



## LA INÚTIL DOCTRINA SOBRE LA TUTELA AQUILIANA DEL CRÉDITO

Réplica, y punto final, a un reciente artículo que intenta demostrar la cuadratura del círculo

Gunther Hernán Gonzales Barrón\*

---

### 1. DESVIACIONES DOGMÁTICAS EN EL MUNDO DEL DERECHO

Hay una cierta “doctrina” que acumula escritos sin orden ni concierto, y que postula una visión dogmática rigurosa del Derecho, y cuyo afán fundamental se centra en formular una terminología cada vez más enrevesada (pensando tal vez que en la absurda complejidad hay “ciencia”), o en vestir y desvestir figuras más allá de toda utilidad, o en clasificar y seguir clasificando los conceptos jurídicos clásicos hasta el infinito en un intento de elevarse hasta el cielo de la abstracción pero sin ninguna base en la realidad<sup>1</sup>.

---

\* Juez Superior de la Corte de Justicia de Lima.  
Doctor en Derecho por la PUCP.  
Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú,  
Universidad de San Martín de Porres y  
de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.  
Ex-Presidente del Tribunal Administrativo de la Propiedad de COFOPRI.  
Ex Notario (hasta 2006, por renuncia)  
[ggonzales@pucp.edu.pe](mailto:ggonzales@pucp.edu.pe)

<sup>1</sup> Un ejemplo paradigmático de esa doctrina, sin ninguna utilidad, se encuentra en: RONQUILLO PASCUAL, Jimmy. *Lesión del crédito por terceros y conflicto entre derechos reales que recaen sobre un mismo bien inmueble inscrito*. EN: *Actualidad Jurídica*. Tomo 189. Agosto 2009. Pág. 56 ss.

El citado artículo comienza con una repetida definición y clasificación de conceptos, ya archiconocida por las traducciones realizadas de autores italianos.

Lo curioso del tema es que este neo-dogmatismo critica al contrario cuando no usa sus “conceptos”, y de allí deduce, erróneamente, que no se les conoce. Todo lo contrario, pues una cosa significa estar al día en la teoría del derecho, pero otra muy distinta es actuar “al dictado” de lo que otros dicen (frase del gran jurista español Antonio Hernández Gil).

Por mi parte, soy de la opinión que los conceptos deben usarse cuando prestan un beneficio al discurso, o cuando ellos sirven para construir una solución acorde a fines valiosos que tutela el ordenamiento, pero no cuando se trata de sorprender falsamente a un auditorio mediante una retahíla de categorías, todas ellas pensadas por otro, pues el contradictor no agrega nada, ni siquiera la más mínima reflexión propia. En ese caso hubiera sido preferible que se publique la traducción del autor italiano, sin más.

En dicho trabajo, de mera copia, se pretende explicar la situación jurídica y sus distintas clases, como si eso nadie lo supiese. Por ejemplo, nuestro conocimiento del tema es ya antiguo y puede verse en: GONZALES BARRÓN, Gunther. *Derechos Reales*. Jurista Editores. Lima 2003.pág. 392 (nota 808).

Sin embargo, el debate no se centra en el tema de quien conoce esos conceptos, asunto superfluo desde todo punto de vista, sino en uno de carácter mucho más profundo: ¿Qué tipo de dogmática

Ha surgido, así, un curioso vocabulario importado que no representa nada ni constituye una mejora técnica respecto a los términos jurídicos de uso inmemorial. Son pura palabrería hueca que en nada beneficia, y que solo confunde. Quienes piensan de esa manera caen en el error de entretenerse en meros fuegos artificiales, sin nada de fondo, como si el debate jurídico debiera reducirse a cambiar una etiqueta vieja por una más bonita o con colores más vivos. Este tipo de teoría, así entendida, simplemente no sirve de nada y carece de utilidad<sup>2</sup>. Los que se quieran dedicar a los estudios estériles que sigan por allá, pisando el cielo de conceptos que a nada lleva, y que ya denunció el gran Ihering hace mucho más de una centena de años.

Así, por ejemplo, se introducen vocablos novedosos, pero inconducentes, tales como el de “programa contractual” o “contrato con atribuciones recíprocas”, para aludir, respectivamente, al contenido del contrato o a una modalidad de contrato sinalagmático en el cual la propiedad se transfiere en forma inmediata por virtud de la regla consensual de transferencia de dominio<sup>3</sup>. ¿Qué se consigue con eso? Nada. En realidad, el contenido del contrato es una frase suficientemente expresiva para connotar su significado, y lo otro no pasa de ser un sinónimo, pues nada se cambia con ello. Igual ocurre con el contrato de atribuciones recíprocas, que finalmente se rige por las mismas normas que el contrato con prestaciones recíprocas. Por tanto, es una creación superflua.

El problema, en mi opinión, es que existe una especie de **complejo** por copiar la última palabra empleada por los italianos o por los alemanes, pero que en nada cambia, mejora o modifica la situación pre-existente. El Derecho no evoluciona por el cambio de etiquetas, de clasificaciones, o por inventar categorías jurídicas inútiles, pues en realidad se trata de una cuestión irrelevante o simplemente formal. **Este tipo de doctrina pretende comprobar la cuadratura del círculo.**

Se trata, por tanto, de una dogmática desviada en sus fines, pues carece de norte y no sabe hacia donde se dirige; y que además se muestra desordenada en sus métodos ya que simplemente utiliza falacias, sofismas, argumentos de autoridad y cosas de ese tipo<sup>4</sup>. A lo largo de este artículo demostraremos cada una de estas afirmaciones, pero

---

jurídica queremos hacer? ¿La que no tiene ninguna utilidad práctica? Así, en ese largo peregrinaje de conceptos no se advierte ni por asomo alguna mejora, siquiera técnica, en la solución de los conflictos humanos, que para eso sirve el Derecho, y no para el malabarismo conceptual. Justamente, en base a ese tipo de doctrina, malformada, es que el Análisis Económico del Derecho puede prosperar. Si la única alternativa fuese la teoría de Ronquillo, entonces yo también me convertiría al economicismo.

<sup>2</sup> Un gran profesor peruano ha criticado, con toda razón, esa visión reduccionista del Derecho. Es el caso de Marcial RUBIO CORREA, en la presentación de la traducción castellana del libro de Natalino IRTI (*Introducción al estudio del derecho privado*. Traducción de Rómulo Morales y Leysser León. Ed. Grijley. Lima 2003. Pág. 10): “La ventaja de esta aproximación es que resulta sumamente rigurosa manejando las normas jurídicas. La desventaja consiste en que para muchos de nosotros el derecho es también principios legislados y no legislados (estos últimos universales o generales) y, además, roza con muchas otras disciplinas del conocimiento, no la última la ética. Esto se pierde de vista con este tipo de aproximaciones”.

<sup>3</sup> La crítica a este último concepto puede encontrarse, con detalle, en la nota (10) del presente trabajo.

<sup>4</sup> Un ejemplo para **poner en claro las cosas**. El contradictor indica lo siguiente: “Nuestro detractor ha señalado (y no entendemos de dónde infirió tal hipótesis) que en nuestra opinión el registro es constitutivo del derecho de propiedad. Esta imputación es falsa”: Ronquillo Pascual, J. Op. Cit., pág. 70. La única falsedad se encuentra en esta última afirmación, pues textualmente mi opinión decía lo siguiente: “Por otro lado, el hecho de considerar que el registro es el único mecanismo de oponibilidad **me lleva a sospechar que los contradictores en realidad pretenden sostener la superioridad del registro constitutivo**” (así textualmente en: GONZALES BARRÓN, Gunther. Propiedad no inscrita vs. Embargo inscrito. EN: Actualidad Jurídica. Tomo 179. Octubre 2008. Pág. 57 ss).

basta recordar lo extraño que significa ser criticado por el solo hecho de rechazar las tesis del italiano Busnelli o del alemán Larenz, por decir algo. Estamos en presencia de una nueva inquisición que prohíbe opinar o expresar ideas propias, y en las que solo cabe rendir pleitesía a lo que diga uno u otro.

El post-modernismo no se manifiesta solamente en el influjo tecnológico de las relaciones personales, sociales y económicas<sup>5</sup>; sino que también parece tener su correlato en esta dogmática desviada que sigue el patrón de copiar y pegar, muy al estilo informático. A través de ella no se agrega nada nuevo y simplemente se reproduce lo que otro dijo. ¿Por qué? Simplemente porque el autor de turno ostenta otra nacionalidad. Los adalides de esa corriente, que afortunadamente se cuentan con los dedos de una mano, no se dan cuenta que **ello significa reconocer una relación de inferioridad con respecto de las casas matrices que exportan el pensamiento pseudo-oficial**. Esa actitud, en lenguaje castizo, representa simplemente un complejo.

El imperialismo jurídico es malísimo cuando se pretende importar doctrinas neo-liberales, que en el actual momento de la evolución del pensamiento se hallan desacreditadas por los hechos que dieron lugar a la crisis económica mundial. Es el caso del Análisis Económico del Derecho (AED) exportado desde los centros globales de poder, pero que ahora se encuentra en retirada, aunque curiosamente ello no ocurra en el Perú. ¿La razón? Nuestro sub-desarrollo no solo es económico, sino fundamentalmente de orden cultural.

El AED se basa en la igualdad y libertad de los ciudadanos para elegir lo que más le conviene a sus intereses. De esa manera la utilidad individual se convierte en eficiencia social, pues la racionalidad económica de los agentes los llevará a adoptar la mejor solución, y con ello finalmente se aumentará el bienestar general. Es una linda teoría expuesta en el escritorio de un burócrata de organismo internacional o en el pizarrón de un profesor. El problema, sin embargo, es que esos presupuestos son falsos. Así, la

---

Nótese que claramente se afirma que el autor sostiene la “superioridad del registro constitutivo”, pero en ningún momento se dice que su opinión se refiera al derecho vigente. Es decir, una cosa es el criterio referido a la “ley propuesta” (cómo quisiéramos que fuese) y otra distinta es con relación a la “ley vigente” (cómo es).

En el presente caso, es evidente, notorio e inequívoco que el contradictor pensaba que el registro constitutivo era superior, pues según su primer artículo (RONQUILLO PASCUAL, Jimmy. *¿La propiedad no inscrita debe prevalecer sobre el embargo inscrito?* EN: *Actualidad Jurídica*, Tomo 176, Julio 2008, pág. 100 y 101), la oponibilidad de los derechos solo se logra por medio del registro. Si alguien postula que sin registro no se puede oponer un derecho real frente a terceros, es obvio que asume la superioridad de la inscripción constitutiva. ¿O es que Ronquillo pretendió decir que el registro declarativo es mejor? ¿Y entonces cómo se entiende que solo el registro dote de oponibilidad? Cuándo un derecho está condicionado al registro, esto es su oponibilidad, entonces estamos ante una inscripción constitutiva, sin lugar a dudas, y salvo incoherencia lógica en el razonamiento.

Lo que parece, mas bien, es que el citado autor ya se convenció de las grandes ventajas del registro declarativo, seguramente gracias a nuestra fundamentada opinión, y en eso sí lo felicitamos. Siempre es conveniente reconocer los errores.

<sup>5</sup> “La automatización de la producción industrial es, a su vez, expresión de una revolución más vasta, la Revolución digital. Abarca, de manera progresiva y creciente, cada aspecto de la vida económica. No solo el modo de producir, sino también el modo de comerciar y de consumir o, más simplemente, de comunicar. Parece proyectar las relaciones entre los hombres fuera del tiempo y del espacio hacia un espacio no-físico, el cyber-espacio, por lo tanto es también Revolución espacial y Revolución multimedial. Es una suerte de espacio vacío en el derecho, donde las normas jurídicas son suplantadas por la tecnología, que ocupa su lugar, decretando el ocaso del derecho”: GALGANO, Francesco. *La globalización en el espejo del derecho*. Traducido por Horacio Roitman y María de la Colina. Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe 2005. Pág. 20-21.

igualdad real entre los sujetos simplemente no existe, y solo se aprecia en el ámbito formal, pero no en el sustancial. Así, esa pretendida igualdad solo lleva a conceder un mayor privilegio al poderoso. Por ejemplo, si sentamos en una misma mesa a un Banco y a un cliente cuyo ingreso mensual es el equivalente a una remuneración mínima. ¿Cuál de los dos se encontrará en mejor situación para negociar? ¿El pobre le podrá imponer sus condiciones al gigante financiero? La igualdad no existe entre sujetos desiguales; y confiar en que el acuerdo de ambos representa la justicia o la eficiencia, no pasa de ser una quimera sin asiento en la realidad. El primero sobrepondrá todas y cada una de sus condiciones, siempre basadas en la obtención del máximo lucro posible en desmedro del otro<sup>6</sup>, pues simplemente esa es la lógica del capitalismo, en donde hay que maximizar las ganancias.

La libertad también está mediatizada entre sujetos desiguales, pues el rico tiene en forma obvia “más libertad” de decisión que el pobre. Este último, sin dudas, tiene “menos libertad” o simplemente no goza de ninguna, pues está totalmente sometido al poder político y económico de su contraparte. Quien subsiste de un puesto de trabajo honrado y honesto no puede darse el lujo de contraponerse a los poderosos de quienes depende él y su familia. ¿Hay verdadera libertad de decisión? ¿Realmente podemos hacer lo que nos plazca sin más límites que nuestro voluntarismo?

La libertad y la igualdad son siempre relativas, pues están grandemente condicionadas a la situación real, concreta e histórica de los sujetos<sup>7</sup>. La idea de una mínima intervención del Estado ya no puede sostenerse, salvo por los liberales furiosos, pues ello implicaría dar carta blanca para que el poderoso abuse impunemente del débil con el solo fundamento de que “el otro así lo quiso”. Por eso existe toda una legislación de defensa del consumidor, cada vez más acentuada, que pretende igualar la posición de ambos.

Pues bien, si las bases teóricas del AED se encuentran cuestionadas, entonces sus afirmaciones se caen como un castillo de naipes. No basta, por tanto, con gozar de igualdad y libertad teóricas, las mismas que bien poco pueden hacer frente a las situaciones de notoria disparidad en el poder de negociación de los actores económicos.

Así, un caso de ingenuidad de las recomendaciones del AED se encuentra en nuestra vigente regulación bancaria referida a las relaciones jurídicas con los clientes. En efecto, en nuestro país existe una norma administrativa por la cual se buscó dar más transparencia a las condiciones contractuales de las entidades bancarias a fin que el cliente pueda prestar un consentimiento informado. Para sustentar una norma de ese tipo se contrató a un conocido estudio de abogados, especialistas en el economicismo jurídico, cuya recomendación maravillosa fue que no importaban los contenidos de las cláusulas que establezca la entidad financiera, aun cuando fuesen de las más desproporcionadas, abusivas e irrazonables que pudieran imaginarse, pues en realidad lo

---

<sup>6</sup> Recomendamos una obra interesante en la que se da cuenta que el afán de lucro, central en el capitalismo, es la causante de su propia destrucción a través de la corrupción económica, de la cual su apéndice es la corrupción política. Un mercado libre, sin controles, es un campo propicio y abonado para los abusos y los negocios sucios: SLAVIN, Luis Pablo. *El capitalismo depredador. Los escándalos corporativos del siglo XXI*. Ed. Biblos. Buenos Aires 2005. Pág. 149.

<sup>7</sup> Conforme con esta afirmación se encuentran los filósofos, como es el caso del español Fernando SAVATER (Cfr. su obra *El valor de elegir*. Editorial Ariel. Barcelona 2004. Pág. 90): “Obra de nuestra libertad de seres dependientes y vulnerables, la asociación basada en leyes y costumbres trata de configurar un ámbito en el que podamos desarrollar elecciones que no siempre sean a vida o muerte”. ¿Qué dirá ante ello la doctrina jurídica que opina en la libertad absoluta es sustento de cualquier acuerdo? El hombre es un ser dependiente y vulnerable ante múltiples factores, por lo que su libertad es limitada, y en algunos casos es prácticamente una ilusión.

que prima es la libertad contractual, es decir, si un cliente acepta con su firma cualquier formulario, entonces ese es su problema pues debe quedar vinculado con ese “acuerdo libre, voluntario y sacrosanto”, por lo que en tales condiciones el Estado no tiene nada que decir al tratarse de una relación entre privados, cuya autonomía privada es la mejor forma de regular sus intereses eficientemente. La idea que está detrás es que ambas partes son libres e iguales ante la ley. Por tanto, la mejor solución no es sancionar con nulidad las cláusulas abusivas, sino que las partes tomen conocimiento de las mismas y luego de ello presten su consentimiento “informado”.

Pues bien, la maravillosa norma de la Superintendencia de Banca y Seguros, basada en el AED, obligó a que las entidades financieras entreguen los textos del contrato a cada cliente y les obliguen a firmarlo (nunca mejor expresada el vocablo “obliguen”) antes de cualquier operación bancaria. Se arguye que el cliente debe ser un consumidor razonable, y ello exige que lean los contratos que van a firmar, pues luego de hacerlo ya no hay reclamos. Por ello, hoy vemos que cuando abrimos una cuenta nos entregan un formulario y nos indican donde firmarlo. Yo pregunto, y ante esta revolucionaria medida de transparencia, ¿qué gana el cliente cuando lee el contrato con decenas de páginas en letra minúscula y abigarrada? ¿Puede forzar a que se cambie una coma del contrato? ¿Puede discutir o negociar las cláusulas? ¿Siquiera puede exigir que se le explique o interprete el contenido? La respuesta es evidentemente negativa; el cliente está forzado de hecho a someterse a ese condicionado general, pues si no se le niega el préstamo o la apertura de una cuenta para cobrar sus haberes, por ejemplo. ¿Hay real libertad de decisión en todos esos casos? Los partidarios del economicismo creen que un consumidor razonable está obligado a leer antes de firmar, y si no lee pero firma entonces igual debe someterse al contenido del formulario por falta de diligencia. Yo pienso al revés, pues **un consumidor razonable no tiene razón alguna para leer el contrato y solo debe limitarse a firmarlo**. Ello porque no tiene sentido leer algo que no se podrá modificar o negociar. El cliente igual quedará sometido a las condiciones abusivas del contrato, ya sea que lo lea o no, pues siempre está forzado a firmar el contrato para atender las necesidades de la vida diaria. Por tanto, lo razonable es que el consumidor no lea nada, ya que nada cambiará con leerlo, y más bien se ahorrará tiempo y disgustos. Por supuesto que alguien sostendrá que el cliente puede retirarse y buscar otro Banco para encontrar mejores cláusulas. ¿Pero eso servirá para algo cuando todas las entidades financieras tienen más o menos los mismos formularios? ¿o cuándo en el Perú hay una concentración bancaria entre las cuatro primeras entidades que se reparten el mercado, conforme señalan los analistas del sistema financiero!

El AED solo beneficia al más poderoso, y por eso cuando aplicamos sus métodos siempre prevalece el interés del banquero, del financista, de la compañía de seguros, de la empresa global, mundializada o de la transnacional “que invierte y da trabajo”. Esta conclusión no es nueva y un autor tradicional del derecho civil, un genio sin dudas, ya lo había intuido hace medio siglo cuando pronunció un discurso en Madrid (1960) por motivo de su incorporación a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación<sup>8</sup>. Cómo

---

<sup>8</sup> “El carácter <sagrado> que se atribuye al contrato descansa en los presupuestos de una contratación libre y entre personas relativamente iguales; mientras sirva, como todavía hoy se puede afirmar, para el libre desenvolvimiento de la personalidad. En cambio, pudiera calificarse como degradación o abuso pretender amparar bajo el nombre de libertad de contratación los pactos que se confeccionan e imponen al dictado. La Historia no se repite, sí los artificios. Como otras veces (recuérdese lo dicho sobre el Derecho feudal), un grupo social poderoso emplea la forma del contrato para aumentar su poder, desplazar el Derecho legislado, crear nuevas normas e imponer una jurisdicción a su servicio”: DE CASTRO, Federico. *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*. Ed. Civitas. Madrid 1987. Pág. 77-78.

para no olvidar las lecciones de Federico DE CASTRO, tal vez el mayor jurista español del siglo XX. Igual ocurre en la época presente, en donde los más destacados filósofos y teóricos del derecho nos ponen en guardia, desde antes de la crisis mundial, respecto al excesivo poder de las empresas privadas internacionales, las que prácticamente imponen sus valores, reglas y también abusos, ante un Estado que se conforma con “dejar hacer y dejar pasar”, como en el peor liberalismo clásico<sup>9</sup>.

En conclusión, el AED está terminado y sin remedio; pero aquí en nuestro bendito Perú se continúa alegremente utilizando un método descartado por los hechos. En efecto, si la libertad absoluta produjo la crisis global, entonces simplemente estamos frente a teoría destruida por la propia realidad. Es decir, la libertad absoluta (y abusiva, diría yo) no lleva a la eficiencia, sino a la destrucción, pues en ese caso el afán de lucro desmesurado, connatural en el ser humano, termina imponiéndose y llevándose todo a su paso. Por eso, luego de la crisis vemos a empresas maquilladas en sus cuentas por “prestigiosos” contadores o tributaristas, con grave daño a los accionistas y acreedores; ejecutivos con ingresos millonarios que se sirven de esas cuentas maquilladas para mantenerse indefinidamente en el cargo; bonos y valores emitidos en forma apresurada y sin respaldo, cuya única función es obtener lucro inmediato para los intermediarios financieros o los Bancos de inversión; entidades bancarias que reclaman el libre mercado cuando obtienen utilidades, pero que acuden al Estado para que los salve de la crisis; empresas financieras con mínima o inexistente regulación, y que terminan quebrando de un día para otro, pero que con ello se llevan los ahorros y sueños de pensionistas o humildes ciudadanos. El anecdotario se enriquece con poderosos presidentes de Bancos que hacían fila de espera frente a los modestos burócratas de las agencias estatales norteamericanas pidiendo una “ayuda del Gobierno”. ¿Dónde quedó el liberalismo? Los otrora inaccesibles banqueros ahora eran modestos ciudadanos que hacía antesala como cualquier hijo de vecino. La crisis cambia hasta las conductas más arraigadas y profundas del ser humano, y el soberbio se vuelve humilde.

Con todo estos hechos comprobados y ciertos, ¿todavía se puede sostener los postulados del AED? Si en la casa matriz ya nadie cree en el liberalismo salvaje, y el Estado de la Unión Americana es el primero que se dedica a salvar empresas privadas, entonces no cabe que sigamos rindiendo culto a una doctrina sobrepasada por la historia.

Pero, también es negativo cuando el imperialismo proviene de Italia o de Alemania, por citar unos ejemplos, ya que en ese caso se produce una obnubilación que elimina el raciocinio y propende al culto del dogma en forma casi religiosa. Hay ejemplos palpables de errores teóricos de la doctrina italiana que no vale la pena reproducir en

---

<sup>9</sup> El autor identifica tres peligros entre ellos conexos para la esfera pública, originada por la carencia de límites a los poderes privados. El primer peligro es la concentración y confusión de los poderes económicos y políticos. El dinero sirve para hacer política y la política para hacer dinero. Es un círculo vicioso que se resuelve en la inacción del Gobierno. El segundo peligro se da en la progresiva erosión de la esfera pública como conjunto de funciones e instituciones sometidas a reglas en garantía de los derechos de todos, con la consiguiente supremacía de la esfera privada del mercado. De esa forma resulta minado el edificio del Estado Constitucional como instrumento de garantía de los derechos fundamentales, degradado a derechos patrimoniales de acceso, en contraste con su carácter universal y su rango constitucional. El tercer peligro se encuentra en la mercantilización de los ordenamientos jurídicos, quienes compiten entre sí para atraer inversionistas. Ya no son los Estados los que ponen a competir a las empresas, sino que éstas hacen lo propio con los Estados para ver cuál de ellos le ofrece mejores condiciones “normativas”: FERRAJOLI, Luigi. *Diritto Civile e Principio di Legalità*. EN: *Europa e Diritto Privato*. Fascículo 3. Milán 2005.

nuestro país, pero que lamentablemente tiene su origen en el efecto mecánico de copiar lo exótico y considerarlo “verdad” más allá de toda comprobación en contrario<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Así, es el caso de las denominadas “ventas con efecto real”, que constituye un galimatías jurídico, pero que aquí hemos copiado sin ninguna reflexión. Este debate ha sido tomado de la doctrina italiana, en donde la mayoría de los autores se muestra partidario de la distinción entre venta real y venta obligatoria. La primera sería la regla general en los sistemas de transmisión consensual, pues el contrato es el que directamente produce el efecto de transferencia del dominio. La segunda sería la regla subsidiaria en los casos en que el efecto traslativo no se produce con el solo consenso, por cuanto son necesarios ulteriores actos o hechos, como es el caso de la venta genérica, la venta sobre bien ajeno, la venta sobre bien futuro, etc. En Italia se sostiene que el contrato con efectos reales EXCLUYE la existencia de una obligación de transmitir el dominio, lo cual se sustenta básicamente en dos razones de orden dogmático: a) no se puede observar un lapso temporal entre la perfección del contrato transmisivo y su cumplimiento; b) no existe un comportamiento debido del obligado (prestación) tendente a la producción del efecto transmisivo. Ninguna de estas razones, empero, resulta decisiva, tal y como veremos a continuación.

En primer lugar, la ausencia de lapso temporal entre la perfección del contrato y su consumación se revela fácilmente como un argumento falaz. Piénsese en los contratos manuales o al contado, en el que los actos de cumplimiento son contextuales a la conclusión. Es el caso de las ventas en máquinas expendedoras o de múltiples artículos de consumo. La simultaneidad entre la conclusión y ejecución del contrato NO PUEDE llevar a sostener que “*no existen obligaciones entre las partes*”.

En segundo lugar, resulta artificioso decir que “*la obligación se extingue cuando nace*”, ya que sólo de un análisis superficial pareciera que la obligación de transmitir la propiedad se agota inmediatamente, pues ello olvida la fase de responsabilidad que continúa presente de manera potencial, y que entra en juego cuando se produce una situación de incumplimiento (por ejemplo, la evicción). Los obstáculos dogmáticos para reconocer que aquí existe una vinculación obligatoria no pasan de ser prejuicios. Para evitar ello debe recordarse que la “obligación” es una vinculación personal a la que es inherente su eventual fase de responsabilidad, que entra en juego cuando se produce el incumplimiento del deudor.

Por nuestra parte podemos agregar dos fundamentos adicionales: **Primero**, el contrato de compraventa (o cualquier otro de enajenación) tiene como causa o propósito práctico la transferencia de propiedad de un bien. Éste es el resultado programado por las partes al momento de concertar el negocio y, por tanto, es el resultado que va a ser exigible. Si ello es así, la parte que debe producir la transferencia de propiedad SE ENCUENTRA OBLIGADA A ELLO, pues solo de esa manera puede cumplirse la función querida por los contratantes. Sostener lo contrario -esto es, que “*no existe una obligación de transmitir la propiedad*”- significaría que el vendedor al no quedar obligado, sería irresponsable por la falta de cumplimiento, lo cual evidentemente es un absurdo. Si yo como vendedor debo producir un resultado, es porque estoy obligado a ello. Es más, el hecho que el vendedor sea responsable por no producir el resultado de transmitir el dominio, es prueba suficiente de que existe una obligación preexistente. Solamente puede haber incumplimiento cuando hay un deber jurídico (obligación, en este caso) previo. **Segundo**, la supuesta inexistencia de una obligación de transmitir la propiedad, genera la necesidad de crear categorías jurídicas innecesarias. Por ejemplo, ¿qué pasa si el vendedor no puede transmitir la propiedad del bien, acaso el comprador debe pagar el precio? El carácter sinalagmático del contrato de compraventa puede ser afectado profundamente si “*no hay obligación de transmitir*”, pues en ese caso como el vendedor a nada estaba obligado, entonces puede exigir el pago del precio. La excepción de incumplimiento sería inaplicable en esta hipótesis, pues sólo habría una prestación de por medio. Esta situación ha exigido a que la doctrina jurídica italiana deba inventar una nueva categoría llamada la “atribución correspectiva”, la cual comprende obviamente a la venta con efectos reales, en cuyo caso se dice que “*la transferencia del derecho no es técnicamente una prestación*”. Además está decir que el desarrollo de toda una categoría jurídica no puede justificarse tan fácilmente, máxime cuando ya tenemos la noción de “obligación”, perfectamente aplicable al caso y que tiene todo un conjunto de principios y normas que hacen sencilla su aplicación. Resulta absurdo crear los conceptos de “atribución correspectiva” o “atribución patrimonial”, cuando a éstos les vamos a tener que aplicar la normativa tradicional de contratos con prestaciones recíprocas o la de obligaciones.

En conclusión, el contrato de compraventa SIEMPRE GENERA LA OBLIGACIÓN DE TRANSMITIR EL DOMINIO, pues ese es el resultado programado por las partes, y por tanto, el que resulta exigible. Una cosa muy distinta es el momento en que se produce el efecto de

Igualmente es criticable cuando pretendemos encerrarnos en la doctrina española o argentina, por el simple facilismo idiomático<sup>11</sup>, y sin intentar una reflexión que supere el nivel de la superficie. En uno de mis ámbitos preferidos de investigación, el derecho registral, se produce una especie de sumisión a la bibliografía hispana, lo que a veces llega al absurdo. Así, hace un tiempo se intentó, sin éxito por lo demás, revivir un debate superado sobre la primacía del asiento registral frente al acto o contrato que sustenta la adquisición de un derecho subjetivo. Todo el tema nace en el afán de copia de muchos de nuestros ingenuos abogados o estudiantes de derecho. En ese caso se trasladó la desviación de cierta doctrina española que se encuentra interesada políticamente en sobreponer la inscripción a la escritura pública, lo que encierra veladamente un debate no jurídico entre registradores y notarios españoles, y que se refiere a las luchas por mantener cotas de poder, aumentar competencias o simplemente subsistir frente a los embates del economicismo jurídico que busca eliminar al notariado y reducir el registro a su mínima expresión<sup>12</sup>. Es decir, se trata de un debate con intereses que no son propiamente jurídicamente, pero que en nuestro país no conocemos, y por ello nos dejamos llevar por una controversia artificial. En el Perú, por ejemplo, hay alguien que escribió “científicamente” sobre ese tema aduciendo que debía primar el asiento registral (sic)<sup>13</sup>. Posición insostenible desde cualquier punto de vista<sup>14</sup>, pero lo lamentable es que el autor de aquellas líneas desconocía el trasfondo de la cuestión, y que es materia de conflicto diario entre notarios y registradores. Es decir, nuestro ocasional contradictor fue un alfil en un juego político del que ¡no tenía la menor idea! Un caso más del provincianismo en el que se mueve un sector de nuestra doctrina, pues no sale más allá de los libros, pero que desconoce la historia, la política y las relaciones sociales de los pueblos de quienes importan sus ideas. En conclusión, no hay que copiar lo que se dice en otro contexto, pues fácilmente podemos obviar las

---

transferencia de la propiedad, el cual normalmente es fijado por el legislador en virtud a criterios de política jurídica. Es decir, el legislador puede establecer el consenso, la tradición o la inscripción como punto de tránsito de la transferencia de propiedad; pero ello en nada afecta la existencia de la obligación de transmisión. Dentro del ámbito del principio consensualístico (art. 949 C.C.), ocurre que el vendedor se pone en situación de cumplir cuando concerta el negocio, y para ello debe asegurarse de contar con el poder de disposición suficiente para que la transferencia de propiedad opere en forma inmediata. En los casos normales la cuestión puede verse complicada; sin embargo, todo se aclara en los casos patológicos, pues cuando el vendedor no produce el efecto transmisivo, entonces se le puede imputar responsabilidad por falta de cumplimiento, y esa responsabilidad sólo puede originarse en la existencia de una obligación previa. En resumen, la discusión entre la “venta real” y la “venta obligatoria” es absolutamente inútil, pues mezcla dos cosas distintas: una, la innegable existencia de la obligación de transmitir el dominio en los contratos de enajenación (como la compraventa); y otra, el momento en que se produce el efecto transmisivo. Por lo tanto, no existe contradicción entre los artículos 1529 y 949 del Código Civil, en tanto cada uno de ellos regula cuestiones distintas, aunque conexas.

<sup>11</sup> Lo ha denunciado con sólidos argumentos: LEÓN, Leysser. *El sentido de la codificación civil*. Palestra Editores. Lima 2004. Pág. 92.

<sup>12</sup> En el Perú el AED ha intentado también destruir los sistemas notarial y registral, tal como aparece de los antecedentes de la Ley 28677, de Garantía Mobiliaria, pues pretendió que al acto constitutivo aparezca de formulario simple, y que el registro se convierta en archivo informático. El proyecto salió tan alejado a esa idea inicial, que finalmente el notario ahora tiene mayor intervención, y el registro ha creado un procedimiento complejo y abstruso, realmente innecesario.

<sup>13</sup> Así: MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto. *Argumentos que justifican la preferencia del asiento registral sobre el título archivado*. EN: *Actualidad Jurídica*. Tomo 177. Agosto 2008. Pág. 71 ss.

<sup>14</sup> Una refutación absoluta, y definitiva, se encuentra en: GONZALES BARRÓN, Gunther. *Fundamentos que explican la primacía del título frente al asiento registral. Contribución que pone punto final a un debate innecesario*. EN: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Número 116. Mayo 2008.

circunstancias sociales o económicas que rodean el tema<sup>15</sup>. La ingenuidad o el atrevimiento, cada una es peor que la otra, se paga caro.

Un jurista que se precie de tal debe ser un libre pensador, un creador, una mente abierta que pondera con cuidado los distintos aspectos de la realidad antes de exponer un determinado criterio jurídico. Por ello, no hay nada más contrario a la ciencia que un investigador cierre oídos a las distintas tendencias o corrientes de pensamiento. La ciencia busca alcanzar la verdad, aunque en el Derecho eso es relativo, y para ello debe reflexionar, debatir y pensar; pero no puede cerrarse ante verdades presuntas o dogmas porque simplemente lo dijo uno u otro autor, por más famoso que ellos sean, o especialmente porque ostenten un pasaporte italiano o alemán. La principal característica que debe tener un jurista, auténtico por supuesto, es la prudencia, esto es, debe saber de lo que habla. Por eso, el hombre imprudente es aquel que opina de lo que no sabe, lo cual en nuestro país es harto frecuente, mal que nos pese, entre los periodistas y políticos; y ahora esa tendencia se expande peligrosamente a ciertos “doctrinarios”.

En conclusión, estamos ante una dogmática jurídica inútil, de mero entretenimiento en las clasificaciones y los nombres, pero que en nada ayuda a resolver los problemas reales de convivencia y de armónica relación que exige cualquier sociedad organizada. En fin, se trata de un puro bizantinismo, de tipo cuasi-teológico, que deja sin contestar las múltiples preguntas que suceden en las vicisitudes humanas, para reemplazar el debate en el puro conceptualismo hueco.

En tal sentido, considero necesario repetir un consejo que ya manifesté en una anterior ocasión, pues creo que vale la pena insistir en él ya que constituye una guía para los futuros investigadores que quieran aprender, y no para aquellos que sin pergaminos previos ya quieren “enseñar”. El problema será, sin duda, de aquellas mentes juveniles que escuchen irreflexivamente aquel canto de sirena, y luego queden marcados definitivamente con una mala formación inicial.

La crítica debe pasar, antes, por un **largo** período de aprendizaje duro y consistente, luego agotar la bibliografía sobre los temas; recién allí se puede madurar las ideas con el **tiempo**, contrastar las opiniones y compararlas con la realidad; finalmente se puede lograr una opinión propia y así criticar a los otros. En cambio, ahora se pretende comenzar con la crítica, invirtiendo el orden natural de la profesión de investigador. El problema es que normalmente se importa la idea de algún autor extranjero, sin someterla a reflexión, y sin hurgar en la propia doctrina de ese país para corroborar si se trata, por ejemplo, de una tesis aislada o que posteriormente fue ya abandonada. Por lo demás, debe recordarse que no todo lo que venga de fuera puede ser compartido por razones diversas, tales como otras concepciones valorativas, o diferencia de ordenamientos en los que se inserta la tesis, o distintos problemas que se trata de resolver, o simplemente porque la postura puede estar equivocada. Estos teóricos de nuevo cuño se limitan a copiar e incurren en el principal defecto de un investigador: **no pensar por sí mismos**<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Los problemas políticos entre estos dos gremios se exhiben cotidianamente en las páginas web de los colegios de registradores y de notarios españoles.

<sup>16</sup> Esta afirmación se acredita por sí misma. El trabajo de Ronquillo, en apenas quince páginas, llega a la exorbitante cifra de **113 citas**, cada una de ellas, en muchos casos, con una gran cantidad de autores, lo que fácilmente **triplica o cuatriplica la cantidad de citas**. Algún ingenuo pensará que es una investigación seria; yo creo, por el contrario, que los trabajos por “peso o número” carecen de utilidad si se trata de una mera recopilación de otros autores sin aporte propio, para lo cual basta una secretaria que “copie y pegue”.

Carlos Cueto Fernandini (1913-1968), destacado filósofo y educador peruano, señalaba en forma lúcida que el desarrollo de la humanidad se sustenta en dos valores fundamentales: la disciplina y la libertad. Por la primera somos persistentes en el logro de metas, y con lo cual descartamos el ocio, la pereza y el facilismo. Por la segunda podemos actuar en forma autónoma, sin sujeciones a la autoridad o a las verdades oficiales, dentro de los límites propios de nuestra condición humana. Pues bien, ¡qué preclara suena esa reflexión el día de hoy! En el mundo de los neo-teóricos sin rumbo, es fácil advertir que el apresuramiento atolondrado por hablar y opinar constituye una falta de disciplina y rigurosidad; por otro lado, el sometimiento absoluto, o la simple bajada de cabeza ante un autor extranjero, representa todo lo contrario al valor supremo de la libertad de pensamiento, de opinión, de creación. Las preguntas deben responderse sin el uso de dogmas de fe y, por el contrario, siempre debe buscarse una actitud reflexiva, racional y ponderada. El acto de copiar es una forma de cobardía, sin dudas, pues simplemente se pretende el fácil expediente de refugiarse en el otro; en cambio, la libertad es sinónimo de valentía, pues hay que ser valiente para ejercer a plenitud la libertad, lo cual significa disentir, criticar y opinar sin sujeciones.

## 2. DOGMÁTICA CON FUNCIÓN SOCIAL Y ECONÓMICA

La dogmática pura tiene una ideología que la subyace, que no es otra que el positivismo simplón en donde se rinde culto o veneración a la ley, y por el cual se busca mantener el statu quo propio del liberalismo, es decir, dejar las cosas tal como están ya que en la sociedad todo anda muy bien. Por tanto, el Derecho se reduce solo a malabarismos conceptuales en torno a las reglas jurídicas. De allí no se avanza.

Por el contrario, la dogmática útil es aquella que tiene fines u objetivos valiosos, por encima de la pura teoría. El Derecho pretende de esta manera lograr finalidades relevantes de orden social y económico, para lo cual se enlaza con los valores fundamentales del ordenamiento, tales como la justicia, la igualdad, la solidaridad, la seguridad, la paz social, el equilibrio de las relaciones patrimoniales, la prohibición de la arbitrariedad. En otras palabras, no importa tanto el formalismo normativo como la sustancia del mandato jurídico.

La construcción sistemática del Derecho no es un fin en sí mismo como pretenden los cultores del positivismo rústico, pues incluso los más destacados partidarios de la dogmática jurídica admiten que las construcciones legales encierran valoraciones, es decir, se requiere tomar en cuenta la variable funcionalista para no caer en la simple abstracción vacía de todo contenido. La importancia de la sistemática en el Derecho no puede ser sobrevalorada, pues el jurista siempre debe estar atento a los límites a los que está sometida la construcción jurídica de los conceptos; y el primer límite es **la necesidad de un control teleológico**<sup>17</sup>.

La mejor doctrina dice lo siguiente sobre este tema:

*“Un primer límite resulta del carácter teológico de todo argumento sistemático correctamente entendido. Hay que tener en cuenta que el sistema no formula adecuadamente aquella valoración que, por ello, está en cuestión y que, por esa razón, se hace necesario siempre un correspondiente –al menos implícito- control teleológico acerca de si la premisa mayor o el concepto general, etc., tomado del sistema, refleja de*

---

<sup>17</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *El Sistema en la Jurisprudencia*. Traducción del alemán de Juan Antonio García Amado. Fundación Cultural del Notariado. Madrid 1998. pág. 119.

*modo adecuado y pleno el contenido valorativo de referencia. Así por ejemplo, solo muy condicionadamente es útil la frase, no raramente usada como argumento sistemático, que dice que en la adquisición por vía de ley no cabe la protección de la buena fe. Ciertamente es que se relaciona con la idea correcta de que la adquisición ex lege se realiza independientemente de la voluntad de la parte y que, por ello, carece generalmente de la necesidad de protección del tráfico que es imprescindible para la adquisición de buena fe, pero en su formulación va más allá de esa su ratio. Esto es peligroso porque de esta forma no se adecua a todos los supuestos de adquisición por vía de ley, ya que una transmisión ex lege puede en ciertas circunstancias ser también solamente el revestimiento técnico-jurídico de una (mediata) transmisión negocial”<sup>18</sup>.*

Pues bien, los dogmáticos más sobresalientes del mundo jurídico están conformes en la necesidad que las construcciones legales no sean puro artificio conceptual, sino que en ellas se verifique la existencia de una relevante función social o económica, para lo cual se impone el control valorativo. En otras palabras, no se puede hacer dogmática pura sin correlato con la realidad. Sin embargo, los representantes del positivismo ingenuo creen que la sistemática y el conceptualismo son suficientes para interpretar la ley<sup>19</sup>, con lo cual adoptan una posición absolutamente equivocada a la luz de la moderna Teoría General del Derecho, máxime cuando se trata de una concepción ya superada hace tiempo con la muerte del pandectismo alemán del siglo XIX.

Las normas jurídicas no son obras literarias o pictóricas sobre las cuales hay que especular sobre su belleza artística. Son, por el contrario, el instrumento para resolver diversos conflictos sociales y los consiguientes dramas humanos que de ellos se derivan. Por tanto, estamos ante un mecanismo arraigado en la realidad y de ella no puede desvincularse. Es fácil advertir que las normas resuelven un **problema social**, y no son el pretexto para un debate teórico. Los dogmas tienen su asiento en la religión, pero no en el derecho, cuya **función es resolver conflictos humanos en los que se debe ponderar los intereses en juego desde una perspectiva de valores**.

Todas estas aristas de un problema social no son advertidas por algunos nuevos teóricos que se limitan a explicar el derecho a través de conceptos; pues parece que mientras más indescifrable sea el discurso entonces el resultado será mejor, según ellos. Reitero en

---

<sup>18</sup> Ibid., pág. 119-120.

<sup>19</sup> Así puede verse claramente en la injustificada crítica que se hace del art. 923 CC, que define la propiedad: “El primer error en que se incurre consiste en considerar a la propiedad como un poder jurídico cuando en realidad aquella es un derecho subjetivo”: RONQUILLO PASCUAL, Jimmy. *Lesión del crédito por terceros y conflicto entre derechos reales que recaen sobre un mismo bien inmueble inscrito*. EN: *Actualidad Jurídica*. Tomo 189. Agosto 2009. Pág. 58.

Esta opinión no resiste ningún análisis, pues el legislador siempre está preocupado en resolver problemas reales y concretos. Su misión nunca es la de formular teorías o conceptos de pura abstracción. La función del legislador, así como la del juez, es muy distinta a la de la doctrina. Por tanto, deviene en superfluo hacer críticas a la ley por labores que corresponden a los profesores. ¿O es que hasta el momento se sigue pensando que la ley es un compendio o manual de derecho? Esa opción ya no es de recibo en la actualidad, pues el derecho legislado no es el pretexto para elucubraciones conceptuales. Por ejemplo, sería inimaginable que un legislador hable de “situaciones jurídicas de ventaja” o “situaciones inactivas”, pues se trataría de un lenguaje alambicado para un **texto normativo que regula la convivencia de todos**, y no de los abogados. Por tanto, es perfectamente admisible que en esos casos se hable de “derecho” o “deber”, que son términos expresivos y entendibles para la generalidad.

este punto lo que ya manifesté en una anterior oportunidad. Hace algún tiempo el profesor Fernando De Trazegnies llamó a los positivistas que nunca habían leído a Hans Kelsen como “positivistas light”; y ahora quiero trasladar ese término a los teóricos que han decidido utilizar cierto tipo de doctrina extranjera a la que rinden culto como si fuese una verdad sagrada, y sobre la cual nada puede decirse en contra bajo pena de ser condenado como hereje.

Nótese que el conceptualismo puro, o el malabarismo jurídico, encierra una opción política deleznable, cuál es, entretenerse en definiciones y clasificaciones, pero sin atender a fines valiosos. Es decir, estamos ante una corriente peligrosa, no por sus conceptos que en nada ayudan, sino porque busca mantener la situación dada y consagrar de esa manera el inmovilismo social y económico. En buena cuenta, este tipo de dogmática jurídica es muy del gusto de los poderosos y de las clases beneficiadas en la distribución de la riqueza pues se limita a consagrar el liberalismo más radical, encerrado en teoría neutra o ajena a la realidad. Es decir, el AED y el conceptualismo terminan juntándose en sus fines, pues ambos se contentan con la protección del más fuerte. Esa situación ya ha sido advertida por autores antiguos y recientes, por lo que vale la pena estar precavidos frente a las corrientes supuestamente inmaculadas o puramente teóricas<sup>20</sup>.

### 3. EL CASO DE LA “TUTELA AQUILIANA DEL CRÉDITO”

#### 3.1 INTRODUCCIÓN

Recientemente en nuestro país se ha dogmatizado la tesis de Francesco Busnelli sobre la tutela aquiliana del crédito, y se le ha hecho merecedora en forma injustificada de todos los parabienes. Casi es la panacea que cura todos los males y alivia todas las enfermedades jurídicas. Con ella, en buena cuenta, se remedian todos los conflictos del derecho. Demás está decir que ni siquiera los partidarios de esta tesis, que pertenecen a la respectiva casa matriz italiana, podrían avalar semejantes conclusiones.

¿Qué dice esta doctrina? Según Busnelli, el derecho de crédito se puede lesionar por cualquier tercero, y no solo por incumplimiento del deudor, lo que llevaría a pensar que se trata de un derecho absoluto pues cualquiera puede atacarlo. Para ilustrar esta teoría se cita el caso de un famoso accidente de aviación que dio lugar a la muerte de un equipo de fútbol italiano de Turín, por lo que la línea aérea resultó teóricamente responsable de que los futbolistas no hayan ejecutado su prestación de servicios frente al acreedor. Igual ocurrió en otro accidente en el que falleció un famoso futbolista (Caso “Meroni”). En consecuencia, un tercero (línea aérea) devino en responsable por el

---

<sup>20</sup> “Al ser rechazado por la mayor parte de los contemporáneos de hoy el liberalismo económico y social del siglo XIX, se hizo bastante natural el reproche de que la ciencia pandectística con su favorecimiento del capitalismo industrial (el del contrato <libre> de trabajo, es decir, sin protección), del liberalismo (<libre> desmenuzamiento de la propiedad territorial y <libre> establecimiento de gravámenes sobre la misma) y de la economía dineraria capitalista (<libre> Derecho de Obligaciones, <libres> formas de crédito) se convirtió en instrumento de una sociedad injusta. (...) Por lo demás, el reproche en su concepción restringida es irrecusable, ya que el abstracto Derecho privado, si no ha acarreado ciertamente ese abuso del ordenamiento jurídico, tampoco lo ha hecho imposible. A lo que hay que añadir que la ciencia de las Pandectas (como todas las ordenaciones jurídicas de su época) expresaba completamente el espíritu de su tiempo, y, por lo tanto, sucumbió ante el juicio histórico sobre éste”: WIEACKER, Franz. *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*. Traducción del alemán de Francisco Fernández Jardón. Ed. Comares. Granada 2000. Pág. 402-403.

incumplimiento de contrato que celebraron los deudores (futbolistas) frente al acreedor (club de fútbol), por efecto del fallecimiento de aquellos<sup>21</sup>. En conclusión, el tercero fue responsable, y no el deudor, por el incumplimiento que se produjo en el derecho de crédito cuyo titular era el acreedor.

Llama la atención como el contradictor Ronquillo Pascual sigue con una evidente devoción (otros le llamarían “copiar”) los postulados, conceptos, definiciones y categorías propias de la tutela aquiliana del crédito. Así se suceden hojas y hojas con una teoría que lamentablemente no es útil. Un ejemplo de ineficiencia en el uso del recurso tiempo, digno de mejor causa. Ni siquiera es muy difícil comprobar la ausencia de interés en dicha doctrina, y por eso el próximo acápite es bastante breve. No se necesita más.

### 3.2 ¿ES ÚTIL LA TUTELA AQUILIANA DEL CRÉDITO?

En mi opinión, esta doctrina constituye un típico ejemplo de artificio conceptual con nula utilidad.

Así, un importante sector de la doctrina italiana sostiene, con razón, que en estos casos el acreedor ejercita contra el tercero una acción de sustitución (por ingreso en el derecho correspondiente al deudor) para efecto de hacerlo valer en beneficio del obligado, y en forma indirecta para él, pero no se trata de una acción directa<sup>22</sup>. Así, cuando el club de fútbol (acreedor) ya no puede utilizar los servicios del futbolista (deudor), entonces el acreedor no acciona directamente contra el deudor, sino que ingresa en el patrimonio del deudor a efecto de obtener resarcimiento de un tercero.

En tal caso se trataría de una figura similar o análoga a la acción oblicua o subrogatoria (art. 1219-4 CC), por la cual el acreedor puede dirigirse contra el deudor de su deudor cuando éste sea negligente e insolvente. Es decir, si un deudor tiene un crédito impago y no lo cobra, su acreedor puede exigir dicho crédito. En el caso materia de análisis, el acreedor sería el equipo de fútbol, el deudor el futbolista y el deudor del deudor la línea aérea. No es que el titular del crédito insatisfecho tenga una acción directa por tutela aquiliana, sino que la tiene indirecta por vía de subrogación. De esa forma se obtiene la misma excepcional protección, sin necesidad de creaciones heroicas.

Para otros, es una figura que se sustenta en la prohibición del enriquecimiento sin causa<sup>23</sup>, pues hay un daño injusto que da lugar a acción de resarcimiento por el deudor, pero que sí puede obligar al tercero.

Para otros teóricos la cuestión es más desalentadora, pues opinan que en los últimos tiempos ha desaparecido la voz “lesiones del crédito – responsabilidad civil”, dentro de los repertorios de jurisprudencia italiana, para los casos emblemáticos de muerte del deudor por obra de un tercero y que influye en la relación obligatoria a la que se había

---

<sup>21</sup> Así resumimos la insostenible postura de RONQUILLO PASCUAL, Jimmy. *¿La propiedad no inscrita debe prevalecer sobre el embargo inscrito?* EN: *Actualidad Jurídica*, Tomo 176, Julio 2008, pág. 101 ss. En la misma línea se encuentra un trabajo de: NINNAMANCO CÓRDOVA, Fort. *No todo está dicho. Nuevas aproximaciones al debate en torno al artículo 949 del Código Civil y su enfoque jurisprudencial*. EN: *Revista Jurídica del Perú*, Tomo 74, abril 2007, pág. 196.

<sup>22</sup> TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*, 12ª edición, Giuffrè Editore, Milán 1998, pág. 114.

<sup>23</sup> BRECCIA, Umberto. *Le Obbligazioni*, Giuffrè Editore, Milán 1991, pág. 748.

comprometido con el acreedor. Se dice, así, que la casuística sobre el particular es sustancialmente negativa<sup>24</sup>.

Por tanto, en la jurisprudencia italiana resulta excepcional otorgar un resarcimiento por parte de un tercero a favor del acreedor, cuya causa sea la muerte del deudor. Incluso en el mismo Caso “Meroni” el fallo fue negativo. El argumento para rechazar la doctrina es sólido e irrefutable:

*“Se puede añadir que, más allá de las argumentaciones que se leen en las sentencias, es verosímil estimar que el criterio guía de las decisiones negativas fue el de no acumular la responsabilidad del particular (causante del accidente y, por ende, también causante de la muerte del futbolista) frente a los parientes supervivientes, con la obligación de reparar al club. En este sentido, los jueces se adhirieron a la opinión de la mayor parte de la doctrina que observaba que bajo el aspecto social, al admitirse la concurrencia del acreedor contractual con los familiares, se llega a una injusticia sustancial, por cuanto los familiares sobrevivientes, al soportar la concurrencia con otros acreedores legitimados, recibirán una cantidad menor, en términos del monto del resarcimiento”<sup>25</sup>.*

La opinión lúcida de Giovanna Visintini se encuentra en conjunción con la de Cannaris, respecto a la dogmática jurídica, cuya función de ordenación y sistematización, en aras de la seguridad jurídica, no puede descuidar los fines valiosos que necesariamente debe buscar. Y aquí la tutela excesiva del acreedor pone en grave peligro a los familiares que han sufrido efectivamente la pérdida del ser humano. Es un caso más de contraposición entre el factor economicista y el factor personal. Para nosotros la solución es evidente; para otros, seguro, no tanto.

Conforme puede advertirse, los problemas que en algunos contados casos se pretende solucionar a través de esta doctrina, bien pueden explicarse por medio de construcciones jurídicas más simples, y menos alambicadas, sin necesidad de retorcidas teorías. Así lo hace la propia doctrina italiana, tal como lo ejemplifican los casos de Bianca, Trimarchi y Breccia. Si ello es así, ¿por qué en nuestro país tomamos como dogma una simple posición doctrinal? Este es un ejemplo más de subdesarrollo cultural.

Recuérdese que las construcciones legales deben ser simples, no artificiosas o rebuscadas, pues en ese caso pierden su sentido y finalidad de resolver dramas humanos, y no de inventar teorías o conceptos sobrenaturales. Es lo que se llama, desde el Derecho romano, la “elegantia iuris”.

Por otro lado, la aplicación de la tutela aquiliana del crédito (o ejercicio de la acción indirecta, sería mucho mejor) resulta en realidad excepcional, y no puede generalizarse a todos los casos. Esa constatación descarta que se trate de un remedio de protección general, como es el caso de la responsabilidad extracontractual, sino de un alcance muy específico, circunscrito a pocas hipótesis, por lo que se encuentra más cerca del carácter subsidiario del enriquecimiento de causa<sup>26</sup>. Eso le da la razón, por ejemplo, a la ya citada opinión del profesor italiano Umberto Breccia.

---

<sup>24</sup> VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Traducción del italiano de Aída Kemelmajer de Carlucci. Ed. Astrea. Buenos Aires 1999. Tomo I. Pág. 88.

<sup>25</sup> Ibid., pág. 87.

<sup>26</sup> Y no se piense que la responsabilidad aquiliana (ex art. 1969 CC) es igual al enriquecimiento sin causa (ex art. 1954 CC), pues la primera es un remedio general de tutela de las situaciones

En efecto, esta teoría solo se aplica a las hipótesis excepcionales en que el deudor no pueda cumplir la prestación por imposibilidad sobrevenida por ausencia de culpa del deudor. Aquí la prestación se extingue sin responsabilidad para el deudor, por lo que tal vez un resarcimiento subsidiario podría intentarse sobre el patrimonio del tercero, y en vista a que esa misma pretensión no es exigible frente al deudor pues goza de una cláusula de exoneración de responsabilidad por imposibilidad no-culpable.

Por el contrario, si la prestación es posible, pero el tercero ha contribuido al incumplimiento, entonces el acreedor seguirá teniendo a su favor el mismo derecho de crédito a cargo del deudor. Es decir, ¿por qué el tercero tendría que resarcir al acreedor por un crédito que sigue estando en el patrimonio de éste y, por tanto, en nada se perjudicó? Recuérdese que el acreedor solo tenía antes un crédito, y luego de la actuación del tercero el acreedor sigue teniendo el mismo crédito, y con ello el derecho de exigir el resarcimiento cuando pueda imputarse el incumplimiento al deudor con un margen de culpa. Por tanto, no hay daño resarcible cuando dentro del patrimonio del acreedor se tiene el mismo valor económico, esto es, un crédito. Se lo tiene antes de la acción del tercero, y se lo tiene después. Siendo ello así, no puede imponerse el resarcimiento cuando no hay daño (art. 1969 CC).

Por tanto, no puede existir una tutela aquiliana del crédito cuando ésta no se aplica en todos los casos, sino en forma subsidiaria y excepcional. Ello significa que existen muchos créditos sin tutela de responsabilidad extracontractual. ¿Y entonces cómo quedan esos créditos?, ¿ahora sí son derechos relativos? Es decir, ¿hay créditos como derechos absolutos y otros que son relativos? La incoherencia de este artificio conceptual queda así demostrada.

En consecuencia, esta construcción jurídica no tiene la importancia que se pretende darle, y menos aún desarticula la ordenación del sistema patrimonial. Por lo demás, el mismo resultado se obtiene, y sin necesidad de tanta complicación, y a través de las figuras tradicionales y perfectamente encajonadas dentro de la sistemática del Derecho civil. No es necesario complicaciones inútiles cuando el ordenamiento ya prevé soluciones realistas y simples.

Por último, en la práctica jurisprudencial peruana no existen rastros de aplicación de la “tutela aquiliana del crédito”, lo que es bastante significativo y elocuente de su nula utilidad.

#### **4. LA “TUTELA AQUILIANA DEL CRÉDITO” Y LA DISTINCIÓN ENTRE DERECHOS REALES Y OBLIGACIONALES**

##### **4.1 ¿EL CRÉDITO ES UN DERECHO ABSOLUTO?**

Esta “doctrina” manifiesta en forma reiterada que los créditos también son derechos absolutos, pues cabe que los terceros, y no solo el deudor, sean obligados al resarcimiento si son culpables en el incumplimiento sobrevenido. Se dice, entonces, que no existe razón alguna para distinguir entre los derechos crediticios y los reales, pues incluso comparten el carácter de ser absolutos. Por tanto, la diferencia se encontrará en que un derecho sea “oponible” o no.

---

jurídicas de ventaja (concepto simplísimo, pero nada expresivo; por eso no lo usamos), mientras el segundo es un instrumento excepcional que evitar que se consume un injusto traslado patrimonial.

Sobre el particular vale señalar que **nadie en la doctrina seria ha sostenido que no exista diferencia entre los derechos reales y de crédito**; y menos por la premisa referida a que los derechos de crédito son derechos absolutos. En efecto, es conocido que los derechos de la personalidad (como el derecho a la vida, la integridad física, el honor, etc.) son titularidades absolutas, pues nadie puede interferir sobre ellas; sin embargo, esa conclusión no puede llevar a sostener que *“los derechos de la personalidad son lo mismo que los derechos reales ya que ambos son absolutos”*. Si dos tipos de derechos “son absolutos”, eso no significa que sean lo mismo; y esa misma conclusión se da en el caso de los derechos reales y de crédito si es que suponemos acertado considerarlos como absolutos, lo que resulta altamente dudoso. **El error parte de considerar que la existencia de un hipotético elemento común entre dos objetos hace que éstos ya no puedan diferenciarse**. La falla en el razonamiento es grave y demuestra falta de rigurosidad.

Por tanto, aun en la hipótesis negada que el crédito fuera un derecho absoluto, ese solo elemento común no podría ser suficiente para considerar que el crédito y la propiedad, por ejemplo, son lo mismo y no tienen diferencia alguna. **Sería necesario que la identidad sea de esencia y función, y no de carácter**. Un ejemplo termina por aclarar completamente el razonamiento: supongamos que una mesa y un jarrón son de color rojo; ambos comparten un carácter, pero nadie en su sano juicio podría considerar que los dos objetos son la misma cosa o cumplen la misma función. Pues bien, en el Perú, aunque parezca imposible, se encuentra este tipo de argumentos para justificar una “doctrina”. Aquí hemos llegado al extremo de vernos en la necesidad de refutar lo absurdo.

Ahora bien, y yendo al punto de fondo, **¿es cierto que el derecho de crédito sea absoluto, esto es, puede aceptarse que un crédito se lesiona por obra de cualquier tercero?**

Los derechos absolutos tienen un contenido esencialmente caracterizado por el poder jurídico mediante el cual el titular satisface por sí mismo su interés; siendo que de ese poder se deriva la tutela externa frente a terceros. En cambio, los derechos relativos son relaciones contra determinados sujetos cuya ejecución frente a ellos es esencial para la satisfacción del interés del acreedor; por tanto, si los derechos de crédito tienen alguna tutela frente a terceros ésta es secundaria pues no está dirigida a que se actúe el contenido mismo del derecho, sino a conservarlo contra determinadas interferencias ajenas. El derecho real, por el contrario, tienen una tutela frente a todos con carácter de primaria y esencial, pues con ella se logra actuar el derecho mismo.

En el derecho real, el contenido mismo de la titularidad conlleva un disfrute exclusivo del bien, y en caso de interferencia ajena el titular puede actuar contra cualquier tercero para eliminar la injerencia y volver actual el ejercicio de su derecho. En cambio el derecho de crédito conlleva una prestación que solo puede ejecutarla el mismo deudor, esto es, la titularidad se actúa y se hace efectiva con el obligado, y no con otro sujeto. Esto no quita que el derecho de crédito pueda ser destruido por un tercero, pero eso no lleva a que el tercero se convierta en deudor y satisfaga directamente el interés del acreedor, sino simplemente a que deberá resarcir el daño irrogado, pero en ningún caso es el deudor de la relación jurídica. En los derechos reales, en cambio, cualquier tercero sí puede convertirse en el obligado a la devolución del bien si es que interfiere en derecho ajeno.

En conclusión, y según la mejor doctrina, la distinción entre derechos absolutos y relativos queda firme y segura<sup>27</sup>.

Por nuestra parte, tenemos un argumento adicional que destruye la pretendida unificación de los derechos reales y de crédito: la propiedad es un derecho que otorga todas las facultades de aprovechamiento sobre un bien, por lo que la actuación del derecho se logra cuando efectivamente se permite ese uso y disfrute. El crédito es un derecho por el cual un deudor queda obligado a ejecutar una prestación (conducta de contenido económica) para satisfacer el interés del acreedor; y la actuación de ese derecho solo se logra cuando este último recibe la prestación prometida. La vida es un derecho de la personalidad por el cual se permite disfrutar los placeres de la existencia; y este derecho se actúa solo mientras la vida subsiste. Pues bien, el propietario quiere disfrutar, el acreedor quiere recibir la prestación y el sujeto quiere vivir. Ese es el contenido directo de los derechos mencionados; sin embargo, puede ocurrir que estos derechos ya no puedan actuarse por imposibilidad, destrucción, muerte o interferencia ajena que deviene en absoluta. Ante una situación de ese tipo el ordenamiento jurídico concede un remedio subsidiario que sirve para tutelar todos los derechos subjetivos: el resarcimiento. En efecto, ante la pérdida o imposibilidad de actuación de los derechos, entonces solo queda la compensación económica como mecanismo para protegerlos, aun cuando sea en forma indirecta. Así, el propietario quiere disfrutar de la cosa, pero a falta de ella puede compensarse con dinero por pérdida de la misma; el acreedor quiere la prestación pero debe conformarse con dinero en caso de imposibilidad provocada por un tercero; el sujeto quiere la vida, pero sus herederos deben resignarse a un resarcimiento por la muerte ocasionada con dolo o culpa. **Nótese que todos los derechos, incluso los de muy distinto contenido, características y eficacia, tienen como remedio último la tutela por el resarcimiento, pero eso jamás puede significar que entre esos derechos no haya diferencias, o que todos sean lo mismo, o que sean “absolutos”.** En otras palabras, el hecho de otorgar un resarcimiento por atentado contra la vida no significa que el sujeto “siga vivo”, por lo que el derecho subjetivo ya no se actúa en forma directa. Igual ocurre con la propiedad o el crédito, pues el derecho ya no se actúa por sí mismo, sino por compensación. Por tanto, la circunstancia conocida de que todos los derechos cuenten con la tutela del resarcimiento, no constituye indicio alguno para igualarlos y ni siquiera para considerarlos absolutos.

Ante la contundencia de este último argumento, ahora la posición contraria esboza la siguiente réplica:

*“En este orden de ideas, debemos distinguir en el derecho de crédito una pretensión que solo podrá ser satisfecha o lesionada por el deudor, y un interés que puede ser satisfecho o lesionado por un tercero. Ahora bien, este “interés”, vendría a ser el aspecto estático del derecho subjetivo, el mismo que se muestra uniforme y constante en todas las categorías de los derechos subjetivos –sean reales, personales o potestativos-. En efecto, mientras el perfil dinámico (que atiende al ejercicio del derecho) asume un distinto contenido de acuerdo con la categoría de derecho al que se refiere, ya que la facultad de actuar puede especificarse en la facultad de uso y disfrute, de pretensión, de formación, etc.; el perfil*

---

<sup>27</sup> Por todos: BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*, T. VI: *La Proprietà*, Giuffrè Editore, Milán 2005, pág. 31-32.

*estático permanece inalterable, constituyendo así una suerte de mínimo común denominador presente en todo derecho subjetivo*<sup>28</sup>.

**Esta afirmación constituye una auténtica capitulación.** En primer lugar, se reconoce claramente que el derecho de crédito solo puede ser lesionado por el deudor (en su aspecto que se denomina “dinámico”), ya que obviamente la actuación del derecho solo puede significar la ejecución de la prestación misma, lo que corresponde al deudor fuera de toda duda. En segundo lugar, nuevamente se reconoce que todos los derechos subjetivos son objeto de un instrumento de tutela genérica, consistente en el resarcimiento del daño. Pero esa generalidad no significa que se traten de los mismos tipos de derechos, o que su objeto o finalidad sea idéntica.

En conclusión, el contradictor reconoce la condición relativa del derecho de crédito, lo cual pone punto final a toda polémica.

#### **4.2 LA NECESIDAD TEÓRICA Y PRÁCTICA DE LA DISTINCIÓN BASE DEL SISTEMA JURÍDICO PATRIMONIAL**

Para toda la doctrina está claro que la categoría jurídica de los derechos reales se sustenta en la realidad innegable que consiste en el deseo del ser humano, presente desde las épocas más remotas, por “*tener*” o “*hacer suyo*” algo. **Ésta es la premisa de distinción entre los derechos reales y los derechos de obligación**, en donde los primeros responden a una apropiación directa sobre los objetos del mundo exterior, lo cual no ocurre en el caso de los segundos que requieren de cooperación de un sujeto intermediario.

La doctrina hace eco de esta idea fundamental, y por ello **concibe al “derecho real” como una categoría instrumental individualizadora de un particular tipo de tutela jurídica ligada a la inherencia o a la inmediatez sobre la cosa**<sup>29</sup>. Esta categoría jurídica tiene como interés fundamental protegido el aprovechamiento de la cosa<sup>30</sup>, esto es, el goce sobre las realidades del mundo externo. Los derechos subjetivos de carácter real implican el reconocimiento normativo del interés sobre una cosa, frente al cual los terceros se colocan en una situación de extraneidad total; y en el que no existe un deber de éstos frente al titular del derecho. No hay, pues, relación de cooperación<sup>31</sup>. En este sentido, por ejemplo, la doctrina italiana mayoritaria ha rechazado por completo la incorrecta teoría que pretende reducir el mundo a simples relaciones jurídicas. Resulta conveniente citar el siguiente párrafo de la más moderna y autorizada doctrina:

*“El hecho de que la propiedad (y, en nuestra opinión, las demás situaciones reales) no de lugar a relaciones entre el titular y sujetos determinados y que no tenga sentido hablar de una relación que se establecería y de un poder que se investiría a cada propietario (o titular de una situación in re) dirigido frente a todos, no debe hacer pensar – como, sin embargo se ha pensado- que ella (o las otras situaciones en cuestión) sea incompatible con la figura del derecho subjetivo. Toda vez que esta afirmación se muestra viciada por la concepción, repetidamente citada, que hace de la relación el centro del universo jurídico y del derecho subjetivo una situación ligada a una correspondiente situación*

---

<sup>28</sup> RONQUILLO PASCUAL, Op. Cit., pág. 65.

<sup>29</sup> COMPORTI, Marco. *Diritti reali in generale*, Giuffrè Editore, Milán 1980, pág. VI.

<sup>30</sup> Ibid., pág. 23.

<sup>31</sup> Ibid., pág. 243.

*de deber, ontológicamente considerado como causa eficiente, prius lógico, factor condicionante de su surgimiento. La verdad es que lo que importa en esta materia (...) es la situación de PODER asignada al portador del interés. PODER que (...) se perfila del todo autosuficiente en cuanto es idóneo para permitir la satisfacción del interés-presupuesto, vale decir, la realización del resultado útil, inmediatamente y sin el concurso –ni siquiera en la fase inicial- de un sujeto distinto colocado en una situación de necesidad. Y el comportamiento de los terceros, tendencialmente indiferente para los efectos de la obtención del resultado, puede adquirir una relevancia negativa sub specie juris sólo en el momento en que un tercero, sin estar autorizado de manera alguna o rebasando los límites de su derecho, impida, obstaculice, controvierta o de cualquier otra forma perturbe el ejercicio del derecho ajeno, emprendiendo un comportamiento lesivo, contra el cual reacciona el ordenamiento, concediendo al titular del derecho los medios para superar la lesión (...) o para la reafirmación de la propia posición sustancial”<sup>32</sup>.*

Desde una perspectiva romanista se afirma que la **preferencia real** (léase: el derecho real) consiste siempre en “poder tener” la cosa para usar de ella o disponerla mediante su consumo<sup>33</sup>. Aquí se advierte que este derecho SIRVE O ES ÚTIL (esto es, cumple un interés) para el aprovechamiento de la cosa, lo que se identifica con la “apropiación” (presupuesto sociológico) de un sujeto a efectos de gozar de todo el disfrute del que es susceptible la cosa. Por su parte, este aprovechamiento requiere materializarse a través de una “preferencia” con lo cual se descarta el disfrute de terceros, salvo las hipótesis de co-titularidad. El insigne romanista agrega que las preferencias reales causan una alteración en la posición jurídica de las cosas, por lo cual implican un deber general de abstención, y que por ser general no hay una previa determinación del sujeto que resulta vinculado<sup>34</sup>. De esta manera el derecho real permite la apropiación de una cosa y excluye a los demás del aprovechamiento de ésta (efecto *erga omnes* o de oponibilidad), con lo cual se configura una categoría jurídica instrumental que otorga una especial tutela derivada de la inherencia sobre la cosa. Nótese como la doctrina del profesor MARCO COMPORTI resulta equivalente a la postura romanista de ALVARO D’ORS basada en el esclarecedor concepto de “**preferencia real**”. Éste indica que los actos de efectos reales suelen requerir de una constancia formal pública, pues afectan precisamente a las cosas mismas (y a todos quienes resulten vinculados a ellas en virtud a un poder que se “incorpora”), y no sólo a específicas personas que resulten obligadas<sup>35</sup>.

La normativa jurídica sobre derechos reales tienen como base la idea de “apropiación exclusiva”, y su función es repartir la riqueza material en base a criterios de racionalidad, moralidad y eficiencia económica. Por el contrario, la normativa sobre obligaciones se sustenta en la idea de “promesa” y su función es arbitrar los mecanismos para que las promesas se cumplan. Por ejemplo, son normas típicas de derechos reales aquellas que establecen quién es el propietario de un fruto obtenido, o de la construcción levantada en suelo ajeno, o en el caso de la doble venta (aunque esta

<sup>32</sup> BRECCIA, Umberto – BIGLIAZZI GERI, Lina – NATOLI, Ugo – BUSNELLI, Francesco D. *Derecho Civil*, Tomo I, Volumen 1: *Normas, Sujetos y Relación Jurídica*, traducción del italiano de Fernando Hinestroza, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1992, pág. 399-400.

<sup>33</sup> D’ORS, Alvaro. *Nueva introducción al estudio del derecho*, pág. 101.

<sup>34</sup> *Ibid.*, pág. 101-102.

<sup>35</sup> *Ibid.*, pág. 102.

última por error sistemático se encuentra en el Libro VI del Código). Por otro lado, son normas de obligaciones las referidas a qué ocurre cuando un vendedor incumple su deber de transferir la propiedad por cuanto el mismo bien ya se lo transmitió a otro. Para la ordenación jurídica de los derechos reales lo único relevante es indicarnos el sujeto preferido con la propiedad del bien (idea de “atribución”); en el derecho de obligaciones, por el contrario, se dotará de un mecanismo de resarcimiento a favor del acreedor perjudicado (idea de “promesa” y su cumplimiento, aunque sea en forma indirecta).

La defensa de la categoría de los derechos reales no se agota, pues, en una simple disquisición teórica o dogmática, pues esta cuestión exhibe también manifestaciones prácticas de indudable utilidad que en seguida se reseñan. En primer lugar, resulta evidente que una de las manifestaciones del ejercicio de las situaciones activas reales es la facultad de usar, esto es, la atribución de servirse del bien en cuanto directamente puede reportar una utilidad al titular. En cambio, resulta impensable una actividad de “uso” sobre un crédito o una relación obligatoria. Esta diferencia evidente se deduce de la circunstancia que el titular de un derecho real puede ejercer su poder a través de actos materiales, lo cual no ocurre en el caso de los derechos de crédito, cuyo ejercicio se manifiesta siempre a través de actos jurídicos o manifestaciones de voluntad. El derecho real tiene por objeto cosas físicas, salvo excepciones, por lo que su ejercicio se da a través de actos materiales; en cambio, el crédito es una promesa que existe en el mundo jurídico, por ser una abstracción, y no en el mundo físico; por eso no es posible que sobre él se realicen actos de contenido físico o material.

Por otro lado, esta imposibilidad lógica de “usar” o “poseer” un crédito, conlleva la imposibilidad de que éstos puedan ser adquiridos por usucapión. Para la doctrina unificadora de la existencia de situaciones jurídicas reales y obligacionales, será muy difícil aplicar las normas sobre posesión y uso de los bienes a los derechos de crédito y, asimismo, será muy difícil que se pueda aplicar el instituto jurídico de la usucapión como modo de adquisición de derechos obligacionales o de crédito. Igual ocurre con las otras figuras que presuponen actos materiales sobre las cosas, como la accesión, la especificación, mezcla, entre otras.

Igualmente, podemos señalar que la prescripción extintiva -cuya sede natural son los derechos de crédito- no resulta de aplicación a la propiedad, conforme lo señala la doctrina mayoritaria, y se encuentra ratificado por el artículo 927 del Código Civil: “*La acción reivindicatoria es imprescriptible. No procede contra aquél que adquirió el bien por prescripción*”. En el derecho de propiedad, prototipo de las situaciones jurídicas de poder sobre los bienes, existe el llamado elemento de autosuficiencia, es decir, la no-necesidad de cooperación para satisfacer el interés del titular; lo cual motiva la imposibilidad de una prescripción extintiva por no-uso. Esta característica no se aprecia en los derechos de crédito y, por ello, en éstos sí resulta de natural aplicación la figura de la prescripción extintiva.

También existen grandes diferencias con respecto a los modos de extinción de las relaciones obligatorias, tales como el pago, la condonación, la novación, el mutuo disenso, etc., todos los cuales conllevan el punto final del derecho de crédito, el cual ya no existe más en el ámbito jurídico. En cambio, la extinción del derecho real se produce simplemente por destrucción de la cosa, por cuanto ya no es posible realizar actos de disfrute efectivo sobre ella. Los derechos de crédito sí pueden subsistir aun cuando se destruya, pues aquí juega un rol fundamental la promesa realizada por el deudor para lograr el cumplimiento, y si este resultado no se obtiene queda el remedio del resarcimiento, lo cual presupone la subsistencia de la relación jurídica obligatoria, a diferencia de la situación real. Por tanto, los modos extintivos de los créditos y de los

derechos reales son claramente distintos, ante lo cual debe inferirse que existe una diferencia natural respecto al régimen de la dinámica y la estática patrimonial.

El jurista no puede desconocer la naturaleza de las cosas por un afán de simplificar la realidad. Por tal razón, no es posible que las normas de obligaciones sean aplicadas al régimen de los bienes, y viceversa. Las dos grandes categorías del derecho patrimonial continúan firmes, y ello se debe a que ambas regulan la realidad desde una perspectiva diferente: uno desde las relaciones de cooperación para obtener un tránsito de riqueza (obligación) y otra para aprovechar y disfrutar de esa riqueza (derecho real). La primera es la perspectiva dinámica del intercambio y renovación de las titularidades; la segunda es la perspectiva estática de la conservación y actuación de las titularidades ya adquiridas. En todo caso quisiéramos preguntar a los contradictores, si queda alguno luego de esta exposición, **¿qué norma propia de los derechos reales se puede aplicar a las relaciones de obligación, o viceversa?** Si la respuesta es que ninguna norma es aplicable, o casi ninguna, entonces la conclusión obvia es que ambas categorías jurídicas mantienen su individualidad por razones de orden, sistemática y utilidad.

Vale la pena recordar la clara distinción que existe entre los “derechos reales” y el “derecho de obligaciones”, en orden a la repartición de funciones, pues mientras el régimen de circulación de bienes se encuentra presidido por el sistema de los contratos y obligaciones, los cuales se basan en el respeto del consenso y de una válida causa para obligarse; por el contrario, la pertenencia y goce de los bienes se halla establecido por el sistema de la propiedad y los derechos reales, en los que tiene preferencia el estatuto legal, y no voluntario, pues es de interés general el aprovechamiento de la riqueza. Aquí nace el principio del *numerus clausus*, con el cual se limita el rol y la función de los contratos a la provisión de los títulos de adquisición de los bienes, pero no sobre su régimen de pertenencia. Es significativo señalar que las obligaciones de las partes en la compraventa, por ejemplo, estén preordenadas a asegurar los términos del intercambio, esto es, la entrega de la cosa a cambio del precio, las modalidades de entrega y pago, garantías contra la evicción y vicios. En cambio, no hay lugar para las obligaciones referidas a la forma de uso o disfrute del bien vendido, pues un compromiso contractual sobre una determinada destinación del bien se pondría en contraste con el régimen de pertenencia de los bienes o del estatuto de la propiedad<sup>36</sup>. Esto dicho por un gran jurista italiano con sólidos fundamentos, y no por el mero capricho que domina en el ámbito de los *neo-teóricos light*.

Luego de pasar revista por todas estas importantísimas cuestiones prácticas que justifican la diferencia entre los derechos reales y de crédito; bien cabe preguntarse que ha dicho Ronquillo Pascual sobre el tema. La respuesta es simple y contundente: **¡no ha dicho una sola palabra!**, es decir, se ha quedado callado en todos los idiomas<sup>37</sup>. Siendo ello así, ¿de qué debate estamos hablando si no hay contestación?

Una última llamada de atención en base a los problemas actuales: hace exactamente un año se ha desatado una grave crisis financiera mundial, la cual se origina en

---

<sup>36</sup> DI MAJO, Adolfo y FRANCIANO, L. *Proprietà e autonomia contrattuale*, pág. 74-75.

Los autores agregan que la previsión de un determinado destino de los bienes en la forma de condición resolutoria, entraría en contradicción con los principios de esta figura jurídica. Solamente podría aplicarse dicha previsión como CARGO o MODO del acto jurídico, el cual sólo puede integrar los negocios a título gratuito, y siempre que la destinación convencional del bien no altere las bases del régimen legal de pertenencia y disfrute de la riqueza garantizado por la Constitución y desarrollado en las leyes.

<sup>37</sup> Véase: RONQUILLO PASCUAL, Op. Cit., Pág. 56-71; y se advertirá que el tema pretende ser soslayado.

DERECHOS DE CRÉDITO IMPAGOS ya que un grupo importante de deudores (especialmente, hipotecarios) devino en la situación de “default” (incumplimiento), ante lo cual las entidades bancarias se convirtieron en propietarios de inmuebles devaluados, con la consiguiente falta de liquidez para atender a sus propias obligaciones. Ante ello los mercados mundiales trasladaron rápidamente sus inversiones, deshaciéndose de los bonos sustentados en créditos hipotecarios, o de las acciones de empresas en crisis, y adquiriendo mercaderías como el oro. Éste es un buen ejemplo de que la tutela real es más intensa y segura que la tutela obligacional, pues en la primera se tiene un poder directo e inmediato sobre la cosa (el oro), mientras en la segunda solo se tiene la promesa de pago con el riesgo siempre latente de incumplimiento o insolvencia (créditos). Esto demuestra que la distinción jurídica solo hace honor a una diferencia natural entre el “tener” y el “deber tener”, sin importar el sistema jurídico o la tradición de derecho a la que pertenezca un país, pues los mismos inversionistas de *Wall Street* tienen clara la diferencia entre los derechos reales y los obligacionales. Por el contrario, los neo-teóricos nacionales siguen pensando que ambas titularidades son lo mismo, ya que da lo mismo tener el oro entre las manos o tener un bono hipotecario incobrable, o también será lo mismo tener una letra de cambio girada por CLAE.

#### 4.3 ¿LA Oponibilidad ES LA BASE DE DISTINCIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO PATRIMONIAL?

El ordenamiento jurídico reconoce la existencia del sentimiento natural del ser humano consistente en la apropiación de las cosas u objetos del mundo externo. Para lograr esa finalidad, y teniendo en consideración la perspectiva histórica de los problemas relativos a la regulación sobre los bienes, el Derecho objetivo reconoce las formas económicas más importantes de su explotación, las cuales se configuran dentro de la categoría tradicional –pero no errada- de los derechos reales.

Los derechos reales son derechos subjetivos que recaen sobre una parte del mundo exterior, y responden al sentimiento natural del ser humano de “*tener*”. Esta idea de “*tener*”, implica necesariamente excluir a los terceros de la cosa. Por tal razón, un poder sobre las cosas tiene necesariamente una característica externa de absolutez u “*oponibilidad*”. Ésta siempre es un elemento externo, una característica o un reflejo de la tutela que el ordenamiento otorga a determinadas situaciones jurídicas; pero no significa su contenido esencial. Los derechos subjetivos de carácter real **constituyen el reconocimiento normativo del interés sobre una cosa**, frente al cual los terceros se colocan en una situación de extrañeza total; y en el que no existe un deber de éstos frente al titular del derecho. No hay, pues, relación de cooperación como sucede en el ámbito de las obligaciones<sup>38</sup>.

El *prius* o antecedente lógico de la exclusividad (u oponibilidad, pues son sinónimos jurídicos), se encuentra en la realidad que lo sustenta, esto es, en el mundo de las cosas o de los “*fenómenos*”. Por tanto, la absolutividad (u oponibilidad) no es una característica intrínseca del derecho real, ES SU CONSECUENCIA. Lo que es *inherente* y *duradero* debe afectar a todos<sup>39</sup>. Esas situaciones jurídicas inherentes y duraderas en el ámbito jurídico (*prius*) responden al sentimiento social, económico y

---

<sup>38</sup> También Marco COMPORTI ha reconocido que el interés protegido fundamental por cualquier derecho real es el aprovechamiento de la cosa: *Diritti Reali in Generale*. Giuffrè Editore. Milán 1980. pág. 243.

<sup>39</sup> PAU PEDRÓN, Antonio. *Esbozo para una teoría general de la oponibilidad*. EN: *La Publicidad Registral*. CRPME. Madrid 2001. Pág. 271.

cultural de apropiación, de “tener lo propio”; y evidentemente, si el ser humano se apropia de un objeto de la realidad externa, ello es para no compartirlo, para excluir a los demás en su uso, para oponerse a todos (*posterioris*).

La propiedad y las demás situaciones jurídicas construidas sobre los bienes, antes de todo se derivan de la compleja mentalidad del ser humano en cada época histórica, y en cuyo comportamiento inciden distintos factores. En lo que sí existe uniformidad es en la constante histórica de dotar de una tutela más intensa a la propiedad y a los poderes desmembrados de ésta, antes que a las otras relaciones jurídicas<sup>40</sup>. El Derecho como instrumento cultural, se convierte en el revestimiento o en el ropaje que moldea la idea natural de apropiación, atribuyéndole una protección más destacada e intensa. El maestro florentino PAOLO GROSSI nos recuerda que la propiedad no se reduce nunca a pura forma, sino siempre responde a un orden sustancial de convicciones, sentimientos, certidumbres especulativas, toscos intereses<sup>41</sup>.

La oponibilidad no es más que el rasgo de tutela intensa que siempre ha caracterizado a la propiedad y a las situaciones jurídicas que atribuyen poderes directos e inmediatos sobre las cosas. No es, pues, un concepto-base, es más bien, un efecto o consecuencia de lo que sí representa una columna base de la mentalidad occidental, que es la idea de pertenencia. Esta afirmación no significa, obviamente, que la propiedad sea un concepto unitario a lo largo de la historia, pero sí alude al hecho de que la propiedad ha sido, en todo momento, un poder directo e inmediato sobre un bien (inherencia), tutelado por el ordenamiento de la manera más intensa<sup>42</sup>. La propiedad en todo momento siempre se ha constituido como un mínimo de absolutividad y exclusividad, bajo pena de no ser auténtica propiedad. Inclusive el dominio útil de creación medieval constituyó toda una gama de poderes sobre una cosa que le dotaron de exclusividad, y por lo que se consideró una auténtica propiedad<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> Debe tenerse en cuenta que la propiedad es sobre todo mentalidad propietaria: “El genérico historiador de la cultura y de la sociedad no debería perder la ocasión para una reflexión realista: en el universo jurídico, las formas son a menudo solamente los puntos que emergen de un gigantesco edificio sumergido, un edificio construido sobre valores y de que estos valores demandan, antes que otra cosa; su ser como Derecho, reglas más vivas de una costumbre, de creencias religiosas, de certezas sociales (...) Si es así, la propiedad es sobre todo una cierta mentalidad propietaria, si –más en general- el mundo de las situaciones reales es espejo de arraigos que van mucho más allá de lo jurídico, incluso en la zona insondable del subconsciente”: GROSSI, Paolo. *La Propiedad y Las Propiedades*. Traducción del italiano de Luis Díez Picazo. Ed. Civitas. Madrid 1985. Pág. 60-61.

<sup>41</sup> Ibid., pág. 67.

<sup>42</sup> “El contenido mínimo para que se tenga dominium (derecho real) es la existencia de un poder, no importa si pequeño o grande, pero autónomo e inmediato sobre la res corporalis. El dominium debe, en efecto, comprometer y acometer frontalmente el sujeto y un fragmento del cosmos, porque sólo con ello se puede actuar un mecanismo auténticamente apropiador: hay apropiación de la cosa solamente si hat esta aproximación frontal. En una tal civilización de situaciones jurídicas encarnadas, propiedad es solamente el diálogo sin intermediarios entre los dos universos supremos, sujeto y objeto, individualizados en su corporalidad que permite su enganche con la naturaleza primordial; enfiteusis, superficie, censo, precario, locación a largo plazo serán dominia en cuanto situaciones que comprometen a la res. Dominia relativos a la utilitas rei. Dominia utilia, pero dominia. De manera diversa para todo tipo de servidumbre, que no compromete nunca la res en su esencia constitutiva, que se proyecta desde el exterior sobre la cosa calificándose solamente como ius in re aliena extraño a la idea de pertenencia del bien. Usufructuario y titular de una servidumbre predial son domini pero solamente del propio ius, no llegando a incidir sobre la corteza dura y resistente de la cosa”: Ibid., pág. 95-96.

<sup>43</sup> Ibid., pág. 108.

Por tanto, la “oponibilidad” es un concepto derivado y posterior al de “atribución”, que viene a ser la esencia del derecho real. Con un ejemplo nuevamente cerramos el tema: El día que un ser humano dijo por primera vez: “esta cosa es mía”, pues entonces creó la propiedad. Es decir, el derecho real nace como una atribución exclusiva sobre un fenómeno del mundo externo. Ahora bien, la primera afirmación conlleva implícitamente una segunda: “(si una cosa es mía) entonces esa cosa no es del resto”.

La primera idea es la atribución (“mío”), y la segunda es de exclusión u oponibilidad (“no del resto”). Por tanto, la primacía lógica y natural corresponde a la creación legal de una pertenencia, cuyo efecto derivado o consecuente es la oponibilidad del derecho. Lo contrario resulta simplemente imposible, pues nadie puede decir “este derecho es oponible”, sin saber a qué cosa, objeto o materia se refiere. Por tanto, la primacía (o concepto *prius*) lo tiene la atribución, sin ningún género de dudas. Sin embargo, el ocasional contradictor pretende demostrar la cuadratura del círculo y que la base del sistema patrimonial se encuentra en la distinción entre “situaciones oponibles” y “situaciones no-oponibles”.

## CONCLUSIÓN

El artículo de Ronquillo Pascual, aparte de copiar textos enteros de libros italianos, nada dice sobre la utilidad social o económica que brinda la construcción teórica sobre la tutela aquiliana del crédito. Y más bien trata de silenciar o menospreciar las múltiples voces críticas sobre dicho tema.

Tampoco refuta nada sobre los casos prácticos, y concretos, que justifican sobradamente la diferencia legal, racional y moral que existe entre los derechos reales y de crédito. En ese punto mantiene un silencio elocuente.

Es decir, estamos en presencia de un trabajo que se mantiene encerrado en el cielo inútil de los conceptos. Y con ello, por sí solo, esa postura se desacredita y el debate queda zanjado claramente.