

Barranquilla, 1992

Doctor

CARLOS LLANOS SANCHEZ
DECANO FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
E. S. D.

Apreciado Doctor :

Atentamente informo a usted, que las Egresadas NACLARET CARDENAS M. y NELLY MOVJEL GUERRA, quienes realizaron a cabalidad y llenando todos los requisitos y acogiendo las sugerencias pertinentes para el feliz término de su tesis titulada " LAS OBLIGACIONES Y SU MODALIDAD ".

Agradeciéndole de antemano la designación para tan interesante tema, me suscribo de usted.

Condialmente,


BLAS GONZALEZ SANCHEZ.
Asesor.



02/0218

LAS OBLIGACIONES Y SU MODALIDAD

NICOLET CARDENAS M.

NELLY MONJL GUERRA.

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1992

LAS OBLIGACIONES Y SU MODALIDAD

NICLARET CARDENAS M.

NELLY MOVIL GUERRA.

*Trabajo de Grado presentado como
requisito parcial para optar el
titulo de ABOGADO.*

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1992

Nota de Aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla, 1992

AGRADECIMIENTOS

Las autoras expresan sus agradecimientos a :

Dr. CARLOS LLANOS S. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Simón Bolívar.

Dr. BLAS GONZALEZ. Asesor de este trabajo investigativo profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Simón Bolívar.

Dr. RODOLFO PEREZ. Por el aporte y transmisión de sus conocimientos durante la carrera.

AL CUERPO DE PROFESORES. Por habernos transmitido en forma sabia sus conocimientos.

LA UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR. Por habernos acogido en su claustro.

N 773 N

Este triunfo se lo dedico a todas aquellas
personas que de una u otra forma colabora
ron en la proyección de este logno...

DEDICATORIA

DEDICATORIA

Dedico este triunfo a :

Mis Padres, VITALIANO CARDENAS, ELIDA MENDOZA.

Mis Queridos HERMANOS ...

Ya que en todo momento fueron mi punto de apoyo material y espiritual para seguir adelante y para superar los momentos de flaqueza que encontré en los caminos para llegar a culminar esta carrera y dese que este ejemplo de superación sea para ellos imperecedero.

N J C L A R E T

TABLA DE CONTENIDO

Pág.

INTRODUCCION

1.	CONTENIDO DE PRESTACION : DARE, FACERE, PRAESTARE	
1.1	LA TRIPARTICION DARE, FACERE, PRAESTARE	3
1.2	CRITICAS A LA TRIPARTICION	4
1.3	SIGNIFICADO DE LA INDIVIDUALIZACION DEL DARE PARA LOS ROMANOS E INADMISIBILIDAD DE LAS EXPLICACIONES DE PEROZZI	5
1.4	DARE EN SENTIDO GENERALICO Y EN SENTIDO TECNICO	10
1.5	SIGNIFICADO TECNICO DEL DARE REM	11
1.6	CONTENIDO DEL DARE REM : TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD	12
1.7	QUE LA PROPIEDAD SEA PLENA E IRREVOCABLE	14
2.	REQUISITOS DE LA PRESTACION	
2.1	ENUNCIACION Y DETERMINACION DEL CONCEPTO OBLIGACION	16
2.2	OBLIGACION DE LA PRESTACION, OBLIGACION DEL NEGOCIO	18
2.3	DETERMINACION DE LAS VARIAS HIPOTESIS DE OBLIGACION	20
2.4	LA OBLIGACION EN LA STIPULATIO : DISTINCION ENTRE LA	

	Pág.
ILICITUD RELATIVA A LA PRESTACION Y LA ILICITUD DE LA CAUSA	22
2.6 LA ENUNCIACION DE LAS FUENTES EN LAS ESTIPULACIONES INMORALES	25
2.6 STIPULATIO DE UNA SUCESSION FUTURA	27
2.7 STIPULATIO CON CAUSA IMMORAL (TORPE)	28
2.8 LA CONFUSION DEL PERIODO POST - CLASICO	29
3. OBLIGACIONES CONDICIONALES Y MODALES	
3.1 DE LAS OBLIGACIONES CONDICIONALES	30
3.1.1 Requisitos de la Condición	30
3.1.2 Diversas Clases de Condiciones	32
3.1.3 Condición Suspensiva y Resolutoria	35
3.1.4 Modo de Cumplirse la Condición	40
3.1.5 Efectos de la Condición	41
3.2 DIFERENCIA ENTRE LA CONDICION RESOLUTORIA Y TACITA	45
3.2.1 Enajenación de la Cosa que se deba bajo Condición	46
3.3 OBLIGACIONES MODALES	48
4. OBLIGACIONES DE ESPECIE O CUERPO CERTO Y DE GENERO	
4.1 OBLIGACIONES DE GENERO	52
5. OBLIGACIONES CONJUNTIVAS, ALTERNATIVAS Y FACULTATIVAS	

	<i>Pág.</i>
5.1 OBLIGACIONES CONJUNTIVAS	56
5.2 OBLIGACIONES ALTERNATIVAS	56
5.2.1 Elección para el pago	57
5.2.2 RESGO DE LA COSA DEBIDA	59
5.2.3 La Obligación Alternativa no es Condicional	60
5.3 OBLIGACIONES FACULTATIVAS	61

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

Con el presente trabajo no pretendemos hacer una obra majestuosa, sino que hemos recopilado una serie de conceptos y apreciaciones que permiten a los Abogados y Estudiantes hacer claridad sobre los temas que allí desarrollamos.

El tratado de las obligaciones contiene los principios generales que regulan el derecho personal, o sea, la organización jurídica de la riqueza mediante la utilización de los servicios de los otros, ya que en este derecho el provecho se obtiene merced al cumplimiento de la prestación por parte del respectivo deudor.

Pretendemos que este trabajo sea de gran utilidad para los estudiosos del Derecho, entendiendo siempre que el Derecho debe marchar paralelamente con las ciencias.

1. CONTENIDO DE PRESTACION : DARE, FACERE, PRAESTARE

1.1 LA TRIPARTICION DARE, FACERE, PRAESTARE

La definición de la obligación dada en 1. 3. 13 pr. no dice ciertamente gran cosa acerca del contenido de la prestación. El *alicuius solvendae rei* para referirse al contenido de toda prestación tiene un sentido descolorido.

Una indicación más particularizada la encontramos en el ya citado D. 44, 7, 3 pr. de PAULO (L. 2 Inst.) :

Obligationem substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel praestandum (La sustancia de las obligaciones no consiste en hacer nuestra una cosa o una servidumbre, sino en que alguien está constreñido a darnos, hacernos o garantizarnos una cosa).

Y la misma tripartición la vemos reflejada en la *intentio* de

las acciones in personam en la definición que da GAYO en sus *Instituzioni*.

In personam actio est, qua agimus quotiens (litigamus) cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum indendum dare facere praestare oportere (hay acción personal cuando actuamos (litigamos) frente a alguien que se encuentra obligado para con nosotros por contrato o por delito, esto es, cuando pretendemos que dé, haga o garantice lo que le corresponde).

La *Lex de Galia Cisalpina* habla de *dare facere praestare restituer oportere*.

Además, son numerosísimos los pasajes en donde aparece la antítesis *dare - facere*.

1.2 CRÍTICAS A LA TRIPARTICIÓN

Esta tripartición, *dare, facere, praestare*, ha sido objeto de críticas. Proviene del aislamiento de un concepto más específico, contrapuesto al concepto genérico, en el que más genéricamente se puede hacer entrar. Tal es el significado del *dare* con relación al más comprensivo de *facere*; y en cuanto al *praestare*, además no es fácil determinar el significado técnico

co que adquiere, y por eso mismo también puede asumir un significado tan vasto y comprensivo que parecería abarcar, dentro de una visión particular, el *dare* y el *facere*.

Prescindiendo por ahora del *praestare*, que requiere una explicación más amplia, se observa como, en la enorme variedad de comportamientos que pueden ser colocados en obligación y que puede ser cobijados por el concepto genérico del *facere*, se destaca por su importancia especial el *dare*, limitando aquí el término genérico de *facere* a los demás; y de otra parte el *facere*, se incluye también el *non facere*, aun cuando desde el punto de vista sistemático se captarla mejor una determinación proyectada sobre la distinción entre prestación positiva y prestación negativa, entre *facere* y *non facere*.

Se podría replicar que el *dare* en sentido técnico está caracterizado por un resultado jurídico: el hacer adquirir la propiedad u otro derecho real. Esta calificación connotadora del efecto, hace que, si bien implica una actividad, esto es, un hacer y entrar genéricamente un poco en el hacer, no se agote, sin embargo, en la materialidad del *facere*, en el resultado ya implícito en éste.

Peró también se puede objetar, de una parte, que ese resultado no es peculiar de los actos de transferencia de la propie

dad o de constitución de derechos reales, sino que puede encontrarse cuando quiera que alguien se halle obligado a una actividad negocial, no tomada en sí y de por sí como un hecho, sino caracterizada por la ocurrencia del resultado jurídico al cual está dispuesta. Y, en tal sentido se ha querido hoy sustituir la distinción por entre prestaciones negociables y prestaciones no negociables (1):

Y, de otra parte, la obligación de dar implica también, a más de la transferencia de la propiedad o la constitución del derecho, el otorgamiento de la posesión, o de un subrogado de ésta que, tomado en sí y de por sí, sería un *facere*, que no recibiría ningún calificativo especial por el hecho de estar acompañado de la transferencia de la propiedad o de la constitución del derecho. Pero, no es por ello que se habla de *dare facere* sino porque el *dare* es comprensivo de estas prestaciones.

1.3 SIGNIFICADO DE LA INDIVIDUALIZACIÓN DEL DARE PARA LOS ROMANOS E INADMISIBILIDAD DE LAS EXPLICACIONES DE PEROZZI

Los romanos se detuvieron en la individualización del *dare* para destacar con él el contraste entre las obligaciones y los

derechos reales, y prácticamente en relación con la disponibilidad de las cosas y los medios para otorgarla (esta la antitesis con los derechos reales y con los modos de adquisición de estos, expresada por PALLIO en D. 44, 7, 3); por la posición histórica y la importancia práctica que tenía esta actividad comercial caracterizada por su resultado jurídico en relación con la obligación por el hecho de que el *dare* representaba el punto de partida, sobre todo con relación a aquellas fuentes formales de las obligaciones en que estaba formalmente determinada la prestación (la *stipulatio*, el legado *per damnationem*) y se explica entonces cómo, considerado en toda su significación, se le hubiera contrapuesto al *facere*, y por el resultado que aquél adquirió en la individualización de las acciones, particularmente para la estructura de la *condictio*.

Como quiera que sea, los romanos infirieron una antitesis que se encuentra reiterada en numerosos textos, con referencia a la obligación, a la estipulación, a la acción. Y esto basta para restarle todo valor (por lo menos en lo que se refiere al *dare-facere*) a las agudas críticas de PERROZZI, quien, aludiendo también al texto originario del D. 44, 7, 3 pr. sobre la *actio in personam*, declara que esta terminología complicada no obedeció más que a razones históricas inherentes al pro

(1) Cfr. ALLARA, *Corso delle obbligazioni*, 1938-1939, pp. 101 y ss.

cedimiento, en los casos en que el pretor habría creído oportuno formular la intentio de las acciones de obligaciones usando ya uno, ya otro de los tres términos, y muchas veces todas a la vez; de modo que los juristas, repitiéndolos en la definición de la actio in personam, no habrían hecho más que compilarlos tomados de las varias intenciones.

Cuanto nosotros podemos avanzar es diciendo que, desde un punto de vista, abstracto y general, la individualización del dare se presenta dentro de una visión limitada y angosta, entendida históricamente. Pero el planteamiento de los romanos no permite su limitación a la oportunidad y a la comodidad de una expresión en la intentio de la actio in personam. Demasiado significativa es la referencia a las estipulaciones, como premisa del problema de la divisibilidad en relación con la progresiva determinación acerca de la posibilidad; y demasiado claras son las referencias generales a las obligaciones. De donde resulta que para los romanos era nula la individualización del dare, al que se contraponía el facere.

Teniendo en cuenta el modo como los romanos trabajaron los conceptos en el desarrollo de la realidad jurídica y como los elaboraron adheridos a ese desarrollo, se puede decir que la distinción que de ahí resulta entre obligaciones in dando e in faciendo, se desarrolló sobre todo para la stipulatio; respec

to de ella, en relación con el modo en que allí se designaba formalmente el objeto y por la libertad más amplia para ello, fue más vasta la elaboración de la doctrina de la prestación en la obligación (como ocurrió con el legado *per damnationem*). Además, la *stipulatio* favoreció esta clasificación por la simplificación de la obligación y de la prestación debida que presenta.

En cuanto a los efectos jurídicos a los cuales está referida, no siempre la antitesis *dare+facere* suministra un criterio general claro y decisivo frente a la amalgama que representa el *facere*; así, por ejemplo si se considera el problema de la *stipulationes in dando e in faciendo* (2).

Incierta aparece la valoración de las *operae* y el modo en que vienen a ser asimiladas a las obligaciones de *dare*.

Tampoco se da una perfecta congruencia entre la *stipulatio* y la *intentio* de la fórmula correspondiente, en cuanto frente a la acción dirigida al *dare oportere* se encuentra la acción genérica incierta dirigida al *quidquid dare facere oportet* (3). Sin embargo, son discutibles las relaciones de esta al

(2) Cfr. SCHERJILLO, *BJDR*, 36, 1928, pp. 29 y ss.

(3) Aquí cabría destacar y valorar el *eius de la condemnatio*.

tima con la determinación que se hace del certum y del incertum como objeto de la estipulación en las varias hipótesis de estipulaciones de dar. Y también, desde un punto de vista más general, se ha señalado que esta fórmula comprensiva, que asocia genéricamente los dos elementos del dare y del facere, se contrapone a la acción dirigida simplemente al dare oportere. Asociación y complejidad que se plantea en relación con la individualización de la obligación hecha por los romanos a propósito de las varias causas.

Però, si todo esto tiene que ver con la posibilidad de enunciar para el derecho romano una distinción general y categóricamente entre obligaciones in dando e in faciendo, no por ello disminuyen el valor y el alcance que ha adquirido la anttesis dare-facere en la determinación y la descripción del contenido de la prestación.

Los romanos individualizaron y describieron las varias prestaciones susceptibles de ser colocadas en obligación precisamente por medio de los tres elementos del dare, el facere y el praestare. Y en la proyección que la obligación encuentra en la intentio de la fórmula in ius concepta se emplean cabalmente estos términos, y el dare y el facere se presentan entonces coligados para designar los varios elementos posibles que

concurrer en el *incertum* (*quidquid dare facere oportet*).

En fin, consecuentes con dicho planteamiento, antes de remitir la consideración de esta tripartición a las distinciones relativas a la prestación, luego del tratamiento de los requisitos de ésta, hemos creído poder considerarla como una determinación directa de la prestación. Con el *dare*, *facere*, *praestare* los romanos enunciarón y presentaron el contenido de la prestación.

1.4 DARE EN SENTIDO GNERICO Y EN SENTIDO TECNICO

El término *dare* es usado frecuentemente, lo mismo en las fuentes que en el lenguaje común, en un sentido bastante genérico para indicar la entrega de un objeto en las más variadas formas y tipos; sobre todo, cuando el significado concreto resulta de las circunstancias específicas o está calificado con la indicación de la finalidad.

Pero, la adopción del concepto técnico del *dare*, emerge por cierto de las fuentes cabalmente en relación con la obligación, en el sentido en que es individualizado en las varias prestaciones posibles y contrapuesto al *facere*, y encuentra su expresión técnica en la *intentio* de la fórmula. En este sentido el *dare* concierne a la transferencia de la propiedad o a la constitución de otro derecho real.

Se habla entonces de *dare rem* o de *dar otro derecho*. Veamos las varias hipótesis por separado (7)

1.5 SIGNIFICADO TÉCNICO DEL *DARE REM*

La posición de la propiedad y el modo en que ella abarca la cosa en todas sus posibilidades de dominación explica por qué ella se traduce en la afirmación de la pertenencia de la cosa al sujeto (*rem Auli Agerii esse ex iure Quiritium*) y cómo, en la clasificación de los elementos del patrimonio, se identifica con la cosa misma, de modo que de allí nace esa distinción híbrida entre *res corporales* y *res incorporales*, entre *corpore* e *iura*, en la cual, la propiedad, identificada con la cosa que constituye su objeto, viene a ser contrapuesta a los demás derechos y elementos patrimoniales. Y así cuando el *dare* implica la transferencia de la propiedad, se presenta como *dare la cosa*. En la intención de la fórmula encontramos el *rem dari oportere*, y lo mismo en la *stipulatio*, etc.

Dare una cosa corporal (con referencia a la obligación de dar en sentido técnico) significa, en su acepción más completa :

a) Transferir la propiedad.

b) Que se trate de propiedad plena, no destinada a cesar por causa de una condición, ni ser tal que la cosa pueda ser sustraida por terceros (por eso se puede hablar, en sentido lato de irrevocabilidad).

c) Otorgar la posesión.

1.6 CONTENIDO DEL DARE REI: TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD

El primer punto surge claramente de GAJO IV, 4. Siendo esa distinción entre las acciones, es evidente que no podemos pedir de un tercero una cosa que nos pertenece diciendo: "es cierto que le corresponde dar". Puesto que lo que nos pertenece no puede sernos dado, toda vez que dar quiere decir otorgar el dominio y una cosa que ya nos pertenece no puede sernos dada.

No basta, pues, el cumplimiento del acto idóneo para transferencia de la propiedad (mancipatio, in iure cessio, traditio)

El deudor está obligado de effectu y no se libera en el caso de que la propiedad no sea adquirida, de modo entonces se podrá siempre intentar la acción que sanciona la obligación, (es to es, afirmar el dare oportere).

La posibilidad de intentar la acción por no haberse cumplido la obligación se encuentra aparecida sobre todo en relación con la evicción, por el valor que tiene en la práctica el caso evicción y por el problema concreto más general que ésta presenta. LABEON, D. 32, 29, 3, ofrece una motivación que parece referirse específicamente a los efectos de la evicción (*quia non videtur heres dedisse, quod ita dederat, ut habere non possis*) (por que no parece que el heredero haya dado de modo que puedas retenerlo). Pero la afirmación clara del principio de *quonon videtur data, quae eo tempore quo dentur accipientis non fiunt*, (no se considera dado lo que al tiempo en que se da no es adquirido por quien lo recibe) quiere decir que si se comprueba que la propiedad no fue adquirida, independientemente de la evicción, se puede ejercitar la acción. La evicción aparece aquí sólo como el caso más frecuente, si se quiere, normal, en que la propiedad no resulta adquirida, y por lo mismo aquél en que ese principio surgió más directamente, dentro del proceder en razón de lo concreto, propio de los romanos (4).

Se trata, además de ver si y hasta qué punto, el pago puede ser perfeccionado por medio de una adquisición posterior de la propiedad, que se siga del acto de transferencia, aun cuando no sea efecto de él, como acontece en la usucapión y en la confusión

(4) En sentido diferente, en lo que toca con el derecho clásico, SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazioni nel diritto romano*, 1, 2 pp. 83 y ss.

del dinero pagado. En las fuentes se da para ambos casos una respuesta afirmativa. La autenticidad clásica de esta solución ha sido puesta en duda, habiendo pretendido alguno que los no manos concedieron para ese caso sólo una exceptio (5); sin embargo de lo cual insistimos en que, aún discutida, la solución fue afirmada por la jurisprudencia clásica.

1.7 QUE LA PROPIEDAD SEA PLENA E IRREVOCABLE

Que quien está obligado a dare rem sin otra determinación o de limitación, está obligado a procurar la propiedad plena e irrevocable, es algo que resulta de numerosos textos. Si un tercero tiene un derecho de usufructo sobre la cosa, si la cosa se encuentra pignorada, si la cosa fue alegada a otro per vindicationem subconditione, si el siervo es statuliber o se debía la libertad por fideicomiso, o se encuentra nondum noxa solutus, la obligación no se considera cumplida.

De todos estos textos resulta clara la elaboración del principio de donde se sigue que no habiendo sido cumplida la obligación puede intentarse la acción relativa a ella; y el desarrollo lógico de la afirmación de que no estando cumplida la

(5) SOLAZZI, *Ob. cit.*, p. 84.

la obligación y considerándose al deudor non liberatur, la acción puede intentarse en todo caso inmediatamente. Sin embargo AFRICANO, en D. 46, 3, 38, 3, ofrece esta última determinación apenas como referible y no de plano (No creo que haya de esperarse a que se cumpla la condición ...) y JULIANO, en D. 46, 3, 33 pr. plantea la hipótesis de que el statu-liber haya alcanzado la libertad. De un lado se tienen el desenvolvimiento lógico del principio acerca del cumplimiento de la obligación de dar, y, también, una razón obvia de oportunidad práctica. Y, del otro lado está la concreción del argumento en relación con la práctica, que parte la valoración concreta de la evicción, para el caso de falta de adquisición, y de la razón por la cual la propiedad se extingue, como en el evento de que se dé la condición de la evicción por parte del acreedor pignoraticio, y así sucesivamente, para la hipótesis de la adquisición de mañana no irrevocable; y está la construcción de la relación condicional que permite decir con anterioridad al advenimiento de la condición, que la cosa fue dada, en el sentido de que se transfirió la propiedad actualmente plena (y lo mismo antes de que el acreedor pignoraticio haga valer su derecho). Todo lo cual explica que en este punto se haya presentado una elaboración a través de oscilaciones y pareceres diferentes.

2. REQUISITOS DE LA PRESTACION

2.1 ENUNCIACION Y DETERMINACION DEL CONCEPTO ILICITUD

La prestación debe ser lícita.

Es ilícita la prestación contraria a las normas del derecho y a las de las buenas costumbres.

Téngase presente que, si bien hay una esfera amplia de actos contrarios a las boni mores que son vetados por el derecho, sin embargo no se da una identificación, en cuanto el derecho no hace suyos íntegros los preceptos de la moral y, por tanto, un acto puede ser inmoral sin que por ello resulte repudiado por el derecho; mientras que, por otra parte, prohibiciones jurídicas pueden afectar actos que no se pueden calificar de inmorales.

Es obvio que el derecho resultaría convertido en tutor de la inmoralidad si prestara sus medios jurídicos para la tutela y la

actuación de finalidades que se sustraen a la conciencia ética de la sociedad. De ahí el principio que afirma, con variada de terminación y al cance, frente a todas las relaciones jurídicas y negocios el requisito de la licitud (inclusive en el sentido de no oposición a las boni mores) que aquí valoramos en lo que respecta a la prestación en las obligaciones, pero que naturalmente tiene una proyección mucho más amplia.

Así se explica que el concepto de ilicitud vaya mucho más lejos de lo que es prohibido por una norma jurídica, para alcanzar también lo que es contrario a las boni mores.

Concepto elástico éste de las boni mores, que ciertamente no puede corresponder a los criterios de la moral más rigurosa, pero sí al sentido moral que está en la base de la conciencia social. En realidad se trata siempre de una valoración en función de los fines del ordenamiento jurídico (valoración que este extrae de la conciencia social) que rige aún para la determinación de los límites de este concepto que el derecho extrae de la moral, con la relación al requisito de la licitud de que acá nos ocupamos. Concepto que, por lo demás, como fue observado, resulta determinado negativamente; en consideración de lo que va contra las boni mores.

Los romanos usan locuciones compuestas para abrazar todas las varias especies de ilicitud ; contra la norma jurídica y contra las buenas costumbres ; hablan de lo que es contra ius vel bonos mores ... contra legem vel contra edictum praetores (contrario al derecho o a las buenas costumbres ... contrario a ley o a edicto de pretor) ; de lo que es contra edicta imperatorum aut contra leges aut quae legis vim optinet ... vel contra bonos mores (contrario a edictos imperiales o a leyes o a lo que las leyes establecen ... o contrario a las buenas costumbres), o que praetores improbaverunt (los pretores reprobaban).

Con frecuencia hablan simplemente de contrariedad a las boni mores y el concepto de apartamiento de las boni mores es bastante amplio y comprensivo, y a veces se acude a él también cuando el objeto, a más de inmoral, está prohibido por el derecho.

2.2 ILICITUD DE LA PRESTACION, ILICITUD DEL NEGOCIO

El campo de la ilicitud que vulnera las obligaciones (sea en el sentido de lo que se sustrae a una prohibición jurídica, sea en el sentido de lo que se sustrae a las boni mores) no puede limitarse en sí y de por sí a la ilicitud de la prestación ilícita se remiten a un concepto más general de ilicitud

con relación a obligaciones; ilicitud que puede golpear, a más de la prestación, la causa (entendida en un sentido lato), o la condición a la que la obligación se encuentra subordinada, condición que a menudo expresa la causa en la promesa abstracta (ilicitud de la condición que se toma no como ilicitud del hecho un condicione, en si y de por si, sino como ilicitud de la estipulación de dicha condición), o se refiere a un determinado sujeto.

Frecuentemente estas distintas hipótesis de ilicitud se aproximan y confunden, en cuanto todas se proyectan sobre el negocio que por ello viene a ser calificado como deshonesto (torpe); y el problema del negocio ilícito adquiere proporciones más amplias en cuanto llega a comprender un campo más vasto y se contempla desde un punto de vista más general, que requiere la diferenciación de las varias hipótesis (1).

Hemos de separar los problemas observando el contenido de nuestro estudio, que contempla los requisitos de la prestación en la obligación. Empero, conviene tener siempre presentes los nexos y las comparaciones necesarias en lo que atañe a esa vi

(1) En nuestra doctrina jurídica es fundamental sobre la materia el volumen de F. FERRARA, Teoría del Negocio Ilícito nel dir. civ. it.

sión más amplia del negocio ilícito.

En especial es básica una comprobación: Junto a la prestación en sí y de por sí ilícita, está el caso de una prestación en sí y por sí lícita, pero de tal índole (lo que puede acontecer por razones diversas) que, en general o en determinadas circunstancias, resulte ilícito hacerla objeto del constreñimiento de un vínculo jurídico. Aquí la ilicitud golpea a la obligación en cuanto a la prestación, pero la ilicitud no radica en el comportamiento contemplado como prestación, sino, precisamente en la calificación que adquiere tal comportamiento como conducta en la obligación.

2.3 DETERMINACION DE LAS VARIAS HIPOTESIS DE ILICITUD

Veamos ahora, a la luz de cuanto hemos dicho, las determinaciones que encontramos en las fuentes que tiene interés para nuestro tema.

a) Cuanto lo primero encontramos casos de ilicitud de la prestación considerada en sí y de por sí.

b) Además encontramos, como ya lo dijimos,

Es ilícito a la víctima de un delito privado, por ejemplo el hurto o de una injuria, no ejercer la *actio furti* o la *actio iniuriarum* o condonar la obligación *ex delicto* (por efecto de origen histórico de estas obligaciones el simple pacto extingue la acción; pero no es ilícito prometer previamente que no se ejercerá la acción de hurto o de injuria, asegurando así la impunidad lo que vendría a ser una incitación indirecta al obrar mal.

Las fuentes hablan a propósito de los pactos, en cuanto se trataba de renuncia a la acción, para la cual bastaba el mero pacto, que tiene su explicación normal en la *exceptio*. Pero también se debió afirmar la ilicitud de restringir una obligación por ejemplo con una *stipulatio*.

Así, es ilícito el pacto *ne dolus praestetur* (de no responder del dolo), respecto del cual se pueden hacer consideraciones análogas.

Es obvio que este pacto presenta una construcción jurídica distinta. Sin embargo, se podría observar que en cierta medida de ella derivaría una visión unitaria de la calificación de la ilicitud respecto de una remisión anticipada que involucra la hipótesis de obligaciones que hemos proyectado. Pero, en cuanto se considere específicamente la posición que la ilicitud a

dopta en cuanto a la obligación, aquella no puede hacer cambiar la valoración de la ilicitud en el sentido que mencionamos sino apenas en el sentido de que agrega un elemento concreto y particular de determinación.

De todas maneras, dentro de las categorías que aquí consideramos, podemos acudir a ejemplos más simples y más directos: hay campos en los cuales se debe garantizar al hombre la más amplia libertad de determinación: Libertad de contraer matrimonio o de divorciarse, libertad de disponer por testamento. Actividades del todo lícitas, a veces favorecidas por el derecho al punto de que no es lícito hacerlas objeto de una restricción por medio de vínculo obligatorio.

c) Ello bastaría en cuanto se refiere a la prestación. Empero queremos destacar algunos ejemplos de causa deshonestas, en cuanto se trata de hipótesis que los romanos consideraban paralelamente en su tarea de determinación a la cual procedían por la vía de ejemplos singulares, además porque sirven para valorar el modo como en ellos se explica la eficacia de la ilicitud.

2.4 LA ILICITUD EN LA STIPULATIO; DISTINCION ENTRE LA ILICITUD RELATIVA A LA PRESTACION Y LA ILICITUD DE LA CAUSA

Comencemos con la *stipulatio*, negocio formal y abstracto, en el cual la obligación nacta ex verbis (mediante la pregunta del estipulante y la respuesta del promitente) independientemente de la causa por la cual se celebraba la *stipulatio*.

Riccobono, y así también Messina Vittrano han sostenido que en el derecho clásico la *stipulatio inmorale* era válida *iure civili*: sólo que su eficacia era paralizada por el pretor mediante la *denegatio actionis* o mediante la *exceptio doli*.

El principio de la nulidad de la *stipulatio* con causa inmorale se habría afirmado en el derecho nuevo por efecto de la degeneración de la *stipulatio*, que, según Riccobono, habría perdido su forma para extraer íntegra su fuerza del consenso, de la voluntad de los contratantes, expresada bien por escrito, bien verbalmente. La *stipulatio*, entonces, habría tendido a confundirse con los negocios causales del *ius gentium* y, por lo mismo, su consistencia habría dependido, a más del consentimiento, de la causa, elemento esencial del *contractus*. No pudiendo detenernos a valorar los resultados generales a que llegó Riccobono, quien al sostener la desaparición de la forma de la *stipulatio* va más allá de los vestigios, como tampoco entretenemos perfilando las líneas generales de la historia de la *stipulatio* y la decadencia de la forma, nos limitaremos a lo que se refiere a nuestro punto.

Siber ha pronunciado algunas clasificadoras sobre la materia : en cuanto al derecho clásico le reprocha a Riccobono justamente el no haber distinguido entre los casos en los cuales la prestación es ilícita y los casos en que la prestación es lícita y aquellos en donde siendo lícita la prestación, es ilícita la causa.

La conclusión de estas observaciones ha de consistir en una distinción que, puesta de relieve de antaño, fue reafirmada recientemente por Siber : Es preciso distinguir entre la *stipulatio* con prestación ilícita y la *stipulatio* con causa inmorral. En el primer caso (extendido a las hipótesis en las cuales es ilícito colocar la prestación en un vínculo obligatorio) la *stipulatio* sería nula *ipso iure*, en tanto que en el segundo caso la *stipulatio*, como negocio abstracto y formal, en cuanto la prestación prometida es lícita, debía ser válida *iure civili*, pero había de ser paralizada por el pretor, o *causa cognita* con una *denegatio actionis*, o con una *exceptio doli*. Con todo, si algunos pasajes se prestan a esta distinción otros parecen rechazarla. Siber sospecha interpolaciones en numerosos pasajes y, en nuestra opinión ha de convertirse sus tancialmente con sus resultados.

2.5 LA ENUNCIACION DE LAS FUENTES EN LAS ESTIPULACIONES INMORALES

Pasamos ahora a indagar el valor de las declaraciones relativas a las estipulaciones inmorales (torpes).

Vimos ya la afirmación general contenida en 1, 3, 19, 24 y dijimos que no puede ser negada la nulidad de la stipulatio en los casos que allí se traen como ejemplos.

Ahora bien, dicha afirmación se encuentra agregada a una serie de hipótesis de invalidez de la stipulatio, fundadas en diferentes elementos, formuladas por obra de varios jurisconsultos (Gaio, Florentino, Ulpiano, Paulo), y de su ubicación actual no se pueden inferir conjeturas acerca de sus enganches.

Ya dijimos cómo, no obstante la diversidad de sentidos en que se emplea el término *causa*, la postulación de *quod turpi ex causa promissum est* (lo que se ha prometido por causa inmoral) para el caso de promesa de cometer un homicidio o un sacrilegio, fue justamente señalada por Siber como incorrecta, y el nexo de la frase inicial con el resto del pasaje deja mucho que desear. De todas formas, como ya se ha observado, en este

pasaje hay ciertamente un núcleo clásico, que se encuentra en la afirmación de que la promesa de cometer un homicidio o un sacrilegio no es válida.

Esponáneamente nos inclinamos a pensar, así sea como simple conjetura que el ejemplo : Como si se promete la comisión de un homicidio o de un sacrilegio, que aparece en las instituciones fue tomando precisamente del pasaje de Pomponio contenido en el Digesto. En tal caso las explicaciones podrían ser varias : o bien una de las obras de donde fueron trasladados los varios trozos que componen este título de las Instituciones contenida una declaración relativa a las estipulaciones turpi ex causa y los justirianeos le insertaron los ejemplos generalizando la solución que era válida para éstos, o bien ellos extrajeron ejemplos emanados del pasaje Pomponio y les antepusieron la introducción general con las palabras quod turpi ex causa promissum est. Quizá esta última sea la solución más verosímil. Y en cuanto al origen del pasaje de Pomponio se anota que el siguiente § 26 del mismo título de las instituciones corresponde al D. 45, 1, 42, de Pomponium ad sabinum.

también vimos y descartamos la reconstrucción de Riccobono y de Messina Vitrano. Siben prescinde de este trozo final por

2.8. STIPULATIO DE UNA SUCESION FUTURA

Dentro de la ilicitud relativa a la prestación, en el segundo de los significados que anteriormente aclaramos, se incluye el caso de la stipulatio de una sucesión futura.

No tenéis acción alguna derivada de ese instrumento, porque la estipulación proveniente de sucesión futura fue interpuesta contra las buenas costumbres, es manifiesto, como todas las cosas que se deducen en pacto o en estipulación contra las buenas costumbres, no tienen momento alguno.

No podemos examinar aquí los problemas relativos a la ilicitud de los contratos sobre la herencia del tercero vivo y las varias sanciones que se consagraron en las fuentes; esta materia fue ampliamente retocada en la compilación.

Nos limitamos a la afirmación de que la institución hereditaria no podía constituir objeto de stipulatio; ésta era nula por ilicitud en relación con la prestación (en sentido de que no es lícito incorporarla a un vínculo obligatorio).

2.7.1) STIPULATIO CON CAUSA IMMORAL (TORPE).

Entramos a considerar brevemente, por antítesis, la stipulatio con causa torpe.

La consecuencia lógica del carácter abstracto de la stipulatio debió ser, como se ha dicho, su validez iure civili, independiente de la causa. La consideración de esta podía darse por obra del pretor. Y la declaración general del D. 12, 5, 8, es del todo consecuente con tales principios generales: Si prometiste por causa inmoral a Ticio, y demanda, le puedes oponer la excepción de dolo malo o la del hecho; como también lo son aquellos pasajes que hablan de la denegatio actionis.

Siben, no cree que haya de reconocerse esta eficacia a la causa. El estima interpoladas las palabras vel facti causa (o a causa del cometido) dentro del fr. 123. El pasaje, para Sibén habría sido redactado así: Si por la comisión de un delito, la estipulación no vale desde un principio, y estando por ello referido a la ilicitud de la prestación.

En este sentido Sibén reconstruirla también la declaración general del D. 45, 1, 26: Stipulationes flagitti faciendi nullius esse momenti (las estipulaciones por la comisión de delitos son nulas).

Igual que el D. 2, 14, 7, 3 : *Si maleficium non fieri promissum sit, nulla est obligatio* (si se prometió no cometer delito, la obligación es nula).

2.8. LA CONFUSION DEL PERIODO POST - CLASICO

En el derecho post - clásico fue cancelada la distinción entre los medios que sancionaban la ilicitud de la causa y la nulidad de la *stipulatio* con prestación ilícita.

En los *Scolia Sinatticos*, con referencia a la solución dada por Paulo en D. 45, 1, 134 (donde se habla de la *exceptio do li*), se dice sin más que la *stipulatio* es inútil (ineficaz).

Y en la compilación justiniana se afirma el principio general de la nulidad de las estipulaciones inmorales u *ob turpem causam*, conforme se observó, en D. 45, 1, 26, y en 1, 3, 19, 24, y se aducen como ejemplos casos de ilicitud de objeto.

El principio de nulidad de las estipulaciones inmorales es, pues, entonces, un principio general y unitario.

3. OBLIGACIONES CONDICIONALES Y MODALES

a) Modalidades de las obligaciones :

La obligación se denomina pura y simple cuando es firme y exigible por el acreedor y además, cuando éste no está sometido a aplicar el importe, total o parcial, de la prestación a un determinado fin. A la obligación pura y simple se oponen las obligaciones condicionales, a plazo y las modales. La condición, el plazo y el modo son las modalidades con que los particulares pueden afectar las obligaciones, y consisten en cláusulas de carácter accidental que vienen a modificar sus efectos. Por esto tales modalidades no se presumen; ellas deben ser materia de expresa estipulación.

3.1 DE LAS OBLIGACIONES CONDICIONALES

3.1.1 Requisitos de la condición

De la condición trata el Código en el Libro 3o., Título IV, Capítulo II, a propósito de las asignaciones testamentarias; y en el Libro IV, Título IV, para reglamentar las obligaciones condicionales sometidas a esa modalidad. Es que la condición es más propia y se presenta con mayor frecuencia en la libertad jurídica que en el campo contractual. Las normas consignadas en uno y otro libro no se excluyen, al contrario, se complementan y así lo expresa el artículo 1550, cuando dice: "Las disposiciones del Título IV, Libro tercero sobre las asignaciones testamentarias o modales, se aplican a las convenciones en lo que no pugne con lo dispuesto en los artículos precedentes".

El concepto de condición es el mismo para la asignación testamentaria que para la obligación convencional. En ambos casos el nacimiento de la respectiva prestación queda subordinado al cumplimiento de un hecho futuro e incierto. La futuridad y la incertidumbre, esto es, que el hecho previsto como condición pueda suceder o no, son elementos esenciales de ésta.

La condición es resultado del acuerdo de los declarantes; la ley, solo por excepción la impone; ella nunca se presume; tiene un carácter adventicio y accidental, de suerte que puede separarse de la operación a que se le ha agregado, sin que

Esta sufra detrimento en su integridad jurídica; ella no debe afectar ninguno de los elementos constitutivos del acto. Por otra parte, el evento previsto como condición ha de ser incierto desde el punto de vista objetivo, es decir, que de acuerdo con las leyes naturales pueda o no acontecer; la mera duda o concepto erróneo de una de las partes o de ambas sobre su probable realización no es suficiente para darle el carácter de condición.

3.1.2 Diversas Clases de Condiciones

La condición es positiva o negativa. La positiva consiste en acontecer una cosa; la negativa en que una cosa no acontezca (artículo 1530). Si te casas te costearé el viaje de bodas a Europa. Si no contraes matrimonio antes de cumplir veinticinco años te donaré un automóvil. La una es positiva; y la otra es negativa.

La condición es determinada cuando se le fija un plazo dentro del cual deba cumplirse el evento. Si te recibes de Abogado dentro de cinco años te daré lo que necesitas para hacer estudios de especialización en el exterior. Indeterminada si no se le fija para su cumplimiento un límite en el tiempo; si te casas te daré un automóvil. Es claro que la condición posi

tiva debe ser física y moralmente posible. "Es físicamente imposible la que contraria las leyes de la naturaleza física; y moralmente imposible la que consiste en un hecho prohibido por las leyes, o es opuesta a las buenas costumbres o al orden público. Se mirarán también como imposibles las que están concebidas en términos ininteligibles".

Si la condición es negativa de un hecho físicamente imposible, como ella no podrá cumplirse, la obligación se convierte en pura y simple. Tal sería: te dono quinientos pesos si Pedro, que es varón, da a luz un hijo. Si consiste en que el acreedor se abstenga de un hecho inmoral o prohibido, la condición infecta vicia la disposición. En este caso la condición no se amputa como ocurre en la hipótesis anterior, sino que ella contaminará la obligación misma para hacerla ineficaz. Ejemplo, si no das muerte a Juan, como lo has prometido, te daré mil pesos.

El artículo 1534, se expresa así: "Se llama condición potestativa la que depende de la voluntad del acreedor o del deudor; casual la que depende de la voluntad de un tercero o de un acaso; mixta, la que depende en parte de la voluntad del acreedor y en parte de la voluntad de un tercero o de un acaso".

La condición potestativa se subdivide en simplemente potestativa y en pura o meramente potestativa. Es simplemente potestativa la que consiste en un hecho de alguna importancia o seriedad, que implica en las partes el ánimo de vincularse. Esta condición, sea suspensiva o resolutoria, es válida ya dependa de la voluntad del acreedor o del deudor. Así lo resuelve el segundo inciso del artículo 1535. En la meramente potestativa el evento previsto como condición es tan insignificante, tan falta de seriedad, que no comporta el ánimo de obligarse. Cuando esta condición puramente potestativa es suspensiva y depende de la voluntad del deudor, la obligación así contratada es nula. Por esto el inciso primero del artículo 1535, dispone :

"Son nulas las obligaciones contratadas bajo una condición potestativa que consiste en la mera voluntad de la persona que se obliga".

Esta condición meramente potestativa se expresa con la frase "si voluit", "si quiero", si me provoca. A, dice a B. : mañana, si me resuelvo, te donaré quinientos pesos ; o te daré quinientos pesos si quito un ojo. Como se ve, esas expresiones no implican por parte del que hace la promesa propósito de comprometerse, por eso la ley la decide que en tales circunstancias no hay obligación.

3.1.3 Condición Suspensiva y Resolutoria

Esta es la gran y más importante clasificación de las condiciones. En primer lugar, ella es de carácter general porque todas las condiciones, las positivas y negativas, las determinadas e indeterminadas, las potestativas, causales y mixtas son suspensivas y resolutorias. Y en segundo, es el juego de la condición suspensiva y resolutoria lo que explica algunas instituciones del código como la propiedad fiduciaria, el pacto comisorio, el pacto de retroventa, etc.

El artículo 1536, las define así: "La condición se llama suspensiva si mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho y resolutoria cuando por su cumplimiento se extingue un derecho".

La condición suspensiva y la resolutoria van siempre unidas; en hecho previsto como condición es uno mismo, mientras el acontecimiento está pendiente una de las partes tiene su derecho en suspenso, para ésta el evento es una condición resolutoria; mientras éste pende, nada debe dar, hacer o no hacer, al cumplirse, se convierte en deudor puro y simple y si su obligación era dar un cuerpo cierto su derecho sobre él se extingue o resuelve y automáticamente pasa a la parte que te

na su derecho suspendido y que era mero propietario bajo condición suspensiva.

Respecto a las condiciones suspensivas y resolutorias, el Código sienta las siguientes reglas: Si la condición suspensiva es o se hace imposible, se tendrá por fallida, esto es, por no cumplida.

A la misma regla se sujetan las condiciones cuyos sentido y modo de cumplirlas son enteramente irinteligibles.

Y las condiciones inductivas a hechos inmorales o ilegales.

La condición resolutoria que es imposible por su naturaleza o inteligible, o inductiva a un hecho ilegal o moral, se tendrá por no escrita.

Se dice que la condición positiva ha fallado o es fallida "cuando ha llegado a ser cierto que no sucederá el acontecimiento contemplado en ella o cuando ha expirado el tiempo dentro del cual el acontecimiento ha debido verificarse y no se ha verificado" (artículo 1539). De manera que para saber cuándo debe reputarse fallida la condición es preciso distinguir si ésta

es determinada o indeterminada.

Si es determinada, se entiende que ha fallado cuando transcurrió el plazo dentro del cual ha debido cumplirse y no se ha verificado. Si te recibes de abogado dentro de cinco años te daré lo que necesites para hacer estudios de especialización en el exterior y han transcurrido siete años sin que el beneficiario de la promesa se gradúe.

Si es indeterminada se reputa fallida cuando ha llegado a ser cierto que no sucederá el evento contemplado. Ejemplo : si te casas te donaré un automóvil y el acreedor murió antes de casarse.

Alejandro Rodríguez y Somarriva Undurraga, en su tratado de derecho Civil tomo III, De las Obligaciones, dicen :

Pero la condición, por muy indeterminada que sea también contiene un plazo legal. Porque el legislador comprende que la incertidumbre de los actos condicionales no puede prolongarse a perpetuidad sino que debe llegar un momento de consolidación. Por esto el artículo 739 (800 del C. C. Colombiano) dice que la condición que demora más de quince años sin cumplirse, se

entiende fallida (en Colombia veinte). Esta disposición está ubicada en la propiedad fiduciaria, pero no hay inconveniente para aplicarla generalmente.

Y si la condición falla por medio de un acto doloso o culposo del deudor? Si éste con el fin de sustraerse a la condición por su culpa hace que falle la condición? Pedro da cien pesos a Juan si se casa con María y para evitar el cumplimiento de la condición, secuestra o mata a María. El legislador contempla esta situación en el artículo 1481 inciso 2o. (inciso 3o. del 1538 C. C. Colombiano), y establece que la condición se considerará como que se ha cumplido.

Al fallar la condición el acreedor pierde todo derecho y expectativa; si la obligación se había pagado habrá siempre derecho a repetir, si se había interpretado medidas de conservación, caducan y si el que tenía la cosa bajo condición resolutoria la había enajenado, los derechos del adquirente se consolidan definitivamente".

De los principios consignados en el artículo 1537, se deducen las siguientes reglas:

Si la condición suspensiva es o se hace imposible; o es irin

teligible porque es ilícita se considerará de una vez como fallida. Por tanto, el derecho así condicionado nunca tendrá nacimiento. Sin embargo, por lo dicho en el artículo 1533, si la condición es negativa de una cosa físicamente imposible la obligación se considera pura y simple. Consecuencialmente y en las misma hipótesis, para el deudor bajo condición resolutoria, la solución inversa, a saber: la condición se tendrá como no escrita, de manera que su derecho no se extinguirá.

3.1.4 Modo de cumplirse la Condición.

La condición para que surta los efectos que la ley le asigna una vez realizada, debe cumplirse literalmente; no se acepta su ejecución por equivalencia o por aproximación. Si Pedro le donó cinco mil pesos a Juan siempre que se hiciera abogado y éste se graduó de médico, la condición no se ha cumplido. En caso de que la condición en sí o en cuanto al modo de cumplirse no haya suficiente claridad y explicitud, se aplicarán las reglas de la interpretación de los contratos para efecto de inquirir y captar la intención de los declarantes y "se presumirá que el modo más racional de cumplirla es el que han entendido las partes".

3.1.5 Efectos de la Condición

Los efectos de ésta hay que estudiarlos antes de cumplirse, o sea, estando aún pendiente, y después de cumplida.

Como se expresó, la condición afecta el nacimiento mismo del derecho, a diferencia del plazo que solo afecta su exigibilidad, porque el derecho ya ha nacido; siendo así el deudor condicional no es auténtico deudor sino una vez cumplida; por esto el acreedor condicional no puede exigir de que la condición se cumpla y si el deudor paga sin que esto haya sucedido tiene derecho de repetir. No ocurre lo mismo con el deudor a plazo: si éste paga antes del vencimiento se presume renuncia del plazo y carece de facultad para rescatar lo pagado.

Pero si el acreedor condicional no tiene un derecho perfecto y firme mientras la condición pende, su situación no está desprovista de efectos jurídicos como que al fin y al cabo es titular de un derecho en potencia que constituye más que una simple expectativa.

En verdad, entre acreedor y deudor condicionales existe un vínculo jurídico del cual el deudor no puede deshacerse por su propia voluntad; por lo dispuesto en el artículo 30 de la

Ley 153 de 1887, ese derecho condicional debe ser respetado por la ley posterior, lo que no ocurre con las meras expectativas que pueden ser abolidas y cercenadas por la ley nueva; el deudor condicional tiene facultad para solicitar providencias conservatorias si la cosa, de su derecho latente peligran en manos del acreedor. Artículo 1549 finalmente, la relación jurídica condicional, si procede de un acto oneroso, se transmite a los herederos por activa y por pasiva; si ella proviene de su acto a título gratuito el derecho es intransmisible, porque en estos se considera que la liberalidad se ha hecho intuitu personae 1549.

Una vez cumplida la condición el derecho que de ella dependía se convierte en puro y simple; ya no es una posibilidad sino una cosa firme, actuante; el deudor queda en la obligación de ejecutar la obligación y el acreedor con la facultad de exigirla.

Si el objeto de la obligación es un cuerpo cierto y existe al tiempo del advenimiento de la condición, "se debe en el estado en que se encuentre, aprovechándose el acreedor de los aumentos o mejoras que haya recibido la cosa, sin estar obligado a dar más por ella y sufriendo su deterioro o disminución sin derecho alguno a que se le rebaje el precio; salvo que el de

tenorio o disminución proceda de culpa del deudor; en cuyo caso el acreedor podrá pedir o que resuelva el contrato, o que se le entregue la cosa, además de lo uno o de lo otro, tendrá derecho a indemnizarlo de perjuicios. Todo lo que destruye la aptitud de la cosa para el objeto a que según su naturaleza o según la convención se destina, se entiende destruir la cosa*.

En cuanto a frutos, el artículo 1545 dispone: "Verificada una condición resolutoria no se deberán los frutos percibidos en el tiempo intermedio salvo que la ley, el testador, el donante o los contratantes, según los casos, hayan dispuesto lo contrario*.

Si el cuerpo cierto que se debe condicionalmente parece sin culpa del deudor antes de cumplirse la condición de su obligación se extingue y aunque después la condición se cumpla nada debe; si pendiente ésta, la cosa parece por culpa del deudor y después la condición adviene, está obligado al precio de ella y a la indemnización de perjuicios. Artículo 1543.

3.1.6 Retroactividad de la Condición

No hay acuerdo entre los expositores acerca de los efectos re

troactivos de la condición una vez cumplida, y esto pasa aún en Francia en donde al artículo 1179 los consagra expresamente, cuando dice : "Cumplida la condición su efecto se retrotrae al día en que se celebró el contrato".

En el tratado de Derecho Civil de Alessandri y Somarriva, en el Tomo III, de las obligaciones, se lee lo siguiente:

"Derecho Chileno. ¿ en nuestro derecho, existe esta teoría como una regla general? La acepta nuestra legislación como un principio? Algunos autores opinan que sí.

Don Arturo Alessandri Rodríguez, afirma que la primera razón para defender la retroactividad como regla general es la historia fideígna del establecimiento.

3.2 DIFERENCIA ENTRE LA CONDICION RESOLUTORIA EXPRESA Y TACITA

a) La ordinaria y por el mero hecho del advenimiento de la condición, opera de pleno derecho; en la tácita no basta el incumplimiento del contrato sino que es menester sentencia judicial que declare la resolución.

b) Cuando de la tácita se trata, el contratante cumplido puede pedir, o la resolución o el cumplimiento de la obligación y en ambos casos con perjuicios. En la ordinaria no puede pedirse el cumplimiento del contrato porque éste ya se disolvió al cumplirse la condición.

c) En la resolutoria tácita puede paralizarse la acción si el contratante moroso cumple su obligación durante el juicio. La resolución que proviene de la ordinaria es imposible de atajar, porque ésta se produjo de pleno derecho.

Estas mismas diferencias existen entre la condición resolutoria ordinaria y el pacto comisorio simple, pues, como se dijo éste no es sino la misma condición resolutoria tácita pero expresamente pactada, por las partes.

3.2.1 Enajenación de la Cosa que se deba bajo Condición

Es de gran importancia el estudio de los efectos de la resolución contra los terceros adquirentes de la cosa cuando el que la debe y posee condicionalmente la enajena pendiente la condición y después ésta se cumple.

Si se aplicaran con todo rigor las consecuencias del principio de que una vez la condición cumplida ella opera con efecto retroactivo, no se presentaría problema alguno; el asunto se de sataría de acuerdo con la máxima "resuelto el derecho del causante se resuelve el derecho del causahabiente", ya que en virtud de la retroactividad se reputa que aquél no fue dueño. Mas este principio de la retractividad, ya se dijo, no es absoluto, sino que tiene sus excepciones.

La ley al considerar la situación del tercero a quien se enajena la cosa mientras la condición pende, apela para solucionar el conflicto a la buena o mala fe del adquiriente, para decidir que contra el tercero de buena fe no hay acción reivindicatoria y que contra el de mala fe, si lo hay.

Aquí la mala fe consiste en el conocimiento que ese tercero ha ya tenido de que el bien sobre el que adquirió dominio u otro derecho real lo posea su causante como deudor o propietario bajo condición resolutoria o suspensiva. Esa mala fe no se presume.

Como el régimen jurídico para la traslación del dominio y la constitución de derechos reales no es el mismo para los bienes raíces que para los muebles, el código reglamenta por separado

la situación de ese adquirente, según que la cosa sea mueble o inmueble.

Para los muebles el artículo 1547, preceptúa :

"Si el que debe una cosa mueble a plazo, o bajo condición suspensiva o resolutoria, la enajena, no habrá derecho de reivindicarla contra terceros poseedores de buena fe".

Para los inmuebles, el 1548, dispone :

"Si el que debe un inmueble bajo condición lo enajena o lo grava con hipoteca o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen, sino cuando la condición constaba en el título respectivo inscrito u otorgado por escritura pública".

3.3 OBLIGACIONES MODALES

La ley no se ocupa del modo en el tratado de las obligaciones. Esta modalidad es propia de la libertad testamentaria y es en el Capítulo 40., del Título IV, del Libro Tercero, a propósito de las asignaciones testamentarias, donde el Código la reglamenta. Por lo dispuesto en el artículo 1550, lo dicho respec

to del modo, al tratar de la asignación modal, se aplica a las obligaciones condicionales afectadas con esta modalidad, cosa esta que es de muy extraña ocurrencia.

El artículo 1547, reza así: "Si se asigna algo a alguna persona para que lo tenga por suyo, con la obligación de aplicarlo a un fin especial, como el de hacer ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas, esta aplicación, es un modo y no una condición suspensiva. El modo, por consiguiente, no suspende la adquisición de la cosa asignada".

Como lo dice la definición, el modo, a diferencia de la condición no suspende el nacimiento del derecho; si la condición no se cumple no se resuelve el derecho supeditado; el no cumplimiento del modo no extingue el derecho del asignatario sino cuando expresamente se ha instituido la cláusula resolutoria. Es que el modo no es sino la carga o gravamen que se impone al beneficiario de una liberalidad.

4. OBLIGACIONES DE ESPECIE O CUERPO CIERTO Y DE GÉNERO

Al tratar del objeto de las obligaciones se vio cómo toda declaración de voluntad ha de tener por tal una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer, y que esa cosa para que pueda servir de objeto a la obligación, entre otros requisitos, debe ser determinada al nacer la obligación o al menos determinable al tiempo de cumplirse.

Cuando el objeto materia de la prestación ha sido individualizado de tal manera que ya no pueda confundirse con otro y, por tanto susceptible de identificación, la obligación es de especie o cuerpo cierto. Se vende el caballo de carrera denominado y conocido con el nombre de "Relámpago". Se dona el automóvil de segunda mano, marca Ford y distinguido con el número 500.

El Código no reglamenta de manera especial esta clase de obligaciones pero alude en ellas diversos textos para el efecto de asignarles determinados efectos jurídicos. Entre otros, pue

den citarse los siguientes preceptos :

El 1605, según el cual "la obligación de dar contiene la de entregar la cosa ; y si es una especie o cuerpo cierto, contiene además la de conservarla hasta la entrega ..."

El 1607, que trata del riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se debe con obligación dar.

Los artículos 1646 y 1648, que dicen dónde y cómo debe pagarse la deuda de cuerpo cierto.

Los artículos 1729 y siguientes, que tratan de la extinción de la obligación por la pérdida del cuerpo cierto que se debe.

Como características de esta clase de obligación pueden anotarse las que siguen.

El acreedor no puede reclamar del deudor sino la cosa individualizada y no otra ; éste a su turno, sólo se libera haciendo entrega de la especie identificada ; el deudor está en el deber de custodiarla y conservarla con el debido cuidado hasta

que haga el pago ; el riesgo de la cosa específica, cuando es objeto de obligación de dar, corre por cuenta del acreedor ; la obligación es susceptible de extinguirse por pérdida del cuerpo cierto.

4.1 OBLIGACIONES DE GENERO

En la obligación de género el bien objeto de ella sólo se determina por la clase a que esta pertenece. Cosas de género son las que en el comercio jurídico, al enajenarse, ordinariamente se pesan, miden o cuentan. Mil arrobas de café, cincuenta yardas de lino ; dos mil pesos. Deben ser determinadas al menos en la cantidad. El que se comprometiera simplemente a dar café, lino o dinero, sin especificar la cantidad en peso, medida o número, a nada se obligaría por la indeterminación en el objeto. En estas obligaciones, lo común es que la determinación de la cosa debida se haga al momento del pago.

El Código las define haciendo que son aquellas en que se debe indeterminadamente un individuo de una clase o género determinado. Artículo 1565.

Como consecuencia de esa indeterminación en el objeto, las o

obligaciones de género tienen varias características :

El acreedor no puede demandar un determinado y preciso individuo del género. Si el deudor se obligó, a dar un caballo, aquel no está facultado para exigir de éste la tradición de determinado ejemplar de la raza ; el deudor, como lo dice el 1576, queda libre de su obligación "entregando cualquier individuo del género", con tal que se de una clase al menos mediana. En este caso se debe un tipo medio, que no sea de la mejor ni de la peor clase.

Las obligaciones de esta clase no son susceptibles de extinguirse por la pérdida de la cosa ; el género no parece ; los riesgos corren por cuenta del deudor y no del acreedor, a la inversa de lo que ocurre en la obligación del cuerpo cierto. Así lo preceptúa el 1567, cuando expresa :

"Las pérdida de algunas cosas de género no extingue la obligación, y el acreedor no puede oponerse a que el deudor las enajene y las destruya mientras existan otras cosas para el cumplimiento de lo que debe".

Las cosas de género pueden también ser objeto de obligación

de cuerpo cierto ; en el tratado de la compraventa se encuentra el siguiente ejemplo :

Artículo 1877. "Si se vende una cosa de las que suelen venderse a peso, cuenta o medida, pero señalada de modo que no pueda confundirse con otra porción de la cosa, como todo el trigo contenido en cierto granero, la pérdida, deterioro o mejora pertenecerá al comprador, aunque dicha cosa no se haya pesado, contado ni medido, con tal que se haya ajustado al precio".

5. OBLIGACIONES CONJUNTIVAS, ALTERNATIVAS y FACULTATIVAS

La obligación se denomina simple, sencilla o singular cuando su objeto lo constituye una sola cosa o un mero y determinado hecho. Se llama compuesta o de objeto múltiple, cuando el objeto de ella contiene varias prestaciones.

Por razón de esta pluralidad o multiplicidad de prestaciones que integran el objeto en las obligaciones compuestas, ellas se subdividen en conjuntiva, alternativa y facultativas.

5.1 OBLIGACIONES CONJUNTIVAS

Obligación conjuntiva es la que tiene por objeto varias cosas o prestaciones, que se han considerado en conjunto y que son efecto de un mismo acto jurídico. A, vende a B, en cien mil pesos, un inmueble, un automóvil y cincuenta novillos. Aquí las tres cosas entran en la obligación y también en la solución o pago,

El acreedor puede demandar el pago simultáneo de todas las cosas y el deudor no cumple su obligación sino haciendo, a un tiempo, la tradición de las tres, porque hay indivisibilidad de pago, y el acreedor no está obligado a recibir por partes lo que se debe. Artículo 1649.

En el mismo ejemplo propuesto, si las tres cosas vendidas no han sido tomadas en conjunto para el efecto del precio, sino que se han considerado por separado para asignarle a cada una un valor particular, la obligación no es conjuntiva, sino simple, y hay tantas obligaciones simples o singulares cuantas sean las cosas debidas.

Cuando la deuda tiene por objeto una universalidad de hecho, como un rebaño, como una biblioteca, un establecimiento comercial, etc., la obligación se llama de simple objeto múltiple.

5.2 OBLIGACIONES ALTERNATIVAS

En las obligaciones alternativas se deben varias cosas, todas están dentro del objeto de la deuda, pero una nada más debe ser pagada, sólo esta entra en el pago. Es que en ellas se debe en forma alternativa o disyuntiva, y con la prestación

de una cualquiera, se extingue la obligación. Pedro debe a Juan o una vaca o un caballo o trecientos pesos. La entrega de una de éstas, libera al deudor.

Esta obligación es una garantía para el acreedor como que le da más seguridades de pago cuando lo que se debe son cuerpos ciertos.

En la obligación conjuntiva, como se analizó todas las cosas son objeto de la obligación y también del pago, en las alternativas lo son de la obligación pero no del pago.

El Código la define así: "Obligación alternativa es aquella por la cual se deben varias cosas, de tal manera que la ejecución de una de ellas exonera de la ejecución de las otras". Artículo 1556. Pero para que el deudor quede libre "debe pagar o ejecutar en su totalidad una de las cosas que alternativamente deba; y no puede obligar al acreedor a que acepte parte de una y parte de otra". Artículo 1557.

5.2.1 Elección para el Pago

La elección de la prestación con que ha de solucionarse la

deuda, compete, por ley al deudor pero las partes están facultadas para atribuirle al acreedor. En estas obligaciones lo mismo que en las de género, la determinación del bien se hace ordinariamente al tiempo del pago; en las últimas, entre cosas indeterminadas de la clase convenida; en aquellas cuando son de especie o cuerpo cierto, porque también pueden ser de género, sobre las varias cosas individualizadas que constituyen el objeto concreto de la obligación.

Si la elección corresponde al deudor, el acreedor no puede "demandar determinadamente una de las cosas debidas, sino bajo la alternativa en que se le deben; y demás, queda el arbitrio o de cuál enajenar o destruir cualquiera de las cosas que alternativa debe mientras subsiste una de ellas".

Si la opción es del acreedor, éste puede exigir una cualquiera de las prestaciones; si alguna de las cosas alternativa mente debidas "parece por culpa del deudor podrá aquel, a su arbitrio, pedir el precio de esta cosa y la indemnización de perjuicios o cualquiera de las cosas restantes".

5.2.2 Riesgo de la cosa debida

Para resolver la cuestión de los riesgos en las obligaciones alternativas y decidir quien debe soportarlos, es preciso tener en cuenta estas tres circunstancias : a quien corresponda la elección, si la pérdida es fortuita o imputable al deudor ; y si la pérdida fue total o parcial. La pérdida se da si han perecido todos los bienes debidos y parcial si subsisten varios a uno, al menos.

Si la pérdida es total y fortuita se extingue la obligación ; si es culpable y la elección era del acreedor, el deudor queda obligado a pagar el valor de la que aquél elija más la indemnización de perjuicios ; si al deudor compete la opción, paga, sin perjuicios, con el valor de la que escoja.

Si la pérdida fue parcial y fortuita, subsiste la obligación mientras existe una de las cosas debidas ; si culpable y la elección es del deudor, pagará con lo tenga ; si al acreedor compete elegir, él puede escoger la especie que subsista o demandar, con perjuicios, por el valor de la que pereció. Artículos 1560 y 1561.

5.2.3 La Obligación Alternativa no es Condicional

No debe confundirse la obligación alternativa con la condicional; en aquella la deuda ya ha nacido, no hay incertidumbre alguna, respecto a su existencia; lo que ocurre es que no se sabe de antemano con cual de las varias prestaciones que configuran su objeto a ser satisfecha porque la cosa sólo se individualiza o especifica al hacer el pago, y a voluntad del deudor o acreedor, según los casos.

5.3 OBLIGACIONES FACULTATIVAS

"Obligación facultativa es la que tiene por objeto una cosa determinada, pero concediéndose al deudor la facultad de pagar con esta cosa o con otra que se designa". Art. 1562.

Pedro es deudor de un determinado automóvil pero se le autoriza para pagar, si a bien lo tiene, con diez mil pesos. En esta hipótesis Pedro sólo es deudor de una cosa, del automóvil, pero como él tiene una "facultas solutionis", puede pagar con los diez mil pesos. Esta facultad es en provecho del deudor como que le brinda facilidades para el pago.

Son consecuencias de lo anterior las siguientes: el acreedor sólo puede demandar el objeto debido, en el ejemplo pro

puesto, el automóvil; si éste perece sin culpa del deudor, la obligación se extingue, así lo instituye el artículo 1563; al decir: "En la obligación facultativa el acreedor no tiene derecho para pedir otra cosa que aquella a que el deudor es directamente obligado, y si dicha cosa perece sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora, no tiene derecho para pedir cosa alguna".

En el artículo 1948 hay un caso de obligación facultativa legal. El contratante contra quien se pronuncia la rescisión de la compraventa por lesión enorme, dispone del arbitrio de atajar los efectos de la rescisión, completando el justo precio o restituyendo el exceso en dinero, y en ambos casos con derecho a una décima parte del justo precio.

BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo y SOMARRIVA. *Tratado de Derecho Civil, Tomo III, de Las Obligaciones.* Imprenta Universitaria santiago.

GONZALEZ GOMEZ, Eudoro. *De las Obligaciones en el Derecho Civil Colombiano.* Colección Pequeño Foro, Medellín 1981.

GROSSO, GIUSEPPE. *Las Obligaciones contenido y Requisitos de la prestación.* Universidad Externado de Colombia, 1981.