. De acuerdo con el artículo 139 del Ordenamiento en cita "la promesa de matrimonio que se hace por escrito y es aceptada, constituye los esponsales".

Y el tercer párrafo del artículo 143 del multicitado ordenamiento establece:

"...También pagará el prometido que sin causa grave falte a su compromiso una indemnización a título de reparación moral, cuando por la duración del noviazgo, la intimidad establecida entre los prometidos, la publicidad de las relaciones, la proximidad del matrimonio u otras causas semejantes, el rompimiento de los esponsales cause un grave daño a la reputación del prometido inocente..."

En cada caso, la indemnización será prudentemente fijada por el juez, atendiendo a los recursos del prometido culpable y la gravedad del perjuicio causado al inocente.

En el ordenamiento que ya prevenía la reparación del daño moral, es sin duda el artículo 30 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, en su fracción II, el cual estipula:

Artículo 30.- La reparación del daño comprende:

...II.- La indemnización del daño material y moral causado a la víctima o a su familia.

En este caso, la reparación será fijada por los jueces, según el daño que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el

proceso y atendiendo a la capacidad económica del obligado.

Corresponde estudiar, por tratarse de una cláusula de responsabilidad, la cláusula penal, que es la determinación convencional del alcance de la indemnización que deberá de pagarse como pena, si una de las partes incumple con sus deberes jurídicos y causa daño a la otra.

A diferencia de la cláusula de no responsabilidad, el legislador-reglamenta en forma completa la cláusula penal o pena convencional en los artículos 1840 al 1850 del Código Civil.

Dicha pena convencional es estipulada para el caso de que la obligación no se cumpla en la manera convenida por las partes. Si tal estipulación se hace, no podrán reclamarse además daños y perjuicios.

La estipulación de la pena convencional es sumamente útil, porque en todo caso el perjudicado por el incumplimiento de una obligación, en la especie la víctima del hecho ilícito contractual, no tendrá necesidad de demostrar que sufrió esos daños, ni obligación de probar cual es la cuantía de los mismos, puesto que dicho monto fue previamente fijado de antemano por los contratantes.

Ahora bien, existe un límite legal para la cláusula penal, consistente en que ésta no debe de exceder en valor y cuantía a la obligación principal, pues en tal caso será nula la demasía pactada por los contratantes. El importe reclamable debe de ser en proporción al incumplimiento observado por la parte que ha incumplido con su obligación.

Si la pena convenida es la indemnización por el incumplimiento total de la obligación asumida, al producirse dicho incumplimiento, la víctima podrá exigir el pago de la pena convencional; pero no podrá acumular además, la pretensión de que se cumpla la obligación. Si por el contrario, la pena ha sido convenida como una indemnización por la mora, es decir por el retardo en el cumplimiento de la obligación o porque ésta no se preste en la forma convenida, entonces si es posible reclamar el cumplimiento de la obligación más el pago de la cláusula penal.

Por tanto, la cláusula penal desempeña una doble función, a saber:

- a) Sancionar el incumplimiento o cumplimiento inadecuado de la obligación.
- b) Evaluar anticipadamente los daños y perjuicios que pudieren ocasionarse por el incumplimiento de cualquiera de las partes.

Cabe hacer en este momento una importante reflexión respecto a -- las fuentes de las obligaciones, ya que hasta este punto solo se han estudiado las fuentes que nuestro legislador contempla, pero que no pueden ignorarse otras situaciones que son también creadoras de obligaciones -- perfectamente válidas.

Por ejemplo, en Derecho Romano existían dos figuras que a pesar - de crear obligaciones, no eran consideradas por los jurisconsultos y por la jurisprudencia como tales. Estas figuras eran la pollicitatio y el vo tum, que eran ofertas hechas por justa causa a un municipio, ciudad o a un templo respectivamente. Estas figuras tenían la característica de que, aunque no se hubieran aceptado, de todas suertes surgían obligaciones. - Esto se debió fundamentalmente a que la doctrina antigua nunca quiso reconocer la obligatoriedad de promesas unilaterales dirigidas a personas inciertas.

Sin embargo, creemos, siguiendo el criterio del Profesor Ignacio Galindo Garfias (157), que por fuentes de las obligaciones debe entenderse se todos aquellos hechos y actos jurídicos en general a los que la ley o torga consecuencias de derecho, susceptibles de valoración económica. De esta forma se postula el principio de que propiamente las fuentes de las obligaciones están constituidas por una variada e indeterminada serie de hechos y actos jurídicos (ex variis causarum figuris), de los que nacen relaciones jurídicas que modifican o pueden modificar el patrimonio de - la persona. Es decir, lo que caracteriza a la obligación y la distingue de otras relaciones jurídicas, es su repercusión patrimonial. O sea, en la medida en que una relación jurídica puede ser valuable en dinero (aun que su contenido no sea económico), es una relación de obligación.

En este orden de ideas, también la sentencia es fuente de obligaciones, pues de conformidad con el artículo 92 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, "La sentencia firme produce acción y excepción contra los que litigaron y contra terceros llamados legalmente al juicio", ya que ésta podría tener un contenido muy diferente de la obligación original. En Derecho Romano, este sentido era más evidente en tratándose de una sentencia injusta, la cual hacía surgir obligaciones a parentemente de la nada.

Lo cierto es que la clasificación de las fuentes de las obligaciones acogida por nuestro Código Civil, que toma como base las fuentes "ti (157) GALINDO GARFIAS IGNACIO, Anteproyecto de las Obligaciones, pp. 8-9.

picas" ya no tiene razón de ser desde el punto de vista metodológico a partir de la construcción dogmática sobre los hechos y actos jurídicos.- Aquella clasificación es un trasunto del catálogo romanista de la fuente recogida en el Código Civil francés de 1804, y que presenta con algunas variantes en códigos civiles influidos por la clasificación gayana de las fuentes.

En conclusión, se puede afirmar que todos aquellos hechos y actos jurídicos que dan origen a relaciones de derechos susceptibles de valuación económica son propiamente las fuentes de las obligaciones.

2.- SEGUN EL OBJETO.

Como ya se ha afirmado, el objeto de la obligación constituye un elemento integrante de la misma, a tal grado que sin él la obligación no puede existir, pues es necesario que el querer obligacional se proyecte sobre algo, sin lo cual no tendría sentido ni razón de vida. Dicho objeto está constituido por la concordante actividad esperada del deudor, — que propiamente es la prestación; y esta actividad puede adoptar diversos matices, por lo que la variedad de los mismos determina a su vez la base para establecer otra clasificación de las obligaciones.

Obligaciones positivas y negativas. La conducta del deudor puede consistir en el despliegue eficaz de su actividad, que puede consistir en entregar una cosa o verificar simplemente un hecho. Por lo que la subclasificación de las obligaciones positivas son de dar y de hacer.

I.- La obligación positiva de dar es aquella que tiene por objeto la entrega de una cosa, mueble o inmueble, con el fin de transmitir la propiedad, constituir sobre la misma un derecho real, transferir solamente el uso o la tenencia de ella o restituirla a su dueño. De lo anterior se desprende que la obligación de dar tiene gran utilidad, entre las que se encuentran las siguientes:

- a) Transmitir la propiedad o un derecho real sobre la cosa;
- b) Transferir únicamente el uso o tenencia de una cosa;
- c) Restituir la cosa a su dueño.

De acuerdo al artículo 2011 del Código Civil, la prestación de cosa puede consistir en:

- a) Traslación del dominio de cosa cierta.
- b) Enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta.
- c) Restitución de cosa ajena.
- d) Pago de cosa debida.

Ahora bien, respecto a la obligación positiva de dar con el fin de transmitir la propiedad o algún derecho real sobre la cosa, es importante hacer las siguientes anotaciones:

1.- Si se trata de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes, por el solo efecto del contrato, sin necesidad de tradición.

2.- Si se trata de cosas indeterminadas, la propiedad no se transfiere, sino hasta que el bien se hace cierto y determinado, es decir se individualiza, con conocimiento del acreedor.

Además, la cosa objeto del contrato debe satisfacer determinados requisitos, a saber:

- 1.- Debe existir en la naturaleza.
- 2.- Ser determinado o determinable en cuanto a su especie.
- 3.- Estar en el comercio.

Efectivamente, la cosa objeto del contrato debe existir en la naturaleza o ser susceptible de llegar a existir. Por lo tanto, a contrario sensu, no pueden ser objeto de un contrato, las cosas que no existen así como las cosas que no pueden llegar a existir.

Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato, empero no puede serlo la herencia de una persona viva, aunque ésta otorgue su consentimiento.

La cosa objeto del contrato debe estar dentro del comercio. Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley. Están fuera del comercio por su naturaleza, las que no pueden ser poseídas por un individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular. -- Por lo tanto, la comercialidad es la aptitud que tienen las cosas para ser objeto de un contrato por no impedirseles, ni su naturaleza ni la ley.

II.- Obligación positiva de hacer. El objeto de la obligación también puede revestir la forma de prestación de hechos o de una abstención, la cual debe de satisfacer los siguientes requisitos: ser posible y lícito.

Un hecho o abstención son posibles, cuando van de acuerdo con las leyes de la naturaleza y las normas de orden público.

La licitud, requisito de validez del acto jurídico, es aquel he--

cho que está en armonía con las leyes de orden público o las buenas costumbres.

En caso de incumplimiento de una obligación de hacer, el acreedor podrá exigir:

a) A pedir que a costa del deudor se ejecute por otro, cuando la substitución fuere posible. En el supuesto de no ser posible la substitución del deudor, en cuanto a la realización de la prestación, por ser ésta personalísima (intuitu personae), el acreedor podrá reclamar la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento.

b) En el supuesto de que lo hecho se hubiere realizado de manera diversa a la convenida, el acreedor podrá pedir que lo mal hecho se deshaga. En este caso el Código Civil no dispone a costa de quien se demolerá lo mal hecho, pero aplicando el principio que preceptúa que "donde existe la misma razón se debe aplicar la misma disposición", se concluye que será a costa del deudor obligado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2028 del susodicho ordenamiento.

En tratándose de incumplimiento de una obligación de no hacer, el acreedor podrá exigir:

a) El pago de los daños y perjuicios ocasionados en caso de contravención.

b) Si existiere obra material, exigir que ésta sea destruída a costa del obligado.

Obligación negativa que puede ser de no dar o de no hacer, es aquella que obliga al deudor a abstenerse de entregar o de ejecutar lo que se le prohíbe. Esta obligación se integra por la omisión de ciertos actos que el deudor podría realizar libremente si no se le impidiera el vínculo obligatorio que se establece, o bien, en soportar actividades del acreedor que el deudor podría rechazar o impedir de no existir la relación de obligación que pesa sobre él.

Obligaciones específicas y genéricas. Simultáneamente, la conducta consistente en un dar puede proyectarse sobre una cosa específicamente determinada, obligaciones específicas, o sobre una cosa indeterminada, obligación genérica.

I.- Obligaciones específicas. Son aquellas que tienen por objeto una cosa cierta y determinada, de tal forma que no cabe su confusión con otra. Esta clase de obligaciones constituye la regla general, ya que el-

acreedor, normalmente, pone su interés en la obligación para obtener una cosa que por reunir determinadas cualidades satisface sus exigencias.

Los efectos de estas obligaciones son:

a) El objeto de la obligación específica es una cosa determinada y solo ella, para que el deudor cumpla será necesario que entregue precisa y exactamente esa cosa, y el acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa, aun cuando ésta sea de mayor valor.

b) Si la prestación de esa cosa determinada llega a hacerse imposible fortuitamente, el deudor quedará liberado del vínculo. O sea que el riesgo del perecimiento y el deterioro fortuito de la cosa determinada y específica corre a cargo del acreedor (res perit domino). La pérdida ha de ser fortuita, pues si es culpable no se libera el deudor, quien seguirá respondiendo de la cosa, o su valor en equivalente, más los daños y perjuicios ocasionados, lo anterior de conformidad con la fracción I del artículo 2017 del Código Civil.

En los contratos en que la prestación de la cosa no importe la traslación de la propiedad, el riesgo será siempre de cuenta del acreedor, a menos que intervenga culpa o negligencia de la otra parte.

Hay culpa o negligencia cuando el obligado ejecuta actos contrarios a la conservación de la cosa o deja de ejecutar los actos que son necesarios para ella.

Como ha quedado asentado, en tratándose de enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes, por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición; en cambio, en tratándose de alguna especie indeterminada, la propiedad se transferirá hasta que la cosa se haga cierta y determinada con conocimiento del acreedor.

c) El acreedor no puede ser obligado a recibir otra cosa, aun cuando sea de mayor valor.

d) Cuando la obligación de dar una cosa cierta y determinada provenga de delito, el deudor no quedará exonerado del pago de su precio, cualquiera que haya sido el motivo de la pérdida, excepto que habiendo ofrecido la cosa al acreedor, éste se haya constituido en mora.

II.- Obligaciones genéricas. Son aquellas en las que sólo ha de prestarse una cosa ubicada en la amplia clase a que pertenece. En esta clase de obligaciones el objeto de la prestación recae sobre un cuerpo que tiene cualidades comunes con otros, de tal suerte que cualquier cosa

que posea éstas puede prestarse para satisfacer el fin del contrato.

Los efectos más sobresalientes de la obligación genérica son los siguientes:

a) En caso de que los contratantes no determinen la calidad de la cosa, el deudor cumplirá entregando una de mediana calidad.

b) En tratándose de enajenaciones de alguna especie indeterminada, la propiedad se transferirá hasta que la cosa se haga cierta y determinada con conocimiento del acreedor.

Este efecto, al igual que su homólogo en las obligaciones con objeto cierto y determinado, tiene una estrecha relación con la teoría de los riesgos.

El principio general aplicable a todos los contratos, excepto a los traslativos de dominio, consiste en que si en un contrato bilateral una de las partes no puede cumplir su prestación a causa de un caso fortuito o fuerza mayor, quedará eximida de hacerlo, lo mismo que su co-contratante, y el contrato se extingue sin responsabilidad para alguna de las partes, perdiendo cada una sus propios gastos. Es decir, el contrato se extingue sin responsabilidad para alguna de las partes; cada una de ellas pierde los gastos que hubiere erogado.

Empero, tratándose de contratos que transmiten la propiedad, el riesgo es a cargo de quien es dueño de la cosa en el momento en que la pérdida ocurre, es decir, la cosa perece para su dueño.

Para resolver el problema bastará determinar quien era el dueño al suceder la pérdida de la cosa objeto del contrato. Así, en este orden de ideas, si el objeto es una cosa específica, por disposición legal, el adquirente es dueño de la cosa desde el momento de celebración del contrato, por lo tanto, éste sufrirá la pérdida de la cosa en el supuesto de caso fortuito o fuerza mayor. Por el contrario, si el objeto del contrato es una cosa genérica, es decir, mientras no se determine la cosa para el adquirente siendo dueño de ésta el enajenante y, por lo tanto, en caso de pérdida por caso fortuito o fuerza mayor de una cosa indeterminada, el enajenante sufrirá y subsumirá dicha pérdida. De aquí el principio general de Derecho "genera non pereunt", es decir, los géneros no perecen. Sin embargo, obviamente el enajenante no va a quedar indefinidamente obligado, puesto que debe existir un límite, y esta demarcación se encuentra constituida por la individualización de la cosa, es decir, que desde el momento en que se ha individualizado la cosa genérica, ya ésta se transforma en específica y, por lo tanto, pasan los riesgos al acreedor.

dor.

Obligaciones Únicas o Múltiples. La obligación puede tener por objeto una prestación única o múltiple; a su vez la única puede ser divisible o indivisible.

Obligaciones Posibles o Imposibles. La obligación puede tener por objeto una prestación posible o imposible.

El objeto de la obligación debe de satisfacer determinados requisitos para poderlo ser, a saber:

- a) Existir en la naturaleza; atiende a su posibilidad física.
- b) Ser determinada o determinable en cuanto a su especie; alude a su posibilidad jurídica.
- c) Estar en el comercio; atiende también a su posibilidad jurídica.

Una obligación será imposible si el objeto de ésta se encuentra fuera del comercio.

En cuanto a las obligaciones cuya prestación consiste en un hecho sea positivo o negativo, no podrán ser objeto de un contrato aquellos hechos o abstenciones que van contra una ley de la naturaleza, que necesariamente debe regirlos, bien contra una norma jurídica cuyo obstáculo es irremovible, o bien porque se los impida conjuntamente una ley natural y otra jurídica, en cuyas hipótesis estaremos frente a obligaciones imposibles.

Por otra parte, aunque el hecho o abstención sea ilícito, no deja de ser un objeto posible de contrato, independientemente de las consecuencias jurídicas que se originen.

Obligaciones Divisibles e Indivisibles. Asimismo, la obligación puede tener por objeto una prestación divisible o indivisible. Ahora bien, para determinar la divisibilidad o indivisibilidad de una prestación debemos atender única y exclusivamente a la naturaleza de la prestación, y por lo tanto, serán obligaciones divisibles aquellas que tienen por objeto una prestación susceptible de ser cumplida por partes, sin que se altere la esencia de la obligación; y serán obligaciones indivisibles, aquellas cuya prestación no puede realizarse por partes sin alterar su esencia. Únicamente cuando el objeto de la obligación sea por naturaleza indivisible, la obligación tendrá que ser de esta naturaleza. Debemos de abandonar el criterio de la naturaleza de los objetos, ya que existen obligaciones indivisibles que son tales por voluntad de las partes o por disposición de la ley, no obstante ser los objetos perfectamen

te divisibles.

Esta clasificación de las obligaciones no se encuentra felizmente regulada por nuestro legislador, quien las reglamenta respecto de las obligaciones mancomunadas, en forma por demás obscura y confusa. Sin embargo, se tratará de exponer la clasificación que se comenta en la forma mas clara que se pueda lograr, lo cual de ninguna manera es tarea fácil.

La teoría clásica sobre el particular fue expuesta por el tratadista Demoulin, quien distinguió tres especies de indivisibilidad, a saber: la indivisibilidad absoluta; la indivisibilidad de obligación y la indivisibilidad de pago.

Son efectos de estas obligaciones:

Cuando existe un solo acreedor, la cuestión no ofrece ningún problema pues la obligación debe cumplirse siempre como si fuera indivisible.

Cobra interés la presente clasificación, en el supuesto de que haya varios acreedores o varios deudores y en particular, si el acreedor o el deudor fallecen dejando varios herederos.

Nuestro legislador dispuso en el artículo 2005 del Código Civil, que las obligaciones divisibles en que haya más de un deudor o acreedor se regirán por las reglas comunes de las obligaciones, es decir, por las reglas de la mancomunidad o de la solidaridad, y que las indivisibles en que haya más de un deudor se sujetarán a las siguientes reglas:

Pluralidad de acreedores. Si una obligación indivisible se ha contraído para con varios acreedores, cada uno de ellos podrá exigir la ejecución íntegra y dar válidamente recibo por todo, de conformidad con el artículo 2007 del Código Civil.

Pluralidad de deudores. Cuando varios deudores han contraído conjuntamente una deuda indivisible, cada uno de ellos está obligado por el todo, aunque no se haya estipulado solidaridad. Lo mismo sucede respecto de los herederos de aquel que haya contraído una obligación indivisible, conforme a lo estipulado por el artículo 2006 del Código Civil.

Causas de indivisibilidad en las obligaciones. Si bien la indivisibilidad procede de esta característica de la prestación, ésta también puede resultar por la naturaleza propia del objeto, por la voluntad de las partes o por disposición de la ley.

a) **Indivisibilidad Natural.** Obviamente esta clase de obligaciones se presentan única y exclusivamente cuando el objeto sea por naturaleza-

indivisible, pues de lo contrario resulta contradictorio.

Dentro de esta clase de indivisibilidad, se distinguen dos especies de ella: la absoluta que se presenta cuando el objeto no admite de ninguna manera división, y la relativa, que tiene lugar cuando, siendo susceptibles de distribución en varias prestaciones, vienen éstas consideradas en su unidad íntegra, indivisa y total, como por ejemplo la construcción de una casa, la cual puede comprender que el trabajo sea por partes: una cimientos, otra muros, otra loza, etcétera. Pues aunque en principio cada obligado puede realizar su prestación independientemente, faltaría la unidad y cohesión del objeto si no tuviere en cuenta lo que los demás deben realizar. Esta correspondería a la indivisibilidad absoluta de Demoulin.

b) Indivisibilidad Contractual. La voluntad de las partes son fuente de las obligaciones indivisibles, cuando las prestaciones que contraen o imponen las partes, siendo por naturaleza indivisibles, vienen consideradas en la obligación como indivisibles por regla general, como medio de reforzar la garantía del acreedor. Esta correspondería a la indivisibilidad de obligación de Demoulin.

c) Indivisibilidad Legal. En ocasiones la ley asigna a una determinada prestación naturaleza indivisible. Por ejemplo la obligación de prestar alimentos, de otorgar éstos a quien legalmente debe de entregarlos. Esta correspondería a la indivisibilidad de pago según Demoulin.

Efectos de la divisibilidad. En este supuesto debemos de distinguir los diversas hipótesis, a saber:

1.- Si la obligación divisible se ha contraído entre un solo acreedor y un solo deudor, tiene la característica de que es indivisa en la ejecución, ya que al acreedor no se le puede exigir que reciba por partes la prestación, aunque ésta sea por esencia divisible.

2.- Si la obligación divisible afecta a varios acreedores y a varios deudores, tampoco hay problema, ya que, si bien el crédito pertenece a todos y la deuda queda a cargo de todos los deudores, ello será dividiendo aquél y ésta en partes iguales o desiguales, según el tenor de la obligación. O sea, que la obligación divisible entre varios acreedores y deudores tiene la misma reglamentación que las mancomunadas. Por lo tanto, cada deudor, pagando su parte se libera y extingue parcialmente la obligación; si incumple, él indemnizará daños y perjuicios, y si hubiere cláusula penal, él solo incurrirá en la pena por incumplimiento.

Efectos de la indivisibilidad. También debemos de distinguir dos supuestos:

1.- Si en la obligación indivisible hay un solo acreedor y un solo deudor, aun en el supuesto de que el objeto fuese divisible, siempre en la ejecución es indivisa. Con mucha mas razón lo será si la prestación fuese por esencia indivisible.

2.- Si en la obligación indivisible existen varios acreedores, debemos anotar las siguientes consecuencias jurídicas:

a) Los acreedores podrán proceder individualmente para reclamar su crédito.

b) En la inteligencia de que ninguno de ellos tiene una disponibilidad absoluta del crédito, lógicamente tampoco ninguno podrá realizar actos que perjudiquen a los demás acreedores. En consecuencia, un acreedor no puede perdonar ni remitir toda la deuda, ni exigir el precio en lugar de la cosa debida, ya que ello constituiría una dación de pago que implicaría disponibilidad del crédito.

3.- Si en la obligación indivisible existen varios deudores, debemos apuntar los siguientes efectos:

a) Será necesario dirigir la acción contra cualquiera de los deudores conjuntos en obligación indivisible. Pero, bien podrá demandarse a un solo deudor y éste llamar a los demás a juicio. También podrá procesarse contra uno solo cuando este sea el único que se encuentre en condiciones de prestarla.

b) En consecuencia, si alguno de los deudores conjuntamente obligados por obligación indivisible resultase insolvente, los demás estarán obligados a suplir su falta. Precisamente una de las diferencias esenciales entre la solidaridad y la indivisibilidad, se presenta para el caso de incumplimiento de la prestación, ya que la obligación solidaria continúa siéndolo, mientras que la obligación indivisible se convierte en divisible por el hecho de cambiar la prestación al transformarse en indemnización. Toda vez que cada uno de los que han contraído conjuntamente una deuda indivisible, está obligado por el todo, aunque no se haya estipulado solidaridad.

Atendiendo a otra hipótesis el artículo 2010 del Código Civil, establece las siguientes reglas para el caso de que la obligación pierda su carácter de indivisible, a saber:

a) Si la conversión se produjo por culpa de parte de todos los deudores, todos responderán de los daños y perjuicios proporcionalmente-

al interés que representen en la obligación.

b) Si sólo algunos fueron culpables de la conversión, únicamente ellos responderán de los daños y perjuicios.

A su vez las obligaciones múltiples se dividen en:

a) Obligaciones Conjuntivas (tan in obligatione quam in solutione).

Son aquellas obligaciones en las que el deudor está obligado a — prestar varios hechos o a entregar varias cosas simultáneamente, y no se exime de su deber mientras no cumpla con todas las conductas requeridas. En virtud de que el deudor debe prestar todo un conjunto de comportamientos, es por eso que se llaman a dichas obligaciones conjuntivas.

En esta clase de obligaciones el deudor debe cumplir con todos — los objetos que en la misma se comprenden, como por ejemplo, una persona se obliga a entregar un inmueble, a levantar un muro y a no vender su automóvil en un precio menor que el que determine un avalúo. Todos estos — objetos que aparecen situados en una obligación conjuntiva, aparecen unidos por la copulativa y, en las cuales el deudor incumple mientras no — los entregue todos.

La obligación conjuntiva comprende diversas prestaciones debidas — acumulativamente, de tal suerte que la obligación no está enteramente — cumplida, si una de todas estas prestaciones no se ha ejecutado. En la obligación conjuntiva todos los objetos prometidos están in obligatione, — todas estas cosas deben ser pagadas. Un ejemplo de este tipo de obliga — ciones es la que se concerta con una agencia de viajes, la cual debe ase — gurar el transporte, el alojamiento, la comida, etcétera.

El legislador previno este tipo de obligaciones en el artículo — 1961 del Código Civil, el cual estipula: "El que se ha obligado a diver — sas cosas o hechos conjuntamente, debe dar todas las primeras y prestar — todos los segundos". Es decir, por una parte, el acreedor tiene derecho — a demandar al mismo tiempo el cumplimiento de todas las prestaciones, y — por otra parte, el deudor debe cumplir con todas las cosas que hubiere — prometido.

A este tipo de obligaciones Trabucchi (158) las denomina cumulativas, afirmando que en éstas el débito tiene un contenido múltiple, en la que el deudor únicamente se librará de cumplir todo lo que se estipuló — in obligatione.

(158) TRABUCCHI ALBERTO, Instituciones..., T. II, p. 21.

b) Obligaciones Alternativas (in solutione).

Son aquellas obligaciones en las que, situados varios objetos en la obligación, se puede escoger, para el momento del pago, uno de ellos, quedando todos los demás fuera de la obligación. Es decir, las obligaciones pueden tener por objeto dos o más prestaciones, de tal manera que el deudor sólo está obligado a prestar una de ellas. Aun y cuando la obligación recaiga sobre dos o más prestaciones, el deudor se libera cumpliendo sólo con una de ellas.

Sobre el particular el artículo 1962 del Código Civil estipula: - "Si el deudor se ha obligado a uno de dos hechos, o a una de dos cosas, o a un hecho o a una cosa, cumple prestando cualquiera de esos hechos o cosas; mas no puede, contra la voluntad del acreedor, prestar parte de una cosa y parte de otra, o ejecutar en parte un hecho".

De acuerdo con la opinión de Trabucchi (159), en la obligación alternativa existe una relación única con dos o más objetos, pero el deudor se libera prestando uno solo de ellos: duae res, vel plures, sunt in obligatione; una autem in solutione.

Conforme al artículo 1963 del ordenamiento jurídico en cita, la elección de la prestación que haya de efectuarse, es decir del objeto que deba entregarse, pertenece al deudor, salvo pacto en contrario, de acuerdo con el principio de que toda deuda ha de interpretarse en favor del deudor. Sin embargo, creemos junto con la opinión de Trabucchi (160), — que la elección podrá atribuirse excepcionalmente a un tercero sin impedimento legal alguno, si así lo hubieren estipulado acreedor y deudor; — de la misma forma que el precio de la compraventa lo puede fijar un tercero, tal y como lo dispone el artículo 2251 del Código Civil. Sin embargo, la elección no producirá efecto alguno sino hasta que sea notificada al acreedor. Una vez realizada la elección, afirma Trabucchi (161), se produce la concentración de la obligación y una vez notificada ésta al acreedor cesa el ius variandi y la obligación deviene en simple. Por lo tanto, son efectos de la notificación al acreedor en cuanto a la elección del objeto de la obligación que ha de cumplirse:

a) La obligación pierde su carácter de alternativa;

b) Si se trata de obligación traslativa de dominio, la notificación produce la transferencia del dominio de la cosa;

(159) TRABUCCHI ALBERTO, Instituciones..., T. II, p. 22.

(160) Idem.

(161) Idem.

c) Los riesgos en cuanto a la pérdida o deterioro de la cosa se transmiten al acreedor.

Forman parte del contenido de la obligación alternativa varias -- prestaciones. Por lo tanto, la obligación no se extinguirá si alguna de las prestaciones resultara imposible por causa fortuita no imputable al deudor, antes de realizarse la elección, pues en el supuesto de que una prestación deviniera imposible, la obligación se concentrara sobre la otra. Empero, si la prestación fuera imposible de cumplir después de la elección y de su notificación al acreedor, la obligación se extinguirá, -- porque posterior a la concentración la obligación se transformó en simple. Diveresa hipótesis se presenta cuando, de las prestaciones a que alternativamente estuviere obligado el deudor, solo una fuere realizable, -- pues en todo caso el deudor perderá el derecho de elección y la obligación se concentrará en la que sea realizable, y el acreedor estará obligado a recibir la que quede.

En todo caso de incumplimiento culpable, se aplican los principios de la teoría de los hechos ilícitos, concretamente del que establece que los daños y perjuicios compensatorios substituyen a la prestación que no pudo pagarse en naturaleza; la indemnización de daños y perjuicios toma el lugar de la prestación que debió pagarse por naturaleza.

No puede haber obligación alternativa si las dos cosas prometidas son sumas de dinero, porque entonces habrá identidad en el objeto; empero, si la habrá si las dos sumas son designadas en dos monedas diversas.

De acuerdo con la opinión de Von Tuhr (162), la pena convencional es una promesa accesoria que se incorpora como sanción a una obligación principal. Por lo tanto, no existe pena convencional, sino obligación alternativa cuando alguien promete una suma de dinero además de otra prestación, a elección suya o del acreedor. La diferencia entre ambas figuras se presenta en el hecho de que este crédito, ante la imposibilidad de la otra prestación, se concentra en la suma de dinero, en tanto, que la pena convencional se actualiza cuando la prestación principal se haga imposible por una circunstancia imputable al deudor.

Es decir, en tratándose de la obligación alternativa de una cosa y una cantidad de dinero, en caso de devenir en imposible la primera, la obligación recaerá sobre la suma de dinero; pero en caso de que la elección la realice el deudor y la notifique al acreedor y, desaparezca por

(162) VON TUHR ANDREAS, Derecho Civil, T. II, p. 238.

caso fortuito el objeto elegido, la obligación desaparecerá; mientras -- que en la pena convencional siempre se actualizará para el caso de incumplimiento en alguna obligación, o ésta no se cumpla en la forma convenida, por parte de alguno de los contratantes.

Son características de la obligación alternativa:

a) Pluralidad de objetos situados en la obligación. En la obligación alternativa, lo mismo que en la conjuntiva, los objetos están plures res in obligatione; pero existe una diferencia esencial. En la obligación conjuntiva todos los objetos están ligados por la copulativa y, -- por eso hay que prestarlos todos (plures res in obligatione et plures in solutione), mientras que en la alternativa están enlazados por la disyuntiva (plures res in obligatione sed una tantum in solutione), en cuyo su puesto, todos los objetos están situados en la obligación, pero al llegar el momento del pago sólo uno hay que entregar, quedando los demás libres.

b) Concreción de una de las prestaciones en le momento de verificarse la concentración, quedando todos los demás libres. La indeterminación del objeto de la prestación termina con la concreción que se realiza cuando se escoge una de ellas para destinarla al pago. Por tanto, el *quintum saliens* de la obligación alternativa es la llamada concreción.

Ahora bien, el modo de operarse la concreción puede ser:

1.- Por imposibilidad sobrevenida de efectuar todas las prestaciones menos una.

2.- Por elección. Es el modo general de verificarse la concreción. Esta elección, por lo general corresponde al deudor, lo cual es lógico, pues las obligaciones deben de interpretarse en favor del deudor. -- También puede corresponder la elección al acreedor cuando así se hubiere pactado.

La elección solo producirá efecto hasta que fuere notificada, pero lógicamente, aunque sea la notificación la forma más usual de concretarse la elección, ello no obsta para que ésta se pueda verificar en forma tácita, como por ejemplo, cuando la elección corresponde al deudor y éste entrega una de las prestaciones en el momento de la solutio, sin expresa elección precedente.

Los efectos que produce la concreción son terminar definitivamente con la posibilidad de cambiar de propósito, en cuanto a la concreción de la obligación y transformar la obligación en simple, terminándola.

se así con el ius variandi; una vez notificada la elección por el deudor al acreedor, la obligación se convierte en irrevocable, en cuanto a los riesgos de la cosa deberán de atenderse a varias hipótesis, a saber:

a) Que perezcan por completo todos los objetos o se hagan imposibles las prestaciones. En este supuesto, si esto ha acaecido sin ninguna culpa del deudor, éste lógicamente queda liberado, pues "a lo imposible nadie está obligado". Ahora bien, si ha intervenido alguna culpa por parte del deudor, debemos establecer una distinción, ya que si la elección correspondía al deudor, parece como que al dejar perecer todas las anteriores ha querido hacer una elección sobre la última desaparecida, por lo que quizá resulte lógico que indemnice el valor de esa última cosa o de ese último servicio desaparecido. Situación que nuestro legislador previno en el artículo 1967 del Código Civil, disponiendo que si las dos cosas se han perdido y una lo ha sido por culpa del deudor, éste deberá pagar el precio de la última que se perdió; pero si las dos cosas se han perdido por culpa del deudor, además de pagar el precio de la última en perecer, deberá de pagar los daños y perjuicios resultantes. En cambio, si la elección corresponde al deudor y alguna de las cosas se pierde por culpa o caso fortuito, el acreedor estará obligado a recibir la que quede. Asimismo, si la elección es del deudor y una de las cosas se pierde por culpa del acreedor, el deudor podrá pedir que se le dé por libre de la obligación o que se rescinda el contrato, con indemnización de los daños y perjuicios. Si las dos cosas se pierden por culpa del acreedor y la elección correspondía al deudor, éste designará la cosa cuyo precio debe pagar aquél, más el pago de los daños y perjuicios pagados por el acreedor. En cambio, si la elección correspondía al acreedor y una de las dos cosas se pierde por culpa del deudor, puede elegir aquél la cosa que ha quedado o el valor de la pérdida, con pago de daños y perjuicios. Finalmente, si la cosa se pierde sin culpa del deudor, el acreedor estará obligado a recibir la que haya quedado. Si la elección corresponde al acreedor y una de las cosas se pierde por éste, con la cosa perdida quedará satisfecha la obligación. Por otra parte, si las dos cosas se pierden por culpa del acreedor y la elección era de éste, quedará a su arbitrio devolver el precio que quiera de una de las cosas, más el pago de los daños y perjuicios pagados por acreedor.

b) Que perezca solo algún objeto o se haga imposible solo alguna prestación. Debemos de distinguir si ello ha ocurrido sin culpa o con culpa.

c) Obligaciones Facultativas (in obligations).

La obligación es facultativa cuando el deudor debe una prestación única, pero con la facultad de liberarse de ella cumpliendo otra prestación determinada en lugar de la debida. Es decir, la obligación facultativa tiene solamente un objeto. La cosa objeto de la obligación que puede ser entregada en pago no está in obligatione, sino que está in facultate solutionis. Por lo tanto, si la cosa que está in obligatione desaparece sin culpa del deudor, queda éste liberado totalmente de la obligación. La facultad de solucionar puede derivarse del pacto o convenio de las partes o también de la disposición de la ley. En esta clase de obligaciones el deudor puede escoger entre entregar el objeto que está in obligatione o el que está in solutione, teniendo por consiguiente un iusvariandi y quedando liberado desde el momento en que entrega uno u otro. Por tanto, la obligación facultativa no comprende sino una sola prestación, pero con facultad para el deudor de liberarse cumpliendo otra prestación. Esta clase de obligaciones no han sido reglamentadas por nuestro legislador, empero la doctrina reconoce sus características.

La obligación facultativa tiene un solo objeto, pero el acreedor ha facultado al deudor a que le pague con otra cosa distinta, si así lo desea éste último; el deudor tiene la posibilidad de cumplir con otra prestación distinta: una res est in obligatione, duae autem in facultate solutionis.

Un examen superficial podría inducirnos a confundir las obligaciones facultativas con las alternativas, ya que tanto en unas como en otras, el deudor se puede liberar a su elección con el pago de una cosa u otra.

Como se ha afirmado, la obligación facultativa en realidad sólo tiene un objeto. Lo que puede pagarse en lugar del objeto debido es únicamente un medio de liberación y no el cumplimiento de la obligación. En Derecho Romano se decía que esta cosa se encuentra "in facultate solutionis", y no "in obligatione". De aquí que Delvincourt tomó la expresión de "obligación facultativa", atinada para designar esta clase de obligaciones. Por su parte Trabucchi (163) denominó a esta clase de obligaciones como obligación con facultad alternativa.

Son diferencias esenciales entre las obligaciones alternativas y las obligaciones facultativas:

1.- La naturaleza de la obligación facultativa queda determinada-

(163) TRABUCCHI ALBERTO, Instituciones..., T. II, p. 23.

desde un principio, ya que existe un solo objeto in obligatione; en cambio, en la obligación alternativa hay indeterminación en cuanto a la prestación, que solo se concreta por medio de la denominada concreción o concentración.

2.- Si el acreedor demanda judicialmente el cumplimiento de una obligación alternativa debe exigir una u otra de las cosas debidas, a fin de dejar la elección al deudor, salvo que a él le corresponda la elección, pues en tal caso pedirá la que elija. En tratándose de una obligación facultativa sólo puede demandar el objeto de la prestación debida y el órgano jurisdiccional tendrá que condenar al demandado, únicamente a prestación de este objeto. Ahora bien, al deudor le corresponde usar, si lo cree conveniente de la facultad que tiene de liberarse mediante otra prestación.

3.- Cuando no se puede cumplir una de las prestaciones establecidas en la obligación alternativa, el deudor sigue obligado respecto de las restantes. En cambio, cuando se pierde el objeto que está in obligatione, en la facultativa, queda liberado el deudor, siempre que el hecho haya ocurrido sin culpa, pues si ha mediado ésta, el acreedor podrá exigir daños y perjuicios. Para que en este supuesto el caso fortuito libere totalmente al deudor, se requiere que recaiga simultáneamente sobre todos los objetos debidos.

4.- Si una de las cosas comprendidas en la obligación alternativa es ilícita o imposible, la obligación subsiste respecto a las demás, restringiéndose la elección únicamente. Mientras que en la obligación facultativa, si la cosa debida es ilícita o imposible, se extingue la obligación totalmente.

Obligaciones Principales. Atendiendo al orden en que vienen considerados los objetos de la obligación, éstas se pueden clasificar en principales y accesorias.

Son obligaciones principales aquellas en que el objeto es debido por sí y principalmente. Es decir, el objeto que se debe por sí mismo, como causante y determinante de la obligación, origina la obligación principal. Por lo tanto, se puede afirmar, que las obligaciones principales son aquellas que tienen un fin propio e independiente, y que subsisten por sí mismas como determinantes del vínculo. Esta clase de obligaciones son las tipo o normales, las más comunes.

Son obligaciones accesorias aquellas en que el objeto se debe en orden y consideración de otros. Es una prestación debida como secuela o

por consideración de otra determinants. Las obligaciones accesorias son las añadidas a una principal, integrando un complemento de ellas o un equivalente de las mismas para caso de incumplimiento. Esta clase de obligaciones pueden ser, atendiendo a su origen, convencionales o legales, según que las partes las hayan estipulado o vengan establecidas por la ley sin necesidad de pacto o convenio alguno.

3.- SEGUN EL SUJETO.

En las obligaciones con varios sujetos, siendo la prestación divisible, deberá distinguirse según que el deber de cumplirla incida sobre cada uno de los obligados prorrata, o bien sobre cualquiera de ellos prototo.

Comúnmente se denomina obligaciones complejas a aquellas en las que existe pluralidad de sujetos o de objetos; en tratándose de las primeras, que son las que nos ocupan, diremos que el vínculo jurídico es más complejo al crear relaciones entre diversos sujetos activos o pasivos, dando lugar a la mancomunidad o solidaridad, en su caso.

De acuerdo con la opinión de Trabucchi (164), la obligación se llama parciaria, cuando todos los sujetos tienen únicamente una obligación o derecho proporcional a su participación en el vínculo obligacional; la obligación es solidaria activa cuando existiendo varios acreedores, cada uno de ellos tiene derecho a exigir la totalidad de la prestación y, la solidaridad será pasiva cuando cualquiera de los deudores venga obligado a cumplir la prestación prototo.

Podemos considerar que el género en las obligaciones complejas por pluralidad de acreedores o de deudores se llama mancomunidad, y ésta a su vez comprende dos especies: a) la simple mancomunidad, y b) la solidaridad.

La simple mancomunidad es aquella definida por el artículo 1985 del Código Civil, en la que diversos acreedores pueden exigir a prorrata el pago de la prestación a un solo deudor, o bien, un solo acreedor puede exigir a prorrata a diversos deudores el pago de una sola obligación, de tal suerte que el crédito o la deuda se dividen en tantas partes como acreedores o deudores haya.

La existencia de varios acreedores de una prestación o de varios deudores de ella, impone en principio, la división de la deuda entre to-

dos ellos a prorrata, excepto cuando:

1.- Convengan en que la deuda sea pagada forzosamente en su totalidad por cualquiera de los deudores o cualquiera de los acreedores, o la ley imponga ese efecto: solidaridad.

2.- La división no sea conveniente o posible por la naturaleza -- del objeto: indivisibilidad.

De lo anterior se colige que la obligación compartida por varios deudores, o el derecho compartido por varios acreedores, será, por lo general, simplemente mancomunado y excepcionalmente solidaria o indivisible.

De ordinario, si una obligación tiene varios acreedores o varios deudores, cada uno es acreedor o deudor de su parte y, por tanto, la obligación es a prorrata o porcionaria.

La solidaridad es aquella en que una misma obligación tiene dos o más acreedores, los cuales pueden independientemente exigir el pago total al deudor, en cuyo caso se habla de solidaridad activa; o cuando existiendo dos o más deudores, éstos reportan totalmente la obligación, de manera que el acreedor puede exigir el pago a cualquiera de ellos, en cuyo caso se habla de solidaridad pasiva.

La obligación solidaria de varios deudores es la más común, importante y difundida, pero sobre todo mucho más práctica, ya que responde a fines de seguridad y de comodidad, pues de esta forma puede escogerse al deudor más seguro y solvente y así obtener con una sola acción todo cuanto puede obtenerse, en las mancomunadas o parciarias, con varias acciones.

Siempre que exista pluralidad de deudores o de acreedores, tratándose de una misma obligación, existe la mancomunidad; y de acuerdo con el artículo 1986 del Código Civil, las partes se presumen iguales, a no ser que se pacte otra cosa o que la ley disponga lo contrario. De tal forma que la mancomunidad será la regla general. En cambio la solidaridad no se presume, resulta de la ley o de la voluntad de las partes, es decir su fuente siempre será legal o convencional. La obligación solidaria no se presume jamás en nuestro Derecho Civil.

En la solidaridad no existe la división respecto al crédito o la deuda, sino que por lo contrario la prestación debe ser íntegramente pagada por el único deudor a cualquiera de los acreedores, en cuyo caso estamos frente a la llamada solidaridad activa, o por alguno de los de-

dores al único acreedor en cuyo caso se habla de solidaridad pasiva. Así mismo, puede darse el caso de pluralidad de deudores y acreedores con solidaridad, en cuya hipótesis cualquier acreedor puede exigir a cualquier deudor el pago total de la obligación, en cuya hipótesis se habla de solidaridad mixta, activa y pasiva a la vez.

A partir de la solidaridad se producen dos efectos, a saber:

a) Una relación principal integrada por el grupo o consorcio de codeudores y el grupo o consorcio de coacreedores.

b) Dos relaciones internas subyacentes:

La de los codeudores entre sí que decide la forma en que van a distribuirse el pago de la deuda después de ser pagada.

La de los coacreedores que determina la forma en que se van a repartir el pago.

En efecto, los codeudores han convenido entre sí en constituir una solidaridad pasiva: todos los codeudores aceptan correr la misma suerte y forman un solo ente deudor frente al acreedor o a los acreedores, que podrán exigir a cualquiera de ellos el todo, pero entre ellos subsiste un acuerdo que distribuye la deuda y determina el interés en quien o quienes se asume la obligación y en qué proporción. De la misma manera, tratándose de solidaridad activa, los coacreedores han convenido entre sí constituir un crédito solidario presentado frente al deudor o codeudor común la solidez de un consorcio de acreedores; y además, en su acuerdo interno han decidido cual es el interés con que cada uno participa en ese crédito y la forma de distribuirselo en su oportunidad, sin perjuicio. En tratándose de solidaridad legal, que es la forma jurídica obligatoria, la que corresponsabiliza o impone a dos o más personas la necesidad de responder de una deuda en su integridad frente al acreedor común, es la ley la que crea ese consorcio o grupo responsable de deudores.

Son características de las obligaciones solidarias:

1.- La unidad en el objeto. Los codeudores han convenido en entregar una sola prestación al acreedor común; o bien los coacreedores han convenido en recibir una sola prestación del deudor común. Esto significa que la obligación tiene un solo y único objeto.

2.- La pluralidad de vínculos ya que no presuponen la existencia de un solo vínculo; tantas serán las relaciones cuantos sean los sujetos activos o pasivos. Pese a la unidad en el objeto, cada uno de los codeudores se encuentra enlazado con el acreedor común mediante un vínculo —

particular, por lo que existe una pluralidad de vínculos, lo cual significa que el vínculo que enlaza a cada uno de los codeudores con el acreedor puede estar sujeto a diversas modalidades y sometido a distintas circunstancias de origen. Un vínculo puede estar sujeto a plazo, otro ser puro y simple, otro estar sometido a condición suspensiva, otro pudo haber sido concertado con vicios de origen, etcétera. Cada vínculo obligacional puede ostentar sus propias modalidades, sin desvirtuar las demás, ni la fuerza general de la relación colectiva.

En resumen, los efectos de la relación principal son:

1º.- Los deudores integran un consorcio, lo mismo que los coacreedores.

2º.- Los deudores están obligados a uno solo y único objeto, que pueden exigir los coacreedores.

3º.- Cada uno de los deudores está ligado por un vínculo particular e independiente que puede presentar diversas modalidades o vicios.

Además del vínculo jurídico establecido entre la parte acreedora y la deudora, llamada relación principal, existen relaciones internas a las que podrían denominarse subyacentes (165). Esa relación fue formada por el acuerdo último, en caso de solidaridad convencional, que tomaron para constituir un crédito solidario (activa) o asumir una deuda solidaria (pasiva) y distribuirse y dividir entre ellos el crédito o la deuda después del pago, en proporción al interés de cada uno; o por la parte que tomaron en el hecho ilícito en que unos o varios de los deudores incurrieron, en el supuesto de solidaridad legal.

De acuerdo con el Profesor Bejarano Sánchez (166), la relación es subyacente porque reposa en el trasfondo del vínculo jurídico principal entre acreedores y deudores y solo aflora al primer plano, después de que este vínculo se extingue por el pago. Por lo tanto, es después del pago en que surge a primera línea dicha relación interna, en la que los acreedores se distribuirán, conforme a su interés, el monto del crédito pagado; o los deudores se repartirán el importe de la deuda, restituyendo al codeudor solvens la parte proporcional del pago que corresponda a la responsabilidad de cada uno.

Por lo tanto, solamente las relaciones internas entre varios acreedores solidarios decidirán si el beneficio de la obligación "se puede" dividir entre ellos. Y, asimismo las relaciones internas entre deudo

(165) BEJARANO SANCHEZ MANUEL, Apuntés de Cátedra.

(166) Idem.

res determinan, no solo la porción que puede repetir de los codeudores - aquel de ellos que pagó el total, sino que excluyen la repetición o el reintegro si lo pagó todo aquel deudor en cuyo interés exclusivo se contrató la deuda solidaria, si los restantes no son, respecto de él, como ocurre de ordinario, otra cosa que fiadores. Sobre este último supuesto el artículo 2000 del Código Civil dispone que: "si el negocio por el cual la deuda se contrajo solidariamente no interesa más que a uno de los deudores solidarios, éste será responsable de toda ella a los otros codeudores".

Los efectos de esta relación interna la encontramos en los artículos 1992 y 1999 del Código Civil. En cuanto al primero de los preceptos referidos, el acreedor que recibió el pago (accipiens) deberá distribuirlo entre los demás acreedores en proporción a su interés en el crédito. Igualmente deberá responder ante ellos, si perdonó la deuda, la novó, compensó o efectuó confusión. Respecto al segundo de los preceptos en cita, se refiere al deudor que ha pagado la deuda (solvens), quien tendrá derecho a repetir de los otros codeudores la parte que a cada uno le corresponda, en cuya hipótesis, salvo convenio en contrario, las partes son iguales. Asimismo, si alguno de los deudores sobreviniese o resultase insolvente, responderán los demás deudores conjuntamente por la parte que le correspondiese en la deuda, aun aquellos a quienes el acreedor hubiere liberado de la solidaridad. En la medida que un deudor solidario satisface la deuda, se subroga en los derechos del acreedor.

Si la cosa debida hubiere perecido o la prestación se hubiere hecho imposible, por caso fortuito o fuerza mayor, sin culpa de los deudores solidarios, la obligación quedará extinguida; empero, si la cosa debida se pierde por culpa de uno de los codeudores, éste deberá responder de ella frente a los demás codeudores, dirigiendo la acción contra el culpable, pero todos los deudores responderán del precio y de la indemnización de daños y perjuicios frente al acreedor. Así también, el deudor solidario responde frente a los demás deudores solidarios, si omitió hacer valer las excepciones que son comunes a ellos.

Si fallece alguno de los coacreedores el derecho de la deuda se transmite a los herederos del de cuius. Por lo tanto, dichos sucesores tendrán derecho al cobro de todo el crédito si lo fueran del acreedor; o de deber de pagar toda la deuda si son causahabientes del deudor. Pero el importe del total, sea del crédito o de la deuda, se divide entre todos los herederos en proporción a su haber hereditario.

Asimismo, la interrupción de la prescripción en favor de uno de los deudores o en contra de uno de los acreedores, aprovecha o perjudica a los demás.

De acuerdo con el Profesor Trabucchi (167), el deudor puede oponer al acreedor las siguientes excepciones, que pueden clasificarse en tres clases:

1.- Las excepciones comunes, que son todas aquellas que puede oponer el deudor a cualquier acreedor. Estas excepciones son las que se refieren al común nacimiento y existencia de las obligaciones, por ejemplo un defecto o vicio de forma en el acto de constitución, la prescripción del débito, la ilicitud de la prestación, etcétera. En todo caso, el deudor solidario será responsable para con los demás codeudores, si no hace valer las excepciones que sean comunes a todos ellos.

2.- Las excepciones personales, que son aquellas que no pueden oponerse a los demás acreedores, en la solidaridad activa, o al acreedor común, en la solidaridad pasiva, refiriéndose en el primer supuesto, a la persona del acreedor, y en el segundo supuesto a la persona de los deudores, por ejemplo la excepción de incapacidad. Nuestro Código Civil establece en su artículo 1995 que: "el deudor solidario sólo podrá utilizar contra las pretensiones del acreedor, las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación y las que le sean personales".

3.- Las excepciones variables, en el sentido de que, según las circunstancias, pueden ser opuestas por todos o por cada uno de los deudores solidarios; tal y como sucede en el supuesto de remisión que, de acuerdo con el artículo 1991 del Código Civil, regularmente se hace en favor de todos, pero que puede tener efecto liberatorio respecto de uno o varios deudores, cuando el acreedor al remitir el débito a uno de los deudores hubiera reservado su derecho respecto a los demás.

El deudor de varios acreedores solidarios puede pagar a su elección, a cualquiera de estos últimos, sin que le afecte la obligación de respetar cualquier pacto interno realizado por los acreedores, a no ser que haya sido requerido judicialmente por alguno de ellos, pues en tal caso deberá realizar el pago al actor.

Finalmente cabe hacer mención a una clase de obligaciones que atiene a la fuerza o a la eficacia del vínculo jurídico. Desde el Derecho Romano hasta nuestros días se distinguen perfectamente situaciones -

jurídicas que encierran el completo de su eficacia, de aquellas otras -- que trascendiendo de los simples deberes morales quedan amparadas, no -- obstante, por el Derecho, aunque éste no les otorgue todo el valor de su eficacia. Haciendo consideración al respecto, la doctrina ha discernido -- siempre entre obligaciones naturales y obligaciones civiles.

a) Obligaciones Naturales. Son aquellas que aun y cuando se encuentran desprovistas de la eficacia normal de todo vínculo obligatorio -- consistente en el otorgamiento de una acción para poder exigir su cumplimiento, producen, no obstante, algunos efectos en Derecho (168). Esta -- clase de obligaciones representan un minimum de eficacia jurídica frente al maximum de las obligaciones civiles perfectas. Las obligaciones naturales son aquellas en las que el deudor no puede ser obligado a cumplirlas, pero que carece de acción para repetir lo que haya abonado al acreedor.

Modernamente se presenta la obligación natural como un ejemplo -- claro de la separación entre deuda y responsabilidad. Según los teóricos de esta tesis, en la obligación natural existe la relación de deuda, pero falta la de responsabilidad: hay, ciertamente, una persona que debe realizar una prestación y otra autorizada a recibirla y a retenerla, aun y cuando falte el poder del acreedor sobre el patrimonio del deudor para satisfacer su interés, o a obtener el sucedáneo económico del mismo, por lo que, no es necesario en la relación jurídico obligacional que exista la nota coactiva, como ya se afirmó anteriormente en el presente trabajo (169).

La jurisprudencia francesa ha considerado como obligación natural el hecho de que una persona entregue a otra una cantidad de dinero, no -- con animus donandi, sino para cumplir deberes imperiosos de conciencia o de honor, y de esta forma ha visto una obligación natural en el deber de dar alimentos respecto de un hijo natural no reconocido (170).

b) Obligaciones Civiles o Perfectas. Son aquellas que están plenamente reconocidas por el Derecho, en el sentido de que para su eficacia, éste les otorga toda la gama de recursos que el mismo posee para exigir su cumplimiento. Son, por así decirlo, las obligaciones tipo. Son aquellas cuyo efecto se encuentra garantizado por una tutela jurídica completa, mediante acción del acreedor en contra del deudor.

(168) Véase pp. 29 y 40.

(169) Idem.

(170) Citado por FEDERICO PUIG PEÑA, Tratado de Derecho Civil Español, - T. IV, Vol. I, p. 91.

LAS OBLIGACIONES REALES O PROPTER REM.

1.- CONCEPTO DE OBLIGACION REAL O PROPTER REM.

Estas obligaciones consisten en la necesidad para el deudor de ejecutar un acto positivo o negativo, exclusivamente en la razón y medida de una cosa que detenta. En consecuencia, estas obligaciones se transmiten ipso iure a los detentadores sucesivos de la cosa.

De conformidad con la opinión de Busso (171), las obligaciones reales son aquellas que incumben al propietario o poseedor de una cosa, en cuanto tal, y en consecuencia basta la cesación de su calidad de propietario o poseedor para quedar liberado del débito.

Según Alsina Atienza (172), las obligaciones reales son aquellas que descansan sobre determinada relación de señorío sobre una cosa y na cen, se desplazan y se extinguen con esa relación de señorío.

Por otra parte Trabucchi (173) opina que las obligaciones reales, propter rem u ob rem, son aquellas en las que la persona del deudor puede cambiar (ambulatoriedad pasiva) en razón a la relación de propiedad o posesión que existiera entre el sujeto y una cosa determinada.

Por su parte Messineo (174) afirma que la obligación real, propter rem, u ob rem, o rei cohaerens, es aquella en virtud de la cual se debe una prestación, a veces periódica, de entregar o de hacer; o se ha de observar un deber negativo dependiente de un derecho real sobre una cosa. Esta clase de obligaciones grava sobre la persona, no en cuanto tal, sino en cuanto titular de aquel determinado derecho.

De acuerdo con la opinión del mismo tratadista (175), a estas obligaciones las denomina también ambulatorias, pues de una o de otra forma, esta clase de obligaciones "deambular" en el mundo jurídico patrimonial hasta "encontrar" un titular (que ipso iure) por la sola detentación de la cosa, obligación que desaparece al abandonar el titular la cosa y nuevamente la obligación "deambulará" hasta encontrar otro ti

(171) Citado por CAZEUX PEDRO N., TRIGO REPRESAS FELIX, Derecho de las Obligaciones, T. I, p. 31.

(172) Ibidem, p. 31.

(173) TRABUCCHI ALBERTO, Instituciones..., T. II, p. 24.

(174) MESSINEO FRANCESCO, Manual de Derecho Civil y Comercial, T. V, p. 43.

(175) En el mismo sentido se pronuncian TRABUCCHI ALBERTO, Instituciones de Derecho Civil, T. II, p. 24; y CAZEUX PEDRO N., Derecho de las Obligaciones, T. I, p. 30.

tular de ella. De esta forma la persona del deudor queda determinada -- por efecto de tener éste la posesión, la propiedad u otro derecho sobre una cosa. Sin embargo, el derechohabiente a la prestación, no le corresponde un derecho real, sino un derecho de crédito, de tal suerte que el bien es solamente factor de determinación del sujeto pasivo de la obligación. Ahora bien, si una de las formas de extinción de la obligación-real es el abandono de la cosa, ésta también se extingue junto con el perecimiento de la propia cosa.

Por lo tanto, se puede concluir que, obligación real es aquella que existe en la razón y medida en que una cosa se detenta, implicando para el deudor la necesidad de ejecutar un acto positivo o negativo, de la cual solo puede liberarse mediante el abandono o perecimiento de la cosa.

2.- CARACTERISTICAS DE LAS OBLIGACIONES REALES O PROPTER REM.

De las nociones que se apuntaron en el apartado anterior respecto a lo que debe entenderse por obligación real, propter rem u ob rem, o ambulatoria, se desprenden las siguientes características:

a) Afectan al titular de una relación de señorío sobre una cosa en cuanto tal.

b) Se transmiten ipso iure a los detentadores sucesivos de la cosa. Si la cosa se transmite, la obligación sigue a la cosa y grava al nuevo detentador, independientemente de cualquier asunción convencional de deuda por parte del mismo, quedando simultáneamente liberado el anterior detentador. Debe exigirse que se trate de hipótesis en las cuales, el traspaso de la obligación del transmitente de la relación de señorío, proceda con independencia de cualquier acuerdo de voluntades de las partes.

c) El titular de la relación de señorío puede liberarse de la obligación abandonando la cosa o bien por el perecimiento de la misma. Debe exigirse que la obligación inherente a la cosa, pase del transmitente al adquirente, quedando aquél liberado de la misma.

d) La responsabilidad del sujeto pasivo de la obligación tiene como límite el monto o valor de la cosa a que va anexa la obligación.

e) La obligación real no requiere del consentimiento del sujeto activo para que cambie el sujeto pasivo, sino que se produce por el simple cambio de posesión de la cosa.

f) La obligación real debe de consistir, generalmente, en prestaciones reiteradas.

3.- OBLIGACION REAL Y CARGA REAL ¿SINONIMOS O ACEPCIONES DIVERSAS?. SUS PUNTOS DE CONVERGENCIA. SUS DIFERENCIAS. CONCLUSION.

Antes de adentrarnos al estudio de saber si ambas figuras, obligaciones reales y cargas reales, son sinónimos o figuras diversas, debemos dar una noción de lo que se debe entender por carga real, para entonces estar en posibilidades de dar contestación a la interrogante — planteada. La distinción no es tarea fácil, pues inclusive varios autores niegan la existencia de una neta diferencia entre ambas figuras, o bien, hasta niegan la existencia de las obligaciones reales.

De acuerdo con Brugi (176), la carga real consiste esencialmente en un derecho real sobre un predio, en el cual, todo poseedor está obligado por el total de la deuda que deriva de esta posesión, y asimismo — por las prestaciones vencidas con anterioridad a dicha posesión, en tanto no abandone el fundo.

Por su parte Trabucchi (177) afirma que las cargas reales son aquellas prestaciones de carácter periódico que debe una persona, en tanto en cuanto es titular del goce de un determinado bien, y que consisten en dar o hacer alguna cosa.

Asimismo, Wolff (178) sostiene que la carga real es un gravamen de derecho privado sobre un inmueble, en virtud del cual devenga el inmueble prestaciones reiteradas a favor del titular.

De lo expuesto anteriormente sobre lo que debe entenderse por — carga real, resultan las siguientes diferencias con las obligaciones — reales, propter rem, u ob rem o ambulatorias:

a) El acreedor tiene un derecho personal sobre la cosa y no un derecho real sobre un fundo.

b) Consecuencia de la anterior diferencia, es que, el derechohabiente de una carga real tendrá una acción real sobre el fundo gravado, en tanto que el acreedor de una obligación real, propter rem u ob rem o ambulatoria, tendrá una acción personal contra el deudor.

c) El deudor de una obligación real no responde de las deudas de anteriores poseedores, sino únicamente de débitos actuales. Aquí podría afirmarse, en forma ilustrativa más que científica, que en la carga —

(176) BRUGI PIAGIO, Instituciones de Derecho Civil, p. 273.

(177) TRABUCCHI ALBERTO, Instituciones..., T. I, p. 499.

(178) ENECCERUS LUDWIG, KIPP THEODOR Y WOLFF MARTIN, Tratado de Derecho Civil, Derecho de Cosas por WOLFF MARTIN, 8a Revisión, T. III, — Vol. 2, p. 149.

real la cosa está "obligada" al cumplimiento de la carga, en tanto que en la obligación real, la obligada es la persona. En tanto que, en la carga real, la obligación del que se encuentra en posesión de la misma, se extiende también a las prestaciones nacidas con anterioridad a su relación con la cosa.

Ejemplo de una carga real lo constituye la servidumbre legal de paso, antes de constituirse ésta; en efecto, conforme a los artículos 1097 y 1102 del Código Civil, el propietario de una finca anclavada entre otras ajenas sin salida a la vía pública, tiene derecho de exigir paso para su aprovechamiento por los predios vecinos, sin que los dueños de éstos puedan reclamarle más que una indemnización equivalente al perjuicio que le ocasione dicho gravamen. Y si hubiere varios predios por donde pueda darse el paso a la vía pública, el obligado a la servidumbre, será aquel cuya distancia fuere más corta, siempre y cuando el paso no resulte muy incómodo y costoso por ese lugar. En todo caso, si la distancia fuere la misma, el juez designará cual de los dos predios ha de dar el paso. En caso de que anteriormente hubiere habido acceso de la finca a alguna vía pública, el paso sólo se podrá exigir a la heredad por donde últimamente lo hubo. Es en el supuesto de que el dueño del predio cuya distancia sea más corta a la vía pública o bien el propietario de la finca en donde anteriormente existía el acceso a dicha vía, quienes estarán obligados a dar el paso, es en donde se presenta la carga real, obviamente antes de constituirse la servidumbre, pues en tal caso se estará frente a un derecho real. En todo caso serán éstos los obligados a dar el paso, pero más que el propietario es el predio el "obligado" debido a su ubicación, y solo podrá eximirse el titular de la carga abandonando el predio, o bien, por el perecimiento del inmueble. Es decir, en las cargas reales debe considerarse la carga que grava al fundo para obtener la prestación del propietario. Lo mismo puede afirmarse respecto de las servidumbres legales de desagüe y de acueducto, desde luego, antes de constituirse éstas, en donde el dueño del predio sirviente tendrá la carga de soportar la constitución del gravamen, previa indemnización del propietario del predio dominante; carga que desaparece con el abandono que haga del inmueble el propietario del predio sirviente o por destrucción del referido predio.

d) En tratándose de cargas reales, debe considerarse la carga que grava al fundo a efecto de obtener la prestación del propietario; en tanto, que en las obligaciones reales o propter rem u ob rem o ambu-

latorias, el inmueble no resulta gravado por una carga, sino que la pertenencia del bien sirve únicamente para determinar la persona obligada.

e) Las cargas reales siempre tienen por contenido una prestación positiva, consistentes en dar o hacer alguna cosa; en tanto que, las obligaciones reales o propter rem u ob rem o ambulatorias, también pueden consistir, además de dar y hacer, en un no hacer, en una prestación negativa.

Sin embargo, a pesar de las diferencias anteriormente señaladas entre ambas figuras, cargas reales y obligaciones reales o propter rem u ob rem o ambulatorias, tienen ciertas afinidades, contándose entre ellas las siguientes:

a) Ambas figuras no se podrán constituir válidamente mas que en los casos admitidos por la ley; no son figuras consideradas como categorías generales y libres, sino que se encuentran bajo el influjo del principio del numerus clausus. Es decir, no se podrán constituir estas figuras por convenio de las partes. En este sentido se pronuncian los tratadistas Trabucchi y Messineo.

b) Ambas figuras se extinguen, además de las causas ordinarias de extinción de los derechos, por el abandono del fundo o de la cosa, o bien por el perecimiento de éstas.

CONCLUSION.- De acuerdo con las ideas expresadas en las líneas precedentes, se puede afirmar que sí existe una gran diferencia entre las figuras de carga real y obligación real, propter rem, ub rem o ambulatorias, pues aunque dichas figuras sean semejantes en algunos aspectos, las diferencias, quizá sutiles a que se hicieron mención en el apartado correspondiente, nos hacen reflexionar sobre el particular, y con ello obtener algunas diferencias entre las referidas figuras de nuestro Derecho Civil. Analizando detenidamente su accionar, su mecánica y sus efectos podrá llegarse indefectiblemente a concluir que, las figuras jurídicas a comento son totalmente diferentes una de otra, aunque en algunos aspectos coincidan.

Nuestro Derecho Civil contempla las siguientes obligaciones reales, propter rem, ub rem o ambulatorias:

1.- La de los copropietarios de costear proporcionalmente la construcción y mantenimiento de la pared medianera. Así se desprende de lo dispuesto por los artículos 944, 959, 960 y 961 de nuestra codificación civil.

2.- La obligación que tiene el usufructuario de formar a sus expensas, con citación del propietario de los bienes, valuando los muebles y describiendo el estado en que se encuentran los inmuebles, así como otorgar una fianza antes de entrar en el goce del usufructo, la cual garantizará que disfrutará de las cosas con moderación y que las restituirá al propietario con sus accesiones, al extinguirse dicho derecho real. Esta obligación la contempla el artículo 1006 del Código Civil.

3.- La obligación que tiene el propietario de un predio rústico de darlo en arrendamiento o en aparcería si no lo cultiva, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2453 del Código Civil.

4.- La obligación del deudor hipotecario de no dar el predio hipotecado en arrendamiento, ni pactar pago anticipado de rentas por un término que exceda a la duración de la hipoteca. Esta obligación consiste precisamente en un no hacer (non facere), en una prestación negativa.

5.- La obligación que tiene el usufructuario de hacer las reparaciones indispensables, para mantener la cosa en el estado en que la recibió, cuando se trate de un usufructo a título gratuito, en los términos del artículo 1017 del Código Civil.

6.- La obligación que tiene el nudo propietario de hacer todas las reparaciones convenientes para que la cosa pueda producir los frutos que comúnmente se obtenían de ella al tiempo de la entrega, en caso de tratarse de un usufructo a título oneroso, tal y como lo preceptúa el artículo 1021 del Código Civil.

7.- La obligación de pagar totalmente el legado de renta vitalicia o pensión alimentaria, que asume aquel que por sucesión universal adquiere el usufructo universal, como lo dispone el artículo 1027 del Código Civil.

La misma obligación tendrá aquel que adquiera por sucesión, una parte del usufructo, pagando el legado o la pensión en proporción a su cuota, como lo establece el artículo 1028 del Código Civil.

8.- La obligación del nudo propietario de pagar los gastos, costas y condenas de los juicios sostenidos sobre el usufructo, cuando éste se haya constituido a título oneroso.

La obligación del usufructuario de pagar los gastos, costas y condenas de los juicios sostenidos sobre el usufructo, si éste se constituyó a título gratuito, en los términos del artículo 1035 del Código Civil.

Si el juicio interesa simultáneamente al nudo propietario y al usufructuario, ambos contribuirán a los gastos en proporción a sus respectivos derechos, en tratándose de un usufructo que se constituyó a título gratuito; en todo caso el usufructuario no estará obligado a responder por más de lo que produce el usufructo, conforme al artículo 1036 del Código Civil.

9.- La obligación de no enajenar, gravar ni arrendar, todo ni en parte su derecho a otro, que tienen el usuario y aquel que tiene un derecho de habitación en un edificio, de conformidad con el artículo 1051 del Código Civil.

10.- La obligación del propietario de un predio en consentir que se pasen materiales, se coloquen en su finca andamios u otros objetos que fueren indispensables para construir o reparar algún edificio, recibiendo la indemnización correspondiente al perjuicio que se le irroque, de acuerdo con el artículo 1107 del Código Civil.

11.- La obligación del propietario de un predio en permitir, previa indemnización, que se coloquen en su finca postes y se tiendan alambres, para establecer comunicaciones telefónicas particulares o para conducir energía eléctrica a otra heredad, según lo dispone el artículo 1108 del Código Civil.

12.- La obligación que tiene el acreedor prendario en conservar la cosa empeñada como si fuera propia, así como de restituir la prenda inmediatamente que sean pagados íntegramente, la deuda, sus intereses y los gastos de conservación, en su caso, como lo dispone el artículo 2876 del Código Civil.

13.- La obligación del condómino de costear la parte proporcional de los gastos de conservación y funcionamiento de los servicios comunes, en los términos de los artículos 22 y 25 de la Ley Sobre el Régimen de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal.

Sin embargo, hay quienes niegan la existencia de las obligaciones reales. Opinión que comparte el Profesor Ernesto Gutiérrez y González (179), al sostener que esta figura jurídica que nos ocupa es un "fantasma jurídico, algo irreal, algo que no existe ni corporal ni incorporeal, ni jurídicamente, pero que un gran número de tratadistas ha creído ver y juran su existencia" (180). Asimismo, dicho Profesor afirma que "la Suprema Corte de Justicia de la Nación dice haberlas visto y las describe como aquellas que existen en la razón y medida en que una- (179) GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO, Derecho de las Obligaciones, p. 106 y siguientes. (180) Ibidem, p. 106.

cosa se detenta, implicando para el deudor la necesidad de ejecutar un acto positivo y de la cual no puede liberarse sino mediante el abandono que de ella haga" (181).

Dicho catedrático sostiene su posición al respecto, argumentando que resulta incongruente hablar de que la persona se "obliga" respecto de una cosa, porque ello sería olvidar que la obligación implica "poder exigir" y "deber cumplir".

Finalmente, dicho Profesor sostiene que las obligaciones reales responden perfectamente a la figura de las limitaciones a la propiedad, como son las contenidas en los artículos 960 y 2453 del Código Civil, o a típicos deberes jurídicos strictu sensu, como son los establecidos — por los artículos 1006 y 2914 del Código Civil (182). Entendiendo por limitaciones a la propiedad, la carga positiva o bien la abstención que el legislador de cada época impone a los titulares de los derechos a efecto de que no los ejerciten en contra del interés de particulares o en contra del interés general.

CONCLUSION.— Es innegable la existencia de las obligaciones reales, con características que la asemejan a las obligaciones, por una parte, y a los derechos reales, por la otra, ha sido y sigue siendo muy discutida. En opinión de Pedro N. Cazeaux y Felipe A. Trigo Represas, — las obligaciones reales tienen de la obligación común la característica de que hay un deudor determinado, y de los derechos reales, que esa relación de deuda está íntimamente ligada a la propiedad de una cosa — (183). El mismo Ortolan se pronunciaba contrario a la existencia de esta clase de obligaciones, en cambio Zachariae es favorable a su existencia.

Sin embargo, de las ideas vertidas en el presente capítulo se — puede concluir efectivamente la existencia de la categoría de las obligaciones reales, cuyas características ya apuntadas, las hacen merecedoras de un sitio dentro de la Teoría General de las Obligaciones. Asimismo, las obligaciones reales se distinguen de las cargas reales, cuyas características ya fueron indicadas en el presente capítulo, y que si bien existen ciertos aspectos en que ambas figuras coinciden, son semejanzas superficiales y no de fondo, tal y como quedó asentado.

(181) Ibidem, p. 107.

(182) Ibidem, p. 113.

(183) N. CAZEAUX PEDRO, TRIGO REPRESAS FELIX A., Derecho de las Obligaciones, T. I, p. 30.

Finalmente, puede afirmarse que si bien, no solo la figura de la obligación real, propter rem, ob rem o ambulatoria, sino también la figura de la carga real, son parte integrante de las limitaciones a la propiedad, esto no nos autoriza a afirmar que, por tanto aquellas que— dan subsumidas o absorvidas por esta última figura. Por el contrario, - existe una relación de género a especie, en donde la especie presenta - características propias que la diferencian de otras especies análogas - pero diferentes, como es el caso que nos ocupa, en el tema a comento.

CAPITULO IV.

OBLIGACIONES REALES O PROPTER REM CONTENIDAS EN OTROS ORDENAMIENTOS LEGALES DIVERSOS AL CODIGO CIVIL.

1.- OBLIGACION REAL "ARRENDATARIA" CONTENIDA EN EL ARTICULO 15 DE LA LEY DE NACIONALIZACION DE BIENES, REGLAMENTARIA DE LA FRACCION II DEL ARTICULO 27 CONSTITUCIONAL.

La Ley de Nacionalización de Bienes, Reglamentaria de la fracción II del Artículo 27 Constitucional, fue expedida por decreto el día 30 de diciembre de 1940, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1940, entrando en vigor en toda la República a los diez días después de su publicación en el referido Diario Oficial.

El referido artículo 15 de la ley que se comenta estipula:

"Los contratos de arrendamiento y demás cesiones temporales de que hayan sido objeto los bienes nacionalizados, sólo cesarán de plenero al dictarse una sentencia de nacionalización, cuando el arrendatario o cesionario haya intervenido directa o indirectamente en los hechos motivo de la nacionalización".

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 1º de la ley que se comenta, son bienes propiedad de la Nación, representada por el Gobierno Federal:

I.- Los templos que estén destinados al culto público y los que a partir del 1º de mayo de 1917 lo hayan estado alguna vez, así como los que en lo sucesivo se erijan con ese objeto;

II.- Los obispos, casas curales y seminarios; los asilos o colegios de asociaciones, corporaciones o instituciones religiosas; los conventos y cualquier otro edificio que hubiere sido construido o destinado a la administración, propaganda o enseñanza de un culto religioso;

III.- Los bienes raíces y capitales impuestos sobre ellos que estén poseídos o administrados por asociaciones, corporaciones o instituciones religiosas, sea directamente o a través de interpósitas personas.

En todo caso, de conformidad con el artículo 10 de la ley a comento, la acción de nacionalización es improcedente respecto de aquellos bienes que, después de haber estado destinados a alguno de los fines a que se refiere la fracción II del artículo 1º de esta Ley o de ha

ber sido poseídos o administrados por una interpósita persona de una asociación religiosa, han sido enajenados a un adquirente de buena fe.

Procediendo al análisis de lo dispuesto por el artículo 15 del ordenamiento jurídico en cita, se llega a las siguientes conclusiones, en comparación con las características ya señaladas en el presente trabajo de las obligaciones reales:

1a.- Efectivamente, dicha disposición afecta al titular de una relación de señorío, a saber, al titular de un derecho real sobre un bien del cual se dicte una sentencia de nacionalización.

2a.- Ciertamente, se puede pensar en que el titular del derecho real sobre un bien del cual se pronuncie una sentencia de nacionalización, o de un bien que sea nacionalizable, lo pueda transmitir a otra persona, en cuyo supuesto, el nuevo adquirente tendrá la obligación de respetar el contrato de arrendamiento y demás cesiones temporales, así como la carga de notificarle al arrendatario, judicial o extrajudicialmente ante notario o ante dos testigos, el cambio de propietario de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2409 del Código Civil.

Y aun cuando el bien se nacionalice, la Nación por conducto del Gobierno Federal estará obligado a respetar los términos del contrato de arrendamiento y demás cesiones temporales, los cuales sólo cesarán de pleno derecho al dictarse la sentencia de nacionalización, únicamente cuando el arrendatario haya intervenido directa o indirectamente en los hechos motivo de la nacionalización.

3a.- Asimismo, el propietario del bien nacionalizado o nacionalizable puede liberarse de los efectos de la sentencia de nacionalización abandonando el bien o por perecimiento del mismo, pasando en todo caso dicha obligación al nuevo detentador del bien.

4a.- Así también, la responsabilidad del sujeto pasivo de la obligación de respetar los contratos de arrendamiento y demás cesiones temporales, tiene como límite el valor de la cosa a que está anexa dicha obligación.

5a.- De la misma manera, la obligación de respetar los contratos de arrendamiento y demás cesiones temporales de que hayan sido objeto bienes nacionalizados, no requiere del consentimiento del sujeto activo para que cambie el sujeto pasivo, sino que dicha obligación subsiste por el simple cambio de posesión de la cosa.

6a.- Asimismo, la obligación de respetar los contratos de arrendamiento y demás cesiones temporales de que hayan sido objeto los bie-

nes nacionalizados, consiste en una prestación reiterada, pues está latente de momento a momento, así como es reiterativo y sucesivo el pago de las rentas.

Hecho el análisis anterior, se concluye que efectivamente la disposición contenida en el artículo 13 de la Ley de Nacionalización de Bienes, Reglamentaria de la fracción II del artículo 27 Constitucional es una obligación real, por reunir todas y cada una de las características de derecho común de dicha figura, independientemente de estar contenida en una ley administrativa, toda vez que la obligación de respetar los contratos de arrendamiento y demás cesiones temporales de que hayan sido objeto los bienes nacionalizados, únicamente cesarán de pleno derecho al dictarse una sentencia de nacionalización, siempre y cuando el arrendatario o cesionario haya intervenido directa o indirectamente en los hechos motivo de la nacionalización. Interpretada dicha disposición a contrario sensu se tiene que, los contratos de arrendamiento y demás prestaciones temporales de que hayan sido objeto los bienes nacionalizados, no cesarán de pleno derecho al dictarse una sentencia de nacionalización, cuando el arrendatario o cesionario no haya intervenido directa o indirectamente en los hechos motivo de la nacionalización, subsistiendo, en consecuencia, los contratos de arrendamiento y demás cesiones temporales, en los términos en que éstos se hayan pactado.

Aun y cuando dicha obligación real se encuentre contenida en una ley administrativa, como lo es la que se comenta, no por ello pierde su naturaleza jurídica y características de derecho común, pues el carácter del ordenamiento jurídico en donde se encuentre contenida alguna obligación real, no desvirtúa que no tenga las características de derecho común y, por lo tanto, que sea considerada como tal.

Finalmente, en tratándose de bienes muebles el artículo 14 de la Ley que se comenta dispone:

"Los bienes muebles que se encuentren en un predio o edificio nacionalizado, pasarán también a ser propiedad del Gobierno Federal, cuando se encuentren comprendidos en alguno de los casos siguientes:

I.- Si los muebles deben considerarse inmovilizados en los términos de la legislación común; y

II.- Si tratándose de bienes nacionalizados por destino, guardan los muebles conexión con dicho destino.

No se requerirá para estos bienes declaratoria especial de nacionalización.

2.- OBLIGACION REAL DE "ZONA DECLARADA RESERVA TERRITORIAL" CONTENIDA EN EL ARTICULO 40 DE LA LEY GENERAL DE ASENTAMIENTOS HUMANOS.

La Ley General de Asentamientos Humanos fue expedida por decreto el 20 de mayo de 1976, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 26 de mayo de 1976, entrando en vigor a los treinta días de su publicación en dicho Diario Oficial. Sin embargo, la referida ley sufrió una reforma y adición, derogando disposiciones en contrario, por decreto que fue expedido el 27 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 7 de febrero de 1984, entrando en vigor al día siguiente de su publicación en dicho Diario.

El artículo 40 de la Ley General de Asentamiento Humanos dispone:

"Las declaratorias de reservas contendrán la delimitación de las áreas de expansión futura del centro de población. Una vez que dichas declaratorias sean publicadas e inscritas en el registro correspondiente, los predios en ellas comprendidos se utilizarán por sus propietarios en forma que no presente obstáculo al futuro aprovechamiento determinado por el plan o programa correspondiente..."

Por su parte el artículo 37 de la ley que se comenta estipula:

"Para los efectos de esta ley se establecen las siguientes definiciones:

I.- Provisiones.- Son las áreas que serán utilizadas para la fundación de un centro de población;

II.- Usos.- Son los fines particulares a que podrán dedicarse determinadas zonas de un centro de población;

III.- Reservas.- Son las áreas de un centro de población que serán utilizadas para su futuro crecimiento, y

IV.- Destinos.- Son los fines públicos a que se prevea dedicar determinadas zonas o predios de un centro de población".

Procediendo al examen de lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley en cita, se obtienen las siguientes conclusiones:

I.- Efectivamente, la disposición que se comenta afecta al titular de una relación de señorío sobre una cosa en cuanto tal, pues los predios que quedan comprendidos en las declaratorias de reservas se utilizarán por sus propietarios en forma que no presente obstáculo al futuro aprovechamiento determinado por el plan o programa correspondiente.

2a.- Asimismo, dicha obligación se transmite ipso iure a los de-
tentadores sucesivos de los inmuebles que queden comprendidos en las de-
claratorias de reservas. Aun y cuando el bien se transmita, el nuevo de-
tentador tendrá la obligación de utilizarlo en tal forma que no presen-
te obstáculo al futuro aprovechamiento determinado por el plan o progra-
ma respectivo.

3a.- Así también, el titular de la relación de señorío puede li-
berarse de la obligación real que se comenta, abandonando el bien inmue-
ble o por la destrucción de dicho bien.

4a.- Ciertamente, la responsabilidad del sujeto pasivo de la o-
bligación de utilizar en forma que no presente obstáculo al futuro apro-
vechamiento determinado por el plan o programa relativo por parte de --
los propietarios de los predios que queden comprendidos en las declara-
torias de reservas, tiene como límite el monto de la cosa a que va a--
nexa dicha obligación.

5a.- Así también, la susodicha obligación no requiere del consen-
timiento del sujeto activo para que acmbie el sujeto pasivo, sino que -
ésta subsiste por el simple acmbio de posesión de la cosa.

6a.- De la misma forma, el obligado a utilizar en forma que no -
presente obstáculo al futuro aprovechamiento determinado por el plan o-
programa relativo, por parte de los propietarios de los predios que que-
den comprendidos en las declaratorias de reservas, consiste en una pres-
tación reiterada, pues se encuentra latente de momento a momento.

De dicho examen se concluye que la obligación impuesta por el ar-
tículo 40 de la Ley General de Asentamientos Humanos, es una obligación
real, siendo totalmente irrelevante que ésta se encuentre contenida en-
una ley administrativa, pues reúne todas y cada una de las característi-
cas que a dicha figura se le atribuyen en derecho común.

5.- ¿ES OBLIGACION REAL LA DISPOSICION CONTENIDA EN EL ARTICULO 5 DE LA
LEY PARA PROMOVER LA INVERSION MEXICANA Y REGULAR LA INVERSION EX--
TRANJERA?

La Ley para promover la inversión mexicana y regular la inver-
sión extranjera, fue expedida por decreto el día 26 de febrero de 1973,
publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de marzo de 1973,-
entrando en vigor a los 60 días siguientes a la fecha de su publicación
en el Diario Oficial.

El artículo 5 del ordenamiento legal en cita dispone:

"En las actividades o empresas que a continuación se indican, la inversión extranjera se admitirá en las siguientes proporciones de capital:

a) Explotación y aprovechamiento de sustancias minerales:

Las concesiones no podrán otorgarse o transmitirse a personas físicas o sociedades extranjeras. En las sociedades destinadas a esta actividad, la inversión extranjera podrá participar hasta un máximo de 49%, cuando se trate de la explotación y aprovechamiento de sustancias sujetas a concesión ordinaria y de 34% cuando se trate de concesiones especiales para la explotación de reservas minerales nacionales.

b) Productos secundarios de la industria petroquímica: 40%

c) Fabricación de componentes de vehículos automotores: 40%, y

d) Las que señalen las leyes específicas o las disposiciones reglamentarias que expida el Ejecutivo Federal.

En los casos en que las disposiciones legales o reglamentarias no exijan un porcentaje determinado, la inversión extranjera podrá participar en una proporción que no exceda del 49% del capital de las empresas y siempre que no tenga, por cualquier título, la facultad de determinar el manejo de la empresa.

La Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras podrá resolver sobre el aumento o la disminución del porcentaje a que alude el párrafo anterior, cuando a su juicio sea conveniente para la economía del país y fijar las condiciones conforme a las cuales se recibirá, en casos específicos, la inversión extranjera.

La participación de la inversión extranjera en los órganos de administración de la empresa, no podrá exceder de su participación en el capital.

Quando existan leyes o disposiciones reglamentarias para una determinada rama de actividad, la inversión extranjera se ajustará a los porcentajes y a las condiciones que dichas leyes o disposiciones señalen".

Es indudable que al hablar de inversión extranjera se alude a un bien mueble fungible tal y como es el dinero. Asimismo, la persona extranjera que viene a nuestro país a invertir su capital en una determinada rama de actividad, generalmente encuentra límites para dicha inversión. límites que son establecidos por la ley que se comenta, por las leyes específicas, por disposiciones reglamentarias emitidas por el Presidente de la República o por la Comisión Nacional de Inversiones Ex-

extranjeras, en beneficio de la economía nacional.

Ahora bien, realizando un análisis de la limitación establecida en la inversión extranjera, en comparación con las características de las obligaciones reales, propter rem, a ob rem o ambulatorias, se llega a las siguientes conclusiones:

1a.- Efectivamente, la limitación que se comenta afecta al titular de una relación de señorío, a saber, ser propietario extranjero de un capital que desea invertir en nuestro país. Empero, la inversión extranjera también puede consistir en la aportación de bienes, por lo que por inversión extranjera se entiende el estudio jurídico de la aportación de bienes y/o capital para la producción realizada por una persona extranjera. Ahora bien, hay dos formas en que se puede presentar la inversión extranjera, a saber:

a) Inversión extranjera directa. Se presenta cuando el inversionista extranjero detenta materialmente su inversión o controla personalmente su inversión.

b) Inversión extranjera indirecta. Es aquella que se presenta cuando el inversionista extranjero aporta el capital o los intangibles, pero no tiene un control directo de la inversión, por ejemplo la inversión de una persona extranjera en valores, en patentes, en marcas, etc.

2a.- Se puede pensar en que la persona extranjera propietaria de bienes y/o capital, pueda transmitirlos a otra persona extranjera, situación que indefectiblemente actualiza el supuesto contenido en el artículo 5º de la Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera; es decir, que al transmitirse el bien y/o capital la obligación se transmite ipso iure al nuevo representante de los mismos. Pero también es posible que la persona extranjera propietaria de bienes y/o capital, pueda "transmitir" estos a una persona mexicana, como es el caso de los prestanombres o testaferros, con lo cual se presentaría un fraude a la ley, lo cual desafortunadamente suele suceder con frecuencia en nuestro país. En este último caso no estaríamos ya frente a las limitaciones contenidas por la referida ley, por la simple razón de que la "inversión" la efectuaría una persona mexicana, nacional.

3a.- Jamás podríamos pensar en que la persona extranjera propietaria de bienes y/o capital abandone éstos para liberarse de la limitación estipulada en el artículo 5º de la ley que se comenta.

4a.- En principio la persona extranjera propietaria de bienes y/o capital, si se encuentra obligada a responder hasta el límite del -

valor de la cosa además de ser nulos, y en consecuencia no podrán hacer valer ante autoridad alguna, los actos que se efectúen en contravención a las disposiciones de esta ley y los que debiendo inscribirse en el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras no se inscriban. Lo anterior de conformidad con lo dispuesto por el artículo 28 de la misma ley que se comenta, agregando en su parte final que las infracciones no cuantificables se sancionarán con multa hasta de \$100 000.00

Independientemente de lo anterior, los administradores, directores y gerentes generales, comisarios y miembros de los órganos de vigilancia de las empresas, quienes son solidariamente responsables de lo concerniente a sus funciones, del cumplimiento de las obligaciones establecidas por el ordenamiento en cita, podrán ser sancionados con multa hasta de \$100 000.00, que impondrá la Secretaría de Industria y Comercio previa audiencia del interesado.

Ahora bien, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1830, 2227 y 2228 del Código Civil y artículo 1º de la ley que se estudia, la nulidad a que alude el artículo 28 de la ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera es una nulidad absoluta, toda vez que de acuerdo con el artículo 1º de este último ordenamiento, dicha ley es de interés público y de observancia general en la República; de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 1830 del Código Civil es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres, y finalmente el artículo 2225 de este último ordenamiento, estipula que la ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto producen su nulidad, ya absoluta ya relativa, según lo disponga la ley, y por exclusión, en los términos del artículo 2228 del Código Civil se trata de una nulidad absoluta.

Finalmente, el artículo 31 de la ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera estipula una sanción de prisión de hasta nueve años y multa hasta de cincuenta mil pesos, a quienquiera que permita la goce o la disposición de hecho, -- por parte de las personas, empresas o unidades económicas a que alude el artículo 2º de esta ley, de bienes o derechos reservados a los mexicanos, o cuya adquisición estuviere sujeta a requisitos o autorizaciones que no se hubieren cumplido u obtenido, según el caso.

La simulación puede ser absoluta o relativa (161):

a) La simulación absoluta no produce efectos jurídicos;

(161) Artículo 212º del Código Civil.

b) La simulación relativa se presenta al darse a un acto jurídico una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter.

La simulación absoluta no produce efectos jurídicos (185).

Podrán pedir la nulidad de los actos simulados los terceros perjudicados con la simulación, o el Ministerio Público, si dicha simulación transgredió la ley o perjudicó a la Hacienda Pública (186).

5a.- En tratándose de la limitación que se comenta, no existe un acreedor y un deudor, por lo que no se puede afirmar que se requiere -- del consentimiento de aquel para que varíe éste de la obligación.

6a.- Finalmente, en la limitación que se comenta no existen prestaciones periódicas.

Del análisis anteriormente hecho se puede concluir que la limitación contenida en el artículo 5° de la ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera, no constituye una obligación real, propter rem u ob rem o ambulatoria, por no adecuarse a las características de dicha institución de derecho civil, de derecho común.

No obstante de haber disposición expresa en el sentido de que -- una vez que se anule un acto simulado, se restituirá la cosa o derecho a quien pertenezca, con sus frutos e intereses, si los hubiere, respetándose en todo caso los derechos adquiridos por un tercero de buena fe y a título oneroso, en donde no habrá lugar a la restitución (187), se piensa que la disposición que debe de aplicarse en la especie es la contenida en el artículo 189° del Código Civil, toda vez que la simulación de dichos actos, además de perjudicar intereses de particulares nacionales, afecta a la economía del país por lo que la sanción debe de ser -- más severa, con fundamento en el principio de derecho que prescribe que "nadie puede invocar en apoyo de su demanda un acto inmoral efectuado por él" (188). Por lo tanto, lo que se hubiere entregado para la realización de un fin ilícito o contrario a las buenas costumbres, no quedará en poder del que lo recibió, sino en todo caso, el 50% se destinará a la Beneficencia Pública y el otro 50% tiene derecho de recuperarlo el que lo entregó.

(185) Artículo 2182 del Código Civil.

(186) Artículo 2183 del Código Civil.

(187) Artículo 2184 del Código Civil.

(188) *Neque auctior propter culpam culpatorum allegans.*

C O N C L U S I O N E S

1.- En su origen las relaciones obligatorias en el terreno del Derecho Civil se reducen a la permuta, al trueque.

2.- Con el reconocimiento de la familia como un ente distinto al grupo social y de una cierta propiedad doméstica, comienzan a afirmarse las relaciones obligatorias de carácter privado.

3.- La primera noción que se tuvo del débito no fue propiamente jurídica; sin embargo, si lo fue la ligadura con la que una persona, ya fuere la misma encargada de cumplir el débito u otra, se sujetaba corporalmente en un inicio y patrimonialmente después. A dicha ligadura fue a la que en Derecho Romano se denominó obligatio.

4.- El concepto de obligación encierra dos nociones que en un principio se vieron con independencia: por un lado, el débito o deber de cumplir la prestación (schuld), por el otro lado, la de responsabilidad o de sujeción al sufrimiento de un perjuicio, si no se quiere cumplir dicho débito (haftung).

5.- Generatriz de la primera obligación es un convenio. Frecuentemente se plantea la cuestión de saber si las más antiguas obligaciones fueron las nacidas ex contractu o ex delicto; del delito nacía la vindicta, por lo que fue necesario pactar en la mínima medida de la ofrecida entrega del ofensor, para que surgiese la obligación, por lo que en este orden de ideas, las obligaciones ex delicto son una formación conceptual posterior a las obligaciones nacidas de un convenio.

6.- Originalmente para que la obligación adquiriera carácter jurídico, fue necesario que se afirmara materialmente y en forma solemne, es decir comprometiéndose la propia persona (nexum), la cual se hace propiedad absoluta del acreedor es caso de incumplimiento por parte del deudor. La forma más antigua de obligarse fue el nexum.

7.- La obligación, derecho personal o de crédito es la relación jurídica por virtud de la cual una persona, llamada acreedor, puede exigir de otra, llamada deudor, el cumplimiento de una prestación que puede consistir en un dar, hacer o no hacer. De tal suerte que la obligación es la necesidad jurídica impuesta a una persona, hacia otra, de hacer una prestación que puede consistir en un dar, hacer o no hacer.

8.- En sus orígenes la diferencia entre el derecho real y el dere

cho personal fue netamente procesal; eran las acciones in rem aquellas en que el actor se dirigía fundamentalmente contra una cosa y las acciones in personam aquellas que se dirigían contra otra persona.

9.- En Derecho Romano se denominaba causa a la fuente de la obligación, pero en la actualidad causa es el por qué de la obligación y por fuente se entiende el hecho que la produce.

10.- La diferencia entre daño patrimonial y daño moral no proviene de la naturaleza del derecho, bien o interés lesionado, sino de la consecuencia de la lesión, del carácter de su repercusión en el patrimonio del afectado. El daño moral es el efecto no patrimonial de la lesión de derecho y no la propia lesión abstractamente considerada. La causa del daño es una sola, la consecuencia de daño es la que puede revestir carácter patrimonial o no patrimonial.

11.- Por fuentes de las obligaciones debemos de entender todos aquellos hechos y actos jurídicos a los que la ley concede consecuencias de derecho, susceptibles de valoración económica. Por tanto, se afirma que la clasificación de las obligaciones acordada por nuestro legislador de 1928, ya no tiene razón de ser desde el punto de vista metodológico.

12.- Las obligaciones reales, propter rem, ubi rem o ambulatorias consisten en la necesidad para el deudor de realizar un acto positivo o negativo, exclusivamente en la razón y medida en que una cosa se detenta de la cual solo puede liberarse mediante el abandono o perecimiento de la cosa. Por lo tanto, estas obligaciones se transmiten ipso iure a los detentadores sucesivos de la cosa. De tal suerte que el deudor queda determinado por efecto de tener éste la tenencia sobre la cosa.

13.- La carga real consiste en un derecho real sobre un predio, en el cual, todo poseedor está obligado por el total de la deuda que deriva de esta posesión, así como también por las prestaciones vencidas con anterioridad a dicha posesión, en tanto no abandone el fundo. La carga real es un gravamen de derecho privado sobre un inmueble, en virtud del cual éste devenga prestaciones reiteradas a favor del titular.

Por lo tanto, existe una gran diferencia entre la obligación real o propter rem y la carga real, consistiendo, la más importante, en que en la primera el acreedor tiene un derecho personal sobre la cosa, mientras que en la segunda el acreedor tiene un derecho real sobre un predio. De lo cual deriva, en consecuencia, la diferencia de la acción que el acreedor haría valer en contra del deudor, siendo éstas una acción —

personal y una acción real, respectivamente.

Asimismo, el deudor de una obligación real o propter rem no responde de las deudas de anteriores poseedores, sino únicamente de débitos actuales, en tanto que, en la carga real la obligación de quien se encuentra en posesión del bien, responde aun de las deudas nacidas con anterioridad a su relación con la cosa.

Ejemplo de carga real lo constituye la hipoteca y de obligación real o propter rem la medianería.

A pesar de las diferencias señaladas, las obligaciones reales, -- propter rem, ub rem o ambulatorias y las cargas reales tienen ciertas características comunes, entre las que se pueden mencionar las siguientes: ambas figuras jurídicas no se pueden constituir válidamente sino únicamente en los casos admitidos por la ley, es decir, no se pueden constituir estas figuras por convenio de las partes; ambas instituciones se extinguen, además de las causas ordinarias de extinción de los derechos, -- por el abandono del fundo o de la cosa, o bien por el perecimiento de éstas.

14.- Es incuestionable la existencia de las obligaciones reales, -- propter rem, ub rem o ambulatorias, con características que la asemejan a las obligaciones, por una parte, y a los derechos reales, por la otra. Así también se distinguen de las cargas reales, aun y cuando existen -- ciertas semejanzas entre dichas instituciones, lo cual hace a las obligaciones reales merecedoras de un sitial dentro de la Teoría General de -- las Obligaciones.

15.- La disposición contenida en el artículo 15 de la Ley de Nacionalización de Bienes, Reglamentaria de la fracción II del artículo 27 Constitucional es una obligación real, por reunir todas y cada una de -- las características que ésta tiene en derecho común, siendo irrelevante -- que ésta se encuentre contenida en una ley administrativa.

16.- La obligación impuesta por el artículo 40 de la Ley General de Asentamientos Humanos, es una obligación real por reunir todas las características que dicha institución tiene en derecho civil, naturaleza -- jurídica que no se ve afectada por estar contenida en una ley administrativa.

17.- La disposición contenida en el artículo 5º de la Ley para -- promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera, no -- constituye una obligación real o propter rem, por no asemejarse a las ca-

racterísticas que dicha institución tiene en Derecho Civil.

De lo anterior se concluye que aun y cuando una obligación real o propter rem se encuentre contenida en una ley diversa a la civil, como lo son las que en el presente trabajo se comentaron, no por ello pierden su naturaleza jurídica y sus características de derecho común, ya que el carácter jurídico del ordenamiento en que se encuentres no desvirtua la naturaleza jurídica y características que dicha institución tiene en el Derecho Civil.

B I B L I O G R A F I A

- ALBALADEJO MANUEL. Derecho Civil, Librería Bosch, Barcelona 1965.
- ANTAS RAMOS J. Derecho Romano, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1951.
- BARBERO DOMENICO. Derecho Privado, Ediciones Jurídicas Europa-América, - Buenos Aires 1967.
- BEJARANO SANCHEZ MANUEL. Apuntes de Cátedra.
- BONFANTE PEDRO. Instituciones de Derecho Romano, Editorial Reus, S. A., - Madrid 1929.
- BORJA SORIANO MANUEL. Teoría General de las Obligaciones, Editorial Porrúa, S. A., México 1982.
- BRUGI BIAGIO. Instituciones de Derecho Civil, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México Distrito Federal 1949.
- CARBONIER JEAN. Derecho Civil, Editorial Bosch, Barcelona 1971.
- CARRERAS MALDONADO MARIA. Apuntes de Cátedra.
- CASTAN TOBEÑAS J. Derecho Civil, Instituto Editorial Reus, Madrid 1941.
- CASTELLANOS TENA FERNANDO. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, S. A., México Distrito Federal 1977.
- D'AGLIANO JOSE. La Génesis y la Evolución del Derecho Civil, Edición Española Corregida y Adicionada por el autor, Madrid.
- DE CASTRO ALFONSO. La Teoría Penal de Alfonso de Castro, Cuadernos del Estado de México, Toluca 1967.
- DE AGUILAR DIAS JOSE. Tratado de Responsabilidad Civil, Editorial José - M. Cajica Jr., S. A., Puebla México 1957.
- DIEZ-FICAZO ENIS. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Editorial - Tecnos, Madrid 1970.
- D'ORS ALVARO. Derecho Privado Romano, Ediciones Universidad de Navarra, - S. A., Pamplona 1968.

ENECCERIS LUDWIG, KIPP THEODOR Y WOLFF MARTIN. Tratado de Derecho Civil, Casa Editorial Bosch, Imprenta Clarasó, Barcelona 1936.

ESQUIVEL GREGORIO TORIBIO. Apuntes para la Historia del Derecho en Méxi-
co, Editorial Polis, México Distrito Federal 1937.

FLORIS MARGADANT S. GUILLERMO. Derecho Romano, Editorial Esfinge, S. A., México 1977.

GALINCO GARFIAS IGNACIO. Derecho Civil, Editorial Porrúa, S. A., México-
1976.

GALINCO GARFIAS IGNACIO. Código Civil Anteproyecto de las Obligaciones,
U. N. A. M., Dirección General de Publicaciones, México 1979.

GARCIA MAYNEZ EDUARDO. Introducción al Estudio del Derecho, Editorial --
Porrúa, S. A., México Distrito Federal 1977.

JORS P. KUNKEL W. Derecho Privado Romano, Editorial Labor, S. A., Madrid
1937.

LOPEZ MONROY JOSE DE JESUS. Apuntes de Cátedra.

MAZEAUD HENRI, LEON Y JEAN. Lecciones de Derecho Civil, Ediciones Jurídi-
cas Europa-America, Buenos Aires 1960.

MESSINEO FRANCESCO. Manual de Derecho Civil y Comercial, Ediciones Jurí-
dicas Europa-America, Buenos Aires 1955.

N. CAZEAUX PEDRO Y TRIGO REPRESAS FELIX A. Derecho de las Obligaciones,
Editorial Platense, Buenos Aires 1969.

ORTOLAN M. Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Jus-
tiniano, Biblioteca de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 1847.

ORTOLAN M. Historia de la Legislación Romana desde su origen hasta las
Legislaciones Modernas, Imprenta de D. Agustín Espinosa y Compañía, Ma-
drid 1845.

PALLARES EDUARDO. La Vía de Apremio, La Legitimación de la Causa, La Ac-
ción Oblicua, Cuestiones Procesales Diversas, Ediciones Fotus, México --
Distrito Federal 1946.

PLANIOL MARCEL-RIPERT GEORGES. Tratado Elemental de Derecho Civil, Biblioteca Jurídico-Sociológica, México 1945.

PUIG PEÑA FEDERICO. Tratado de Derecho Civil Español, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1951.

RIPERT GEORGES Y BOULANGER JEAN. Derecho Civil, Ediciones La Ley, Buenos Aires 1963.

SCHULZ FRITZ. Derecho Romano Clásico, Bosch Casa Editorial, Barcelona -- 1960.

SOHN RODOLFO. Instituciones de Derecho Privado Romano, Editora Nacional, México Distrito Federal 1975.

TRACUCCHI ALBERTO. Instituciones de Derecho Civil, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1967.

VON TUHR ANDREAS. Tratado de las Obligaciones, Editorial Reus, S. A., Madrid 1934.