JOSE LEON BARANDIARAN

ACTO JURIDICO

DISPOSICIONES GENERALES
VICIOS DE LA VOLUNTAD
SIMULACION
FRAUDE
MODALIDADES
FORMA
NULIDAD
CONFIRMACION

GACETA JURIDICA
EDITORES

Prohibida su reproducción
total o parcial

DERECHOS RESERVADOS
D.Leg. N° 822

Tercera Edición
Enero 1999

© Gaceta Jurídica Editores S.R.L.

HECHO EL DEPOSITO LEGAL
150105.99 / 0072
Gaceta Jurídica Editores S.R.L.
Jr. Atahualpa 251 - Miraflores
Telf. 446-1787 - Fax: 241-2323
LEY N° 26905 / D.S. N° 017-98-ED

PRESENTACION

El presente libro sobre el **acto jurídico** nos demuestra una vez más que José León Barandiarán es un autor irrenunciable en el estudio del pensamiento jurídico nacional. Su obra ha influenciado de manera importante el desarrollo de la civilística nacional, contribuyendo a crear las bases de lo que algunos de sus discípulos han denominado la Escuela Peruana de Derecho Civil, y que ha producido el tan comentado Código Civil de 1984.

Desde luego, la obra del maestro León Barandiarán no se agota en el estudio del acto jurídico; sus trabajos se extienden al derecho de las personas, obligaciones, contratos, responsabilidad civil, sucesiones, derecho internacional privado e incluso a la Filosofía del Derecho. Pero sin duda, el Acto Jurídico constituye su libro principal, el que le ha dado la nombradía indiscutible del jurista peruano más completo del presente siglo.

Sin embargo, León Barandiarán no es sólo un jurista; es principalmente un maestro, que consagró su vida y obra a la enseñanza. Por ello no es difícil descubrir en sus libros un tono magisterial y un esfuerzo siempre exitoso por explicar el Derecho. En todos sus trabajos hallamos una rica información y una sólida cultura jurídica combinadas con una agradable elegancia en el estilo, que con seguridad guía al lector por los complejos vericuetos del Derecho Civil. Así, se advierte de modo inmediato que no es un autor que se quede en las generalidades; al recorrer su análisis por las múltiples figuras que componen el tema, hunde su afilado pensamiento en el corazón del problema para descubrir con acierto los secretos de cada institución jurídica.

Al releer estas páginas hemos confirmado, una vez más, el profundo conocimiento del maestro acerca del Derecho Comparado, siendo comunes las referencias al Derecho europeo, particularmente al alemán, sobre el cual León Barandiarán tenía declarada inclinación. Pese a su sólida formación filosófica o precisamente por ella, no pierde de vista en ningún instante el carácter pragmático del Derecho, y que por lo tanto el Derecho existe y encuentra sentido en la experiencia vital teniendo por objeto regularla. No son, en consecuencia, infrecuentes las referencias a la cotidianidad, a los casos prácticos, por medio de los cuales explica la aplicación de las instituciones jurídicas.

Habría sido lamentable que una obra tan admirable se hubiese perdido en el olvido, y por ello tuvimos hace ya algunos años el empeño

de publicar y difundir la obra del maestro(*), como el mejor homenaje de respeto y gratitud. Esta posibilidad se la debemos a sus hijos, en especial a José León Barandiarán Hart, quienes nos han conferido el enorme honor de permitirnos actualizar legislativamente este trabajo, así como autorizar su publicación, honor que agradecemos profundamente. En el trabajo no se ha alterado un ápice el análisis y estilo del maestro, pues conservan en su mayoría actualidad. Tan sólo hemos hecho las referencias legislativas al Código Civil de 1984 e incluido algunas notas donde se ha hecho necesario por el transcurso del tiempo. Sin embargo, el libro registra una considerable diferencia con respecto a su edición original. Se han sustraído las páginas relativas a los actos ilícitos, que en el "Tratado de Derecho Civil" se incluyen en el Tomo IV. El propio León Barandiarán afirmó que la inclusión de este tema en la teoría del acto jurídico era inconveniente.

El vínculo entre Gaceta Jurídica Editores y el maestro León Barandiarán siempre nos ha enorgullecido y nos felicitamos de él. Como ya señalamos, hace algunos años iniciamos la edición y difusión de su obra, y por ello para nosotros es motivo de enorme satisfacción presentar una nueva edición de este apreciable libro. El maestro ya no se encuentra físicamente con nosotros, pero el legado de sus obras, en especial el Acto Jurídico, es un testimonio de la talla intelectual de este jurista.

No quisiéramos cerrar estas líneas explicativas de la presente edición, sin expresar unas palabras de gratitud al Dr. Fernando Vidal Ramírez, uno de los principales discípulos del maestro León Barandiarán, a cuyo cargo está el interesante prólogo que antecede a la obra, y que en más de una ocasión nos alcanzó valiosas sugerencias para la publicación de este libro.

Finalmente, sería imperdonable dejar de mencionar el talento y esfuerzo desplegado por el Dr. Manuel Muro Rojo en la elaboración de la actualización legislativa, notas e índice analítico de esta obra; él nos ha acompañado incansablemente no sólo en este trabajo, sino también el "Tratado de Derecho Civil".

Lima, enero 1999

WALTER GUTIERREZ CAMACHO

(*) *En 1991 iniciamos la publicación de la obra civilística completa de León Barandiarán bajo el nombre de "Tratado de Derecho Civil", compuesta por ocho tomos sobre el título preliminar y derecho de las personas, acto jurídico, obligaciones, contratos (parte general) y responsabilidad extracontractual, contratos nominados, sucesiones y derecho internacional privado. Dicha obra se actualizó con notas y referencias legislativas, y se le dotó de índices*

PROLOGO

Han transcurrido 8 años desde que, por feliz iniciativa de este mismo sello editorial, se reeditaron, dentro de las Obras Completas del Dr. José León Barandiarán y bajo el epígrafe de Tratado de Derecho Civil, como Tomo II, sus comentarios al Acto Jurídico en el Código Civil de 1936. Fui entonces, como ahora, honrado con el encargo de prologar esa entrega de la obra más trascendente de la doctrina nacional.

A la indicada reedición siguió la publicación, en un volumen independiente, en 1997, de la obra medular del maestro León Barandiarán a la que se le hicieron anotaciones concordantes con las normas del Código Civil vigente, poniéndose en evidencia, de este modo, la influencia de las ideas del maestro durante el proceso de reforma del Código de 1936 y en el ordenamiento que se puso en vigor desde el 14 de noviembre de 1984.

El estudio del Acto Jurídico es, tal vez, la obra medular de León Barandiarán y en este año, en que se cumple el centenario de su nacimiento, esta nueva edición es un homenaje a su memoria y es de felicitar a sus editores por la difusión de la obra del maestro con una entrega que se ponga al alcance no sólo de los profesionales del Derecho sino, fundamentalmente, de los estudiantes de todo el país.

Yo me aúno a este homenaje y, con la licencia que me han concedido los editores, lo hago con las mismas palabras con las que he prologado la primera reedición de la obra medular de nuestro querido e inolvidable maestro.

*

* *

La construcción teórica definitoria del acto jurídico para nuestro Derecho Civil ha sido obra de León Barandiarán, tal vez una de las más logradas y, por eso, el maestro no sólo le dedicó el primer tomo de sus "Comentarios al Código Civil Peruano", sino que nunca se apartó de su cultivo. Así lo demuestra la edición de 1938, con la Librería e Imprenta Gil, en Lima, y la de 1954, con EDIAR, en Buenos Aires; que su Tesis de Bachiller en Derecho versara sobre "El error en los Actos Jurídicos", en 1925, y, que desde 1928, en que se iniciara en la docencia en San Marcos, estuviera siempre el acto jurídico entre las disciplinas por las que regentó cátedra. Lo demuestra también la vulgarización de su teoría mediante las sucesivas ediciones de su "Manual del Acto Jurídico", desde 1950, y

su "Curso del Acto Jurídico", editado en 1983, el que conjuga con el Proyecto que vendría a ser después el Libro II del Código Civil en actual vigencia. Precisamente, y por último, planteada la reforma del Código de 1936, el maestro ha sido su principal impulsor y, como ponente del Libro del Acto Jurídico, el inspirador del tratamiento legislativo que le dispensa el Código Civil que derogó al de 1936.

La Teoría del Acto Jurídico es una elaboración de la doctrina posterior a la promulgación del Código Civil francés de 1804. No aparece sino hasta el siglo XIX, pues los actos jurídicos bajo una formulación teórica uniforme no fueron concebidos en Roma, como lo admiten la mayoría de los romanistas. Es más, al decir de éstos, los jurisconsultos romanos no fueron afectos a la abstracción sino a la consideración de los casos concretos para determinar qué situaciones merecían ser protegidas y en qué circunstancias debía reconocerse al sujeto de derecho, la facultad de entablar relaciones respecto de otra persona. Esto no significa, como señala Iglesias, que la tendencia hacia la concreción y la tipicidad de los juristas de Roma no haya tenido conciencia de la generalidad de algunos conceptos e instituciones y que, bajo ciertos aspectos, haya determinado y aproximado algunas figuras en las que encontraban una cierta homogeneidad. Y es así como el Derecho Romano legó principios y conceptos que han sido receptados por el Derecho Moderno.

Sin embargo, los precursores y redactores del Código Napoleón no acogieron una formulación teórica para explicar con un concepto lo suficientemente lato, genérico y uniforme, la amplia gama de relaciones jurídicas que podía generar la voluntad privada, limitándose a la convención de la que hicieron derivar el contrato. Fue, pues, como queda expuesto, la doctrina posterior a la promulgación del Código de 1804, la que formuló la teoría del acto jurídico.

La formulación teórica del acto jurídico dió comprensión a conceptos aplicables a toda operación jurídica susceptible de constituirse en fuente de relaciones jurídicas y dar lugar a la creación, regulación, modificación o extinción de derechos subjetivos; y al influjo de la doctrina francesa la concepción del acto jurídico se constituyó como institución de Derecho Civil, aunque no siempre admitida por la codificación.

Ahora bien, como hemos advertido, en el Derecho Romano hubo conciencia de la generalidad de algunos conceptos y que éstos han sido el germen de los que desarrolló el movimiento pandectista que floreció a lo largo del siglo XIX, quienes hurgando en las fuentes romanistas y prescindiendo de los glosadores y de los post-glosadores, encontraron que la convención no cubría toda la gama de relaciones jurídicas susceptibles de originarse de la voluntad privada, pues al lado de las convenciones, que son actos bilaterales, existían actos unilaterales. Fue

así que buscaron un concepto único que abarcara a unos y otros, surgiendo la concepción del negocio jurídico como una manifestación de voluntad encaminada a una finalidad práctica que pudiera recibir la tutela del ordenamiento jurídico, dándose lugar a la Teoría del Negocio Jurídico que, conceptualmente, para nuestra codificación civil, la de 1936 y la de 1984, es irrelevante, pues el acto jurídico y el negocio jurídico están en una relación de sinonimia, como lo hemos dejado expuesto en nuestros trabajos.

Ha sido, pues, al influjo de la doctrina francesa que la concepción del acto jurídico, sin explicarse, fue incorporada al Código Civil de 1936.

Como lo hemos advertido, la formulación teórica del acto jurídico fue posterior al Código Napoleón, el que no lo concibió ni lo reguló. El Code Civil, como también lo hemos señalado, adoptó como concepto genérico el de la convención, estableciéndola como un género respecto del contrato que venía a ser una de sus especies, por lo que todo contrato resultaba una convención aunque no toda convención un contrato, no obstante lo cual pretendió legislar una serie de aspectos como materia propia de ésta, que llevaba implícita una teoría general de la misma. Pero la propia doctrina francesa no encontró suficiencia en la convención como para explicar algunos otros actos de la voluntad privada, como los unilaterales; y, de ahí, que los mismos aspectos considerados como materia propia de la convención, tales como los relativos al consentimiento, el objeto, la causa, la condición, el plazo, el modo, la nulidad y otros, por obra de la elaboración doctrinal, pasaran a dar contenido a la Teoría del Acto Jurídico.

Bajo la poderosa influencia del Código Civil francés, iniciada la vida republicana, recién a partir de 1852 nuestro país contó con un Código Civil con vida propia y vigencia plena, pues su antecedente, el Código de Santa Cruz, tuvo las viscisitudes y fugaz duración de la Confederación Perú-Boliviana. Pero, por su misma influencia, el Código Civil de 1852 ignoró la teoría del acto jurídico.

En 1922 -cuando León Barandiarán era estudiante en la entonces Facultad de Jurisprudencia de San Marcos- se planteó la reforma del Código Civil que venía rigiendo desde hacía setenta años. Para entonces, desde 1871, estaba vigente en Argentina el Código de Vélez Sarsfield, desde 1900 se había iniciado la vigencia del Código alemán y, desde 1917, la del Código brasileño.

La obra de Vélez Sarsfield, entre sus muy logrados méritos, tiene la originalidad en cuanto haber introducido la teoría del acto jurídico -junto con la de los hechos jurídicos- en su articulado. Sus críticos le acusan, entre sus defectos, el de haber desarrollado legislativamente la teoría de

los hechos y los actos jurídicos en el Libro Segundo denominado "De los Derechos Personales en las Relaciones Civiles" y que da cabida a las obligaciones y los contratos, y que no lo hiciera en una "parte general" como después lo hizo el Código alemán, ya que por propia declaración de su art. 944 los actos jurídicos tienen por fin inmediato "establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos", esto es cualquier relación jurídica, derecho subjetivo o deber jurídico y no solamente relaciones obligacionales y derechos creditorios.

Atendiendo a las propias notas de Vélez Sarsfield al articulado del Código, publicadas con la edición oficial de 1883, la doctrina argentina, como lo enumera Abelenda, considera como sus fuentes el Derecho Romano y la obra de romanistas como Savigny, impulsor de la pandectística alemana, y Pothier, precursor del Código francés, que también se constituye en fuente, así como las obras de sus comentaristas clásicos; el Esboco de Freitas, como se conoce al proyecto de Código Civil para el Brasil que por encargo del emperador Pedro II preparó Augusto Texeira de Freitas; el Código chileno, obra de Andrés Bello y el proyecto español de Florencio García Goyena.

La particular circunstancia de que el Código argentino, con anterioridad al Código alemán empleara la denominación de acto jurídico y que su concepto se precisara en los términos en que lo hace el art. 944, ha llevado a la doctrina argentina a considerar que tal concepto se corresponde con el de negocio jurídico, como lo afirma Cifuentes, en cuanto a que la denominación de acto jurídico que emplea el Código Civil argentino, y que también es utilizada en el Derecho francés, se corresponde, pues, con el concepto de "negocio jurídico" expuesto en la ley positiva y en la ciencia jurídica italiana y alemana, así como también por la mayor parte de la doctrina española.

El Código Civil alemán que había tenido como precursores a romanistas de la talla de Savigny y de Ihering y, entre sus autores, a Windscheid, todos ellos exponentes del movimiento pandectista, fue un Código innovador. En su sistemática trazó una distinción especial entre conceptos generales y especiales, basando en los primeros a la denominada Parte General y dando cabida en ella al concepto de negocio jurídico que, al decir de Larenz, es uno de los conceptos más generales, pues designa todo acto de voluntad de una o varias personas, destinados a producir un efecto jurídico privado.

Al contrario, pues, de lo que ocurrió con el Código francés, que no legisló sobre el acto jurídico, el Código alemán sí lo hizo sobre el negocio jurídico, propiciando la bifurcación del rol de la voluntad privada en la generación de relaciones jurídicas, entre la teoría del acto jurídico y la

del negocio jurídico.

El Código Civil brasileño que se basó en el proyecto preparado por Clovis Bevilaqua, adoptó una sistemática similar a la del Código alemán dando contenido a una Parte General en la que quedaron comprendidos los hechos y los actos jurídicos. A éstos los denominó, en su art. 81, como "todo o acto lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos", en evidente similitud con el art. 944 del Código argentino.

El Código de 1936 no adoptó la denominada Parte General pero sí plasmó legislativamente la Teoría del Acto Jurídico, haciéndolo en la Sección Primera del Libro Quinto dedicado al Derecho de las Obligaciones, bajo el epígrafe de "De los Actos Jurídicos" y la desarrolló a lo largo del articulado comprendido en ocho títulos, pues los dos últimos -el IX sobre los actos ilícitos y el X sobre la prescripción extintiva- no corresponden a la Teoría del Acto Jurídico. En una interpretación sistemática ello pudo conducir a considerar el acto jurídico como una categoría subordinada al Derecho de las Obligaciones. Sin embargo, no podía así interpretarse, pues, en todo caso, son las obligaciones las que quedan subordinadas a los actos jurídicos, si es que pensamos en las obligaciones ex-voluntate. De ahí que la interpretación a la que podía conducir la ubicación de la Teoría del Acto Jurídico en el Código de 1936 era absolutamente equivocada y así lo precisó y lo reiteró siempre León Barandiarán.

Fue ponente del Libro Quinto un civilista de nota, como lo fue Manuel Augusto Olaechea, quien tenía una sólida formación jurídica decantada de la doctrina francesa y que la ha dejado de manifiesto en sus trabajos y posiciones en las actas de las sesiones de la Comisión Reformadora y en la Exposición de Motivos del Proyecto, lo que permite comprobar además que las fuentes del tratamiento con el que se incorporó la Teoría del Acto Jurídico en el Código de 1936 fueron los Códigos de Argentina y Brasil, así como que se tuvo en consideración el Código alemán. Lamentablemente Olaechea no dejó la obra escrita, coherente e integral, que su versación hubiera convertido también en una obra clásica de la literatura jurídica nacional.

El Código Civil que derogó al de 1852 fué promulgado el 14 de agosto de 1936 para que iniciara su vigencia el 14 de noviembre de ese mismo año. En ese entonces y desde 1935, León Barandiarán venía realizando estudios en Alemania, donde permanecería hasta 1937. Su inicio en la docencia jurídica se había producido en 1928 al ganar por concurso el nombramiento de Catedrático Adjunto a la Cátedra de Derecho Civil-Obligaciones, sucediendo ese mismo año a Angel Gustavo Cornejo, su mentor, al asumir éste el Decanato de la Facultad y una vocalía de la Corte Suprema. Al retornar de Alemania y reincorporarse a la cátedra

sanmarquina, León Barandiarán, siguiendo a su maestro, asumió el dictado del Primer Curso de Derecho Civil al cual, dándole el carácter de "Parte General", le hace comprender la introducción del Derecho Civil y el estudio del Código Civil en lo referente al Título Preliminar, el Derecho de las Personas y el Acto Jurídico.

Así, pues, promulgado el Código Civil cuya vigencia se inició el 14 de Noviembre de 1936, se constituyeron en sus más renombrados comentaristas Angel Gustavo Cornejo y José León Barandiarán. Pero fué León Barandiarán quien hizo la construcción teórica definitoria del acto jurídico para nuestro Derecho Civil. Después de conceptuar el hecho jurídico y hacerlo entender, en su sentido amplio, como toda causa capaz de generar un efecto de derecho, concluyó en que el acto jurídico es el hecho jurídico, voluntario, lícito, con declaración de voluntad y efectos queridos por el agente. Destacó que la palabra "acto" era indicativa de una determinación de voluntad y que pese a la opinión de Enneccerus en el sentido de que el acto jurídico debía comprender el hecho voluntario, tanto el lícito como el ilícito, consideró que tal parecer era inaplicable dentro de la sistemática del Código de 1936 que asignaba el carácter de licitud al acto jurídico. El acto jurídico venía a ser, pues, el hecho jurídico de carácter voluntario y lícito, cuyo efecto es querido directamente por el agente y en el cual existe una declaración de voluntad; pero efecto querido sólo capaz de devenir eficaz en virtud de lo dispuesto en la norma de Derecho Objetivo. Advirtió León Barandiarán que, en el Derecho alemán se distinguía el negocio jurídico del acto jurídico, y que éste es toda declaración de voluntad con idoneidad para crear efectos jurídicos lícitos o no, y que el negocio respecta sólo al hecho lícito, pero opinó que en el concepto del Código de 1936 el acto jurídico era un hecho voluntario y lícito. Agregó que dentro de la categoría del acto jurídico no sólo había de comprender la relación que crea o extingue un derecho, según la concepción de Savigny, sino también toda relación que además de transmitirlo y modificarlo, lo conserva. Por último, en cuanto a la eficacia del acto jurídico, León Barandiarán señaló que actuaba en los derechos creditorios, en donde tiene su aplicación más general y común, por los contratos y declaraciones unilaterales de voluntad; en los derechos reales, como pasa en las relaciones creadoras de iure in re aliena; en los derechos sucesorios, como en el caso de los testamentos, la aceptación y renuncia de la herencia; en los derechos de familia, conforme se constata en el matrimonio, esponsales, reconocimiento de hijos, adopción y en fin, tanto en los derechos de la personalidad, como en la creación de asociaciones, en la constitución de domicilio por declaración de voluntad, pudiéndose también hacer convenciones eficaces ante el criterio legal, que respectan a la persona física.

Esta conceptuación del acto jurídico se ha arraigado en nuestra codificación civil, pues es la que ha sido mantenida en el Código de 1984

y, como lo advirtió León Barandiarán, puede ser distinguible del negocio jurídico. Sin embargo, en consecuencia con el concepto de acto jurídico incorporado al Código Civil de 1936 y que, en sentido lato comprende los actos negociales y los no negociales y, en sentido restringido coincide con sólo los negociales, planteada la reforma, el maestro tomó partido por el acto jurídico como nomen juris del concepto cuya construcción teórica había hecho, ratificando esta posición con la ponencia que presentó, sustentó y condujo a su plasmación legislativa. Es, pues, decisiva la influencia del pensamiento de León Barandiarán en el actual ordenamiento civil, el que tiene por fuente y antecedente, fundamentalmente, al Código de 1936, que tuvo en el querido maestro a su más calificado exégeta y constructor teórico de la noción del acto jurídico desde entonces incorporada a nuestra codificación civil, máxime si el mismo dejó establecido que esta noción no comprendía el acto ilícito sino tan sólo al acto lícito y que su fin era crear, modificar, transferir, conservar o extinguir derechos.

De la vasta obra escrita de León Barandiarán, buena parte de ella dispersa en artículos de revistas, la medular viene a ser sus "Comentarios al Código Civil Peruano" y, dentro de ésta, el volúmen dedicado al acto jurídico. La doctrina nacional se ha mostrado siempre reverente ante una obra que se hizo clásica desde su aparición. Jorge Eugenio Castañeda, que abordó todos los temas propios del Derecho Civil, me hizo la confidencia de que nunca había querido hacerlo con el acto jurídico pues lo consideraba "terreno propio de Pepe León". Y así, pese a haber iniciado su obra escrita en 1946, recién en 1972, durante el proceso de reforma del Código de 1936, Castañeda publicó un estudio sobre el negocio jurídico, al que algunos años después seguiría el trabajo de Juan Guillermo Lohmann en base al Proyecto de la Comisión Reformadora y que luego dió contenido a su excelente libro "El Negocio Jurídico". Por mi parte, con mi "Teoría General del Acto Jurídico" y "El Acto Jurídico en el Código Civil Peruano" he pretendido seguir tras las huellas del maestro.

Es precisamente el volúmen que tengo el honor de prologar el que da contenido a las ideas medulares de León Barandiarán y su irradiación a las normas vigentes de nuestra codificación civil. De la ausencia de una noción expresa del acto jurídico en el Código de 1936, que él maestro explicó como un hecho voluntario y lícito, con manifestación de voluntad y efectos queridos por el agente, el vigente Código Civil la explicita en el art. 140 que, sin pleonasmos, recoge la de los Códigos argentino y brasileño pero sobre los cimientos teóricos construidos por nuestro querido maestro. Y de la misma manera perviven las ideas de León Barandiarán en cuanto a los requisitos de validez en su exégesis del art. 1075 del Código de 1936 y que el art. 140, con una mayor precisión conceptual, ha receptado.

Así, en cuanto a la manifestación de voluntad, en relación a la cual señaló León Barandiarán, que ningún acto podía tener el carácter de voluntario sin un hecho exterior en que la voluntad se manifestara, pues el Derecho no es psicología, no es investigación agnóstica en el campo de la conciencia, sino que fundamentalmente mira hacia el lado externo, hacia la conducta exteriorizada del agente y que por eso era indispensable detenerse en la manifestación de la voluntad en cuanto generadora del acto jurídico. Y por eso, también, el maestro dejó sentado su parecer contrario a la manifestación presumida por la ley que admitía el art. 1076 del Código de 1936, calificándola de manifestación ficticia y negando su existencia como generadora de una voluntad capaz de dar creación a un acto jurídico. El art. 141 del Código vigente receptó el parecer de León Barandiarán al sólo considerar la manifestación de voluntad expresa y la tácita e, incluso, sus ideas en relación a esta última, a la cual define en sus comentarios al art. 1076 como la que resulta de aquellos actos por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad, en los casos en que no se exige una expresión positiva o cuando no haya una protesta o declaración en contrario. Por último, en cuanto al tratamiento del silencio -que el art. 142 del Código vigente ha mejorado sensiblemente- gravita también el pensamiento de León Barandiarán, quien al comentar el art. 1077, si bien señaló que el silencio, en ciertas circunstancias, puede ser considerado como manifestación de voluntad, señaló también que esta suposición estaba ya superada. Lo que hay -enseñó el maestro- es una obligación legal que se impone como consecuencia del silencio y que se explica por principios de utilidad social. Luego, postulando la reforma, señaló el maestro que en lo atinente al silencio no se trata simplemente de que exista o no exista obligación de explicarse, sino que el asunto acerca de qui tacet consentire videtur o non videtur debe apreciarse según los antecedentes circunstanciales en un caso determinado.

De los requisitos de validez enumerados por el art. 1075, el relativo al "objeto lícito" fué el que adoleció de mayores imprecisiones conceptuales, máxime si en torno al cual Olaechea, en su Exposición de Motivos, no dio elementos que permitieran su cabal comprensión y más bien lo confundió con la causa. Advirtió Olaechea que no había considerado la causa como elemento vital en la elaboración del acto jurídico, señalando que en los actos gratuitos la causa se confundía con el consentimiento, y, en los onerosos, se asimilaba al objeto, el que era necesario que estuviera en el comercio y que fuera por lo tanto susceptible de adquirirse o de transmitirse. León Barandiarán sostuvo que el objeto había de ser entendido en ancha significación y que no era el objeto algo simplemente material y que por eso no era un elemento esencial sólo en los negocios patrimoniales. "¿Cuál sería, entonces -se preguntó el maestro- el objeto del matrimonio? Sostuvo que no podía

hablarse de un negocio jurídico sin un algo, un aliquid, un contenido patrimonial o no, que le corresponda. ¿El reconocimiento de hijo -volvió a preguntarse- no tiene un objeto? ¡Claro que sí! Determinar una relación paterno-filial. ¿Y el negocio asociacional? Crear un ente social. ¿Y la emancipación? Su objeto es atribuir un nuevo status a una persona". Pero pese a las disquisiciones del maestro, la noción del objeto quedó confusa, motivando que se le diera una doble acepción, entendiéndosele como el elemento material del acto jurídico y también como su finalidad. De ahí, que en consideración a la ancha significación que reclamaba León Barandiarán, el Código vigente haya desvinculado el objeto de la finalidad y que su noción dentro de esa misma ancha significación esté referida a los bienes e intereses, y a la propia relación jurídica, para hacerla extensiva a todo aquello sobre lo que puede recaer la manifestación de voluntad, o en buena cuenta, a todo aquello que es externo al sujeto.

La desvinculación de la finalidad, como avistó León Barandiarán, llevaba a plantear el problema de la causa en los actos jurídicos, máxime si Olaechea había afirmado que la teoría de la causa era innecesaria y, por eso, le daba al Código de 1936 una inspiración anticausalista. León Barandiarán asumió posición distinta. Consideró que si la causa era lo que no puede dejar de ser, entendida como elemento estructural del acto jurídico, no cabía interpretación personal ni el legislador podía negar su existencia. Agregó el maestro que como se trataba de algo que es por sí, la causa no puede depender de la contingencia fáctica de que nuestro pensamiento le atribuya validez entitativa. La causa, según León Barandiarán, venía a ser una noción irrecusable.

Frente a un concepto tan intrincado, complejo y difícil, dejemos que el maestro exponga sus ideas, para cuyo efecto transcribimos los párrafos que vienen a continuación: "El Código peruano de 1936 no ha hablado de la causa como elemento integrante del acto jurídico. Sus autores se decidieron por el anticausalismo, deslumbrados a lo que parece por la argumentación de un civilista francés, Planiol. Pero si la causa es lo que no puede dejar de ser, entendida como elemento estructural del acto patrimonial, entonces no cabe interpretación personal. El legislador no puede negar su existencia, como no podría el físico una propiedad de los cuerpos, o el matemático una ley de los números. Los seres ideales no son únicamente porque nosotros, el hombre, mediante un juicio existencial les confiramos existencia. Sí los descubrimos y los describimos. Como se trata de algo que es por sí, ello no depende de la contingencia fáctica de que nuestro pensamiento les atribuya validez entitativa. La causa, así, viene a ser una noción irrecusable". Exponiendo sus ideas respecto al codificador de 1936, el maestro analizó la causa en relación a los actos patrimoniales, solamente; en relación a los extrapatrimoniales sostuvo que ella no tenía ingerencia. "No es propio -sentenció el

maestro- que alguien se obligue sin un porqué y sin que se considere el para qué. Y aquí es cuando entra la idea de la causa. Ella es, en principio, diferente del objeto. Este es el elemento material de la obligación, lo que constituye el dato objetivo, la prestación misma, por lo cual no es confundible con la causa, que explica racionalmente la razón determinante y la finalidad social de la obligación; confundir una cosa con otra es confundir objeto con objetivo, como dice el eminente Capitant". "También en principio -continuó el maestro- es distinguible la causa del motivo, hecho psicológico, subjetivo, impulsivo. La causa es diferente; no tiene, como el motivo, una existencia material fenoménica; es una construcción técnica, como dato espiritual, que sirve especialmente para estimar el principio de utilidad social de la obligación (Venezian); lo que tiene especial interés tratándose de la licitud o ilicitud de la misma". Refiriéndose al análisis de la causa en los actos patrimoniales, señaló León Barandiarán la conveniencia de distinguir entre actos onerosos y gratuitos. Tratándose de los primeros la causa no se confunde con el objeto ni con el motivo; pero, tratándose de los gratuitos, si bien tampoco se confunde con el objeto, fracasa el esfuerzo para distinguirla del motivo, pues al hablarse de la voluntad o del deseo o de la intención de liberalidad, de animus donandi, no se expresa con esto sino un concepto vacío, o el motivo, el hecho psicológico, impulsivo, que decide al autor de la liberalidad. "Y es que la causa -enfatizó el maestro- es una construcción técnica; puede así en unos casos ser separada del motivo, en otros no".

Planteada la reforma del Código de 1936, la idea de la causa estuvo presente en la Comisión Reformadora aunque expresada como "finalidad" del acto y ha sido la Comisión Revisora la que dejando de lado tal expresión, introdujo la de "fin" y, en algún momento se pensó en legislar sobre la causa como requisito de validez del acto jurídico.

Si bien el Código Civil de 1984 ha mantenido la noción de acto jurídico que adoptó el Código anterior, no por ello ha dejado de introducir innovaciones que resultan sustanciales. Así ha ocurrido con la figura jurídica de la representación, que León Barandiarán la consideró como "cuestión complementaria" en el volúmen que tengo el honor de prologar. El maestro, pues, vinculó la representación a la teoría general del acto jurídico y, frente al tratamiento que le dispensó el Código de 1936 expuso una opinión discrepante estimando que "la representación rebasa el contenido del mandato, ya que éste tiene un contenido simplemente contractual". Se adelantó así al tratamiento que a la representación le ha dado el vigente Código, siendo uno de sus inspiradores. Yo diría que lo que el actual Código contempla, es el desarrollo que de esta institución jurídica hizo León Barandiarán, fundamentalmente en lo que respecta a la representación voluntaria directa.

Lo mismo ha ocurrido con la interpretación del acto jurídico que por

no haberle dado tratamiento el Código de 1936, León Barandiarán la ha considerado también como una "cuestión complementaria" en el volumen que tengo el honor de prologar. Olaechea en su Exposición de Motivos, precisó que se había omitido fijar reglas para la interpretación pues "los problemas de este orden tienen una gran variedad y se hallan subordinados por su naturaleza a la práctica jurisprudencial" y que "las normas preconstituidas conducirían en muchos casos a aplicaciones contrarias a la justicia". No obstante, pues, la declaración del codificador de 1936, la doctrina nacional encontró en el art. 1328 un criterio de interpretación. Así, Angel Gustavo Cornejo, consideró que dicha norma atemperaba el absolutismo de la teoría de la voluntad y vio en ella una norma de equidad. León Barandiarán, siguiendo a su mentor, desarrolló aún más el sentido que se le encontraba a la norma del art. 1328 y consideró que de ella resultaba para la interpretación no sólo el principio de la equidad sino también el de la buena fe, destacando este último en cuanto supone como premisa lógica la justicia y la equidad, y que dentro de un concepto ortodoxo acerca de la autonomía de la voluntad era muy difícil admitir la modificación de los términos en que fué plasmado el contrato. Agregó -con la visión propia del maestro- que tal punto de vista estaba superado, como que respondía a una apreciación individualista del derecho, pues este debía ser apreciado, limitado y supeditado por los imperativos del interés social. De ahí -concluyó- que no puede considerarse a la mera voluntad individual como capaz de engendrar derechos y correlativas obligaciones que atenten contra las recomendaciones de la equidad y de la buena fe, al hacerse exigibles aquéllas. Posteriormente, frente a las teorías de la voluntad y de la declaración, planteó una solución ecléctica: la voluntad interna debe prevalecer sobre la declaración en las relaciones inter partes, y la declaración sobre la voluntad cuando se trate de derechos de terceros fundados en la declaración. Por último, ya durante el proceso de la reforma del Código de 1936, reiteró el maestro su opinión en cuanto que el negocio debe ser interpretado de acuerdo a la buena fe, la que debe entenderse en sentido objetivo, es decir, valorándose la conducta observada por las partes, a base de una recíproca lealtad. Pero además, la doctrina desarrollada por León Barandiarán tuvo un sentido integrador, pues también sentó criterios para la interpretación de actos jurídicos que no fueran bilaterales.

El articulado del Código vigente acoge, pues, en buena medida las ideas del maestro expuestas en apretada síntesis.

Aparte de las dos innovaciones que León Barandiarán comentó como "cuestiones complementarias", el Código de 1984 desarrolla las otras figuras vinculadas al acto jurídico desde que el de 1936 adoptó su teoría. Desde luego, siguiendo las ideas del maestro y los aportes que

realizó durante el proceso de la reforma, como ocurre con las modalidades, esto es, con el tratamiento de la condición, el plazo y el cargo, cuyo tratamiento se ha mejorado sensiblemente en los textos vigentes.

Mención aparte merece el tratamiento de la simulación, a la que León Barandiarán contribuyó decisivamente a su delimitación conceptual con sus comentarios al Código de 1936 y su aporte para el excelente tratamiento que le dispensa el actual. El maestro criticó siempre el trato confuso e impreciso que recibió la simulación en el Código derogado y soy testigo de excepción de la satisfacción que le produjo la normativa actual. En relación al Código anterior, que en buena cuenta no legisló sobre la simulación absoluta, qué explícitos eran los aforismos que el maestro utilizaba para explicar ésta -colorem habet, substantia vero nullum- y la simulación relativa -colorem habet, substantia vero alteram-. Además, se ha acogido la posición que siempre sustentó nuestro calificado exégeta, en cuanto que no había razón ni fundamento para la imprescriptibilidad de la acción derivada de un acto simulado.

León Barandiarán llevó también a sus "cuestiones complementarias" algunos aspectos relacionados a figuras que estaban legisladas en el Código de 1936, como ocurre con los vicios de la voluntad, particularmente con el error, que fue legislado con algunas omisiones que el Código vigente salva al mismo tiempo que ha innovado su tratamiento. Y en esta materia los Comentarios previeron la necesidad de salvar omisiones de tal naturaleza, que le hicieron afirmar al maestro que el texto de 1936 legislaba sólo sobre el error de hecho soslayando el de derecho, así como también plasmar la advertencia en cuanto a la precisión conceptual de algunas modalidades de error, como es el caso del error in substantia y del error in personam. En cuanto al dolo, el criterio del Código de 1936 se ha mantenido, al igual que el referido a la violencia, en relación a la cual el maestro mantuvo siempre sus discrepancias al asimilarse a un mismo tratamiento la resultante de la física y la moral o intimidatoria.

El Código de 1984, si bien ha afinado el tratamiento de las nulidades, mantiene el mismo criterio que estableció el Código que quedó derogado con su vigencia; y en torno al criterio del tratamiento de las nulidades hubo una gran coincidencia entre Olaechea y León Barandiarán, aunque el maestro con sus Comentarios buscó precisiones y delimitaciones conceptuales, muchas de las cuales se han acogido en los nuevos textos de la codificación vigente.

El volúmen que tengo el honor de prologar, como ya lo he expresado, es la obra medular de León Barandiarán, sin que esta aseveración deba interpretarse como hiperbólica. Pero es que el maestro tuvo una especial predilección por el acto jurídico y es posible que tal predilección se fundara,

precisamente, en lo que el acto jurídico tiene de significado, por su generalidad, en la temática del Derecho Civil. Además, con este prólogo pretendo engarzar la exégesis del tratamiento del acto jurídico en el Código de 1936 con el proceso de su reforma, porque la inspiración del maestro es un hálito que ha insuflado los textos actuales de nuestra codificación civil y ha marcado un hito señero en la doctrina nacional.

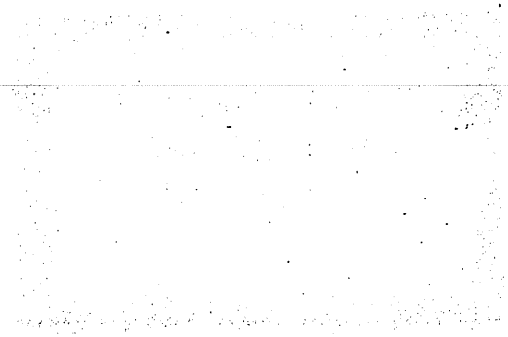
Quienes hemos conocido y tratado a León Barandiarán y hemos participado con él en las preocupaciones de la docencia jurídica, lo sentimos maestro y lo consideramos maestro, no sólo por la relevancia de su obra y su sapiencia jurídica, sino por su generosidad, su desprendimiento, su humildad, su bondad transparente y la lucidez de su mente. Nadie como León Barandiarán se ha rodeado de discípulos, sin proponérselo. Ahí radica, creo yo, la existencia, de los que creemos en ella, de la Escuela Peruana de Derecho Civil. Y es que León Barandiarán ha hecho escuela, aunque sin proponérselo, pues no solamente se trabaja sobre su obra, sino que se sigue trabajando con ella. No sólo se trata de estudiar cómo es que ha inspirado, desde la exégesis del Código de 1936, la nueva codificación civil, sino la evolución misma de sus ideas. Y porque, además, al formar discípulos ha formado también maestros.

Lima, enero de 1999

FERNANDO VIDAL RAMÍREZ

ACTO JURIDICO

DISPOSICIONES GENERALES



DISPOSICIONES GENERALES

(Arts. 140 al 142, C.C. 1984)
(Arts. 1075 al 1078, C.C. 1936)

ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL ACTO JURIDICO

Art. 140 (C.C. 1984).- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

1. ***Agente capaz.***
2. ***Objeto física y jurídicamente posible.***
3. ***Fin lícito.***
4. ***Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.***

Art. 1075 (C.C. 1936).- Para la validez del acto jurídico se requiere agente capaz, objeto lícito y observancia de la forma prescrita, o que no esté prohibida por la ley.

Referencias.- Digesto, lib.I, tít.3, fr.41; lib.45, tít.1; lib, 94; lib.50, tít.17; lib.185; lib.32 de leg.; lib.25, pág.1; Código francés, arts.1108, 1123, 1126 y sig., 1131 y sig.; italiano, 1325, 1343 sig., 1346 sig.(1104, 1122, 1177); portugués, 643, 647, 648, 684, sig.; argentino, 953, 898 y 994; uruguayo, 1261, 1282, sig.; 1287 sig.; suizo, 17 y 18; austríaco, 859, 863, 2a a1; 869, 914; turco, 17 y 19; soviético, 26; alemán, 116, 118, 133; español, 1261; boliviano, 699; colombiano, 1502; chileno, 1445, 1467; ecuatoriano, 1435; chino, 86, 87, 98; venezolano, 1141 (*).

El hecho jurídico: concepto

El hecho jurídico es un **apriori**: lleva en sí su determinación ontológica. Definirlo es incurrir en una tautología. En el mundo de los hechos unos caen dentro del reino del Derecho, otros no. La elección o discriminación es la realizada por el hombre, que así no crea **ex novo** el Derecho, sólo lo organiza, lo describe y lo instituye con jerarquía normativa. Todos los hechos tienen la virtualidad de interesar al hombre, sea el nacimiento de un semejante suyo o la vibración de la brizna de paja agitada por el viento. Pero le interesan desde diferentes puntos de

(*) *Las citas sobre el Código italiano que aparecen entre paréntesis se refieren al Código anterior derogado; las citas concernientes al Código peruano respectan al de 1852 derogado (Nota del autor).*

vista. Cuando los aprecia en relación a un sistema de normas determinadas que forman el Derecho, el hecho es subsumido dentro de la categoría de lo jurídico.

Hay hechos a los que necesariamente se reconoce en todo caso que sean jurídicos: el nacimiento, la muerte de una persona, la creación de una "species" utilizando la materia bruta; un contrato, el matrimonio, el testamento, un delito o cuasi delito.

Otros hechos bajo ciertas circunstancias especiales pueden asumir tal calificación; una helada, una inundación, el cambio de cauce del río. Otros en general, de los cuales damos más adelante algunos ejemplos, quedan fuera de dicha consideración. No sólo los hechos independientes del hombre pueden ser ajurídicos; los hechos dependientes de la voluntad humana: así, una sonrisa, un saludo, un sollozo, un gesto, un rezo no tienen en general definitivamente sentido jurídico.

Hechos que alguna vez pudieron ser calificados como no jurídicos, después han podido ser estimados como tales. La prescripción extintiva de acción, por ejemplo. "Antes de Teodosio II, las acciones civiles, salvo muy pocas excepciones, no se extinguían por el transcurso del tiempo, sino que eran perpetuas en el verdadero sentido de la palabra" (Serafini). La regla era, pues, que el hecho consistente en el mero transcurso del tiempo no tenía relevancia jurídica. El hecho no era, pues, jurídico. Después la excepción se transformó en regla. Con la Constitución teodosiana todas las acciones prescribían. Hoy se conserva esta regla en el Derecho moderno. Sólo por excepción alguna acción es imprescriptible; por ej.: la de partición del condominio. A algunos hechos relativos a la salud biológica o mental se les asigna hoy consecuencias de derecho; lo que antes no ocurría. Tal es el caso contemplado en el inciso 8 del artículo 247 (art. 333, inc. 8,C.C. 1984), que la enfermedad venérea grave contraída después de la celebración del matrimonio es causal de divorcio; el previsto en el art.277 (art. 347, C.C. 1984), que la enfermedad mental o contagiosa de alguno de los cónyuges podrá suspender el deber de hacer vida en común.

Un hecho dependiente de la voluntad humana que es en general intrascendente para el mundo del Derecho, en ciertas circunstancias puede asumir relevancia dentro del mismo. Así un ademán, que corrientemente es indiferente en esta materia, puede resultar una manifestación ligante de voluntad, cuando responde a una determinada indicación previa; trátase entonces de un caso de "expresión positiva" de la voluntad (art.1076)(art. 141, C.C. 1984).

El hecho jurídico es tal en cuanto es factor determinante en el campo del Derecho, acarreando alguna consecuencia jurídica. Por eso más apropiado sería que se le denominase hecho "jurígeno".

A esta virtud puede expresarse la noción de hecho jurídico diciendo que es aquel hecho capaz de generar algún efecto de Derecho, haciéndole nacer, trasmitir, conservar, asegurar, modificar o extinguir. No hay otro recurso para indicar el concepto, que incurrir en el defecto liberal de hacer entrar lo definido en la definición. Y es que como indica Endemann, "bajo hecho jurídico se debe comprender la totalidad de las presuposiciones jurídicas materiales necesarias para la producción de un efecto jurídico". Y agrega que con exclusión de las presuposiciones de carácter general para la aplicación de las reglas de derecho, quedan como factores constitutivos de las relaciones jurídicas, los hechos jurídicos en sentido propio, debiéndose entender como tales "los acontecimientos reconocidos como importantes por el orden jurídico y como determinantes para la producción de un efecto jurídico".

Agrega Endemann que los hechos jurídicos "son por regla sucesos exteriores, es decir, una situación reconocible que se ha producido, de los cuales derivan efectos jurídicos". Son sucesos exteriores, pues si es verdad que también hay hechos internos, esto es, apreciaciones y comportamientos de orden espiritual de que el derecho no prescinde, por ejemplo, la buena y mala fe, el error en la apreciación, la omisión o la actitud dolosa, "ellos no bastan, empero, por sí solos para crear un estado jurídico completo, su eficacia sólo se produce en relación con un acontecimiento exterior, perceptible objetivamente; estando su dominio de aplicación en los negocios" -agrega Endemann-.

De acuerdo con las anteriores reflexiones, puede con Regelsberger sintetizarse en ajustada y enjundiosa expresión lo que son hechos jurídicos, al decirse que son "relaciones jurídicas de la vida reconocidos por el Derecho objetivo"; es decir, por las normas jurídicas, las normas que rigen las relaciones de derecho entre los hombres. Hecho jurídico, en síntesis, viene a ser "el aspecto jurídico de un hecho material" (Carnelutti).

Hay hechos que no generan ninguna consecuencia jurídica; la marcha de los astros, por ejemplo, según la indicación de Demogue, o la dilatación de los cuerpos por el calor, la caída de las cosas por la gravedad, la circulación de la sangre, el oleaje del mar, etc. Sin embargo, hondamente apreciadas las cosas, todo hecho es susceptible de suscitar consecuencia jurídica, con lo que quedaría desvanecido el criterio de distinción entre el hecho jurídico y el no jurídico. Aquel criterio sólo puede mantenerse firmemente, apreciando que es jurídico el hecho que tiene directamente la capacidad de producir efectos de derecho.

Distinción del hecho jurídico

El hecho jurídico, entendido en sentido amplio, como toda causa capaz de generar un efecto de derecho, puede distinguirse:

a) Según que tal hecho sea causado por la voluntad humana;

b) O sea causado independientemente de la misma.

Ejemplos del segundo caso:

Son el nacimiento, la muerte, transcurso de tiempo originante de prescripción, contigüidad de inmuebles, estado de minoría o mayoría de edad, estado mental generador de incapacidad, acción natural, caso fortuito y fuerza mayor.

La anterior distinción, la primera y fundamental, es como toda que pretende comprender una variada y frondosa realidad de fenómenos, no absoluta completamente. En la producción de todo hecho susceptible de tener su repercusión en el mundo del Derecho, pueden concurrir motivaciones tanto debidas a un factor causal como a uno voluntario. Así, la prescripción, en que existe la voluntad ficcional del propietario o del titular del derecho de no hacer uso del mismo, de renunciarlo. Sólo que la distinción reposa en que fundamentalmente en unos casos al simple hecho independiente de la voluntad humana se le considera decisivo para acarrear el efecto jurídico, mientras en otros casos al hecho dependiente de esa voluntad se le considera como el determinante. Los hechos independientes de la voluntad humana (1) no son lícitos ni ilícitos. En cambio, los hechos causados por la voluntad humana (2) cabe subdistinguirlos en dos grandes categorías: (3) según que el hecho sea ilícito, o (4) según que sea lícito. La primera clase (3) está constituída por los delitos y los cuasi delitos, por los actos ilícitos, que el Código trata en el art. 1136 y sig. (art. 1969 y ss, C.C. 1984). No cabe, como se comprende de inmediato, que la distinción por razón de la licitud o ilicitud abarque otros hechos que no sean los que dependen de la voluntad humana. Lo meramente fáctico en sentido más estricto, lo que acaece como un acontecer que pertenece únicamente a lo que se llama el mundo de la causalidad, al mundo del ser extraño y ajeno al mundo de la libertad y del deber ser, eso no puede ser objeto de una apreciación valorativa, para ser calificado como lícito o como ilícito. Estas calificaciones suponen una toma de posición estimativa, para asignar al hecho una apreciación favorable o peyorativa, y ello sólo puede tener lugar allí donde el hombre, por la acción de su voluntad, tenga determinada libertad. El cómo débese actuar, según la enseñanza de Hartmann, determina la decisión para actuar (o inhibirse). Significar algo como lícito o ilícito es reconocer los presupuestos de responsabilidad-irresponsabilidad, imputabilidad-inimputabilidad, culpa-no culpa, sanción-mérito.

Entiéndase bien: se hace ahora referencia a lo ilícito como una categoría de los hechos jurídicos; es decir, de los hechos en sí mismos causantes de consecuencias jurídicas, del hecho que en sí mismo causa la consecuencia jurídica, frente a la otra categoría, de los hechos lícitos,

que respectan también a hechos que por sí mismos originan consecuencias jurídicas. La consecuencia es ilícita, tratándose del hecho ilícito porque el hecho es en sí intrínsecamente ilícito. El hecho lícito puede también suscitar una consecuencia que sería calificable como ilícita. Así, en el caso del contrato que se viola, del matrimonio a cuyos deberes se falta. Pero tal consecuencia es aquí lo anormal, lo opuesto a las consecuencias mismas propias del acto, a la naturaleza del acto. Por eso el acto es lícito. Pero en el hecho calificado como ilícito, la consecuencia misma natural a que apunta y en que consiste el hecho es ilícito; por eso el hecho es en sí mismo ilícito.

El hecho ilícito da origen a una sola determinada consecuencia jurídica: la obligación de reparar el daño causado, obligación que la ley impone como consecuencia necesaria al hecho.

Hablamos de hechos ilícitos como causantes de la obligación consistente en la responsabilidad civil. Pero hay que evitar un equívoco. Hoy conocemos causales de responsabilidad civil que no comportan la existencia del dolo o de la culpa; es decir, causales que no caben ser incorporadas dentro del cuadro de los actos ilícitos. Efectivamente, la responsabilidad civil resulta hoy, por lo tanto, un concepto más amplio que el correspondiente al acto ilícito (Aludimos a la responsabilidad por riesgo).

Dentro de los actos lícitos (4), cabe hacer una discriminación; hay que distinguir dos sub-clases. La primera sub-clase (5) comprende una serie de hechos -voluntarios y lícitos-, que forjan una serie de situaciones jurídicas sin que exista declaración de voluntad, mientras en la segunda sub-clase (6) el elemento característico es la declaración de voluntad.

Esta distinción es difícil de precisar y es, empero, fundamental para destacar que el acto jurídico es ante el hecho jurídico como la especie frente al género. En efecto, el acto jurídico es la última clase constituída por los hechos jurídicos, a lo menos dentro de la sistemática y técnica del C.C. peruano.

Los maestros destacan las dos notas antes señaladas para hacer la distinción antes mencionada: declaración de voluntad y efecto querido, que existen en la clase (6) y no en la clase (5). Veamos los principales casos de esta última clase (5). Tales, el hallazgo, la invención, la ocupación, la especificación, la conmixtión, la accesión industrial, la constitución y el abandono de domicilio (por el simple hecho de la residencia), la edificación, la plantación, en cierto modo la gestión de negocios, la posesión bajo ciertas condiciones, y nosotros incorporamos aquí el enriquecimiento sin causa cuando no consistiendo él mismo en un hecho meramente causal, sino dependiente de la voluntad del empobrecido o del enriquecido, acarrea el efecto jurídico pertinente de dar lugar a la repetición.

En todos estos casos de hechos de la clase (5), que comprenden un plexo de figuras, por lo cual no se encuentra una denominación apropiada de ellos; en esta clase de hechos se dice que el efecto principal sobreviniente del hecho, la consecuencia jurídica misma de este último, no es querida por el agente. En cambio, en los casos de la clase (6), que comprenden el acto jurídico, el efecto sí es querido por el agente. No se percibe, sin embargo, con perspicuidad la diferenciación. En los casos de los hechos de dicha clase (5), el autor del hecho quiere éste, desde que lo practica (se trata de un hecho voluntario y, por lo tanto, se quiere el respectivo efecto sobreviniente). La distinción aquí entre querer el hecho y no el efecto es meramente dialéctica. Quien realiza una especificación, una conmixtión, una accesión industrial, está queriendo ser dueño de la cosa que así resulta; quien inventa una cosa o la ocupa si ella es **res nullius**; está queriendo ser dueño de la misma. Apenas en el caso de enriquecimiento sin causa no se hace presente la circunstancia de que el efecto no sea querido por el agente.

De Diego ve aquí, empero, un dato justificante de la clasificación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos jurídicos. En el caso del hecho jurídico que no es acto jurídico, el fin práctico que se propone el agente con el despliegue de su actividad es en cierto modo indiferente a la situación jurídica misma que deriva de tal hecho, la cual situación es impuesta por la ley, haciendo caso omiso de ese despliegue de actividad, o sea, que la norma impone la consecuencia, así no haya sido el propósito mismo perseguido por el autor. Pero en cambio en el acto jurídico propiamente dicho, el fin práctico empleado coincide inmediatamente con el efecto señalado por la norma; por ejemplo cuando compro algo: el hecho de comprar coincide con el efecto de hacerme propietario de la cosa. Claro es, desde luego, que ese efecto querido por el agente sólo puede adquirir viabilidad a virtud de lo dispuesto en la norma de derecho objetivo -como se comprende-, de donde resulta la ineficacia del acto jurídico, cuando se opone a un fundamental precepto de la ley. De otro lado, todas las consecuencias del acto pueden no ser las mismas que las que el agente quiere: disposiciones imperativas de la ley. Pero, en general, el efecto esencial del acto como querido por el agente, caracteriza el acto jurídico. Y el carácter propio del mismo es su licitud. El acto jurídico puede estar constituído por un contrato o por una declaración unilateral de voluntad.

Hay, además, otros hechos que también deben quedar comprendidos dentro de los actos jurídicos, y que no constituyen contratos, ni declaraciones unilaterales de voluntad. Así, los esponsales y pactos nupciales, matrimonio, emancipación, reconocimiento de hijos, adopción, aceptación y exoneración de tutela y curatela, distractos y pagos, tradición, testamento y codicilo, aceptación y renuncia de herencia, acciones y actos diversos del procedimiento (Freitas). También debe considerarse

aquí el requerimiento constitutivo de mora, ciertos casos que importan abandono y renuncia de la propiedad de una cosa (tales son los que prevén los artículos 928 y 959 del Código alemán).

Pero en el fondo se percibe un esfuerzo dialéctico, para hacer la distinción anterior entre hecho voluntario de efecto no querido y de efecto querido. A lo más cabe **idealiter** distinguir, separar dos momentos: el de la realización del hecho mismo, el de despliegue de la actividad, y el de la adjudicación del efecto jurídico consecuente. Pero en realidad esos dos momentos están unidos, vinculados, formando un solo todo; quien ocupa una **res nullius**, al ocuparla está creando la producción de la situación jurídica derivada, de hacerse propietario de la cosa. No hay tal diferencia, tal falta de coincidencia entre uno y otro aspecto del hecho jurídico. La norma impone la consecuencia, que coincide con la finalidad buscada por el agente, porque el hecho es lícito; del mismo modo que ocurre en los casos de los hechos de la clase (6), de actos jurídicos; como cuando yo compro una cosa, en cuya hipótesis la ley también atribuye o reconoce la consecuencia jurídica respectiva de que yo soy dueño de ella, que es la consecuencia jurídica respectiva, que es la consecuencia querida por mí, y en donde hay por lo mismo tal coincidencia, por la misma razón que en los casos de los hechos de la clase (5), es decir de hechos lícitos que no son, empero, actos jurídicos.

Creemos que la nota distintiva no está aquí, sino en el otro elemento, el de la declaración de voluntad, que existe, que es indispensable en los hechos de la clase (6), y que no existe en los hechos de la clase (5).

La declaración, como manifestación consciente de voluntad, se presenta en el acto jurídico. Bonnecase, que se ocupa con detención de esta materia relativa al acto y al hecho jurídico, da las nociones que en seguida repetimos sobre el particular, y que reputamos de interés conocer por la circunstancia aludida, de la distinción empleada en el estudio de la materia. "El acto jurídico es una manifestación exterior de voluntad, bilateral o unilateral, cuya finalidad directa es engendrar, sobre el fundamento de una regla de derecho, frente o en provecho de una o más personas, un estado, es decir, una situación jurídica general y permanente, o al contrario, un efecto de derecho limitado, enderezado a la formación, a la modificación o a la extinción de una relación de derecho". En cuanto a "la noción del hecho jurídico, es susceptible de revestir un sentido general y un sentido especial. En el primer sentido, engloba la noción del acto jurídico. Se entiende por hecho jurídico en el sentido general del término, un acontecimiento engendrado por la actividad humana o puramente material, tomado en consideración por el derecho para hacer derivar de él, frente o en provecho de una o varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica general o permanente,o, al contrario, un efecto de derecho limitado". En sentido especial y en distinción al acto jurídico,

como hecho jurídico se considera, sea un acontecimiento puramente material, tal como el nacimiento o la filiación, sean comportamientos más o menos voluntarios generadores de situaciones o de efectos jurídicos, sobre la base de una regla de derecho, siempre que el sujeto de este acontecimiento o de estos comportamientos no haya podido tener o no haya tenido en manera alguna el propósito de colocarse a su amparo bajo el imperio del derecho. "Los hechos jurídicos involuntarios no son actos jurídicos porque les falta el propósito del agente, de someterse al efecto jurídico que el comportamiento acarrea".

O sea, como explica Capitant, "todos los acontecimientos que tienen por efecto hacer nacer derechos, trasmitirlos de una persona a otra, acarrear su extinción, son hechos jurídicos". Pero los actos jurídicos son los voluntariamente realizados por el hombre, con la intención de engendrar, de modificar o de extinguir derechos.

Staudinger da esta definición: "declaraciones de voluntad son tales procederes, esto es, cualesquiera perceptibles actuaciones de la voluntad humana, las cuales conformemente con la experiencia de la vida, permiten concluir que mediante ellas su autor pretende realizar una formación o una modificación de las relaciones jurídicas privadas", y la Exposición de Motivos del Código Civil alemán define así el negocio jurídico: "una declaración privada de voluntad dirigida a la producción de un resultado jurídico, el cual llega a ser tal conforme al orden jurídico, porque él es querido".

En todos los casos de actos jurídicos, que constituyen la clase (6) de nuestra clasificación, no hay un simple despliegue de actividad, como ocurre relativamente a los hechos jurídicos de la clase (5). Hay una indicación, una mención peculiar, de índole significativa, como relación indicativa de lo que el sujeto quiere. Es decir, se trata de una expresión intencional. Expresión, por lo demás, que se notificará, que es comunicada a otro, al proyectarse hacia afuera del declarante, dándosela a conocer.

La manifestación de voluntad puede ser positiva (es decir, explícita) o tácita; puede también consistir en la ejecución de un hecho material (art.1076) (art. 141, C.C. 1984). En todas estas formas hay declaración de voluntad, en el sentido antes anotado. La manifestación positiva puede ser verbal, escrita o por signos. Si es verbal o escrita, aparece inequívoco y transparente su carácter; es la forma propia de comunicar nuestro pensamiento y nuestro querer, nuestra voluntad, pues. Lo mismo ocurre con el signo, pues responde a un antecedente, a una circunstancia previa, o una invitación para que manifestemos nuestra voluntad. El signo afirmativo, de asentimiento que se hace a un ofrecimiento, es declaración de voluntad porque está apuntada a poner de manifiesto lo que quiere el sujeto que hace el signo. Lo mismo en cierto modo cabe remarcar

tratándose de la manifestación tácita, pues ella se acopla a un dato anterior, que permite deducir cuál es la voluntad del sujeto. La enajenación por el testador, del bien de que dispuso en el testamento, importa revocar la disposición testamentaria sobre él; el cobro de un crédito por el testador, importa revocar la disposición testamentaria sobre él. Así lo ordenan los artículos 750 y 751; y éstos son casos de voluntad tácita. Sólo puede concebirse tratándose de la declaración tácita, que la actitud o proceder revelan la voluntad, en cuanto estén asociados a una previa expresa declaración de voluntad: el testamento, por el que se disponía del bien o del crédito. Y así ocurre en todos los casos de voluntad tácita.

Lo mismo ha de repararse en lo que concierne a la ejecución del hecho material. Si por sí solo éste, originariamente, crease un resultado jurídico, estaríamos dentro de los hechos de la clase (5). Pero aquí la ejecución del hecho material accede a algo, se vincula a alguna anterior manifestación expresa de voluntad. Si el testador rompe su testamento cerrado, lo revoca con la ejecución de este hecho. Dicho hecho con tal significación sólo tiene sentido en cuanto se vincula a la declaración de voluntad vertida en el testamento.

La declaración de voluntad tipifica al acto jurídico, en distinción de todo otro hecho jurídico voluntario y lícito. Esto no quiere decir que aquélla baste en todo caso para crear el acto jurídico,o sea, que ambos términos acto jurídico y declaración de voluntad no son absolutamente identificables. Enneccerus ha reparado en esto, y nosotros vamos a transcribir lo que este autor ha escrito, haciendo la advertencia de que dicho autor utiliza la denominación "negocio jurídico" para lo que ahora se mienta como "acto jurídico"; pues nosotros seguimos el criterio (de acuerdo con lo que deriva de nuestro Código) de considerar como acto jurídico lo que Enneccerus denomina negocio jurídico. "Si el negocio jurídico -indica Enneccerus- consiste únicamente en una declaración de voluntad, que es reconocida por sí sola como base del efecto jurídico, la declaración de voluntad y el negocio jurídico son una misma cosa. Por ejemplo, a la denuncia de una relación jurídica la podemos llamar indistintamente declaración de voluntad o negocio jurídico. Pero a veces la declaración de voluntad no produce el efecto jurídico por sí sola, sino únicamente en relación con otras declaraciones de voluntad o con otras partes del supuesto de hecho. Entonces sólo es parte del supuesto de hecho que denominamos negocio jurídico, e induciría a error y no estaría de acuerdo con el lenguaje del Código Civil el calificarle, no obstante, como negocio jurídico. Menos inconveniente, aunque igualmente inexacto, es a la inversa y atendiendo únicamente a sus partes integrantes esenciales, llamar declaraciones de voluntad a los negocios jurídicos que se componen de varias declaraciones de voluntad (por ejemplo los contratos) o que además de éstas contienen otras partes del supuesto de hecho". (Así la tradición, en derechos reales).

Ahora ya estamos en condiciones de hacer un esquema general del hecho jurídico, conforme a las clasificaciones que hemos venido precisando. Primero la distinción del hecho en 1) involuntario y 2) voluntario; segundo, la subclasificación del último en 3) ilícito y 4) lícito; en seguida la nueva subclasificación del hecho lícito en 5) hechos sin declaración de voluntad y 6) hechos con declaración de voluntad, que son los actos jurídicos. Pero los actos jurídicos admiten a su vez nuevas clasificaciones. Una que se hace es la que en seguida consignamos. Durante algún tiempo nos hemos adherido a ella; pero una reflexión más reposada nos ha llevado a considerar que peca en cuanto diluye la clasificación, creando indebidamente el cuarto grupo de la misma, según lo que se indica a continuación. Esa clasificación, en efecto, distingue cuatro grupos de actos jurídicos: 1) declaraciones de voluntad concernientes a relaciones jurídicas de carácter no obligacional; 2) contratos, o sea declaraciones de voluntad bilaterales tendientes concretamente a crear relaciones obligacionales; 3) las llamadas "declaraciones de voluntad unilateral", que como se sabe tienen por objeto constituir obligaciones contra el declarante por su sola declaración, es decir, teniendo un carácter unilateral; 4) otras declaraciones de voluntad que no crean obligaciones, sino solamente las extinguen, las aseguran.

El primer grupo comprende, entre otros, los siguientes casos: esponsales, matrimonio, emancipación, reconocimiento de hijo, adopción, declaración de constitución de domicilio, constitución de asociación, de fundación, testamento, aceptación y renuncia de herencia, desheredación. En estos casos el objeto de la declaración que puede ser ya unilateral (como el testamento o el reconocimiento de hijos), ya bilateral o plurilateral (como el matrimonio y la asociación), no concierne esencialmente a una obligación en el sentido técnico de la expresión como relación entre un acreedor y un deudor a una determinada prestación. Por esta circunstancia este grupo se distingue de los otros tres grupos.

Los grupos segundo y tercero, como queda dicho, tienen por exclusivo objeto crear obligaciones, y en esto se distinguen del grupo cuarto.

El grupo cuarto es integrado por una serie de declaraciones que operan en el campo de las obligaciones (por eso se distingue del grupo primero); pero que no crean éstas sino aseguran su ejecución o causan su extinción. Es difícil comprender dentro de una indicación general la serie de supuestos insumibles dentro de tal grupo cuarto. Los principales de ellos son: la constitución en mora, el hecho del pago, la declaración de compensación, la revocación y renuncia de mandato, novación, mutuo disenso, transacción. Hay en todos estos casos una obligación ya preexistente. La diferenciación de los hechos comprendidos en este grupo cuarto con los hechos que se ubican en el grupo tercero es así clara,

pues los últimos tienen por objeto exclusivo crear obligaciones en las hipótesis específicamente consentidas por la ley; no asegurar su cumplimiento o acarrear su extinción. Pero resulta difícil establecer la separación pulcra entre los integrantes de dichos segundo y cuarto grupos. Si el contrato es acto bilateral, no se comprendería como tal el caso de la constitución en mora, el pago o la declaración de compensación, la revocación y renuncia de mandato. Pero otra cosa cabría decir en lo que respecta al mutuo disenso, a la transacción, la novación objetiva, novación por cambio de acreedor, la condonación, porque en estos casos es precisa la voluntad de ambas partes, acreedor y deudor, o sea que se trata de actos bilaterales. Pues bien, ¿esto no significa que se trata de contratos? Si al contrato se le reputa únicamente como el acuerdo para crear, para generar obligaciones, la distinción tendría asidero. Pero no puede negarse que el contrato es también el acuerdo que extingue una obligación preexistente; es decir, que en puridad de principio hay un contrato en todos los casos antes señalados. Entonces el grupo cuarto de nuestra clasificación quedaría reducido a actos unilaterales que no tendrían por objeto crear obligaciones (que sería el objeto del grupo tercero). Pero no se ve razón fundada para que el grupo segundo (de los contratos) deba comprender sólo los casos en que se crea una obligación por acto bilateral, y no aquellos por los que se extinga o se asegure; ni hay tampoco razón para que el grupo tercero deba comprender únicamente los casos en que por declaración unilateral se cree una obligación y no los casos en que extingue o asegure.

La clasificación debe hacerse, pues, de una manera más lógica, con mejor criterio sistemático. El grupo tercero debe comprender todo acto unilateral que se refiere a la materia de obligaciones, sea que él cree o extinga o asegure una obligación; al igual de lo que debe ocurrir con el grupo segundo referente a los contratos. Las obligaciones provenientes de voluntad unilateral formarán una parte del grupo tercero.

Así podemos formular ahora un cuadro general de clasificación del hecho jurídico en la siguiente forma:

HECHO JURIDICO

1. involuntario (nacimiento).
2. voluntario.
3. ilícito (delitos, cuasi delitos).
4. lícito.
5. hechos sin declaración de voluntad (ocupación, especificación).
6. hechos con declaración de voluntad (actos jurídicos).
7. declaraciones que no tienen por fin principal crear una relación obligacional.
8. declaraciones obligacionales.

9. unilaterales:
   que crean obligaciones (títulos al portador).
   que aseguran o extinguen obligaciones (pago).
10. bilaterales:
    que crean, aseguran o extinguen obligaciones (contratos).

El acto jurídico: concepto

De todo lo anterior escrito resulta que el acto jurídico es una especie dentro del hecho jurídico, pues aquél descarta la involuntariedad y la ilicitud. Lo primero es indudable. La palabra misma "acto", indica como una determinación de voluntad. Más, algunos son de opinión que el término acto jurídico debe comprender el hecho voluntario, tanto el lícito como el ilícito (Enneccerus). Este parecer es inaplicable dentro de la sistemática de nuestro Código Civil, que asigna el carácter de licitud al acto jurídico.

Dentro de la sistemática de nuestro Código no parece que la denominación "acto jurídico" cubra el acto ilícito. A ello se opone la clara indicación del art.1075 (art. 140, C.C. 1984), que requiere la licitud como requisito de aquél. No obsta que dentro de la sección del mismo, uno de los capítulos respecte al acto ilícito. Se trata simplemente de una mala ubicación del mismo.

El acto jurídico, es, pues, el hecho jurídico de carácter voluntario y lícito, cuyo efecto es querido directamente por el agente, y en el cual existe una declaración de voluntad.

Efecto querido decimos, pero -entiéndase bien- sólo capaz de devenir eficaz en virtud de lo dispuesto en la norma de derecho objetivo.

El Código reputa que los actos jurídicos son voluntarios y lícitos. Por el carácter de voluntarios (lo que se deduce de la exigencia de "agente capaz") deben entenderse, pues, los hechos causados por la voluntad humana y cuyo efecto es querido por la misma, por lo que se distinguen de los hechos también dependientes de esa voluntad, pero cuyo efecto no es querido por la misma; es decir, que así se distinguen de toda otra clase de hechos jurídicos de carácter lícito. Por el carácter lícito se subraya la distinción de los actos jurídicos frente a otra clase distinta de hechos jurídicos, cuales son los actos ilícitos.

Nosotros respetamos la terminología del Código nacional respecto al acto jurídico, como hecho voluntario y lícito. Como se sabe, para el derecho alemán se distingue el negocio jurídico del acto jurídico. Este último es toda decisión de voluntad con idoneidad para crear efectos jurídicos lícitos o no; el negocio respecta sólo al hecho lícito; de tal suerte el acto jurídico comprende también el acto ilícito.

El fin del acto jurídico es crear, modificar, transferir, conservar o extinguir derechos (**totum actem ius consistit aut in adquiriendo aut in conservando aut in diminuendo**). (*)

Las formas en que se manifiestan los efectos jurídicos se explican sin mayor esfuerzo. Dentro de la categoría de acto jurídico no sólo ha de comprenderse la relación que crea o extingue un derecho, según la concepción de Savigny, sino también toda relación que además de trasmitirlo y modificarlo, lo conserva, o, como indica Endemann, toda determinación de voluntad que completa la protección prestada a una situación jurídica (por ejemplo, la constitución en mora). No obstante, Crome distingue entre los actos jurídicos y las declaraciones para hacer tomar conocimiento de una cosa. Por su parte, Coviello excluye los actos que no comportan siempre consecuencias conformes a la voluntad de su autor (la ocupación, toma de posesión, construcción, plantación sobre el terreno de otro).

Conforme al artículo 1075 (art. 140, C.C. 1984), en que están ínsitos como notas del acto jurídico su voluntariedad y licitud, concluímos que las excepciones consideradas por Crome y por Coviello son pertinentes en relación al concepto que el artículo formula acerca del acto jurídico.

La voluntad privada

La voluntad que genera el acto jurídico es la voluntad privada. Se trata del agente que hace la declaración respectiva, tendiente a crear la situación de derecho que comporta la misma. Así, no puede considerarse como acto jurídico la situación jurídica creada por voluntad que no sea propiamente privada; y a tal virtud no lo es el acto del legislador ni el acto administrativo, por ejemplo la expropiación. Tampoco lo es el acto procesal, por su carácter de normación de orden público; tal es el caso tratándose de la adjudicación forzosa.

El factor causante del acto jurídico, es, pues, una voluntad privada, conscientemente dirigida a producir un efecto jurídico (Bechmann). Esta finalidad tendiente a crear el efecto jurídico es la única determinante, mejor dicho calificante del acto; el fin económico es subsidiario (Lenel), como también lo es la motivación sicológica que decidió a efectuarlo (Kelsen).

Por tratarse de un acto emanente de voluntad privada, cae el acto dentro del campo del derecho privado. La autonomía de la voluntad hace nacer el acto jurídico, o sea, que el respeto a la misma explica la producción del último.

(*) *El Art. 140 del Código vigente, recoge en buena medida las ideas expuestas por el maestro León Barandiarán (Nota del editor).*

Desde luego, tal facultad así concedida a los particulares de normar sus relaciones mediante el acto jurídico, tiene un límite: el interés general; es decir, el orden público y las buenas costumbres; y de aquí que el art.III del Título Preliminar (art. V del T.P., C.C. 1984) advierte que todo pacto contrario a ellos es inválido.

Hay que recordar también que por lo común el acto jurídico creado por las partes sólo significa una indicación general concerniente a la situación jurídica que se quiere crear, ordinariamente sin mayor especificación; por lo cual en lo no previsto por las partes operan las disposiciones suplementarias, es decir, las reglas legales supletorias. Es, así, como hay que entender que el acto jurídico es una declaración de voluntad privada, pero dependiente de las normas del derecho objetivo.

El hecho jurídico en sentido amplio -comprendiendo también el acto jurídico- tiene una incidencia general sobre toda clase de relaciones jurídicas, patrimoniales, semi-patrimoniales, extrapatrimoniales; es decir, en los derechos creditorios, reales, sucesorios, de familia e inherentes a la personalidad. Tanto, pues, el hecho jurídico en sentido estricto, como el acto jurídico tienen tal interferencia general.

Hechos jurídicos determinan situaciones y efectos jurídicos en los derechos creditorios; así, la prescripción extintiva de obligaciones, la extinción de la prestación debida por caso fortuito o fuerza mayor, las obligaciones provenientes del enriquecimiento sin causa o de gestión de negocios, de actos ilícitos. Igualmente en los derechos reales; así los casos de ocupación, especificación, accesión, pérdida de la propiedad por destrucción de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor, relaciones de vecindad predial. También en los derechos sucesorios, como por ejemplo tratándose de las incapacidades sobrevenidas para suceder; muerte del heredero voluntario antes que el testador, o del legatario, caducidad de la institución de heredero testamentario, por sobrevenir al testador hijos con el carácter de herederos forzosos; muerte del heredero o legatario instituídos **sub conditione**, antes del vencimiento de la condición; caducidad de la disposición testamentaria de cosa específica, por destrucción de ésta sin culpa del heredero universal. Asimismo en los derechos de familia; como ocurre en el nacimiento de hijos, el sobrevenir determinadas causas determinantes de divorcio o de disolución de esponsales; cesación de la adopción por llegar el adoptado a tener hijos legítimos o reconocer a sus hijos naturales; término de la paterna potestad por cumplir el hijo su mayoría de edad, y mantenimiento de la primera en caso de incapacidad mental de los hijos mayores; determinadas incapacidades para ejercer la guardaduría o para continuar en ella. También tratándose de los derechos inherentes a la personalidad -en los que es precisamente su terreno propio-, pues el acto jurídico puede crear efectos jurídicos con respecto a ellos sólo excepcionalmente

y en forma muy restringida; así, el hecho mismo del nacimiento de la persona, su muerte, su estado de mayoría o minoría de edad, el sexo en cuanto la ley atribuye diverso tratamiento por razón del mismo, la incapacidad por demencia, en la constitución de domicilio por la residencia en un lugar durante cierto lapso.

El acto jurídico actúa en los derechos creditorios, en donde tiene su aplicación más general y común, por los contratos y declaraciones unilaterales de voluntad. En los derechos reales, como pasa en las relaciones creadoras de **iure in re aliena**. En los derechos sucesorios, como es el caso de los testamentos, codicilos, aceptación y renuncia de herencia. En los derechos de familia, conforme se constata del matrimonio, esponsales, reconocimiento de hijos, adopción, emancipación, aceptación y exoneración de tutela y, en fin, en los derechos de la personalidad, como en la creación de asociaciones, en la constitución de domicilio por declaración de voluntad, pudiendo también haber convenciones eficaces ante el criterio legal, que respectan a la persona física.

En esto último merece detenerse un tanto.

El concepto clásico ha sido que los derechos de la personalidad son inaccesibles a los actos convencionales. Estos se reputan inexistentes, sea porque se oponen a la regla de que las convenciones sólo pueden recaer en un objeto que esté en el comercio de los hombres, sea porque se les considere ilícitos como opuestos al orden público y a las buenas costumbres.

No obstante, contemporáneamente tiende a mirarse la cuestión con más cautela. En el hecho, continuamente se ofrecen convenciones que interesan a la persona física misma de una de las partes, o a uno de sus elementos, y que comportan prestaciones en el sentido propio del término: operaciones quirúrgicas, tratamientos que alteran o amputan parte del cuerpo de una persona para fines estéticos, ejercicios y prácticas para fines deportivos o espectaculares, que contienen un riesgo para la salud y la vida.

¿Quiere decir esto, pues, que los derechos de la personalidad humana han salido del espléndido aislamiento en que se hallaban situados y penetran en el campo del comercio jurídico? Y en este último supuesto, las convenciones que incidan en ellos, ¿son idénticas a las convenciones ordinarias?

Nosotros, inspirándonos en el estudio documentado de André Jack, debemos observar en primer lugar si a tales convenciones debe considerárseles o no sujetas a prohibición, porque su objeto es uno que no está en el comercio de los hombres. (Sin embargo, un autor -Lachezeha podido hablar de venta de leche en el contrato celebrado con una

nodriza, de venta de sangre, en el contrato de transfusión. También se suele afirmar -Perreau, Roux- que el hombre es "propietario de su persona", **dominum membrum suorum).**

"Estas no son sino imágenes, sin alcance jurídico determinado; el cuerpo humano y sus distintas partes no son cosas, bienes apropiables o cuando menos enajenables, sin lo cual todos los actos de disposición serían posibles en lo que se refiere a ellos y aún al más completo de ellos, la venta de sí mismo como esclavo" explica Jack. Así, hay imposibilidad de transmitir los diversos atributos o partes constitutivas de la personalidad humana. Pero no es inadmisible que con respecto a éstas surjan obligaciones de hacer o prestaciones pecuniarias. Y no cabe hablar aquí de aplicación de la regla de que sólo es susceptible de convención la cosa que está en el comercio. Basta constatar que se producen convenciones que interesan derechos extrapatrimoniales, por ejemplo, las referentes a guarda de niños o a su instrucción. "La persona física, o por lo menos los derechos que constituyen sus atributos, derechos a la vida, a la integridad corporal, a la salud, son susceptibles de una apreciación pecuniaria (razón coadyuvante, para estimar que pueden ser materia de convenciones), por lo menos aproximativa: es lo que demuestra perentoriamente la cotidiana atribución por los tribunales de indemnizaciones a las víctimas de accidentes".

La cuestión de la validez o no de tales convenciones no puede considerarse, pues, en relación a si el objeto de ellas mismas está o no fuera del comercio. Debe considerársela en relación a la licitud o ilicitud de tales convenciones, es decir, que debe examinarse en cada caso, si ellas se oponen o no a las buenas costumbres y a la moral común; siendo esta cuestión de la apreciación del intérprete o del juez. Es el fin de la convención, los motivos que han determinado a las partes a celebrarla y ejecutarla, lo que constituirá el **criterium** sobre este particular. No es la teoría del objeto lícito o ilícito, sino de la causa lícita o ilícita lo que hay que mirar, tomando la causa en el sentido de los motivos más o menos determinantes del acto (Ripert); es decir, conformándola al criterio con que la trata el artículo 1084 del Código (art. 205, C.C. 1984).

Si intereses que corresponden a la persona física pueden ser objeto de convenciones, cuando por las circunstancias del caso no aparezca que hay ilicitud, el régimen de tales convenciones no debe quedar sometido a las mismas reglas generales de las convenciones ordinarias. El carácter de lo que es objeto de aquellas convenciones exige en cierta forma un régimen especial, más severo, que debe tener en cuenta la ley o el juez.

Así, se exigirá siempre más severidad en cuanto a la prestación del consentimiento por la persona a quien afecte el acto a que se refiere la convención. La estimación de vicios de voluntad que ataquen la validez

de las convenciones, debe ser ampliada. Para la mayor certeza de la existencia de un consentimiento firme en la persona cuya vida, salud o cuerpo resultan expuestos, se considerará que es necesaria la subsistencia de aquél hasta el momento de la ejecución de la convención (o sea, que hasta entonces es revocable), pudiendo pensarse que está sujeta a una condición suspensiva potestativa. En tales convenciones debe intervenir el consentimiento de la persona a cuya vida, salud o cuerpo aquéllas conciernen, así no tenga capacidad legal; bastando con la capacidad natural.

En lo que respecta a la determinación misma de las obligaciones que se relacionan con tal clase de convenciones, el criterio debe ser un tanto distinto que tratándose de convenciones ordinarias. De un lado, puede brindarse cierto margen discrecional respecto a la extensión misma de las prestaciones a cumplirse, pues resulta a veces imposible que el consentimiento haya podido determinarla por completo. Así, el contratante que debe ejecutarla podrá a veces mantenerse por debajo de lo que se convino, o por el contrario exceder a lo que ha sido convenido. (El cirujano no procederá a la convención convenida, si se revela ulteriormente que es inútil o peligrosa, procederá a una intervención quirúrgica más vasta que la prevista, si se apercibe que ello es necesario y urgente, y si no es posible obtener el consentimiento de la persona de que se trata ni esperar consultar a sus parientes).

Estas modificaciones en lo pactado se justifican en gracia al interés mismo de la persona física a la que afecta la convención.

Por otra parte, el modo de ejecución de las prestaciones debe apreciarse fundamentalmente según "reglas objetivas y casi imperativas de orden profesional, que deben determinar y permiten juzgar la conducta de quien ejecuta prestaciones sobre la persona física de otro". "Son los preceptos de la ciencia moderna, los usos de otros profesionales interesados, los reglamentos redactados por las asociaciones deportivas, que constituirán esencialmente las fuentes de determinación de los efectos y de la sanción de las convenciones relativas a la persona física.... Entonces, es todavía el carácter de orden público de la integridad corporal y el fin de su mantenimiento que reaparecen en esta regla" (Jack).

Así se avanza a considerar las convenciones de que nos ocupamos, como teniendo un carácter verdaderamente institucional, de orden público. "Nos atrevemos a sugerir -concluye Jack- que las convenciones sobre la persona física, si en principio son lícitas y eficaces, no constituyen ya, y constituirán cada vez menos, verdaderos contratos: la voluntad tiende a no ser más creadora autónoma de obligaciones a cargo de los contratantes, sino solamente a colocar a éstos en un estatuto determinado, así como lo hace el matrimonio, o a someterlos a obligaciones puramente legales. Ciertamente el acuerdo de las partes, la voluntad humana,

conserva efectos en tales convenciones, su dominio de actividad no está restringido más que en otra parte, porque el objeto de estos acuerdos es lícito; pero su eficacia se hace rígida y dependiente, no consistiendo ya sino en el ejercicio de una elección entre dos términos fijos: ausencia de obligación o nacimiento de una obligación de contornos imperativamente determinados".

Clasificación de los actos jurídicos

Consideremos las clasificaciones de los actos jurídicos.

Unilaterales y bilaterales

En primer lugar cabe distinguirlos en unilaterales y bilaterales. La distinción aquí reposa según baste para la generación del acto la declaración de voluntad de un solo sujeto o sea necesaria la conjunción de las declaraciones de voluntad de una pluralidad de sujetos. Lo segundo constituye el acto jurídico bilateral, el tipo del contrato, y otros actos como el connubio, la asociación; lo primero, el acto jurídico unilateral, como el testamento, la promesa de pública recompensa, el título al portador, el negocio fundacional.

Formales y no formales

Otra distinción es dependiente de la forma a emplear. Puede la ley precisar que determinados actos se revistan de determinada formalidad, sin la cual carecen de valor (art.1122) (art. 143, C.C. 1984). Se trata entonces de un acto formal, a diferencia del no formal, es decir, que para su producción no se requiere solemnidad determinada, uso de forma especial. El interés de la distinción reside en que el acto que no revista la solemnidad exigida por la ley, es írrito (art.1123, inc.3) (art. 219, inc. 6, C.C. 1984).

En el derecho romano existían los **stricti iuris negotia** y los **bona fide negotia**. Esta discriminación ha perdido toda significación mayor en el derecho moderno; la interpretación del acto debe hacerse **ex bona fide**. En la interpretación de la declaración de voluntad se debe, pues, atender más a su intención que al sentido literal del lenguaje.

Nominados e innominados

Los actos pueden ser considerados como nominados o innominados. Los tipos de contratación previstos por la ley nunca pueden abarcar totalmente las variadísimas maneras que suelen presentar los negocios, los cuales sin embargo deben encontrar amparo legal, por el respeto que se merece la voluntad humana como fuente generadora de efectos jurídicos. De aquí que siempre puedan ofrecerse algunos de estos negocios con el carácter de innominados. Ellos se hallan sometidos, desde

luego, a las reglas generales de los actos jurídicos, a lo estatuído por las partes y subsidiariamente al régimen de la convención nominada, a la cual más se asemejen. La compraventa, el matrimonio, **exempli gratia**, son actos nominados. El derecho romano formuló cuatro tipos categoriales de actos innominados: **do ut des, do ut fascio, fascio ut des, facio ut fascias.** El C.C. peruano se refiere a las convenciones de doy para que hagas y hago para que dés, reputando que se rigen en lo que les sea aplicable, por los principios del título respectivo, sobre locación de obra (art.1569) (art. 1757, C.C. 1984). La coexistencia de varios pactos dentro de un solo todo acordado por las partes, no puede reputarse como formando un acto innominado. Entonces hay, más bien, lo que se llama un acto mixto. Los autores, en su mayoría, juzgan que en tal caso se debe aplicar a cada pacto las reglas que le sean propias, dentro de lo posible, dada la vinculación que pueda haber entre los diversos pactos al estar comprendidos dentro de un acuerdo común.

Principales y accesorios

Se hace la distinción de los actos en principales y accesorios. Esta distinción no tiene sino un relativo significado. En los casos en que se dice haber actos accesorios, propiamente ellos no tienen naturaleza propia, pues sus condiciones de validez no son independientes, sino están supeditadas por las de los otros actos, los llamados principales. El interés práctico de la subordinación reside principalmente en que con referencia a las obligaciones que los actos accesorios comportan, rige la regla de **accessorium sequitur principale.**

De ejecución instantánea o sucesiva

Otra clasificación de los actos es la relativa a si tienen ejecución instantánea o sucesiva. Sobre el particular es bueno tener en cuenta lo siguiente: A) la regla de principio, de la simultaneidad de las prestaciones recíprocas (si se trata de contratos bilaterales), no se aplica en todo su rigor sino en los actos de ejecución instantánea, siempre desde luego, que una de las partes no goce de un término suspensivo; B) en caso de resolución por inejecución, ella es más factible que obre retroactivamente tratándose de un acto de ejecución instantánea, en tanto que tratándose de uno de ejecución continua o sucesiva siempre obra **ex nunc**; C) el obstáculo fortuito y temporario a la ejecución de un acto de ejecución instantánea, no modifica el contenido de las obligaciones de las partes, mientras que en los actos de ejecución sucesiva, acarrea la supresión definitiva de los efectos del acto en relación al período afectado por el obstáculo, y aun puede justificar la disolución completa del acto; D) la modificación en los términos de la convención, por alteraciones económicas generales, que afecten a aquélla, sobrevenidas posteriormente a su constitución (teoría del riesgo imprevisto), sólo se considera funcionable con respecto a negocios de ejecución sucesiva.

Constitutivos y declarativos

Cabe hacer la distinción entre actos constitutivos y declarativos. La misma estriba en los distintos efectos de unos y otros. El acto constitutivo tiene eficacia a partir del día de su formación **in futurum**. El acto declarativo tiene eficacia **in retro** a su formación, puesto que indica que las relaciones jurídicas respectivas han sobrevenido anteriormente y con el acto sólo se las reconoce. Por regla, los actos son constitutivos; así, la venta produce sus efectos isócronamente a su concertación. Son actos declarativos, **verbi gratia**, el reconocimiento de hijo (pues la relación paterno-filial surgió desde el momento de la generación del hijo), el reconocimiento de deuda (pues de otra manera no se distinguiría de la promesa de pago), la creación de persona social con la inscripción en el registro público (estando a lo indicado en la segunda parte del art.42) (art. 77, C.C. 1984). En cuanto a la transacción, es también declarativa. Asimismo lo es la confirmación del acto anulable. En lo que respecta al pacto de división y partición, es constitutivo a tenor del art.922, (art. 983, C.C. 1984) que dice: "Por la partición permutan los condóminos, cediendo cada uno el derecho que tiene sobre los bienes que no se le adjudican en cambio del derecho que le ceden en los que se le adjudican."

Simples y compuestos

Se hace la distinción entre actos simples y compuestos. Acto simple es aquel cuyo contenido respecta a una sola relación jurídica determinada, de tal modo que él resulta insumido dentro de una única categoría jurídica. Así, la venta que sólo tiene el efecto de crear obligaciones entre deudor y acreedor; el acto constitutivo de fundación que sólo tiene por objeto atribuir la dotación patrimonial para el fin fundacional respectivo. Por el contrario, el acto compuesto está integrado por un plexo de relaciones de distinta naturaleza, que, empero, se insertan dentro de un solo acto que les sirva de común continente. Así ocurre con el matrimonio, que comporta relaciones jurídicas extrapatrimoniales (deberes de fidelidad, habitar en el mismo domicilio) y relaciones obligacionales (deber de prestar alimentos el marido a la mujer), y otras también de orden patrimonial (como la sociedad conyugal); así con el testamento, cuando además de la declaración de la institución de herederos contiene una declaración de reconocimiento de hijo ilegítimo.

De administración y de disposición

En cuanto a los actos de administración y los de disposición, la diferencia está en que por los segundos se transmite el dominio o se constituye un **jus in re aliena**, como sucede con la compraventa, la donación, el testamento, la hipoteca, la prenda; mientras que por los actos de administración sólo se transfiere la posesión y/o el uso de una cosa, como pasa en el arrendamiento de cosa, el comodato, el depósito.

Abstracto y causal

Se distingue también el acto jurídico en abstracto y causal. La distinción es de interés en relación a la transferencia del derecho que se produce. Causa es la razón jurídica fundada que con la transferencia se pretende obtener, y así hay diferentes clases de causa: así **causa donandi, causa obligandi, causa solvendi.** Actos causales son aquellos en los cuales la causa es parte integrante del negocio que contiene la transferencia; por ejemplo, la venta, arrendamiento, el préstamo.

Actos abstractos son aquellos que son independientes de la causa, de modo que un vicio en ella no afecta la eficacia del negocio.

La abstracción por la ley en el negocio jurídico de su causa, sirve sólo para, en el mundo del derecho, crear relaciones claras y seguras, sobre todo frente a terceros; pero no pretende apartar la significación de la causa en lo que respecta a las relaciones entre las partes. Si en un contrato abstracto existen defectos en la causa, entonces se generan entre las partes pretensiones por enriquecimiento indebido (art.812, Código Civil alemán), para restitución de las prestaciones pecuniarias ocasionadas con el negocio jurídico y que se han mantenido (Schaeffer und Wiefels). Sobre la causa como elemento del negocio jurídico trataremos más adelante.

Patrimoniales y extrapatrimoniales

Es conveniente, por lo demás, hacer la advertencia de que algunas de esas clasificaciones presuponen una dicotomía previa, entre actos patrimoniales y extrapatrimoniales. Los actos patrimoniales tienen por objeto o contenido intereses de orden económico; en los extrapatrimoniales se trata de intereses, primera y esencialmente, extraeconómicos. Todo contrato es acto patrimonial, como también lo es el testamento, la constitución de fundación, las declaraciones unilaterales de obligación. Son actos extrapatrimoniales los que en general se refieren a la familia (matrimonio, adopción, reconocimiento de hijo) y otros como constitución de asociación, declaración sobre constitución de domicilio.

Subdivisión de los actos patrimoniales

Ahora bien, la distinción entre actos entre vivos o por causa de muerte, onerosos o gratuitos, aleatorios o conmutativos, sólo se concibe como una subdivisión de los actos patrimoniales. También caben otras discriminaciones en atinencia a los actos patrimoniales. Tales son: actos de disposición y de obligación, de administración y de disposición, abstractos y causados.

Inter vivos o mortis causa

Hay actos jurídicos **inter vivos o mortis causa**, según cuál sea la finalidad de los mismos, pues en los últimos el efecto jurídico viene a producirse sólo con la muerte del causante de la declaración (testamento **donatio mortis causa**); lo que no ocurre con los primeros.

Onerosos y gratuitos

El acto jurídico puede ser oneroso, cuando hay mutuas prestaciones entre las partes, o gratuito, cuando una se beneficia sin reciprocidad para la otra, como en el caso de la donación y el testamento. La clasificación de los actos en gratuitos y onerosos ofrece interés desde varios puntos de vista. Los primeros son hechos casi siempre **intuito personae**; lo que no ocurre corrientemente en relación a los segundos. En materia de prestación de culpa, hay menos severidad respecto a los gratuitos en comparación con los onerosos. Impugnado el derecho sobre una cosa, si ella fué transferida a tercero, éste se encuentra menos protegido si la adquisición la hizo a título gratuito que a título lucrativo. Sólo tratándose de actos onerosos se responde por vicios redhibitorios y por evicción y saneamiento.

Pero un acto gratuito en principio, puede devenir oneroso, por lo convenido entre las partes. Ejemplo: donación con cargo, si éste equivale más o menos a la liberalidad; mandato asalariado. Lo inverso también puede ocurrir. Ejemplo: prestación de un servicio sin remuneración. La discriminación, pues, de cuándo un acto es oneroso o gratuito resulta un tanto circunstancial. Yace abandonado el concepto de apreciar sobre el particular, la intención del sujeto prestador. Tal concepción, de carácter subjetivo, peca de vaguedad. Demogue, situándose en un punto de vista objetivo, propugna las siguientes consideraciones: hay acto a título oneroso si una prestación tiene un equivalente cierto o aleatorio, material o moral; un equivalente impreciso procedente de tercero, obtenido a base de entrega sin contraprestación correspondiente directa, puede hacer del acto uno a título oneroso; el acto que respecte a un negocio que interese a tres personas, puede ser a título gratuito para una y no para otra (estipulación en favor de tercero, afianzamiento); existente una contraprestación, hay acto a título oneroso desde el punto de vista de las principales reglas aplicables, la contraprestación es, en cierto modo, equivalente a la donación efectuada.

Conmutativos y aleatorios

El acto oneroso se subdistingue en conmutativo y aleatorio, ocurriendo con el conmutativo que las prestaciones han de ser relativamente equivalentes, o ha de existir una previsión para calcular sus respectivos montos; en tanto que en el aleatorio hay incertidumbre

respecto a ellas o cuando menos de una, sea en cuanto a su verificación o su **quantum**; pues ello depende de un hecho incierto, azaroso. La compraventa es un acto conmutativo, y el juego y la apuesta son aleatorios. Se comprende cuán racional es la regla de que no se da lesión en actos aleatorios, y sí, en ciertas circunstancias, en actos conmutativos. (El Código nacional sólo admite la lesión en la compraventa de inmuebles y en favor del vendedor: art.1439) (*).

De disposición y de obligación

En lo que hace a la distinción entre actos de disposición y de obligación, es de anotar que el acto de disposición concierne a uno de enajenación de una cosa (mueble o inmueble) o a la constitución de un gravamen real (hipoteca, prenda, anticresis), que entraña una disminución de las potestades dominicas. De acuerdo con la concepción que confiere autonomía al acto dispositivo, se requiere para la realización del mismo dos supuestos concurrentes pero separables: primero un título (un acto jurídico por el que se declare la voluntad de transferir el dominio del bien o de constituir un gravamen real) y, segundo, un modo, que es un hecho posterior que lleva a la consumación de lo indicado en el título, mediante una manifestación tangible, en que consiste la realización de lo prometido en el título; así, tal hecho consistirá en la tradición de la cosa, o en la inscripción del derecho adquirido por el cesionario en los libros llamados de los registros públicos. Uno y otro elemento, el título y el modo, son indispensables para la "disposición", o sea, para que una persona distinta del primitivo propietario venga a ser el nuevo propietario, o para que esa persona adquiera un **jus in re aliena** sobre la cosa. En realidad, como el título es un acto obligacional (como lo veremos en seguida) se colige que el acto de disposición consiste esencialmente en el modo, en cuanto medio consumativo para que se adquiera el dominio de la cosa o para que se constituya el gravamen real; pero supone un acto previo, de obligación, que es el título, que determina el segundo acto, el de disposición. Así, supóngase que el día 2 de septiembre de 1949, Pedro convenga en venderle a Pablo una cosa mueble, y que la tradición se efectúe el 2 de octubre de 1949. El acto de obligación surge con el contrato de compraventa entre Pedro y Pablo el 2 de septiembre, y el título consiste en dicho contrato. El acto de disposición surge el 2 de octubre, cuando se hace tradición de la cosa, y el modo consiste en esa tradición.

El acto de obligación no supone otra cosa que lo que por definición indica: una persona, el deudor, se compromete a dar, hacer o no hacer

(*) *En el Código Civil de 1984 la figura de la lesión ha sido ubicada en la Sección Primera del Libro VII, relativa a la parte general de los contratos (Arts. 1447 y ss.), en consecuencia su aplicación no es exclusiva para la compraventa sino que se hace extensiva a todo tipo de contrato. (Nota del editor).*

algo en favor de otra persona, el acreedor. Cuando la prestación consiste en hacer o en no hacer, no hay posibilidad conceptual de que el acto obligacional tenga vinculación alguna con un acto dispositivo, pues este último sólo opera en relación a cosas, no a servicios (cuyo contenido forma las obligaciones de no hacer). Aun en las obligaciones de dar, si éstas son transmisiones a título precario, sin enajenación por lo mismo, y sin constitución de gravamen real, o sea, si se trata de transferencia del simple uso o tenencia de la cosa sin comprometer los derechos del dominio del propietario (por ejemplo, arrendamiento, comodato), no cabe pensar que el acto de obligación contenga o conduzca a un acto de disposición. El acto de disposición sólo tiene lugar en relación a un acto de obligación de dar, que comporte transferencia de dominio de la cosa o constitución de un gravamen real.

La importancia de la distinción entre el acto de disposición y el de obligación consiste en que, según el criterio informante, se establece el respectivo momento en que se adquiere la propiedad y, por lo mismo, se asume la prestación del riesgo y el peligro, y se determina la preferencia ante derechos concurrentes.

Con relación a la distinción entre acto de obligación y de disposición, hay que tener presente que el sistema romano, seguido por el Código alemán, la consagra, en tanto que el Código francés la desconoce, pues refunde el acto de disposición dentro del acto de obligación. Efectivamente, en el derecho romano el acto jurídico como mera declaración de voluntad, como obligación por la cual una de las partes (el deudor) se obliga a transferir una cosa a la otra (el acreedor), no era sino un mero acto obligacional, y representaba simplemente un título para exigir su cumplimiento. Para que el acreedor llegase a ser propietario era menester un segundo acto, el de disposición, como modo adquisitivo; y ello ocurría con la tradición, de suerte que sólo cuando ésta se producía, el acreedor llegaba a ser propietario. El mismo criterio inspira el Código alemán, sin más diferencia que el modo consiste en la tradición cuando se trata de muebles y en la inscripción en los libros territoriales cuando se trata de inmuebles.

Para el Código francés, por el contrario, basta el acto jurídico por el cual se declara que uno se obliga a transferir una cosa, para que se adquiera la propiedad de ella. El acto de obligación en tal sentido es en sí mismo uno de transferencia de dominio; el título basta e importa también un modo de adquisición. Sólo que tratándose de inmuebles, cuando dos o más personas se disputan la propiedad frente a uno que fué su próximamente anterior **dominus**, se decide la preferencia no por la antigüedad del título de adquisición, sino por la antigüedad de la inscripción. No obstante, en las relaciones entre cedente y cesionario mantiene toda su validez el principio de que una vez pactada la obligación

entre ambos, el último ha adquirido el dominio de la cosa el día en que tal obligación se convino.

El Código peruano instaura un régimen mixto. En lo que concierne a la enajenación de bienes muebles impera la distinción entre título y modo, entre acto obligacional y de disposición, estando constituído el primero por el mero contrato por el cual el propietario se obliga a transferir la cosa, y el segundo por el hecho de la tradición. El cesionario asume la propiedad sólo cuando esta última ocurre. Así se deduce de los artículos 1173 y 1175 (arts. 1136 y 1138, inc. 5, C.C. 1984). En cambio, para el bien inmueble basta el consentimiento entre cedente (deudor) y cesionario (acreedor), por el cual se obliga el primero a transferir al segundo el dominio de la cosa. Así resulta del art.1172 (art. 949, C.C. 1984). Sólo que, en concurrencia de varios adquirientes, la preferencia se hará por la antigüedad de la inscripción (art.1174) (art. 1135, C.C. 1984).

Actos fiduciarios

Una subclase de los actos de disposición es la de los actos fiduciarios, por los cuales aparece que se transmite un derecho para un fin económico que no exige tal transmisión. Así, el caso de cesión de un crédito únicamente para el efecto de la cobranza, de tal modo que el fin jurídico expresado (la cesión) no responde al fin económico (sólo la cobranza frente al cedido, debiendo obtener su importe el cedente). El efecto jurídico, la transmisión patrimonial es, no obstante, querido en cuanto su situación frente al deudor cedido, de tal suerte que no hay simulación. Pero **inter partes** se conviene en que tal efecto no tenga lugar. De modo que entre el fiduciario (el cesionario) y el fiduciante (el cedente) no tiene eficacia el fin jurídico declarado, y sólo un fin económico, en cuanto se atribuye facultad al fiduciario de exigir el crédito. En la relación entre el tercero y el fiduciario el fin jurídico surte todos sus efectos.

Los requisitos de validez

El artículo declara que los requisitos del acto jurídico, son tres: capacidad en el agente, licitud del objeto y observancia de la forma prescrita por la ley o que no esté prohibida por ésta. Se trata, pues, de los elementos esenciales del acto.

La capacidad

Sin agente, sujeto de derecho, no hay voluntad, no puede haber generación alguna de declaración jurídica; y la capacidad debe existir en él, pues de otro modo se reputará como si no se hubiese producido la declaración. Sin agente capaz no hay voluntad declarada, como dice Dernburg. El Código, en el artículo 9 y siguientes (arts. 43 y s.s., C.C. 1984), determina las reglas de la capacidad civil (capacidad de hecho), y

en los artículos 1123 inciso 1 y 1125 inciso 1 (arts. 219, inc. 2 y 221, inc. 1, C.C. 1984), declara la nulidad, absoluta o relativa, por razón de incapacidad. Además, el artículo 1078 (art. 226, C.C. 1984) contiene un precepto respecto a la incapacidad.

La capacidad, como es sabido, es jurídica o de hecho. Se requiere ambas para la validez del acto y la primera es un **prius** frente a la segunda. Sin capacidad jurídica no puede haber acto, porque falta una voluntad idónea para crearlo. Cuando el numeral 1075 (art. 140, C.C. 1984) indica como requisito del acto la capacidad se refiere a la de derecho como a la capacidad de obrar. Si falta esta última el acto es nulo o anulable, como se dijo antes; si hay incapacidad jurídica, el acto es absolutamente nulo (art.1123, inc 1) (art. 219, inc. 2, C.C. 1984).

El art.1075 (art. 140, C.C. 1984) no mienta el consentimiento. Da por supuesto tal atributo, sin el cual sería inconcebible la existencia del acto jurídico. En realidad dentro de la indicación de agente capaz va implícita la noción. Agente capaz es quien jurídicamente tiene idoneidad para adoptar una decisión de voluntad valedera; es decir, quien puede consentir para generar un acto jurídico. El consentimiento es la causa eficiente del mismo. Se requiere, como escribe Von Tuhr, un **mínimum** de voluntad razonable. En buena cuenta, el acto es nulo o anulable por incapacidad de ejercicio absoluta o relativa, en razón de que se reputa que no puede ser otorgado por el sujeto un consentimiento eficiente. Capacidad y consentimiento son, pues, dos conceptos correlativos, pero sin embargo no confundibles. De otro lado, por carencia de consentimiento verdadero es que el acto es impugnable por simulación, que la declaración informal es intrascendente y que se reputa como inexistente la prestada en estados tales como alucinación, sonambulismo, hipnosis, temulencia con pérdida de criterio discriminatorio y, en general, en estados tales de conciencia obnubilada que no son compatibles con la libertad y discernimiento necesarios.

El consentimiento, en cuanto importa la voluntad con libertad de decisión, es la causa eficiente del negocio jurídico. No obstante, en casos taxativos el **vinculum juris** puede surgir o extinguirse sin la voluntad de un determinado sujeto. "Puede surgir por efecto de la sentencia del magistrado, toda vez que alguien venga a menos en la obligación que pesa sobre él **ex lege** o **ex voluntate**, de cerrar un contrato (art.2932): esto se justifica por un lado considerando que no se quiere permitir al deudor que se sustraiga a su obligación específica, para limitarse a resarcir los daños, y por otra parte notando que el proceso debe asegurar al vencedor el máximo de la utilidad de la cual es capaz. Se puede extinguir todas las veces que el deudor haga al acreedor en mora el ofrecimiento de la prestación debida y ella sea convalidada con una sentencia pasada en juzgado (art.1210 al 1212): esto se justifica reflexionando que el deudor,

además de la obligación del cumplimiento, tiene el derecho de liberarse cuando quiera cumplir, sin que esto le sea impedido por el acreedor que quiera rechazar por capricho el recibir la prestación pactada. En ambos casos, como quiera, se puede decir que la ley no exige necesariamente un nuevo consentimiento porque vincula los efectos precitados a la voluntad expresada en el contrato originario".(Stolfi).

El objeto

El objeto debe ser lícito, es decir, no debe el acto jurídico como contenido, referirse a algo opuesto a la moral, buenas costumbres, orden público, ni ser, en general, repudiado por el Derecho mismo. De aquí que en esto va implícito que el objeto no puede consistir en nada que la ley prohiba como explica Ferreyra Coelho, "los actos opuestos a la ley expresa o que aunque aparentemente legales tengan consecuencias infractoras de la misma, no son garantizados por el derecho, porque las consecuencias de los actos **in fraudem legis agere** y los de **contra legem agere** siempre infringen al Derecho".

Pero en realidad no basta con declarar la licitud del objeto, para la validez del acto jurídico. El objeto debe contener los siguientes caracteres que anota Viforeanu: "1) existir, o tener la posibilidad de existir, porque las cosas futuras pueden formar el objeto de una obligación; 2) ser determinado o determinable; 3) ser posible (se refiere a la imposibilidad absoluta, pues la imposibilidad relativa se resuelve en daños y perjuicios); 4) ser lícito (esto quiere decir que no sea contrario al orden público y a las buenas costumbres). Si los tres primeros elementos son de verdadera evidencia, no se puede decir lo mismo del cuarto, cuyo contenido tiene necesidad de ser precisado, porque es en atención al carácter lícito, necesario al objeto, que la ley limita la libertad contractual".

El Código sanciona con nulidad el acto cuyo objeto fuese ilícito o imposible en el artículo 1123, inciso 2 (art. 219, incs. 3 y 4, C.C. 1984), o aquel que la ley declarase nulo, en el inciso 4 del mismo (art. 219, inc. 7, C.C. 1984).

Por lo demás, el **objeto** a que se refiere el art.1075 (art. 140, C.C. 1984) ha de ser entendido en ancha significación. No es el objeto como una cosa simplemente material (aunque en ciertos actos en ellos cabalmente consiste específicamente el objeto; por ejemplo la cosa dada en comodato en este último contrato). Es el objeto del acto en general como la causa material propia del acto. Por eso no podemos adherirnos a la indicación de Stolfi, de que el objeto es un elemento esencial sólo de los negocios patrimoniales, sean **inter vivos** o **mortis causa**, mas no de los personales, "porque solamente los primeros hacen surgir una relación entre la persona y la cosa, mientras que los segundos hacen nacer relaciones únicamente entre las personas". ¿Cuál sería, se pregunta, el

objeto del matrimonio? Los deberes de fidelidad, cohabitación y asistencia no conciernen a los bienes y sólo a las personas. Pero con ese criterio, negocios jurídicos que no se refieren a bienes quedarían sin **factum** alguno que los constituyeran. No puede hablarse de un negocio jurídico sin un algo, un **aliquid**, un contenido patrimonial o no, que le corresponda. ¿El reconocimiento de hijo no tiene un objeto? ¡Claro que sí! Determinar una relación paterno-filial. ¿Y el negocio asociacional? ¡Indudablemente! Crear un ente social. ¿Y la emancipación? Su objeto es atribuir un nuevo **status** a una persona.

La forma

En cuanto a la forma, en general ella es esencial para el acto, pues sin la misma no caería dentro del ámbito de la vida jurídica. El acto jurídico, pues, ha de tener determinada forma; pero una forma especial sólo será indispensable cuando la ley así lo ordene y no podrá, de otra parte, usarse una forma que esté prohibida por la misma.

El art.1122 (art. 143, C.C. 1984) se ocupa en especial de la forma de los actos jurídicos, y el art. 1123, inc. 3 (art. 219, inc. 6, C.C. 1984), declara la nulidad del acto por no revestir la forma prescrita por la ley. Remitimos al lector a los comentarios pertinentes a dichas disposiciones.

Hay que observar en relación al art.1075 (art. 140, C.C. 1984), que en cuanto a la forma, dicho precepto establece dos casos diferentes, pero vinculados conceptualmente. En primer término concierne a la observación de la forma prescrita por la ley, y a ello nos hemos referido antes. En segundo lugar se refiere a la forma "que no esté prohibida por la ley". Si la ley entre varias formas utilizables, prohibe una sola, el acto es nulo cuando se utiliza cabalmente esa forma vedada y no alguna otra permitida; así el testamento puede hacerse por escritura pública o ser cerrado (místico) o ser ológrafo, y el art.683 (art. 694, C.C. 1984) no permite que el mudo utilice la escritura pública, pero sí, puede hacer testamento místico u ológrafo; de suerte que si el testamento fuese por escritura pública, sería nulo por haberse empleado una forma prohibida por la ley.

La causa

El Código no considera la causa como requisito del acto. El anterior Código (arts.1235, 1253)(*) si exigía la existencia de causa y que ella no fuera falsa o ilícita.

Se ha debatido fragorosamente sobre la certeza o no de la acción de la causa. Desde luego, el asunto sólo puede ser examinado en relación

(*) *Se refiere al Código Civil peruano de 1852. (Nota del editor).*

a actos que comporten trasmisión patrimonial. Todo acto tiene una causa, en cuanto responda necesariamente al principio de razón suficiente. Pero de lo que ahora se trata es si en negocios con asignaciones patrimoniales, debe darse como un atributo de ellos la causa, para explicar aquéllos.

Es de preguntarse de dónde emana el distanciamiento de pareceres entre los que adoptan una posición causalista y una anticausalista.

Ningún pueblo alcanzó el grado de desarrollo que Roma en el derecho civil, especialmente en materia de las obligaciones. Para aprender el derecho, decía Pothier, es preciso comenzar por aprender las Institutas de Justiniano. En el **Corpus Juris Civilis** encontró la humanidad el más acabado e imponente monumento de técnica y sistemática jurídicas. Pues bien, no aparece en el derecho romano una formulación orgánica de la causa, como después se entendió esta figura en relación al acto jurídico. El carácter formalista del primitivo derecho romano explica en parte tal circunstancia. La transferencia de propiedad se hacía mediante las solemnidades de la **mancipatio**, la **jure in cessio**, o se perfeccionaba con la **traditio**. En cuanto a las relaciones obligacionales, se utilizaba la formalidad de la **stipulatio**. Con el derecho honorario se fué atemperando el primitivo rigor formalista, y se introdujo entonces el remedio de las **condictiones**, que permiten por una labor de **analogia juris**, elevarse a una categoría institucional de la causa como elemento determinante y explicativo de transferencia patrimonial. Se puede ya hablar de causa final como dato propio del fin de la voluntad convencional, diferenciándola de la causa eficiente como fuente generadora **lato sensu** de obligaciones, y de la causa impulsiva como simple motivo sicológico.

Los canonistas hicieron avanzar la concepción atribuyendo validez intrínseca a la promesa, por encima de toda consideración formalista, en mérito del deber cristiano de respetar la palabra dadá. Por lo mismo, se exigía que hubiese una razón de ser de la promesa.

Domat presentó en forma breve pero completa y con lucidez de criterio la teoría orgánica de la causa. El **ordre naturel** que tanto preocupaba a Domat, la razón como dato esencial fundante del derecho, conducían a la formulación domatiana en este punto, estudiando los contratos onerosos y gratuitos y los de restitución, para establecer la justificación de la trasmisión patrimonial. A la concepción de Domat respecto a la causa podría aplicarse lo que dijera Gracián: poco y bueno, dos veces bueno.

Los autores alemanes llamados pandectistas explicaron también la concepción causalista independientemente de la influencia domatiana, pero coincidiendo básicamente con ella. Formularon una sistemática filosófica sobre la causa. El B.G.B. es causalista. Alguna vez se ha creído cosa diferente, por la observación superficial de que, disimílmente al

Código de Napoleón, no la menciona expresamente como un elemento esencial del acto jurídico. La causa está presente en toda la construcción del acto jurídico, y permite distinguir el mismo en acto causado y abstracto, que es aquel cuya causa es abstraída, puesta entre paréntesis, para facilitar la más pronta realización del efecto jurídico; es el acto "independiente", como también se le ha llamado; es decir, que no depende de la existencia de la causa para surgir válidamente.

El derecho anglosajón ha formulado el criterio de la consideración como dato integrante de los contratos, al distinguir éstos en los **contracts under seal** y **simple contracts**. Los primeros son contratos abstractos, por la formalidad que les confiere validez automática (como pasaba con la **stipulatio** romana). En los segundos es menester de una **valuable consideration** para que la promesa tenga eficacia.

En el derecho angloamericano se ha elaborado la concepción de la consideración. Esta en cierto modo se asemeja a la noción de causa del derecho continental. Con la distinción de los actos hechos o no **under seal**, la **consideration** tiene ingerencia, en cuanto a los primeros ella es irrelevante. Pero en los negocios que no revistan solemnidad es indispensable para su validez una suficiente y lícita consideración. La consideración es la razón que determina contratar. "La **consideration en substancia es la causa final**, la razón inmediata que justifica la obligación contraída y la promesa formulada por el deudor. Si bien el derecho inglés le ha impreso solemnidades propias, dándole una fisonomía particular, puede decirse que ella no es sino una simple modificación de la que impera en los sistemas de derecho moderno, especialmente en Francia. No obstante, Gorostiaga observa que aunque la causa y la **consideration** son análogas no son idénticas. Cuando menos con la causa como dato estructural de los diferentes tipos de negocios con asignaciones patrimoniales, hay disimilitudes; así existe la **consideration** insuficiente respecto a las trasmisiones **causa liberalitatis** del derecho continental. La consideración no es el motivo, sobre lo cual es bien conocida la diferencia en general, como ocurre también en cuanto a la causa y el motivo, y en cuanto a la **consideration** ilícita hay semejanza también con la causa (dentro de la concepción neocausalista). Domat veía la causa, en los contratos de liberalidad, en el motivo que tenía el autor de la misma; en los reales, en la prestación previa efectuada por el tradente; y en los sinalagmáticos, en la obligación de cada contrayente. Tal construcción de la noción de la causa ha sido tachada de falsa e inútil, entre otros por Planiol.

Se sostiene que es falsa, que no tiene explicación racional tratándose de los contratos sinalagmáticos; es un mero expediente dialéctico en relación a los reales y no puede desidentificarse del motivo, de la causa impulsiva, en los actos de pura liberalidad. Y se arguye que es inútil. En

los contratos reales la supuesta ausencia de causa sería la ausencia del contrato mismo; en los actos gratuitos, la ausencia del motivo; en los contratos sinalagmáticos, la conexidad que vincula las dos obligaciones es "una relación de dependencia mutua -la simple naturaleza sinalagmática del contrato mismo- absolutamente distinta de una relación de causalidad" (Planiol). De otro lado, cuando se ha hablado de causa ilícita no se ha podido, en rigor, distinguir ella del objeto mismo del negocio. "Una obligación con causa ilícita es obligación ilícita, y su ilicitud no proviene de que sea ilícita su causa, es decir la obligación correspondiente, la prestación de la otra parte (en contratos sinalagmáticos), sino ser ella ilícita en sí misma" (Dabin). Una solución se presenta, según Dabin, también en liberalidades, citando a Portalis, que decía: "respecto a tal especie de contratos puede examinarse si la causa es contraria a las buenas costumbres, si es lícita o no, pero nunca podrá alegarse que la falta de causa de todo acto a título gratuito se encuentra siempre en la misma liberalidad".

No obstante se debe ser cauto en lo que se refiere a pronunciar veredicto inapelable en contra de la idea de causa. Hay algo racional en ella, más fuerte que toda argumentación crítica, que la defiende. No es propio en general, que alguien se obligue sin un porqué y sin que se considere el para qué. Y aquí es cuando entra la idea de causa. Ella es, en principio, diferente del objeto. Este es el elemento material de la obligación, lo que constituye el dato objetivo, la prestación misma, por lo cual no es confundible con la causa, que explica racionalmente la razón determinante y la finalidad social de la obligación; confundir una cosa y otra es confundir objeto con objetivo, como dice el eminente Capitant.

También en principio es distinguible la causa del motivo, hecho sicológico, subjetivo, impulsivo. La causa es diferente; no tiene como el motivo una existencia material fenoménica; es una simple consideración racional, es un concepto, una construcción técnica, como dato espiritual, que sirve especialmente para estimar el principio de utilidad social de la obligación (Venezian); lo que tiene especial interés tratándose de la licitud o ilicitud de la misma.

Así estimada, véase si la causa debe mantenerse como elemento esencial del acto jurídico.

En primer término, hay actos jurídicos en los cuales ella no tiene ingerencia: los de carácter extrapatrimonial; por ejemplo: matrimonio, reconocimiento de hijos.

Tratándose de los patrimoniales, o más precisamente de los actos que signifiquen una traslación patrimonial, es cuando la cuestión presenta su interés. Y aquí conviene distinguir entre actos onerosos y gratuitos.

Tratándose de los actos onerosos, la causa en el sentido antes enunciado, no se confunde con el objeto (ni menos con el motivo); pero tratándose de los gratuitos, si bien no se confunde con el objeto, fracasa el esfuerzo para distinguirla del motivo, pues al hablarse de la voluntad o deseo o intención de liberalidad, de **animus donandi**, no se expresa con esto sino un concepto vacío, o el motivo, el hecho sicológico, impulsivo, que decide al autor de la liberalidad. Y es que la causa -esto no debe olvidarse- es una construcción técnica; puede así en unos casos ser separada del motivo, en otros no.

En relación a actos onerosos debe funcionar la causa, en cuanto a explicar el porqué de la obligación, desde que aquélla no se confunde con el objeto ni con el motivo. La ausencia de causa o la falsa causa deben, en general, paralizar la obligación, o si ésta se ha ejecutado ya, dar origen a repetición. Pero en los actos gratuitos, no cabe hablar de falsa causa o ausencia de causa, desde que ésta no puede ser distinguida del motivo, y éste no es tomado en cuenta en general. (Lo que puede ocurrir, tratándose de los actos de liberalidad, es que éstos se efectúen por consideraciones equivocadas acerca de la persona favorecida; pero entonces se trata de otro supuesto, el error como vicio del consentimiento).

Pero con respecto a la causa no se trata sólo de determinar el porqué de la obligación; lo que lleva a estudiar si hay una razón fundada y cierta para ella, sino también de determinar el para qué de la obligación, el propósito o finalidad que se pretende; lo que lleva a considerar la licitud o ilicitud de la causa. Y esto puede presentarse tanto en los actos onerosos como en los gratuitos. No se trata aquí del objeto de la prestación. Uno y otro elemento son distinguibles en todo caso: el objeto es el contenido mismo de la obligación, la causa es la razón determinante (desde un punto de vista general, jurídico, no particular, sicológico), o la finalidad que se busca en relación a la obligación. Cuando A presta una cantidad a B, para que realice un hecho inmoral, la obligación de A para B tiene un objeto lícito, pero su causa es ilícita (en tanto que la obligación de B tiene en sí un objeto ilícito).

La utilidad de la idea de causa se presenta precisamente en relación a la ilicitud de ella, más que en relación a la falsedad o ausencia de la misma.

Tratándose de lo último, de la ausencia de causa o de su falsedad, hemos visto que ello no tiene propiamente cabida en referencia a los actos gratuitos, mas sí a los onerosos. Pero aun en éstos, puede prescindirse del expediente de la causa, pues el que la obligación respectiva no sea exigible, se puede conseguir por otros medios legales: error en el consentimiento, simulación, falta de un elemento natural en el respectivo **negotium iuris**; excepción de **non adimpleti contractus**, las **condictiones**, etc. Es, tratándose de la licitud o ilicitud, que la causa es

un elemento de consideración útil. La noción de la causa ilícita en cuanto a la finalidad de la prestación respectiva, como elemento que quebrante la validez del acto, puede presentarse en los contratos onerosos. Esto es fácilmente comprobable. También tratándose de los gratuitos, aun cuando es más difícil constatar cuándo es perceptible una causa ilícita. (No se trata de considerar la causa como el porqué que ha dado origen a la obligación, pues entonces, como se ha dicho antes, no se puede en puridad de verdad, ver otra cosa que el motivo, la razón impulsiva. Se trata de la causa como consideración ulterior, como finalidad, como el para qué, en cuanto explica la obligación). Si la finalidad de la promesa es tal que el estipulante deba, con carácter de exigencia, hacer algo o no hacer algo, entonces el acto jurídico escapa del ámbito de los graciosos para caer en los onerosos. Además, fácilmente se cae dentro de la figura del acto **sub conditione**, siendo ésta ilícita, en cuyo caso el acto no tiene valor (art.1104) (art. 171, C.C. 1984), y aún más fácilmente dentro de la figura del cargo ilícito, en cuyo caso también el acto es nulo (art.1119) (art. 189, C.C. 1984), sin que sea preciso recurrir en los casos indicados, al expediente de la causa.

La defensa de la causa desde el punto de vista anterior importa una concepción neocausalista. La causa deja de ser el dato objetivo formal, constitucional del acto jurídico, para convertirse en un factor de carácter concreto: el motivo determinante de la voluntad. El cuarto de conversión depara la ventaja de una mayor aproximación al mundo real de los fenómenos jurídicos, estableciendo un criterio útil y de fácil percepción que, distante de una fundamentación abstracta, permite reconocer en cada caso cuándo existe una razón concreta para una trasmisión patrimonial. En cierto modo amplía y enriquece la noción, permitiendo que el juez investigue los móviles decisivos de la voluntad, y venga a ejercer así un control acucioso sobre la moralidad o inmoralidad que haya presidido a la convención. (De aquí respecto a la nulidad por ilicitud del acto, es que la causa en su nueva forma ha encontrado su más propicio clima de desarrollo). Este nuevo planteamiento por lo mismo que extrae a la causa de su antigua ubicación, que hacía basar la causa en una consideración general sobre el acto, inmune de todo en cuanto a la fundamentación intrínseca de ella, como la que arreció contra la antigua concepción, al tachársela de falsa e inútil.

Pero aquí se levanta la objeción que toca a toda actitud alusiva en sí del problema en su raíz filosófica. La causa referida a los resortes de la voluntad, al hecho concreto del consentimiento determinante del acto, es una noción que precisamente queda englobada dentro de tal elemento: el consentimiento. Se trata sólo de un análisis más minucioso, más indagativo del mismo. Por lo mismo, la causa no puede presentarse con autónoma existencia.

La concepción de la causa que Domat expuso con prístina diafanidad, la que los pandectistas desarrollaron con severa logicidad, es la que sirve verdaderamente para justificar la trasmisión patrimonial dentro del acto jurídico. El buen sentido advierte que no debe existir acto de tal clase que no responda a una causa. ¿Pero en qué consiste ésta? Hay que recordar lo que se entiende por causa final y por causa formal en el terreno de la metafísica. Por ella, el acto asume una forma determinada, una configuración propia que le moldea según el propósito a que debe res-ponder. La forma viene a representar la estructura típica que identifica el acto, y por lo mismo, viene a significar lo acabado y perfecto de él, su entelequia por decirlo así. Por ella el acto es tal característicamente, y no otro; es lo que se ha querido que él sea, el fin al que por razón natural estaba dirigido. La causa del acto jurídico es esa su causa formal y su causa final, esa entelequia del mismo que lo tipifica, que le atribuye carácter constitutivo; es la esencia de un tipo universal de actos que abarca todo un conjunto existencial de ellos en particular con sus diferencias accidentales.

En efecto, hay diferentes tipos de actos jurídicos en consideración a su causa. Unos que importan un desplazamiento patrimonial en vista de una obtención correlativa: son los onerosos. Otros en que el desplazamiento se hace en virtud de un **animus donandi**: los actos gratuitos. Una tercera clase que responde a una restitución de cosas que se tenía no definitivamente; actos en que la trasmisión patrimonial obedece a un pago por obligación anterior. Y hay también aquellos en que la entrega se hace en señal o arras por un contrato que se cumplirá después. Son diferentes tipos de actos, con sus características propias. Y cada tipo categorial, y, por ende, cada acto comprendido en él es tal y no otro, precisamente en virtud de este elemento determinante que representa lo que se llama la causa. Por eso hay una **causa credendi, donandi, restituendi, solvendi, cavendi**. La enumeración no es exhaustiva. Son esas las causas que se conocen y utilizan para la pactación de los diferentes actos jurídicos patrimoniales. Puede el jurista, el legislador, el contratante, descubrir otros casos.

Cada una de estas causas imprime carácter a un determinado grupo de actos jurídicos, que teniendo cada uno de éstos su individualidad, se engloban dentro de una categoría común, que les da sentido y configuración. La causa viene a ser así como una totalidad abstracta que funda la existencia de los actos singulares, pues un acto patrimonial es comprensible como tal en cuanto cae dentro de una de esas categorías. Quien transfiere una cosa lo hace o para obtener algo a cambio, o para otorgar un beneficio, o porque hay un antecedente que origina su restitución o su pago, o porque se quiere garantizar determinada operación. Una multiplicidad de actos se acogen a una u otra categoría, y ésta permite calificar a cada uno de ellos como oneroso, gratuito, de

restitución, de pago o de garantía. No importan las diferencias particulares entre un acto y otro que caen dentro de la misma comprensión genérica. Que Pedro venda a Juan el objeto X porque obtiene cierto precio, o que Pablo dé a José el objeto Z porque reciba otro en cambio, es indiferente en lo que se refiere a la causa. Ambos con sus particularidades tienen de común que les incumbe idéntico carácter: son contratos onerosos, toda vez que la trasmisión se ha debido a una **causa credendi**.

Así entendida la causa, pretender negarla es negar la esencia de los actos jurídicos agrupados en ciertas series categoriales. Es decir, suponer la existencia del acto sin esencia. No podemos concebir un acto jurídico patrimonial sin determinado carácter que predique a su sustancia, porque si no, no sería tal, sino sería ónticamente distinto. Pues es la causa, como se dijo antes, es la causa formal y final que da estructura a los actos jurídicos, la que les confiere sentido dentro de las configuraciones formales antes referidas.

El error de los anticausalistas ha consistido en ver en la causa un elemento real, como el consentimiento, el objeto, el motivo, queriendo constatar si se presenta o no la causa "en persona" en cada acto jurídico en particular, adoptando así una actitud empírica. No: se trata de un objeto ideal, de un elemento abstracto, de una esencia, de un universal genérico, por lo mismo de una significación eidética; se trata de la quididad que imprime consistencia necesaria a todos los actos que con sus particularidades accidentales caen dentro de cada tipo estructural de causa. Es ésta la que hace que un acto sea lo que es, oneroso, o gratuito, o de restitución, o de pago, o de garantía, y que se distinga de cualquier otro de diversa calificación esencial, con independencia de sus manifestaciones particulares y sus concretas singularidades contingentes. En otros términos, mediante una abstracción ideatoria encontramos siempre que todo acto patrimonial, por más que se modifiquen esos atributos, presenta una característica irreductible, lo idéntico, lo esencial del acto según las categorías de causas que explican su configuración estructural.

Como la teoría neocausalista ha descuidado esta consideración metafísica, acepta implícitamente la crítica a la teoría clásica de la causa, y refugia a esta última en otro ámbito. Al propugnar que se la estime como el motivo convencional que determine el acuerdo de voluntades, incurre en la deficiencia de dar una simple explicación sicológica, fenoménica, percibiendo sólo un dato empírico. Se puede reconocer que tal motivo tenga influencia sobre la validez del acto. Pero se trata de algo distinto. El error en el motivo -o su ilicitud- es un hecho que accede al consentimiento. Hay que apreciarlo, pues, en relación a este elemento real del acto. Pero la causa es un elemento formal, irreal, ideal.

La falta de causa tomada en su significación trascendente, importa la nulidad del acto. Ello es evidente, toda vez que éste carece entonces de una de sus determinaciones ónticas fundantes. También se ha hablado de nulidad por ilicitud de la causa. Una de las circunstancias que han estimulado la crítica anticausalista ha consistido en esta invasión indebida de la causa a región que no le corresponde. En puridad, es impropio hablar de licitud o ilicitud de causa. Se puede hablar de licitud o ilicitud del objeto (en lo que en verdad hay también gran impropiedad), del motivo convencional. Aquí estamos dentro de datos susceptibles de ser calificados como lícitos o ilícitos; es decir, a los que les son atribuíbles un juicio de valor mayorativo o peyorativo. Esta atribución referida a la causa sería inocua, impertinente, porque en sí ella como dato abstracto, estructural del acto, no es susceptible de ser enjuiciada como lícita o ilícita. Lo que propiamente puede ser objeto de tales juicios de valor, es la acción humana. Hablar de licitud o ilicitud de la causa, es como decir que la suma de tres ángulos que dan dos rectos, es algo piadoso o impío, o que la ley de gravedad es bella o fea.

Tratándose del motivo determinante del contrato que viene a faltar (refiriéndonos a la teoría neocausalista), basta aplicar debidamente el error como vicio en el consentimiento. Sabemos, por lo demás, que no se trata del motivo íntimo, secreto, agnóstico, sino del motivo conocido por ambos contratantes, que lo han elevado así a la altura de un elemento convencional. El Código peruano se refiere a él en su artículo 1084 (art. 205, C.C. 1984), aunque emplea infortunadamente la expresión de la falsa "causa". Tratándose del motivo que es ilícito, él debe acarrear la nulidad del acto (siempre que sea el motivo determinante, expresamente manifestado o puesto como condición). Es impropio hablar de un objeto ilícito, como lo hace el Código peruano en el inciso 2 del artículo 1123. No hay objeto, entendido como cosa, que **per se** sea lícito o ilícito. Sólo la acción humana, la intención, el motivo, la voluntad, es calificable como tal. La causa en su acepción auténtica no da origen a nulidad por ilicitud del acto jurídico. Sólo hay lugar a nulidad por inexistencia de causa, por falsedad o simulación de ella. Entonces el acto jurídico en que aparece la trasmisión patrimonial carece de uno de sus elementos esenciales, y por ello es ineficaz. La técnica queda encargada de organizar las figuras para normar dicha nulidad. Esto es un aspecto diferente, que no interesa al estudio en sí de la causa en su intrínseca significación.

El Código peruano promulgado en 1936 no ha hablado de la causa como elemento integrante del acto jurídico. Sus autores se decidieron por el anticausalismo, deslumbrados a lo que parece por la argumentación de un civilista francés, Planiol. Pero si la causa es lo que no puede dejar de ser, entendida como elemento estructural del acto patrimonial, entonces no cabe interpretación personal. El legislador no puede negar su existencia, como no podría negar el físico una propiedad de los cuerpos,

o el matemático una ley de los números. Los seres ideales no son únicamente porque nosotros, el hombre, mediante un juicio existencial les confiramos existencia. Sí los descubrimos y los describimos. Como se trata de algo que es por sí, ellos no dependen de la contingencia fáctica de que nuestro pensamiento les atribuya validez entitativa. La causa, así viene a ser una noción irrecusable.

Hay que tener presente, por lo demás, en atinencia a la discriminación entre actos abstractos y causados, que los primeros ofrecen la utilidad de facilitar el tráfico jurídico, y que importan, como lo ha demostrado Osias, la coexistencia de dos actos, de los cuales uno es causante del otro. Si en dichos actos abstractos se prescinde de la causa, sólo se hace transi-toriamente, para facilitar el surgimiento del acto; pero se retorna a ella, como elemento de consideración ulterior, en cuanto a determinar si un hecho que haya producido cambio en las situaciones de fortuna de dos individuos, merece o no ser atendido por la ley, es decir, si ha existido una justificación, una causa en tal sentido, para tal cambio. Pero entonces, si se prescinde de la causa en cuanto a requisito del acto conforme a la vieja escuela, resulta siempre indispensable organizar el instituto así llamado del "enriquecimiento sin causa". Esto lo hemos indicado antes al hablar de la distinción entre actos causados y abstractos. El Código consigna sobre el particular el precepto 1149 (art. 1954, C.C. 1984).

La crítica es infundada cuando ve en la causa una concepción absolutamente arbitraria, carente de sentido lógico. El anticausalismo quiere ver en ella un elemento de orden material, sensible, objetivo, vulgarmente existencial, y de aquí que no puede verla sino en consideración al objeto o al motivo. Pero la causa es una concepción espiritual y teórica, y así se distingue o es distinguible del objeto y también del motivo (en ciertos casos no, como es en los actos gratuitos; pero ello no importa).

Es, pues, propiamente así, por las anteriores consideraciones que es defendible el principio de la causa. (*).

Manifestación de la voluntad

El artículo 1075 (art. 140, C.C. 1984) es en cierta forma diminuto. No basta la capacidad del agente, la licitud del objeto y la observancia -en su caso- de la forma, para que surja un acto jurídico válido. Se requiere también que la declaración de voluntad, en que se manifiesta el negocio, responda a una determinación seria, destinada a crear un resultado

(*) *La causa ha sido expresamente recogida por el Código Civil vigente en el Art. 140, inc. 3. (Nota del editor).*

jurídico. Por eso tratándose de la simulación absoluta no hay acto jurídico. (De la simulación se ocupa el artículo 1094 y siguientes) (arts. 190 y s.s. C.C. 1984). Pero hay otros casos, además de la simulación, en que una declaración de voluntad carece de la seriedad o no responde a una voluntad real, capaces de generar efectos jurídicos. Así las declaraciones hechas **jocandi causa**, o con reserva mental.

El Código no se refiere a estos casos, ni en el artículo 1075 (art. 140, C.C. 1984) ni tampoco en el siguiente, que sólo se contrae a indicar las formas de manifestarse la voluntad, es decir, a cuestión diferente.

En general, en los derechos latinos se prescinde del asunto; sólo se le mira ya por la doctrina, ya por la jurisprudencia, en cuanto una voluntad no seria puede dar origen a responsabilidad contra el declarante, haciéndose una forzada aplicación aquí del principio de la falta delictual. Chironi y Abello, más acertadamente, observan: "puesto que el concepto de responsabilidad entraña un elemento de falta, parece más correcto invocar un concepto de garantía, en atención a que el tercero a quien la declaración es dirigida, a fin de tomar parte en el contrato, esté asegurado o garantizado por la declaración, que la voluntad exteriorizada es la voluntad real".

En cambio el Código alemán tiene el mérito de consignar los siguientes artículos:

Art.116.- "La declaración de voluntad no será nula porque el declarante se reserve secretamente su intención de no querer lo declarado. Será nula cuando deba hacerse a otro que conozca la reserva".

Art.118.- "Es nula toda declaración de voluntad informal hecha con la esperanza de que no podrá desconocerse la falta de seriedad".

El Código ruso prescribe: "son nulos los actos jurídicos que de acuerdo entre las partes, no se hubieran efectuado más que por fórmula, sin intención de engendrar consecuencias jurídicas" (art.34). El Código chino (art.86) y el polaco (art.33) contienen disposiciones análogas. El artículo 116 del Código alemán se refiere, pues, a la declaración con reserva mental. Esta existe, cuando lo expresado no es lo íntimamente querido y no expresado. Su sentido conceptual estriba en que no sea conocido el querer íntimo del declarante por la otra parte, así aquél haya sido participado a un tercero (Bem). Pero huelga que éste no tenga ningún deber de comunicar tal hecho a la parte que ha recibido la declaración. La reserva mental no es estimada distintamente, según la clase de medios de la declaración; así, aunque tenga lugar tratándose de **facta concludentia**, el negocio no es invalidable.

Pero conocida la reserva por la otra parte, no hay negocio. Esto respecta sólo a las declaraciones recepticias (Saleilles). Dicha parte no

podría tener interés legítimo para sostener la eficacia del negocio, pues no ha sido perjudicada, ni engañada. De esto se desprende que no puede avocarse derecho a un "interés negativo". Quien invoque la nulidad deberá probar tanto que existió la reserva, cuanto que ésta fué conocida por el destinatario de la declaración.

Se induce de lo anteriormente dicho que no existe **reservatio mentalis**, técnicamente hablando, cuando se hizo en forma tal la declaración que pueda adquirir conocimiento de la reserva el destinatario.

La finalidad de la reserva es hacer vana la declaración. Pero comprometerse y negarse al compromiso es antinómico. Funciona aquí el principio del tercio excluído. Por lo demás, no interesa, en cuanto a la vanidad de la reserva mental, el móvil moral e inmoral que haya guiado al reservante. Como escribe Von Tuhr: "por lo general, ese propósito es moralmente reprochable; pero la reserva mental carece de eficacia aunque no descanse en motivos inmorales; por ejemplo, cuando, en presencia de A, alguien con reserva mental promete una suma en mutuo, porque, por cualquier motivo, en presencia de A no tiene el coraje de rechazar la solicitación de B; o cuando una mujer maltratada por su marido le hace un donativo para apaciguarlo, pero que, en realidad, no quiere efectuar esa donación, sino que se reserva hacer valer la nulidad después del divorcio. Incluso la reserva mental hecha con propósito benéfico -por ejemplo, en un contrato que se celebre para tranquilizar a un enfermo- carece de eficacia, por meritorio que sea el motivo del declarante".

Las declaraciones que no son constitutivas de una voluntad de comprometerse, sino que son hechas sin propósito serio alguno, y sólo en mira de broma, fines didácticos o consistentes en motivos de representaciones teatrales, las hechas **animus jocandi** o por jactancia no son dignas de tomarse en cuenta, o por simple cortesía, etc., no acarrean consecuencia alguna, salvo eventualmente la reparación de los llamados intereses negativos, si el tercero no tenía por qué estimar como falta de seriedad la declaración producida (artículo 122 del Código alemán). Es un caso de aplicación de culpa **in contrahendo**. Es necesario, desde luego, para que la declaración no comprometa, que su destinatario se pueda percatar de la carencia de sinceridad y seriedad con que obró su emitente; lo que derivará de las circunstancias que generalmente son notorias. La declaración entonces sólo tiene una realidad aparente. Propiamente carece de toda base volitiva; es una nolición, es una expresión con significación, pero sin **substratum** decisorio alguno.

La declaración informal puede presentarse en declaraciones recepticias o no. En todo caso falta consentimiento y, por lo tanto, no hay negocio jurídico; no sobreviviendo, por lo mismo, efecto jurídico alguno, salvo eventualmente el pago de reparación.

El artículo 118 del Código alemán se refiere a las declaraciones en broma. El proyecto checoeslovaco (artículo 796) habla de voluntad seria, como requisito de validez de la declaración. El Código polaco (art.33) se refiere a la nulidad de una declaración "hecha en circunstancias que prueben que la persona no ha tenido la intención de obligarse seriamente".

MANIFESTACION DE LA VOLUNTAD

Art. 141 (C.C. 1984).- La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se formula oralmente, por escrito o por cualquier otro medio directo. Es tácita, cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.
No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.

Art.1076 (C.C. 1936).- La manifestación de la voluntad puede consistir en la expresión positiva o tácita, o en la ejecución de un hecho material. Puede resultar también de la presunción de la ley en los casos en que ésta lo disponga expresamente.

Referencias : Digesto, lib.44, tít.7, pr.38; lib.II, tít.14, lib.1, pág.3; Código argentino, artículos 913 y siguientes; austríaco, artículos 863 y 883; suizo, artículo 1; mejicano, artículo 1803; brasileño, artículo 1079; polaco, artículo 29; soviético, artículos 27 y 28; turco, artículo 1.

Ningún acto puede tener el carácter de voluntario sin un hecho exterior en que la voluntad se manifieste. El Derecho no es sicología, no es investigación agnóstica en el campo de la conciencia. El Derecho fundamentalmente mira hacia el lado externo, hacia la conducta exteriorizada del agente. Por eso es indispensable detenerse en la manifestación de la voluntad en cuanto generadora del acto jurídico. Una indicación de tal naturaleza se contiene en el artículo 913 del Código argentino, el cual por lo demás ha sido suprimido por la Comisión Reformadora del mismo.

Expresa Bibiloni: "Se suprime el art.913 porque los hechos voluntarios son acontecimientos realizados, y es por consiguiente de su esencia que haya un acto exterior por el cual la voluntad se manifieste,

como lo dice el art. suprimido. Los hechos voluntarios no son propósitos, sino realidades ejecutadas".

Por lo demás, la bondad del principio es indiscutible, pues como dice Staudinger, "en esta definición es correcto que efectivamente cualquier negocio jurídico necesita una declaración de voluntad, es decir, que la declaración de voluntad constituye un factor esencial del negocio jurídico. El negocio jurídico no es la declaración de voluntad como tal, sino el hecho mismo en su totalidad, que crea el efecto jurídico y que contiene una declaración de voluntad como elemento esencial. Por lo demás, el hecho puede ser naturalmente de forma muy variada en los diversos negocios jurídicos y también conforme con sus elementos esenciales".

Y agrega el mismo Staudinger: "el orden jurídico no puede atribuir importancia a la determinación de la voluntad, como acto síquico interno, mientras que no se haya revelado de un modo reconocible en el mundo del comercio jurídico. El acto de hacerlo reconocible se efectúa mediante una determinada conducta exteriorizada del agente. Tal conducta puede manifestarse en diferente forma para que merezca consideración; solamente que debe inducir a la conclusión acerca de la voluntad cuando se la juzgue según los principios usuales en el comercio. Si tal cosa ocurre y cuando el agente tenga conciencia de las consecuencias de su conducta, se trata entonces de una declaración de voluntad. En ciertos casos el orden jurídico prescribe la conducta que debe seguirse para que se justifique, en términos generales, la conclusión acerca de la voluntad y para que la declaración sea eficaz. Esto incumbe a todas las declaraciones que requieren formalidad".

El mismo autor escribe: "En la conducta del agente debe manifestarse claramente su voluntad de obligarse, de modo que dicha voluntad como tal, resulta comprensible a quien se dirige, conforme los usos del tráfico. Por lo pronto, no es de interés el hecho de si se le comprende efectivamente en un caso concreto. Todas las formas posibles de la exteriorización pueden corresponder al uso del tráfico, según las circunstancias del caso. La voluntad inherente a la declaración puede revelarse en forma verbal o escrita, así como en otras manifestaciones, tal como asentir o rehusar mediante un movimiento de la cabeza, romper un documento, etc., a menudo también en la así llamada realización material, que consiste, por ejemplo, en el envío de la mercadería encargada".

Maneras de manifestarse la voluntad

La primera distinción que debe hacerse, conforme al art.1076, (art. 141, C.C. 1984), acerca de cómo se manifiesta la voluntad de obligarse, es la de una expresión (positiva o tácita) de la voluntad o la ejecución de

un hecho material, consumado o simplemente comenzado. Este último -es obvio- constituye la mejor demostración de voluntad de crear un efecto jurídico.

En cuanto a la expresión de voluntad puede ser positiva o tácita de un lado, o puede ser inducida por una presunción de la ley, de otro lado.

Manifestación expresa

La expresión positiva puede manifestarse verbalmente, por escrito o por signos inequívocos con referencia a determinados objetos. Más propio que hablar de expresión positiva, es hablar de manifestación expresa (tal es el término que usa Savigny), pues la idea que informa al precepto, es referirse a la manifestación de voluntad que tiene por objeto directo tal manifestación, sea en sentido positivo o negativo, a diferencia de la manifestación tácita, en que la conducta de la parte no se dirige directamente a crear una situación de derecho, pero ésta se induce de aquélla (Chironi y Abello). Por eso, con más precisión, Crome denomina a la declaración expresa, voluntad directa, y a la tácita, voluntad indirecta.

Mientras que tratándose de la expresión verbal o escrita, la demostración de la voluntad es relativamente fácil de constatar, tratándose de la expresión por medio de signos lo es menos, por lo que se exige que ellos sean inequívocos con referencia a determinados objetos.

"He aquí un ejemplo muy corriente de un contrato que se perfecciona generalmente sin palabras ni escrito, por la simple manera de proceder: un transeúnte detiene un taxi al paso alzando el brazo, abre la puerta y penetra en el vehículo, diciendo simplemente el punto a donde quiere ir. El hecho de estar dedicado el conductor al servicio público, es una oferta de conducir a todo individuo del público que lo desee, a cualquier punto dentro del radio de su demarcación, por el precio marcado en la tarifa; y la llamada del transeúnte equivale a la aceptación del pago de los derechos de tarifa por sus servicios. Lo mismo ocurre cuando un consumidor entra en una tienda, toma un artículo que tiene el precio marcado, pone el precio sobre el mostrador y se marcha llevándose el objeto" (Jenks).

Manifestación tácita

La expresión tácita resulta de aquellos actos por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad, en los casos en que no se exige una expresión positiva o cuando no haya una protesta o declaración expresa en contrario.

El art.1333 del Código nacional prescribe: "Si el negocio fuese de aquellos en que no se acostumbra la aceptación expresa, o cuando el oferente la hubiera dispensado, se reputará concluído el contrato, si la oferta no fué rehusada sin dilación" (art. 1381, C.C. 1984). Quiere decir

que la manifestación tácita se presenta cuando en razón de una declaración anterior, por circunstancias que se conectan a ella, cabe considerar que el agente ha tenido una voluntad en determinado sentido. Tales circunstancias vienen a ser el elemento determinante de la voluntad tácita. Casos de esta manifestación tácita se encuentran alojados en los arts.750, 751, 1254, inc.2, 111, 1301, 1302, 1303, 1552. (Ver arts. 1333, inc. 2; 1297; 1299; 1298, C.C. 1984). No puede considerarse que existe voluntad tácita si la ley, en referencia al asunto, requiere una voluntad expresa; por ejemplo, no hay prórroga tácita de la sociedad (art.127, C. de Comercio); y tampoco si el agente hace una reserva o protesta (manifestación expresa en contrario a lo que resultaría de las circunstancias) para que no se atribuya la existencia de una voluntad tácita; así, una persona cuida y da alimentos a un niño, pero admitiendo que no es hijo suyo; de tal modo que no cabe imputarle paternidad.

La manifestación de voluntad en este caso resulta inducible inmediatamente de algún acto que tal vez responda a una finalidad distinta, pero que según la experiencia y el concepto general, indica tal manifestación de voluntad, relativamente a un asunto determinado. Así, considérese el caso del acreedor, que después del vencimiento de una deuda hipotecaria recibe nuevos intereses mutuarios; lo que significaría prórroga de la hipoteca; o el caso de una devolución de un documento justificativo de un crédito del acreedor al deudor, lo que significaría un **pactum de non petendo.**

Dos son, pues, las condiciones para que exista manifestación tácita. La primera es que de los actos derive certidumbre en cuanto a la existencia de la voluntad; es decir, que aquéllos deben ser, como dicen los autores, **facta concludentia.** La constatación de tal certidumbre es circunstancial. El juez la apreciará en el caso concreto según su "sano sentido común". Pero es evidente que la ley le encomienda ser exigente en cuanto a tal constatación. La segunda condición consiste en que no se exija expresión positiva o no haya protesta o declaración expresa en contrario. Dicha exigencia de expresión positiva versa sobre una exigencia de la ley. Por eso el art.1079 del Código del Brasil indica que la manifestación de voluntad puede ser tácita cuando la ley no exige que sea expresa. Así que exigida la manifestación expresa, queda excluída la meramemte tácita. (Así por ejemplo, la no prórroga tácita del contrato de sociedad). La razón de este "formalismo negativo", está en no poner a cargo de una persona obligaciones de cierta naturaleza, si no las ha querido netamente, y en la seguridad que da a los negocios jurídicos (Demogue). La protesta o reserva expresas, impiden interpretar de modo distinto la conducta de la parte, y ellas necesariamente predominarán, desde que el negocio jurídico ha de entenderse según la determinación de la voluntad humana y ésta se ha manifestado en forma inequívoca. (Así, supóngase el caso de un individuo que desde el nacimiento de un niño cuida de éste; puede tener

interés en dejar constancia que su proceder no debe interpretarse como voluntad de reconocer al niño).

Dice Savigny que "admitir una manifestación tácita implica siempre un juicio verdadero sobre un acto determinado, teniendo en cuenta las circunstancias accesorias; juicio que ocupa aquí el mismo lugar que para la manifestación expresa (lo que el Código llama manifestación positiva) la interpretación de los términos empleados. Frecuentemente, el acto no basta por sí solo para establecer la manifestación de voluntad; es necesario todavía el concurso de otras circunstancias exteriores; pero aún entonces, que se está autorizado para deducir de hechos sólo la existencia de la voluntad, esta presunción puede destruirse por otras circunstancias. De ordinario, dichas circunstancias tienen un carácter desde todo punto de vista individual, que procede de la naturaleza propia de cada especie; también algunas veces presentan un carácter más general y pueden referirse a reglas. Así toda declaración tácita se invalida ante una declaración expresa contraria, que se llama protesta o reserva".

Sin embargo, la protesta o reserva tiene dos limitaciones. La primera limitación tiene lugar cuando aquéllas son independientes a los efectos jurídicos de una declaración de voluntad concerniente a las partes; como sería el caso de la remisión al deudor con protesta de que se conserve la responsabilidad de los fiadores. La segunda limitación tiene lugar cuando los actos realizados por un sujeto son de tal naturaleza que importan en sí una determinación necesaria para obligarse en un sentido dado, de tal modo que toda protesta en contrario es en sí inadmisible: **protestatio facto contraria non valet.** Así, el ejemplo que consigna Staudinger, de un libro que se envía a una persona, quien lo subraya o lo llena de anotaciones, en cuyo supuesto debe ella resignarse a que se interprete su proceder como significativo de que ella quiere retener el libro, aun cuando proteste contra la interpretación de su voluntad. Y es que en verdad, pensamos nosotros, en estos casos está desbordada la esfera de consideración propia de la expresión tácita de la voluntad, y se está más bien dentro del ámbito que concierne a la ejecución de un hecho material, como indicativo de la manifestación de la voluntad, es decir, que no se trata ya de una simple manifestación de la misma, que puede ser expresa o tácita. Por lo demás, esta clase de manifestación de voluntad, la tácita, no es opuesta a la incidencia sobre ella de las reglas generales de atacabilidad a aquélla por causa de vicios de la voluntad (Staudinger).

Voluntad presumida por la ley

La expresión de voluntad puede resultar también de presunción de la ley en los casos en que determinativamente lo disponga.

Savigny calificó a esta manifestación de ficticia, a diferencia de la manifestación real de la voluntad. En verdad, que entonces no existe manifestación alguna de voluntad. La ley crea la situación jurídica, aplicando las reglas supletorias. Por lo mismo, aquélla ha de estar contemplada en éstas, o sea, como dice el art. 1076, se requiere que la ley "lo disponga expresamente". La concepción del Código peca, porque sostiene la ficción de la existencia de una voluntad donde no la hay, doblegándose ante la teoría de la voluntad.

Savigny, tratando el punto, dice: "Hay manifestaciones ficticias de voluntad en los casos siguientes: si se trata de seguir un proceso contra una persona ausente, sus hijos, sus ascendientes, sus cuñados y sus manumitidos obran en calidad de procuradores ficticios, del mismo modo que el marido respecto a su mujer. Por lo que toca a las consecuencias del derecho de prenda, digo lo propio; en efecto, no se debe creer que en todos los contratos a los cuales va unido tal derecho, el deudor haya querido realmente empeñar ciertos objetos. El que, por ejemplo, arrienda una casa o una granja, como no está versado en el derecho, se imaginará difícilmente que somete a un derecho de prenda sus muebles o su recolección. Tiene esto lugar en virtud de una regla jurídica, que supone una convención natural y justa, el derecho de prenda. Cuando el acreedor autoriza la enajenación o la constitución de una prenda nueva sobre el mismo objeto, dicha autorización se interpreta siempre como la renuncia de la prenda o como un derecho de preferencia dado al nuevo acreedor. Finalmente, en todos los casos en que el simple silencio equivale al consentimiento, allí en donde en realidad éste y su contradicción son del mismo modo imposibles, si se trata, por ejemplo, de la adopción o de la emancipación de un hijo, o si un padre después de la disolución del matrimonio de su hija atacada de enajenación mental pide su dote. En los diferentes casos citados no se presume la existencia de la voluntad, y desde que así acontece no hay lugar a examinar, como para las manifestaciones de la voluntad tácita, si las circunstancias particulares añaden o quitan algo a lo probable. La violencia y el error no tienen desde luego la misma fuerza dirimente que para las manifestaciones de la voluntad tácitas. Según la regla, una manifestación de voluntad expresa, es decir, una protesta puede sólo destruir la ficción. Reconócese ésta expresamente en los procedimientos incoados por parientes próximos, etc., cuando puede hacerse constar la voluntad contraria del ausente; lo mismo sucede respecto al consentimiento del acreedor con relación a la venta de su prenda. En los principales casos de prenda tácita no hay evidentemente ninguna dificultad; así el propietario que arrienda una casa o una granja, el fisco que firma un contrato, el marido al cual se promete una dote pueden por medio de una convención particular renunciar a la prenda tácita. De otra parte hay ciertos casos excepcionales en donde una protesta análoga es imposible o está prohibida por el derecho positivo.

Es imposible si se trata de la adopción o emancipación de un hijo o de la repetición de la dote de una hija enajenada, porque los hijos y los enajenados son incapaces de la voluntad. Está prohibida relativamente a la prenda tácita, que la mujer tiene sobre los bienes de su marido para la restitución de la dote; porque renunciando al derecho de prenda la mujer haría peor su condición jurídica con relación a la dote, y una tal convención está siempre prohibida, a menos que no tenga por objeto el interés de los hijos. La renuncia a la prenda tácita que los menores y los impúberes tenían sobre los bienes de su tutor, está igualmente prohibida; en efecto, la tutela que da lugar a este derecho de prenda no resulta de un contrato, y, en general, ni de libre arbitrio del tutor. Este no podría sustraerse a la tutela ni modificar por su voluntad los efectos jurídicos a ella unidos, y frente a frente del tutor no hay nadie cuya voluntad pueda alcanzar este efecto".

Staudinger escribe: "hay casos en los cuales la ley misma dice cuál debe ser la consecuencia cuando alguien que puede crear un efecto jurídico, mediante una determinada declaración de voluntad, no formula tal declaración. Pero no se puede hablar siempre de una declaración de voluntad. Cuando el heredero, a quien ha pasado la herencia, en virtud de la ley, con el derecho de no aceptarla (art.1942), deje pasar el plazo señalado para la no aceptación, sin formular una declaración, tal silencio no constituye ninguna declaración de voluntad, tampoco una tácita; tampoco resultaría, por ejemplo, una declaración tácita de voluntad, cuando un padre no impugne la legitimidad de su hijo...". Ejemplos de declaración presumida legalmente se encuentran en nuestro Código en los arts.216, 1112, 1192, 1245, 1246, 1250, 1400 y 1507 (Ver arts. 179; 1162; 1231; 1232; 1238; 1553, C.C. 1984). (*).

(*) *Recogiendo las ideas de León Barandiarán, el Código Civil vigente sólo reconoce la manifestación expresa y la tácita, en el Art. 141. (Nota del editor).*

EL SILENCIO COMO MANIFESTACION DE VOLUNTAD

Art. 142 (C.C. 1984).- El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado.

Art.1077 (C.C. 1936).- El silencio opuesto a actos, o a una interrogación, no se considerará como una manifestación de voluntad conforme al acto o a la inte rrogación, sino en los casos en que exista obligación de explicarse.

Referencias.- Digesto, lib.L, tít.17, 1.142; lib.XXII, tít.3,1,18, p.2; Código argentino, artículo 919.

El silencio

El silencio puede en ciertas circunstancias ser considerado como manifestación de voluntad. El Código se inspira en este punto en el argentino (art.919), para el cual, en efecto, el silencio debe reputarse como manifestación de voluntad de obligarse; lo que también ha sido aceptado por Perozzio. Esta suposición está hoy superada. No hay en este caso manifestación de voluntad. Hay una obligación legal, que se impone como consecuencia del silencio y se explica por principios de utilidad social (Pacchioni). Como escribe Popesco Ramniceano, "la manifestación tácita de la voluntad es la que resulta circunstancialmente de la actitud de aquel de que depende el nacimiento de una relación de derecho"; pero "el silencio, al contrario, es la ausencia de toda voluntad misma tácita"; pues de otro modo sería hacer del derecho, a base del dogma de la voluntad, nada menos que una ciencia adivinatoria. La concepción del silencio como manifestación inducible de la voluntad contractual se basa, pues, en postulado ficticio; importa, por lo tanto, un sometimiento a la teoría de la voluntad. Esta es la regla. Pero por excepción puede haber el deber de explicarse, de no ser reticente. Entonces esa inacción, como escribe Cohin, puede ser asimilada al acto positivo, y ser un hecho vinculante y poder generar responsabilidad. "Hay ante todo, una regla de equidad que obliga a ciertas personas a no comprometer los intereses de otros y obrar para no hacerles sufrir daño a causa de una abstención".

En principio, no existe norma jurídica que establezca: **qui tacet, consentire videtur.** Por eso sólo en casos especiales, el silencio puede comprometer la voluntad. Se reputa que esto ocurre cuando la ley impone a la parte la obligación de explicarse, por ejemplo, la confesión ficticia, o también por las relaciones de familia (Ejm. los arts.301 y 302 del Código)

(arts. 363 y 364, C.C. 1984), o en fin, a causa de una relación entre el silencio actual y declaraciones precedentes. En este último caso, la demostración de la voluntad de comprometerse se constatará circunstancialmente (Barrault). "Se requiere -indica Danz- que concurran especiales circunstancias que permitan interpretar según los usos del comercio, el silencio seguido a una declaración de asentimiento". Staudinger dice: "debe considerarse como declaración de voluntad, cuando se presente (el silencio) como una conducta que obliga según el uso del tráfico, a deducir la existencia de la voluntad. El principio equivocado ya para el derecho común: **qui tacet, consentire videtur**, no tiene validez naturalmente tampoco para el Código Civil; pero mediante el complemento conocido **ubi loqui potuit ac debuit**, llega a ser aquello una regla del uso, útil también para el régimen del Código Civil. Corrientemente depende de las circunstancias de cada caso, si existen una posibilidad y un deber para hablar. Por regla general se recomendará ser reservado con el reconocimiento del silencio como una declaración de voluntad ligante".

Savigny refiriéndose a este particular escribe: "El silencio sólo expuesto a los actos o a un interrogatorio, no puede en principio ser considerado como un consentimiento o como una confesión. Si, pues, alguno me presenta un contrato y manifiesta que tomará mi silencio como aquiescencia, yo no me obligo, porque ninguno tiene el derecho, cuando yo no lo consiento, de forzarme a una contradicción positiva. Hay, sin embargo, dos excepciones a esta regla que son muy importantes, las cuales voy a citar, excepciones que siempre se fundan en una obligación que se presume explicarse, sea a causa de la importancia especial de la relación de derecho, las relaciones de familia, por ejemplo, sea a causa del respeto debido a ciertas personas o, finalmente, a causa de la relación entre el silencio actual y las manifestaciones precedentes. Todas estas excepciones tienen una naturaleza esencialmente positiva, y no se las debe entender nunca por vía de analogía. Algunas veces se interpreta todavía el silencio como consentimiento en el caso en que aún la voluntad es imposible; pero dicha extensión presenta más bien el carácter de un consentimiento ficticio".

"Cuando un padre celebraba esponsales por su hija, el silencio de ésta equivalía a su consentimiento, y recíprocamente el silencio del padre si la hija los celebraba por sí misma. La adopción es rigurosamente válida por el hecho del silencio del adoptado, como también la emancipación. Cuando un tutor nombra a una persona como caución y está presente, y, sin embargo, no se opone a su inscripción en los registros del tribunal, queda en caución realmente. Un hijo sometido al poder paterno no puede contraer válidamente matrimonio sin el consentimiento del padre; pero si éste tiene conocimiento del matrimonio su silencio equivale al consentimiento. El padre que conocía el nombramiento de su

hijo como decurión de una ciudad y no reclamaba se conceptuaba que consentía. Cuando una mujer casada que no vive con su marido anuncia a éste que se encuentra embarazada, el silencio del marido es una confesión de su paternidad. Si el matrimonio de una **filiafamilias** llega a disolverse, el padre no puede reclamar la dote sin el consentimiento de la hija; pero el silencio de la hija equivale a su consentimiento. Cuando un heredero tuviese el encargo de restituir a un tercero la sucesión y éste toma posesión de los bienes, si el heredero tiene conocimiento del hecho y no reclama, su silencio equivale a una restitución. El padre que deja a su hijo levantar un empréstito se reputa que da su consentimiento. De igual modo, si el hijo o el esclavo comercian con su peculio, el silencio del padre o del señor equivale a su consentimiento, y el efecto de éste es someter al que lo da a la **actio tributoria**. El propietario que después de expirar el arrendamiento deja al locatario usar de la cosa arrendada, consiente por esto mismo en una prolongación del contrato".

"Si alguno se presta espontáneamente como caución por un deudor y éste calla después de saberlo, su silencio equivale a un mandato. El juicio de un árbitro no obliga a las partes sino por su consentimiento; pero si dejan pasar diez días sin reclamar, su silencio se interpreta como aquiescencia. Cuando los trabajos ejecutados sobre un terreno exponen a un daño al vecino causado por las aguas pluviales y éste ve los trabajos sin reclamar, está obligado a aprobarlos por su silencio".

"En todos los casos excepcionales el simple silencio prueba la voluntad, del mismo modo que el acto positivo en los actos ordinarios de las manifestaciones de voluntad tácita. Así, según las mismas razones el silencio deja de producir este efecto, desde luego, cuando las circunstancias señalan al silencio otro motivo y, además, cuando es el resultado de la violencia o del error. En tales casos no sería cuestionable la protesta, pues ella consiste siempre en una declaración expresa, exclusiva del simple silencio".

Se ve, pues, que hay varios casos en que el silencio puede ser considerado como constitutivo de una voluntad ligante. El anteproyecto hablaba de estos casos: obligación legal de expresarse, relaciones de familia, relación entre el silencio y declaraciones precedentes. Son, pues, los casos que la doctrina admite como capaces de considerar **qui tacet consentire videtur**. Pero el proyecto (artículo 1069) sólo mencionó el caso "en que exista obligación de explicarse", que es la fórmula seguida por el artículo 1077 del Código (art. 142, C.C. 1984).

En realidad es preferible la fórmula de este dispositivo, pues fuera del caso en que hay obligación de explicarse, en los otros, no se trata simplemente del silencio, sino de una manifestación tácita de voluntad, que se debe considerar.

INCAPACIDAD RELATIVA DE UNA DE LAS PARTES

Art. 226 (C.C. 1984).- La incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en su propio beneficio, salvo cuando es indivisible el objeto del derecho de la obligación común.

Art.1078 (C.C. 1936).- La incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en su propio beneficio, salvo cuando fuese indivisible el objeto del derecho o de la obligación común.

Referencias : Código argentino, art.1049; brasileño, 83; francés, 1125; holandés, 1367; alemán, 109; español, 1302; portugués, 99, 695 y 700; mejicano, 1799; italiano, 1446, 1420.

La disposición debía estar ubicada no en la parte de la teoría del acto jurídico, sino en la relativa a la nulidad del mismo (Título VII). (*).

Es norma inconcusa que adoleciendo un negocio jurídico de una causa de nulidad, sólo la puede invocar la parte a la que beneficia. Se trata, en tales casos, de nulidades relativas, pues tratándose de absolutas, el acto es ineficaz de pleno derecho. La regla del artículo no se aplica, así, únicamente al caso de incapacidad como causa de nulidad relativa (íd. en vicios en el consentimiento, simulación, fraude). Mas, la expresada regla, en el caso de incapacidad sólo se aplica referentemente a la relativa, pues la absoluta acarrea la nulidad **ipso jure** del acto, y por tanto falta la hipótesis a la que se aplique la determinación legal.

El Código incurre en defecto cuando en el art.1078 (art. 226, C.C. 1984) habla meramente de la incapacidad, como si se debiera comprender que aún para la absoluta aquél rige. Por lo demás, no obstante, corrige el defecto del dispositivo, al distinguir entre capacidad absoluta y relativa (art.1123, inc.1 y art.1125, inc.1) (arts. 219, inc. 2 y 221, inc. 1, C.C. 1984), sancionando que la primera importa nulidad **ipso jure** (art.1124) (art. 220, C.C. 1984) y la segunda nulidad que sólo puede ser demandada por las personas "en cuyo beneficio la ha establecido la ley" (art.1126) (art. 222, C.C. 1984).

El art.1078 (art. 226, C.C. 1984) ha sido tomado del 83 del Código del Brasil. Por los defectos textuales que presenta este último, la doctrina ha debido ser solícita para disiparlos. Spencer Vampré expresa que dicho

(*) *El Código vigente ha acogido la propuesta de León Barandiarán y ha llevado este numeral al articulado de la nulidad del acto jurídico. (Título IX, Art. 226). (Nota del editor).*

artículo, estrictamente entendido, debería comprender también la incapacidad absoluta; pero que sólo puede aplicarse a la relativa. Espínola critica a Bevilaqua, porque supone que el art.83 abarca la incapacidad tanto absoluta como relativa. Para Ferreyra Coelho, esta última es la única considerada en la disposición legal, observando que el cargo formulado por Espínola contra Bevilaqua, es infundado.

La regla del art.1078 (art. 226, C.C. 1984) no tiene lugar "si fuera indivisible el objeto del derecho o de obligación común". Esta excepción a la regla no sólo tiene lugar tratándose del caso de incapacidad relativa, sino de todas las causas de nulidades relativas. Es así que el Código del Brasil prescribe refiriéndose a éstas: "sólo los interesados las pueden alegar y aprovecha exclusivamente a los que las alegan, salvo el caso de solidaridad o indivisibilidad" (art.152). El Código, sin embargo, en la parte que trata de la nulidad de los actos jurídicos (Título VII) (Título IX del C.C. 1984) no contiene para las nulidades relativas la regla general que se constata en el art.152 del Código brasileño, de suerte que **stricto sensu**, sólo en el caso de incapacidad relativa debería funcionar la excepción formulada en el art.1078 (art. 226, C.C. 1984); lo que es inadmisible.

Por lo demás, la expresión empleada en el art.1078 (art. 226, C.C. 1984): "si fuera indivisible el objeto del derecho o de la obligación común", es algo obscura. Ella es transcripción textual de la del art.83 del Código del Brasil. Explicando su significado, expresa Ferreyra Coelho: "compréndese que la obligación común, de que trata el artículo, no se refiere al lazo o relación existente entre acreedor y deudor; entre éstos las obligaciones son recíprocas y no comunes. El caso al que se refiere el artículo será cuando un incapaz y un capaz contrataran como parte de un lado, con otro u otros de otro lado. Ejemplo: A, incapaz, y B, capaz, venden un bien común e indivisible, o conjuntamente contraen obligación para con otro; el incapaz vendedor o su socio pueden invocar la nulidad del contrato, por incapacidad de una de las partes contrayentes. Reconocida la nulidad, aprovecha a ambos vendedores o contratantes, por la indivisibilidad del bien o comunidad en la obligación".

La anulación no puede, pues, dividirse. Ella comprenderá en su totalidad el negocio jurídico celebrado.

No parece, empero, acertada la indicación de Ferreyra Coelho, en cuanto a que tanto el incapaz como la persona que juntamente con él celebró el acto con la otra parte, puede anular la declaración. Creemos con Espínola, que la acción sólo compete al incapaz. "Bien se comprende -escribe este autor- el alcance (del art.83): si de un lado se obliga a un capaz, y de otro simultáneamente un capaz y un relativamente incapaz, sólo éste podrá anular parcialmente el acto, sólo a él aprovecha el efecto

de la anulación, salvo que fuera indivisible el objeto, caso en que se aprovechará también al capaz que juntamente con él se obligara a la prestación, porque entonces el acto se anula totalmente".

De más parece agregar que la nulidad en el caso considerado en el precepto, podría ser alegada además del incapaz, por sus representantes y sucesores a título universal y particular.

CUESTIONES COMPLEMENTARIAS (*)

La Representación: concepto

El negocio jurídico puede ser realizado directamente por la persona a quien él mismo concierne, o por otra que obre en nombre de aquél. Se presenta entonces el instituto de la representación. El Código nacional no trata de este instituto como lo hacen los códigos alemán (art.164 ss.), suizo (art.32 ss.), soviético (art.38 ss.), polaco (art.93 ss.), chino (art.103 ss.), mejicano (art.1800 á 1802), italiano (art.1387 á 1410) y el proyecto franco italiano (art.30 á 36). El Código nacional repara en el contrato de mandato (art.1627 y ss.) (art. 1790 y ss., C.C. 1984) y en el de gestión de negocios (art.1656 y ss.) (art. 1950 y ss., C.C. 1984). Pero la representación rebasa el contenido del mandato, ya que éste tiene un origen simplemente contractual y aquélla puede derivar de una determinación legal (tutela) o judiciaria (síndico en caso de falencias, curador para sucesión vacante). La gestión de negocios importa un caso de representación peculiar: ella deriva originariamente de la voluntad del representante (del gestor). La representación es una institución que, propiamente desconocida por el derecho romano, a pesar de algunos barruntos de la jurisprudencia pretoria, se ha instalado en el derecho moderno por su notoria utilidad. Levy Ulmann la define como "la modalidad en virtud de la cual los efectos de un acto, ejecutado por una persona, el representante, por cuenta de otra, el representado, se producen directa e inmediatamente sobre la cabeza del representado. Esta modalidad es una modificación aportada por las partes a las consecuencias naturales de un acto jurídico; es un elemento accidental con el cual el acto jurídico puede encontrarse afectado por la ley positiva o por la voluntad de las partes".

(*) *León Barandiarán trató como cuestiones complementarias lo relativo a la Representación y a la Interpretación, por considerar que debieron ser legisladas en la parte correspondiente al acto jurídico. El Código vigente, acogiendo lo planteado por León Barandiarán, legisla sobre la Representación y la Interpretación en el Libro II, dedicado al acto jurídico. (Nota del editor).*

El efecto característico de la representación es, por consecuencia, crear actos jurídicos donde existe una distinción entre el sujeto que hace la declaración de voluntad y aquel sobre quien recaen los efectos que el orden jurídico le reconoce.

Por excepción hay actos que no admiten representación, que son estrictamente personales, como el testamento, la adopción, el reconocimiento de hijos. Conforme a nuestro Código cabe celebrar el matrimonio por poder (art.118) (art. 264, C.C. 1984).

Teorías que explican la representación

Para explicar la representación, se ha ideado la teoría de la ficción, que ha sido propugnada por Giorgi, Pacifici-Mazzoni, Windscheid, Troplong, Planiol, según la cual los efectos directos de la representación nacen en la persona y el patrimonio del representado; a éste mismo se le estimaría que contrata consigo mismo. Al respecto de esta teoría escribe Capitant: "la representación es una **ficción**, en virtud de la cual el representado se considera que manifiesta su voluntad por intermedio de un representante. El representante no es, de esta manera, sino el vehículo de la voluntad del representado. **Qui mandat, ipse fecisse videtur.** Es fácil descubrir el punto débil de este análisis. Cuando el poder del representante surge de la ley, es imposible pretender que el representante manifieste la voluntad del incapaz, ya que éste, el incapaz, puede estar totalmente privado de ella. Lo mismo sucede en la gestión de negocios, ya que es emprendida sin consentimiento del dueño. Aun tratándose del mandato, la explicación propuesta aparece como contraria a los hechos. Es inexacto asimilar al mandatario a un simple mensajero encargado de trasmitir una orden. El mandatario juega un papel activo en el contrato; el mandato le deja casi siempre una cierta libertad de apreciación para debatir las condiciones de la operación. La operación es en buena cuenta la que quiere el mandatario. No es un simple porta-palabra".

Para explicar la figura se ha ideado la teoría llamada de la "representación", en sentido estricto del término, y ha sido sostenida por Pilon, Chirone y Abello, Coviello, Ruggiero. De acuerdo con ella "la representación se analiza jurídicamente dentro de la sustitución real y completa de la personalidad del representante a la del representado; es la voluntad del representante, que participa directa y realmente en la formación del contrato, la que produce sus efectos en el patrimonio del representado. Esta teoría explica en la mejor forma el mecanismo de la representación en lo que concierne al rol de la voluntad del representante. Pero ella parece dejar en la sombra la condición de que el acto realizado no sea prohibido al representante y el hecho de que la capacidad del representante no sea la misma que la capacidad exigida para contratar válidamente" (Viforeanu).

Se ha concedido que la representación es simplemente una modalidad del acto jurídico. Así Levy-Ulmann y Popesco Ramniceano, Osias; en cuanto si normalmente el acto convencional sólo vincula a las mismas personas que intervienen inmediatamente en su concertación, con la representación hay la circunstancia de que los efectos del acto se producen sobre persona que no interviene en el negocio. La concepción peca de incompleta, pues "aparece incomprensible **en face** de la representación legal" (Madray), ya que nos satisface el que se repute que la modalidad antedicha repose sobre la voluntad presumida de las partes, como sugiere Popesco Ramniceano. Pero aún más: la concepción no dice nada fundamentalmente. Explica una característica de la representación, pero no su razón de ser.

Otra teoría, es la llamada de la cooperación, defendida por Tartufari y Crome. Escribe este último autor: "La construcción de esta relación (de la representación) es discutida. Se ha concebido como si se tratase sólo del representante, y su acción dentro del orden jurídico la única a considerar como la determinación del negocio. Esta concepción apóyase en el derecho romano, sobre la representación del padre de familia respecto a sus esclavos e hijos. Pero casi no responde al carácter de una relación que principalmente se ha desarrollado en nuestros tiempos y no dentro del derecho romano. La ficción que yace en la teoría de la representación importa, por lo demás, una técnica imperfección. Finalmente, cuando un representante declara su voluntad, obra a menudo conforme a ins-trucciones que el representado le dé, y hasta donde se cumplan las mismas, él es fundamentalmente portador y órgano de ajena voluntad. Estas instrucciones que comúnmente tienen lugar en la representación voluntaria, del dueño del negocio al representante, son del más grande interés para la recta apreciación de las anteriores relaciones. Las indicaciones pueden ser más o menos extensas. Hasta es posible que por la minuciosidad de aquéllas, se deje al representante tan poca libertad de acción para una decisión propia, que su situación venga a ser casi la de un mensajero y simple instrumento de voluntad ajena. Con relación a esto, no es siempre fácil **in concreto** decir si se está delante de una verdadera representación y no de la relación referente al simple mensajero. Pero, de todos modos, se deduce de la posibilidad de que existan tales instrucciones que la persona del representante no puede dejarse de tomar en cuenta para la debida interpretación de la significación de la representación. Ciertamente, no es el representado quien por sí solo obra, legalmente apreciadas las cosas; pero él obra de acuerdo con el representante, de modo que el negocio resulta fundado sobre la voluntad de ambos (a veces preferentemente sobre la voluntad de uno de ellos, a veces preferentemente sobre la voluntad del otro). Esto tiene importantes consecuencias para las cuestiones que conciernen a los vicios del consentimiento, culpa, buena o mala fe en el momento de la formación del negocio jurídico".

Unilateralidad del acto representativo

En la representación, en general, la aceptación del representado no es necesaria para que el acto practicado por el representante tenga validez. Tal aceptación sólo es necesaria cuando se trata de una representación convencional, de un mandato. Y la sola declaración por la que se designa representante, desde que llega a conocimiento de éste o de tercero, es valedera; ella podrá generar determinadas consecuencias: las **significationes**, las declaraciones dirigidas al representante, serán válidas (Tartufari). Se está aquí frente a un caso de efectos jurídicos producidos por voluntad unilateral.

Requisitos de la representación

Tres son las condiciones propias de la representación: a) precisa que el representante manifieste una voluntad propia; b) que tenga, así como el tercero contratante, la intención de hacer reflejar los efectos del contrato sobre el representado; c) que esté premunido de facultad para representar.

a) La representación verdadera supone la participación de determinada voluntad propia del representante. El simple mensajero, **nuntius**, que sólo trasmite la voluntad de otro, sin aportar nada, no es un representante. El contrato entonces debe estimarse como celebrado directamente entre las partes.

Escribe Madray: "El representante debe, pues, investir una personalidad propia; esta condición enunciada y aplicada por la jurisprudencia, es exigida por la definición que hemos dado de la representación jurídica; hemos visto que el fenómeno se analizaba en la substitución de una persona a otra. Es preciso que el representante tome realmente el lugar del representado, que no sea simplemente la sombra del último; no se limita a ser el vehículo de la voluntad del otro...es, pues, natural que se exija de él la afirmación de una personalidad distinta" (propia).

La anterior atingencia es utilísima en cuanto a determinar el efecto de los vicios del consentimiento en uno y otro caso. Si se ha tratado de un simple mensajero y portavoz de voluntad ajena, tales vicios en cuanto los haya padecido él mismo, no serán tomados en cuenta. Pero si se trata de vicios padecidos por un verdadero representante, ellos pueden dar lugar a la anulabilidad del contrato. Si es la voluntad del representado la que está afectada de un vicio, ella es anulable en tanto que el representante no ha hecho sino expresar la voluntad del representado.

b) Para que haya representación se requiere que exista **contemplatio domini**. El representante, así como el tercero, deben haber contratado en la inteligencia de que el contrato debía producir sus efectos

en relación a la persona representada. Como se ha dicho muy gráficamente, el representante se presenta en la operación jurídica como un punto de tránsito (**Durchsgangspunkt**) y no como un punto final (**Endpunkt**), de la imputación jurídica.

Tal intención de que el acto se impute a persona distinta de la que trata directamente con el tercero, es decir, al representado, puede manifestarse en forma expresa o tácita y puede también derivar de determinadas circunstancias (art.164, apartado primero, del Código alemán).

Se comprende, por el principio anteriormente sentado, que en lo que respecta al modo de conclusión de un pacto celebrado por representación, se debe considerar la persona del representante y no la del representado. Así, cuando se trata de la conclusión de un contrato, éste será reputado convenido entre personas presentes o ausentes, según que el representante se halle o no en presencia del otro contratante. El representante desaparece de la escena una vez concluída la concertación del negocio. Tratándose de la representación convencional no podría exigir la ejecución de su obligación por el tercero, si no tiene también poder específico para ello. En cambio el representante legal y el judiciario, por la naturaleza de sus funciones, ha de tener la facultad.

c) La representación, como se ha dicho antes, puede proceder de un mandato legal, de una decisión judiciaria o puede tener un origen convencional.

En todo caso, el acto no es válido sino en tanto el representante haya obrado dentro del límite de su competencia. Cuestión distinta es la consistente en que el representante haya obrado en forma perjudicial al representado. El representado en este último caso no se halla desobligado frente al tercero; teniendo expedita, de otro lado, el representado, su acción pertinente contra el representante, por el perjuicio que le ha ocasionado.

Representación anómala

El acto practicado por el representante excediéndose en sus facultades para las que está autorizado, es en principio para el representado **res inter alios acta**, salvo caso de ratificación por el representado. El representante que ha obrado sin poder o excediéndose de sus facultades, responde frente a la otra parte, o sea en cuanto puede quedar obligado a ejecutar la obligación o a responder por daños y perjuicios, a elección del tercero.

En el caso de ratificación por el representado, repetimos que el acto verificado por el representante resulta validado. El tercero queda libre de toda amenaza en cuanto a la eficacia del acto pasado. Esa

ratificación puede producirse en cualquier momento, aun después que la representación haya cesado, que el representante haya fallecido o devenido incapaz (Chironi), salvo inconveniente específico por otras causales. Esa ratificación puede hacerse por el propio representado, por sus herederos o por el representante legal con poder especial para ello. El acto ratificatorio, por lo demás, como anota Oser, es uno unilateral e irrevocable.

Lo anterior no ofrece dificultades tratándose de una representación legal o judiciaria; pero tratándose de una convencional sí ofrece ocasión a ciertas consideraciones especiales. Ellas, propiamente, deben ser tratadas en relación al contrato de mandato.

El representante no tiene necesidad de poseer la capacidad de goce para el contrato que celebra a nombre de otro, puesto que el efecto del mismo no se produce con respecto a su persona; por el contrario, va de sí que debe el representante tener discernimiento bastante para hacer una declaración propia. La incapacidad de goce del representado para celebrar el acto anula el celebrado por el representante. El Código parece tener un criterio más severo en lo que respecta a la capacidad del representante, pues el art.1628 dispone que para ser mandante o mandatario se requiere tener capacidad civil.

En cuanto a los vicios de la voluntad, va inserta en la característica de la figura de la representación, que aquéllos se enjuiciarán en relación a la persona del representante. En efecto, esto deriva lógicamente del hecho que tales vicios afectan las condiciones en las cuales se forma y se manifiesta la voluntad de dar vida al negocio. El art.187 del proyecto argentino incluye una regla en tal sentido.

Extinción de la representación

La representación termina con la relación jurídica que la ha establecido o de que deriva. Tratándose de la representación voluntaria, como ella es instituída fundamentalmente en interés del **dominus**, en vista de la relación de confianza que debe existir de éste para el agente, resultaría inicuo el no permitirse al primero poner fin a la representación cuando tal confianza háse esfumado. Por eso, por declaración unilateral del representado cesa la representación. Referentemente a terceros, los actos pasados por el representante no obligan al representado sino desde que el tercero ha conocido o debido conocer la cesación de la representación; antes, el acto obliga al representado, siempre que el tercero proceda de buena fe. En defensa de los terceros, se obliga a que la revocación del mandato se inscriba en el Registro Público respectivo (art.1068) (art. 2038, C.C. 1984).

La Interpretación

El Código no contiene disposición alguna sobre la interpretación del negocio jurídico. En el anteproyecto se consignaba la disposición siguiente: "En la interpretación se atenderá más a su intención que al sentido literal del lenguaje". En otros códigos y proyectos se hallan disposiciones expresas sobre el particular.

Concepto

Interpretar significa, como se sabe, encontrar sentido a algo. Se interpreta un negocio jurídico en cuanto es susceptible de entenderse en determinado sentido.

Interpretación judicial

La interpretación puede ser auténtica, pero lo que interesa verdaderamente, en cuanto requiere ciertas reglas para guiar y asegurar la certeza de la labor interpretativa, es la interpretación judicial. El juez, lo primero que tiene que considerar es a qué categoría jurídica pertenece el negocio, pues no hay interpretación de negocio jurídico sino en función de lo que su **factum** significa en conexión a la norma jurídica. Por esta tipificación y afiliación del negocio dentro de una cierta estructura legal, el juez está en aptitud de atribuir al negocio jurídico los efectos descendentes del carácter que corresponda al negocio, asi las partes no hayan sobre este punto dicho ni previsto nada; es decir, que reclaman aquí su jurisdicción la reglas supletorias.

En la declaración de voluntad debe indagarse la voluntad interna como informadora de aquélla, y la razón de ello está, como indica Meynal, en que la declaración es sólo expresión de tal voluntad, de suerte que la primera sólo tiene valor y significación en la medida que la última la ha querido. O como dice Dereux, es "la voluntad interna la condición indispensable para el nacimiento del derecho".

Es evidente, pues, que el sentido literal no puede prevalecer contra la interpretación de los declarantes. Si todas las partes se hallan conformes en atribuir a la declaración una interpretación dada, así diversa de la lite-ral, sobre ésta prevalecerá aquélla, porque como observa Titze, en este caso no hay lugar propiamente a interpretación, desde que hay conformidad **inter partes**, pues aquélla sólo obra cuando hay discusión sobre el sentido de la declaración.

Interpretación auténtica

Es cierto que las reglas de interpretación tal como Danz lo subraya, se dirigen en primer término al juez, es decir, le proporcionan preceptos para su actividad juzgadora. Mas, reclaman su validez también, fuera del

caso de un litigio, para las partes mismas y para los terceros que no son afectados por la declaración que requiere ser interpretada. Naturalmente la parte misma puede declarar después, que quiere efectuar una especie de interpretación auténtica de su declaración de voluntad. Cuando la persona que está afectada por la declaración en sus intereses jurídicos, está de acuerdo con tal interpretación, se la considera entonces como la verdadera voluntad de las partes; pero debe observarse, que por la interpretación auténtica puede haber sido modificada la declaración originaria (para cuya interpretación permanecen vigentes los preceptos legales de la interpretación), de modo que la supuesta anti-interpretación debe considerarse de hecho como una nueva realización (creación) del negocio.

La parte nunca puede dar posteriormente sin autorización de la persona afectada por su declaración de voluntad, por medio de la interpretación auténtica a aquélla, un sentido que sea extraño al contenido y que no está conforme con las reglas generales de interpretación; más bien, cada parte interesada puede efectuar aquella interpretación que corresponde a la declaración en su sentido original, según las reglas de interpretación legal. Todo esto no rige únicamente cuando la cuestión de la interpretación está sometida a una coyuntura litigiosa.

Las partes pueden, fuera del juez, interpretar su propio negocio. Tal interpretación "puede adoptar la forma de una nueva declaración complementaria y el valor de interpretación auténtica, apta para vedar toda inteligencia de negocio distinta a la expresada por su mediación. Tratándose de negocios unilaterales no recepticios (por ejemplo, **mortis causa**), se precisa, y es suficiente a tal fin, una declaración unilateral, la cual ha de considerarse parte integrante del negocio interpretado y constituyendo con él un negocio objetivamente complejo. En cambio, tratándose de negocios bilaterales, o unilaterales recepticios con un destinatario necesario, también la declaración interpretativa debe ser bilateral. Constituirá un negocio de constatación y podrá desplegar eficacia retroactiva entre las partes, siempre que el negocio interpretado lo consienta. En todo caso, siempre quedan a salvo los derechos que los terceros hayan adquirido en virtud del negocio precedente, cuando éste, según las normas legales de interpretación y los principios dominantes en la conciencia social, tenía en realidad un significado diferente del que ha sido luego fijado con la interpretación auténtica". (Betti).

El criterio interpretativo

Por lo demás, las pertinentes consideraciones sobre la interpretación, no deben entenderse que se contraigan únicamente a declaración por medio del lenguaje. Escribe Staudinger: "La regla de interpretación general no sólo se refiere a las declaraciones de voluntad

cuyo medio de expresión es el lenguaje hablado o escrito, sino a cualquier clase de declaración de voluntad, esto es, también a la indirecta, o sea a la conducta manifestada por hechos. No sólo palabras, sino también toda clase de actos (en el sentido más amplio de la palabra), están sujetos a la interpretación".

Mas, la regla de **voluntatem potius quam verba spectari placuit** no debe ir más allá (Manigk). Suponer que la interpretación ha de consistir en descubrir la voluntad interna de las partes, de modo que los efectos jurídicos sean los queridos íntimamente por éstas, es conformarse con la teoría de la declaración, inspirada en los postulados de la socialización del Derecho. Lo primero ofrece las objeciones de basarse en una ficción: que la voluntad del declarante tiende, en todo caso, a producir un efecto jurídico dado (Cosack); y presentar en la práctica inconvenientes insuperables -dada la dificultad de probar el hecho sicológico interno, las intenciones- (Lenel); de no ofrecer seguridad en las relaciones jurídicas (Planck).

¿Debe predominar en general la voluntad interna, con todos sus inconvenientes, en la interpretación de las declaraciones? El art.133 del Código alemán, que contiene un precepto de fundamental interés acerca de la cuestión, vaciló entre la **Willenstheorie** y la **Erklaerungstheorie**, cayendo en su sistema mixto (Saleilles). El art.133 del Código alemán no debe entenderse como consagración categórica de la teoría de la voluntad. No significa que ha de indagarse lo que las partes íntimamente quisieron, para fijar los efectos jurídicos correspondientes. Significa, como lo explica la Exposición de Motivos, "que el juez en cada interpretación no ha de tomar simplemente las palabras en su sentido ordinario, sino que ha de fijarse en cada caso en las circunstancias en que se exteriorizaron, en su contexto, en el resultado económico perseguido". "La interpretación -dice Soergel- debe comprobar el sentido, en una declaración de voluntad, determinante de la misma para las reglas jurídicas". Según Cosack, la eficacia del negocio jurídico se determina no conforme al íntimo querer de la parte, sino según lo que por su conducta exteriorizada -es decir, según lo declarado- resulta cognoscible para la otra parte. Así que los pensamientos íntimos de los declarantes no pueden tomarse en consideración para determinar el sentido de la declaración; pero sí se tomará en cuenta los pensamientos comunicados entre los participantes en una declaración, como medio demostrativo de la común real intención de aquéllos. Los pensamientos internos sólo podrían tomarse en cuenta cuando se tratara de impugnación del negocio jurídico, que es cosa diferente. El intérprete, pues, tratará de descubrir lo que el autor de la declaración ha querido declarar, pero no lo que había la intención de querer; no puede substituirse a la voluntad declarada, lo que el declarante hubiera querido o debido declarar. En suma, los términos literales de la declaración no servirán para interpretar la voluntad de los declarantes,

cuando se demuestra que otra ha sido tal voluntad siempre que ella se acredite por medios racionales que importen la demostración de cuál ha sido dicha voluntad. Hay así dos declaraciones, una literal y otra que no lo es, pero que responde a la voluntad real de los declarantes. La última se sobrepone a la primera. Pero no se toma en cuenta la voluntad íntima, no declarada; sólo se toma en cuenta la declarada, así no sea literal y se oponga a los términos literales de la declaración, siempre -insistimos- que aquélla resulte de algún modo racional acreditable, pues de otro modo se entraría en un campo enteramente arbitrario, el de las intenciones íntimas, y propiamente no podría, pues, hablarse de declaración de clase alguna. "Tal investigación (de la voluntad real) no va hasta permitir al juez tener en cuenta esta voluntad real, cuando ella no está probada sino por elementos que no se revelan al exterior y que aparecen no teniendo interdependencia alguna con la declaración. Esta investigación (**recherche**) no debe poder hacerse sino según los elementos de hechos exteriores y aparentes que sirven como de medio a la declaración, para esclarecerla y hacerla aparecer, para cualquiera que la aprecie, según los usos y las condiciones normales de la vida, tal cual ella existe realmente".(Saleilles).

Por su parte explica Staudinger: "El artículo 133 nunca debe conducir a considerar la voluntad verídica de las partes allí donde ésta ha quedado puramente interior, no manifestándose de ningún modo en una declaración; es cierto que "declaración" debe comprenderse en el sentido amplio de la conducta total. Especialmente debe suponerse un acuerdo tácito que está en contradicción al contenido dispositivo del contrato, sólo allí donde existen puntos de apoyo exteriores efectivamente comprobables para un tal acuerdo; pero no debe llegar a ser una ficción. No hay nada que interpretar cuando la declaración misma resulte clara e inequívoca: en este caso no se debe preguntar si acaso el declarante ha tenido otra intención interior y si acaso haya querido algo distinto de lo que ha declarado. Una voluntad no declarada no es jurídicamente de tomar en cuenta. En esta relación rige aún en nuestros días, el principio romano: **cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admittit voluntates quaestio.** La interpretación no debe ocuparse en lo absoluto del pensamiento de las partes, que sólo ha quedado íntimo. Por esto, no se debe entender equivocadamente las palabras, en el sentido que debe investigarse la voluntad verídica. Una contradicción entre la voluntad que ha permanecido en el secreto y la declaración, puede revelarse como un así llamado defecto en el consentimiento y conducir, por tanto, a la cuestión acerca de la eficacia jurídica o de la impugnabilidad de la declaración; pero la interpretación nada tiene que hacer con los defectos de voluntad, especialmente con el error."

Pero, ¿con qué criterio procederá el juez a hacer la interpretación? El punto de vista formulado por Danz, el más lógico y racional tratándose

de este punto de interpretación de negocios jurídicos, asigna al juez su apropiada función. Cuando no se esté frente al caso de un acuerdo entre las partes sobre el sentido de la declaración (pues, entonces, predominará sobre cualquiera expresión, la voluntad concorde de las partes), ni frente al caso de que cualesquiera de las partes conociese la voluntad interna de la otra (pues, entonces, predominará tal voluntad interna, ya que de otro modo se faltaría a las reglas de la buena fe y de la lealtad de comercio, y siempre, es obvio advertirlo, que se pueda demostrar que hubo tal conocimiento), el juez "no tiene para qué investigar si existe o no una voluntad interna de las partes, no exteriorizada, ni lo que cada una de ellas pensase para sí de su conducta. El conocimiento de lo que la conducta significa, es indiferente en cuanto a la interpretación. El juez intérprete no ve otra cosa que lo que pueden ver también los demás hombres, es decir, los hechos comprobados, y no intenta desentrañar y aclarar de modo misterioso una voluntad que hayan podido tener las partes litigantes al realizar aquéllos y que, en los contratos, hasta puede ser concordante, como lo hacía y tenía que hacerlo cuando dominaba la teoría de la voluntad, que la exigía para que se produjesen los efectos jurídicos, sino que **coloca en lugar de las dos partes dos personas razonables** y se pregunta cómo éstas hubieran concebido y entendido la conducta que constituye la declaración de voluntad; cómo hubieran cumplido en igual caso. Con esto se dejan a un lado, por tanto, como inútiles para la interpretación, todas las intenciones no manifestadas, todos los pensamientos internos de las partes, puesto que a éstas se subs-tituyen dos "personas razonables", a menos que estos pensamientos internos se exteriorizasen de algún modo, porque entonces deberán tener en cuenta, aún procediendo así, como circunstancias notorias del caso".

"He aquí una concepción jurídica totalmente nueva y un método totalmente nuevo de interpretación", agrega Danz.

Obvio es decir, que si no se atenderá a la interna y no declarada voluntad, no cabrá apartarse de lo que expresa la declaración, si ésta es inequívoca. Sólo, pues, en caso de duda, ambigüedad o imprecisión, se buscará la verdadera interpretación, conforme al criterio antes indicado. Entonces se tomarán en cuenta las circunstancias del caso, el fin económico propio del negocio jurídico de que se trate, los hechos anteriores y simultáneos a la celebración del mismo, los usos sociales, en fin todas las manifestaciones externas de voluntad que permitan decidir en forma razonada acerca de lo que la declaración debe significar.

Es evidente que la naturaleza de determinados actos jurídicos, impone diferentes maneras de apreciar la forma en que se debe proceder a su interpretación. Indiquemos los más importantes casos:

a) Las declaraciones unilaterales con eficacia respecto a personas indeterminadas (poderes, conocimientos, cheques, letras de cambio, etc.)

se interpretarán según lo que se exprese en el documento mismo respectivo. Las exigencias del comercio jurídico, los intereses de terceros y la debida protección, así lo imponen, haciendo predominar, pues, el principio de la declaración.

b) Tratándose de contratos unilaterales gratuitos ha de darse preferencia a la voluntad interna, constituída fundamentalmente por el promitente; entendiéndose el contrato en sentido favorable a dicho obligado. Esto no quiere decir, desde luego, que han de interpretarse, indagando la voluntad íntima y no manifestada del declarante, pues ello estaría en pugna con los principios generales, que rechazan tal indagación. Se estará, así, a lo declarado; y sólo en caso de duda o imprecisión se procederá a investigar cuál fué la voluntad real del declarante.

A la regla anterior se sujetará el contrato de fianza, en cuanto a la relación entre el fiador y acreedor, y el de pignoración en cuanto sea un tercero el que dé la cosa en garantía de la deuda.

Las penas convencionales, por lo mismo que imponen cargos especiales al deudor, deben interpretarse en favor de éste. Una renuncia gratuita debe interpretarse favorablemente al renunciante.

c) Tratándose de disposiciones **mortis causa**, rige fundamentalmente el principio de **falsa demonstratio non nocet**, pues predomina la interpretación de la voluntad real del disponente. Dichas disposiciones "no tienen el carácter de negocios del comercio jurídico: de aquí que no les sea aplicable el art.157, Cód. Civil, según el cual las palabras se han de entender en el sentido usual y común; en esta clase de disposiciones se deberán tomar, por el contrario, en el sentido que solía atribuirles el mismo causante" (Danz). El juez procurará descubrir el pensamiento del disponente, tomando en cuenta todas las circunstancias apropiadas para ello. "Claro está -advierte Danz- que el juez no podrá apartarse al interpretar el testamento, de las disposiciones perfectamente claras del testador; pero como todas las palabras adquieren un sentido especial según las circunstancias en que se pronuncian, el juez deberá en todo caso atender a estas circunstancias y a las manifestaciones del testador".

d) Los contratos formales están sometidos a los mismos principios generales de interpretación de las declaraciones de voluntad. Este criterio es el que debe predominar, pues la formalidad sólo importa la necesidad de recurrir a ella para que se produzca la declaración de voluntad, pero no importa que deba precisarse en determinado sentido el contenido de la misma.

e) Tratándose de contratos generales, ha de tenerse en cuenta que los mismos deben interpretarse conforme a los principios de la equidad y la buena fe (art.1328) (arts. 1361 y 1362, C.C. 1984). O sea que si la

voluntad real de los contratantes es contraria a esos principios, precisará superar a aquélla, interpretando el contrato de modo de dar satisfacción a los mismos (Stammler). Quiere decir esto que se substituirá a la interpretación subjetiva en principio, una regla de interpretación objetiva, basada no en lo que la voluntad quiso, sino en lo que debió querer.

Por lo demás, como anota Danz, también las declaraciones unilaterales de voluntad deben interpretarse conforme a los principios del art.157 (del Código alemán), es decir, del 1328 (arts. 1361 y 1362 , C.C. 1984), de nuestro Código.

En las declaraciones no recepticias (**ad exemplum**, promesa de pública recompensa) la interpretación debe hacerse, habida cuenta de las circunstancias cognoscibles por las personas que pueden tomar en cuenta la declaración, por lo cual ella debe interpretarse por sus términos literales (Von Tuhr, Dernburg), por lo mismo que es un tanto despersonalizada, pues no tiene destinatario concreto.

Diversamente, en las declaraciones recepticias es decisorio el sentido racionalmente atribuído por el destinatario de la declaración (Von Tuhr).

La materia de interpretación de las declaraciones de voluntad se roza con la cuestión del diferente carácter de las reglas legales (Saleilles). Se distinguen, como se sabe, éstas en imperativas y supletorias. Respecto a las imperativas, no se presenta dificultad alguna. Ellas deben ser acatadas, y de consiguiente si las partes expresan lo mismo que la ley ordena, tal expresión es superabundante, y si expresan cosa opuesta, tal expresión es ineficaz. No hay, pues, rol alguno para el intérprete; por inferencia inmediata de la disposición imperativa, se anula la declaración que está en oposición a ella.

La situación es diferente cuando se trata de disposiciones supletorias. Ellas cubren el vacío dejado por los declarantes, cuando éstos no se han pronunciado sobre el punto respectivo. Tales disposiciones se distinguen en interpretativas y dispositivas (también llamadas subsidiarias). Las interpretativas se aplican en caso que las partes nada hayan previsto; pero sólo cuando no sea posible establecer cuál ha sido la voluntad de las partes. Es decir, que el juez debe en primer término determinar tal voluntad, como resulta de los términos de la declaración y aun de las circunstancias que pueden revelar su sentido; y sólo si a pesar de ello la voluntad declarada permanece dudosa, se aplican las disposiciones legales; así, por ejemplo, la regla de que la alienación principal comporta la de sus accesorios. Se presume que las partes han querido aceptar el régimen previsto por la ley; se trata, pues, de una interpretación reposante sobre una presunción de voluntad.

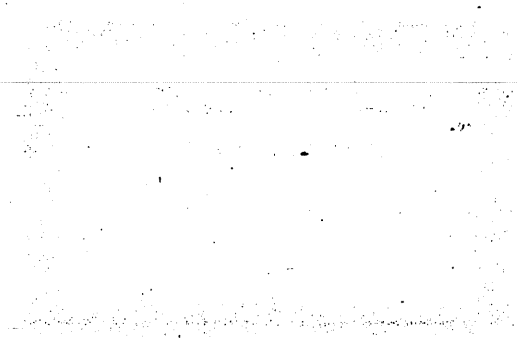
Las segundas, las dispositivas, se aplican en todo caso, salvo previsión especial en contrario. Así, por ejemplo, el caso considerado en el art.1192 (art. 1162, C.C. 1984), que dice que la elección tratándose de obligaciones alternativas corresponde al deudor, salvo que expresamente se hubiese reservado al acreedor.

La interpretación se limita en estos casos, pues la regla legal sólo deja de aplicarse en caso de voluntad especialmente declarada en tal sentido, mientras que en el caso anterior -de disposiciones interpretativas- la interpretación no se limita, pues puede buscarse cuál fué la voluntad de las partes por todos los medios pertinentes.

Así que las reglas interpretativas constituyen una disposición subjetiva, en el sentido de que ellas se vinculan a una voluntad expresada, aunque mal expresada; en tanto que las reglas dispositivas constituyen una regulación puramente objetiva, querida por la ley y no correspondiente a ninguna voluntad de las partes, ni expresa ni presumida.

Debe advertirse, por lo demás, que tratándose de las reglas dispositivas, si bien precisa para su inaplicación una previsión especial de los declarantes, no precisa que tal declaración, que ello provea, sea necesariamente expresa. "Precisa que las partes hayan previsto especialmente la cuestión y hayan entendido resolverla; poco importa que la hayan resuelto tácita o expresamente. Pero desde el momento en que se exige una disposición especial, esta voluntad contraria no podría ser inducida, por vía de presunción, del conjunto del contrato principal" (Saleilles).

VICIOS DE LA VOLUNTAD



VICIOS DE LA VOLUNTAD (*)

(Arts. 201 al 218, C.C. 1984)
(Arts. 1079 al 1093, C.C. 1936)

ERROR SUBSTANCIAL

Art. 201 (C.C. 1984).- El error es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial y conocible por la otra parte.

Art .202 (C.C. 1984).- El error es esencial:

1. ***Cuando recae sobre la propia esencia o una cualidad del objeto del acto que, de acuerdo con la apreciación general o en relación a las circunstancias, debe considerarse determinante de la voluntad.***

Art. 208 (C.C. 1984).- Las disposiciones de los artículos 201 a 207 también se aplican, en cuanto sean pertinentes, al caso en que el error en la declaración se refiera a la naturaleza del acto, al objeto principal de la declaración o a la identidad de la persona cuando la consideración a ella hubiese sido el motivo determinante de la voluntad, así como al caso en que la declaración hubiese sido transmitida inexactamente por quien estuviere encargado de hacerlo.

Art.1079 (C.C. 1936).- Es anulable el acto jurídico cuando la declaración de voluntad emane de error substancial.

Art.1080 (C.C. 1936).- Considérase error substancial el que se refiere a la naturaleza del acto, o al objeto principal de la declaración, o a alguna de sus cualidades esenciales.

(*) *Algunas de las indicaciones de este Título han merecido ser incorporadas en el libro del Dr. A. Gustavo Cornejo ("Código Civil. Exposición Sistemática y Comentario"). El autor, muy reconocido por el honor que le ha dispensado el distinguido maestro y publicista, expresa su agradecimiento. (Nota del autor).*

Referencias.- Digesto, lib.5, tít.17, fs.116 n 2; Cód., lib.1, tít.18, fs.8 y 9. Partidas, lib.V, tít.5, leyes 20 y 21; lib. IV, tít. 2, ley 10; arts. 1109 y s. del C. francés; 1265 y s. del español; 958 y s. del argentino; 1269 y s. del uruguayo; 1453 y s. del chileno; 1146 y s. del venezolano; 700 y s. del boliviano; 656 y s. del portugués; 1358 del holandés;119 del alemán; 23 y s. del suizo; 86 del brasileño; turco, 23 y s.; ruso, 32; chino, 88, 89; mejicano, 1812; peruano, 1237; japonés, 95; polaco, 36 y 37; italiano, 1427 s. (1108 s.); austríaco, 871, 872.

La declaración aportada por el agente debe, en principio, responder a un verdadero consentimiento sano. La ley defiende esta vinculación exigiendo que el consentimiento no esté viciado; es decir que no haya inconsecuencia entre lo declarado y lo querido, organizando determinados remedios en caso que tal coyuntura se presente. De ahí la figura llamada de los vicios del consentimiento.

No basta, pues, que se aporte un consentimiento serio por el agente. Es menester, además, que aquél no ofrezca determinados defectos que quitarían a la declaración su pleno valimiento. No basta cualquiera voluntad como causa eficiente del negocio jurídico, sino una voluntad que coincida con la causa final, con el propósito tenido, siempre que el mismo se ofrezca dentro de ciertas caracterizaciones que merezcan el amparo legal. Por las razones anteriores, los códigos han disciplinado la figura de los vicios de la voluntad, en los cuales se acusa una discrepancia más o menos fundamental entre lo declarado y lo querido. Esa discrepancia se debe a un vicio de la voluntad o (lo que es sinónimo) del consentimiento.

Los vicios de la voluntad

Los vicios de la voluntad son tres: error, dolo y violencia. Los dos primeros comprometen el criterio comprensivo del **substratum** de la declaración. El tercero afecta a la decisión misma para generarla, a la independencia en el ánimo del agente.

El error: concepto.

Del error se ocupa el Código en el art.1079 al art.1084 (arts. 201 al 209 C.C. 1984); del dolo en el art.1085 al art.1088 (arts. 210 al 213, C.C. 1984); de la violencia en el art.1089 al art.1093 (arts. 214 al 218, C.C. 1984).

Como el error es una disconformidad entre el objeto intencional de la apreciación y ésta misma, o sea el objeto mental, ella hace impugnable el acto, para proteger al errante. Sólo un error que afecte a la esencia del negocio puede quedar sujeto a tal impugnación. Por eso el art.1079 (art. 201, C.C. 1984) habla de error "substancial", o sea que si el error incide en elementos accidentales, el acto se mantiene. No todo error es vicio de voluntad y, por ende, permite anular la declaración. Sólo el que asume cierta gravedad (substancial lo llama el art.1079) (art. 201, C.C. 1984).

El Código sólo hace mención del error, no de la ignorancia. Está unánimemente admitido que ambos términos se identifican para los efectos jurídicos, pues aunque diferentes en rigor de principio, son equiparables por la ley para sus consecuencias (Fubini). Una determinación de voluntad es igualmente defectuosa, actúese por uno u otra. De aquí que fueran tratados conjuntamente en el derecho romano: **de iuris et facti ignorantia** (Código, C I, t.18; Digesto, C 22, t.6). El Código brasileño menciona expresamente ambos términos. La mayor parte de los códigos hablan sólo de error; pero comprendiendo en él la ignorancia.

Error de derecho

La ignorancia se puede presentar en concernencia a la ley. De este error e ignorancia de derecho trataremos en seguida. Desde ahora digamos que la ignorancia de la ley puede presentarse, se presenta continuamente, en relación a las disposiciones supletorias. Los que celebran un negocio jurídico suelen desconocer los efectos subsidiarios, que la ley indica para suplir la no referencia de las partes. Estas normas se aplican necesariamente, en aras de la seguridad jurídica y de que los negocios queden insumidos dentro de una determinada regulación legal. Por eso es intrascendente, en principio, la ignorancia de la ley.

El art. 1079 (art. 201, C.C. 1984) se refiere sólo al error de hecho. Así resulta del sentido de tal disposición y las siguientes.

El interés de la distinción entre error de hecho y de derecho, está en que según los romanos, aquél es excusable y éste no. Sin embargo, la regla de **error iuris nocet**, en el propio derecho romano tenía atenuantes (Maynz, Van Wetter). Igual ocurría con las Partidas. El derecho moderno admite la excusa del **error iuris** cuando ha sido la causa determinante o principal del acto. El art.1109 del Código italiano anterior declara, por ejemplo, que "se disculpa el error de derecho cuando es la causa única y principal del acto". Borsari, comentándolo, escribe: "Uno de los cánones fundamentales es que el error sea causa determinante y predominante en la convención, como queda dicho. Tal es la razón si no única, principal con que la ley se satisface. Pueden concurrir motivos secundarios, motivos de conveniencia; pero ninguno de los cuales ha podido conducirme a la celebración de la convención, si una falsa noción de mi derecho no me hubiera inducido a contratar. Mas, se puede decir que en este punto se entra en la grave cuestión que viene a desenvolverse sobre el terreno mismo de la convención. Primeramente, debe ser tal que de su naturaleza o por sus caracteres que la constituyen, no presente la causa por la que se contrata, como he observado antes. Concurriendo causas de diversas clases, algunas de las cuales por sí válidas, otras discutibles, otras acaso evidentemente falsas, el contrato queda

irrescindible e irreformable aun para la parte que pueda considerarse agraviada, ya que el elemento viciado queda en cierto modo absorbido dentro de la parte sana del contrato, se confunde con ella, y el contrato se sostiene".

El proyecto de Código japonés de Boissonade en su artículo 332 contenía una disposición análoga a la del art.1109 del Codice Civile antes citado, como que éste era la fuente de aquél. Excusan expresamente el error de derecho el Código de Venezuela (art.1147) y el proyecto de Código de obligaciones y contratos para Italia y Francia (art.16). La jurisprudencia inglesa se inclina también a la dispensa del **error iuris**, aunque con ciertas taxativas. Constata Pollock: "No hay una regla general de que siempre un error de hecho es una excusa, mucho menos que la ignorancia de la ley pueda liberar a un individuo de responsabilidad. Se dice que se presume que todo hombre conoce la ley, pero ello es únicamente un inadecuado (**slovenly**) medio de establecer la premisa de que la ignorancia de la ley no es en general una excusa". "El juez -anota Smith- tiene autorización para exculpar errores de derecho como de hecho, si hay una razón de equidad para ello". Austin analiza el alcance que racionalmente debe darse a la sanción de **iuris ignorantiam cuique nocere.** "Afirmar -escribe este autor- que toda persona pueda conocer la ley, es afirmar una cosa que no es. Y decir que su ignorancia no la excusará porque está obligada a conocerla, es simplemente declarar la regla como razón de sí misma. ¿Por qué se está obligado a conocer la ley? O, ¿por qué se presume **iuris et de iure** que se conocerá? La única plausible razón de la regla está en que si la ignorancia de la ley fuera admitida como motivo de excepción, los jueces se verían asediados por cuestiones de muy difícil solución, que reduciría la administración de justicia hasta hacerla casi impracticable". En efecto, decidir cuándo hubo efectivamente **ignorantia iuris** y cuándo fué inexcusable, sería labor sumamente difícil, **"insoluble and interminable"**, dice Austin. Según éste, pues, es por una razón práctica porque se rechaza el error de derecho. Por eso se justifica que por motivo de edad, sexo, estado social, se admita en favor de ciertas personas. "En estos casos es presumible...que la parte era ignorante de la ley y que la ignorancia era inevitable. La indagación del hecho está limitada a una circunstancia dada; a saber, el sexo, edad, profesión de la parte que invoca la excepción. Constatado tal dato factible, la presunción o inferencia legal es obtenida sin mayor esfuerzo". Esta solución es acogida por Holland.

En cuanto al derecho alemán, Warneyer dice: "que el error sea uno de hecho o de derecho, consistente en el desconocimiento o falsa aplicación del derecho objetivo, es indiferente".

En cuanto a la jurisprudencia norteamericana, se muestra un tanto renuente a admitir la excusa del error legal; pero en determinadas

circunstancias consiente en ello (Restatement; Restitution; Nº 45 y sgts. y nota introductoria).

Se debe, pues, concluir, que en el estado actual de la ciencia jurídica, la regla de **nemo ius ignorare censetur** ha perdido su primitivo rigor. En Roma tenía su razón de ser, por el deber impuesto a todos de conocer el derecho; pero hoy éste es tan complicado que no puede imponerse tal exigencia (Pacchioni). "No hay razón plausible, según nosotros, para proclamar que nadie es reputado de no ignorar la ley y establecer así una separación profunda entre el error de derecho y el error de hecho" (Dereux). No obstante, el primero no puede ser equiparado enteramente al último. El de hecho es siempre susceptible de ser condonado. La apreciación del error de derecho está sometida a consideraciones especiales. Ellas pueden concretarse así:

1º Contra el error de derecho hay presunción de negligencia; ésta, en el error de hecho, ha de probarse. La presunción referente al primero no puede destruirla sino la existencia de especiales circunstancias (Savigny).

2º La existencia misma del error de derecho es más difícil admitir que la del error de hecho (Savigny).

3º El disfavor al **error iuris** debe cesar cuando la regla jurídica es objeto de controversia; cuando la legislación es local (Larombière). Por el contrario, es inadmisible la excusa opuesta a disposición legal "clara y formal" (Gorphe).

4º La equivocada interpretación de una regla jurídica debe reputarse error de derecho, conforme a la opinión de Muhlenbbruch, y no de hecho, conforme a la de Savigny (Fubini).

5º El error sobre legislación extranjera es de hecho (Smith).

6º El error legal en materia penal debe rechazarse; pero ello debe ser absoluto sólo con relación a delitos de tal naturaleza que repugnen inmediatamente a cualquier criterio (Dereux).

7º Si el derecho privado hace variar los efectos de una falta según su gravedad, un **error iuris** puede modificar la culpabilidad (Dereux).

8º Una persona engañada por otra sobre una regla de derecho, está autorizada para que se repare el perjuicio (Dereux).

9º Si faltándose a una obligación legal se daña a un tercero, puede el autor librarse de responsabilidad, alegando desconocer su obligación, si demuestra que le fué inevitable dicha ignorancia (Dereux).

10º No es disculpable el desconocimiento de una disposición de orden público, no porque se le repute que se le conozca necesariamente, sino porque el interés general exige que no se preste deferencia a tal ignorancia. En materia de interés privado, la misma es excusable (Baudry-Lacantinerie et Barde, Lomonaco, Larombière, Demogue, Ricci).

11º Conforme a la opinión de Bresolles, el error de derecho no es aceptable para sustraerse a una obligación o a una pena y lo es cuando se invoca un derecho ignorado.

12º No es fundada la distinción relativa a que el error de hecho puede invocarse para realizar un beneficio o evitar una pérdida, mientras el de derecho sólo lo es para lo último y no para lo primero (Savigny).

13º La ignorancia de la ley, para que anule el acto, debe haber sido, conforme a la enseñanza de Domat, su causa única y determinante o principal (Duranton, Toullier y Duvergier, Célice).

14º El error de derecho, como el de hecho, debe ser excusable, **iustus, probabilis error, iustam ignorantia.** Tal es la opinión prevaleciente, aunque discutida.

15º Para apreciar la excusabilidad se considerarán las condiciones personales del sujeto y el proceder de buena fe, debe acreditarse ésta en el momento que sobrevino el acto de que se trate (Gorphe, Windscheid).

16º El juez decide según las reglas de la crítica, si el error de derecho ha sido lo determinante para obligarse y si debe ser aceptado (Baudry-Lacantinerie y Barde).

17º La excusa es inadmisible cuando se refiere a una norma de orden público. Parece, pues, que no debe exagerarse la severidad, de **ignorantia excusatur non iuris, sed factes.** "Tal distinción es, sin embargo, -como expresaba Windscheid- superficial; en realidad, puede ser tan excusable un error de derecho como inexcusable uno de hecho...El error de hecho es inexcusable si se basa en una supina negligencia; el error de derecho es excusable si falta la posiblidad de adquirir la noción precisa del derecho o si ella adquirida, es equivocada".

Aunque el Código no hace mención del error de derecho, dentro de su intención está admitir su dispensa en caso que no comprometa la norma de orden público (4 fasc., p.256; 5 fac., p.253).

La no inclusión expresa del error de derecho en el articulado del Código, se ha realizado deliberadamente, por juzgarse "innecesaria y

peligrosa". La circunstancia de que la doctrina general se haya ido pronunciando por la abrogación de la sanción de **nemo ius ignorare censetur**, habría facultado, precisamente, para tal inclusión. Y es así como lo hacen los proyectos franco-italiano y argentino. Bibiloni justifica, cabalmente por ello, que en el último se establezca expresamente la excusabilidad del error de derecho. El Código en su art.1280 (art. 1267, C.C. 1984), al tratar del pago indebido, permite la repetición, trátese de error de derecho o de hecho.

Error de hecho

El derecho francés distingue tres clases de error: obstativo, dirimente e indiferente. El primero excluye el consentimiento y por tanto hace inexistente el acto; el segundo es el único que tiene el carácter de vicio del consentimiento, provocando la anulabilidad del acto; el tercero no es tomado en consideración, siendo el error accidental o **concomitans**.

La distinción entre error obstativo y dirimente, formulada por Savigny bajo las denominaciones de impropio y propio, se constata en Pothier y es remarcada por modernos autores franceses (Baudry-Lacantinerie, Planiol, Foignet, Demogue). El **Code Civil** en su art.1108 y s. sólo trata del error propio.

Error obstativo se considera al que recae sobre la naturaleza del acto, la identidad del objeto o sobre la causa de la obligación (apreciada la causa como requisito de existencia del acto). Esta distinción entre error impropio y propio ha sido supeditada por los códigos modernos, que dentro del término de "esencial" o "substancial", refunden a ambos. Así se constata en el Código alemán (art.119), lo mismo que en el suizo, según la enume-ración que del error esencial hace en el art.24, y en el brasileño (art.87). El Código argentino igualmente ya había realizado tal asimilación (Salvat).

Las ventajas del nuevo sistema son, más que todo, de orden práctico, por la simplificación de las soluciones.

El Código, refiriéndose en el art.1080 (art. 208, C.C. 1984), al error **in corpore** y al error **in negotio**, se afilia también al nuevo sistema.

Error esencial en la naturaleza del acto

El error substancial que se refiere a la naturaleza del acto, vicia la declaración de voluntad, no por el error mismo, sino porque acusa la falta de voluntad del declarante (Dernburg). Se trata, pues, de un vicio en la manifestación de voluntad, desde que el declarante ha manifestado querer algo que realmente no quiso (Crome). Este error existe cuando la parte que invoca su error entendía hacer un contrato distinto de aquel que ha declarado consentir (Código suizo, art. 24, inc.1). En este caso no

hay concurso de voluntades, desde que las partes han querido cosas fundamentalmente diversas. Aunque el error no afecte al objeto del negocio, recae sobre las obligaciones y derechos que con respecto a él pensaron adquirir las partes, y esas obligaciones y esos derechos constituyen lo esencial del acto jurídico.

Y es que propiamente en esta hipótesis, como en la del **error in corpore**, no hay consentimiento eficiente, porque no hay el concurso de voluntades exigido para crear la relación jurídica. Hay, antes bien, un disenso en aquéllas, como dos órbitas que no llegan a conectarse.

Error sobre el objeto principal de la declaración

El error **in ipso corpore rei** sobreviene cuando el declarante "ha tenido en mira otra cosa distinta que aquella que ha hecho el objeto del contrato" (Código suizo, art.24, inc.2). La declaración adolece de falta de coincidencia entre la voluntad y el objeto a que se refiere. En esta clase de error no sólo está comprendido el que verse sobre la identidad misma de una cosa individualmente determinada, sino también, como explica la nota del art.961 del Código argentino, el error sobre la especie de la cosa y aun sobre la cantidad. Si el error es sobre la especie, está reputado como un **dissensus in corpore**. Si es sobre la cantidad, precisa distinguir según sea el único objeto del negocio o se refiera a una prestación recíproca. En el primer supuesto, se estima la obligación contraída por la cantidad menor (D. lib.45; tít.I; Nº 1; párr.4); en el segundo, se impone la regla de **si descem tibi locem fundum, tu autem existimis quinqi te conducere, nihil agitur. Sed et si ego minoris me locare censero tu pluris te, conducere, utique noni pluris erit conductio quam quanti ego putavi**. El Código suizo indica sobre este punto, que hay error "cuando la prestación prometida por aquel de los contrayentes que se prevale de su error es notablemente más extensa, o cuando la contraprestación lo es notablemente menos de lo que él quería en realidad" (art. 24, inc.3). Schneider y Fick indican las aplicaciones que de esta disposición ha hecho la jurisprudencia.

La forma amplia en que está concebido el art.1080 del Código, al referirse "al objeto principal de la declaración" (art. 208, C.C. 1984), permite considerar dentro de él las diferentes manifestaciones en que puede presentarse el error sobre el objeto de la declaración. Es decir que la interpretación debe ser más o menos liberal, en el sentido que debe estimarse como padeciendo un error atendible por la ley a "quien no quería dar una declaración de este contenido" (del contenido de que se trata), como muy expresivamente dice el código alemán, sin que el caso deba confundirse con la **falsa demonstratio**.

En lo que hace a otra especie de error obstáculo, el que incide en la causa, el Código nacional no lo considera dentro de este título. Se presenta

este error, cuando como en el ejemplo que ilustra Josserand, "creo estar obligado a cumplir un legado puesto a mi cargo por un testamento, y en esta creencia, suscribo un pagaré en favor del pretendido legatario; con posterioridad, se descubre un testamento que revoca el que contenía tal disposición: desde ese momento, la obligación que había suscrito está desprovista de causa; en consecuencia debe quedar sin efectos pura y simplemente". Es indudable, por definición, que el error en la causa sólo puede presentarse en actos no abstractos; y de ejecutarse la prestación, cabe la repetición por la **condictio indebiti**.

Es diversa la situación relativa al error sobre la identidad del objeto y sobre la imposibilidad del mismo. El primero importa un vicio de voluntad y hace anulable el acto; el segundo es causal de nulidad absoluta (art.1123, inc.2) (art. 140, inc. 3, C.C. 1984).

Error en las cualidades esenciales del objeto

El tercer caso que contempla el art.1080 es el concerniente a "algunas de sus cualidades esenciales" (art. 202, inc. 1, C.C. 1984). Éstas han de referirse no a la declaración misma, pues entonces la regla no tendría sentido, sino al objeto que comprende aquélla.

En este caso, trátase del llamado **error in substantia**, cuya determinación ha preocupado hondamente a los civilistas. El Digesto esta-bleció que: **in ceteris autem nullam, esse venditionem puto, quotiens in materia erratur** (Ulpiano; lib.18; tít.1; Nº9; párr.2).

Las Partidas se ocuparon del punto (V; tít.5; ley 21). El Código francés se refirió simplemente a la **substance même de la chose qui en est l'objet**. Para Pothier hay error **in substantia** cuando afecta a una cualidad de la cosa que es substancial a ésta y tal cualidad ha sido tenida decisivamente en consideración por la parte. Según Laurent sólo esta última consideración sirve para caracterizar el error **in substantia**. Así, éste se produce en relación a la intención del declarante y puede referirse a cualquiera cualidad de la cosa. Con Laurent coinciden Beudant y Demolombe. Esta concepción subjetiva, supeditada por la objetiva, ha encontrado, empero, la adhesión de modernos autores franceses (Baudry-Lacantinerie, Colin y Capitant, Planiol).

La concepción objetiva está representada por Savigny, para quien "el error acerca de una cualidad de la cosa es esencial, desde que según las ideas admitidas en las relaciones de la vida real, la cualidad falsamente supuesta coloca la cosa en otra clase de objetos que aquella de que formaba parte". En Francia fué propugnada por Aubry y Rau, Toullier, Colmet de Santerre, Marcadé, Duranton, Huc. Este último califica como cualidad substancial "la que permite dar a una cosa el nombre sustantivo que la identifica".

Josserand se muestra fiel a su concepción teleológica, partidario de una apreciación subjetiva.

En Italia, Chironi sostiene la tesis objetiva; Lomonaco, Gianturco, Giorgi, la subjetiva.

Para el Código alemán, son cualidades esenciales, **die im Verkehr als wesentlich angesehen werden.** Predomina, pues, el criterio objetivo (Saleilles, Planck).

Como lo indica Soergel, el error en el sentido del párrafo 2 del art.119 del Código alemán, es decir sobre las cualidades de la cosa (o de la persona), que en el comercio son estimadas como esenciales, sólo existe cuando la falsa representación es tal, conforme a las reglas del tráfico comercial, que la parte la ha aceptado como verdadera, en forma incondicional. Cualidades de una persona o cosa son, en el sentido del apartado 2 del art.119, no sólo las naturales correspondientes a la persona o cosa, sino también las relaciones objetivas de la misma, las cuales en sus relaciones con otra persona o cosas arraigan, y que por su carácter y permanencia, conforme a lo que se estima en el comercio, suelen tener una influencia sobre la valorización de la cosa en general.

Esto también ha venido a imperar en el Código suizo: art.24, inc.2 (Oser). El proyecto franco-italiano opta por una híbrida solución, al referirse, art.15, a una cualidad de la cosa o a una circunstancia "que las partes han considerado como esenciales (criterio subjetivo)" o que deben ser apreciadas como tales en consideración a la buena fe y a las condiciones en las cuales el contrato fué concluído (criterio objetivo). La reforma del Código argentino se inspira en el criterio subjetivo.

Precisando la actitud de la tesis objetiva y de la subjetiva puede decirse: dentro de la una y la otra, el error se estima, en cuanto a su existencia misma; como hecho subjetivo, desde que respecta al hecho de la voluntad del sujeto (el declarante), de modo que sólo éste puede establecer, de acuerdo con su criterio propio, cuándo cayó en error. La discrepancia de las dos tesis comienza al apreciarse cuando tal error adquiere relevancia para el derecho. Para la teoría subjetiva basta que la parte considere como esencial una cualidad, negociando en virtud de esta consideración. Para la objetiva, tal consideración carece de todo valor, siendo lo que precisa, que la cualidad falsamente atribuída desplace la cosa de la especie a que realmente pertenece, a otra, o resulte -de acuerdo con las fórmulas de códigos modernos-, en el caso concreto, que tal cualidad es esencial a la cosa "según el modo de ver general".

La teoría subjetiva hace depender el negocio jurídico del hecho íntimo de la voluntad, inspirándose, en buena cuenta, en el error en los motivos, que precisamente ha de desecharse. Significando el mantenimiento de la teoría de la voluntad, destruye la seguridad en los

negocios jurídicos. La teoría objetiva, identificando substancia y especie, no logra precisar en qué consiste la cualidad substancial.

Las expresiones "de conformidad con el uso general", según "la lealtad comercial", esconden tras lo dilatado de ellas, inmensa vaguedad. El juez es, por eso, el que decidirá cada caso, cayéndose en todas las incertidumbres de una jurisprudencia vacilante o contradictoria.

El Código no se pronuncia explícitamente por ninguno de los criterios: el subjetivo o el objetivo. Esta actitud evasiva acaso es disculpable, considerando la indecisión que reina sobre la cuestión.

En cualquier forma, el Código deja la cuestión del error **in substantia**, sin solución adecuada, ya que se informe en el criterio subjetivo o en el objetivo, presenta los inconvenientes que a uno y otro afectan.

La cuestión debe apreciarse de modo distinto del tradicional. La decisión atribuída al derecho romano, que el error **in substantia** por sí solo anula el acto, es susceptible de revisión (Beseler), Marcelo no admitía que el error en cuanto a la materia anulara la venta. La cita atribuída a Ulpiano presenta notorias presunciones de inautenticidad. El pasaje de Juliano, que a menudo se cita como confirmatorio de la posición de Ulpiano (D. lib 18, tít.1, ley 41, párrafo 1), no indica que baste el error de una parte para que haya nulidad, sino que ambas han de caer en él. Cuando el error es de uno solo de los declarantes, el acto se mantiene (D. lib 18, tít.1, Nº 45). El pasaje tomado de los comentarios al Edicto de Paulo (D. lib 19, tít.1, Nº 21, párrafo 2) lleva, bien interpretado, a idéntica conclusión. Sin embargo, por equivocada exégesis de los textos romanos, se ha consagrado la nulidad por error unilateral en una cualidad substancial. Lenel opone un criterio rectificatorio. Cita el Código de Sajonia, para el cual (art.842) sólo hay nulidad por error de una parte en cuanto a "la materia que expresamente le hubiese atribuído" (a la cosa, objeto del contrato, el contratante). Nótese la exigencia de que expresamente le debía ser atribuída la calidad a la cosa. Recuerda también la disposición del Código austríaco (art. 871); que exige para la nulidad por error de una parte sobre una cualidad, que a tal error sea inducido por la otra parte y que a tal cualidad se dirija la intención declarada del que padece el error.

Sobre el particular y enfrentándolos también al criterio común, nosotros debemos destacar lo dispuesto en el antiguo Código mejicano (art.1296) y en el portugués, que tampoco admiten que el simple error de una parte afecta la validez del negocio. Así, igualmente el reciente Código de Polonia (arts.36 y 37) y el proyecto franco-italiano (art.15). Además, queremos también hacer notar que el proyecto checoeslovaco (art.798) regla el problema en forma análoga al artículo 871 del Código de Austria.

El reciente Código italiano dispone en el art.1428 que el error esencial sólo anula el contrato cuando es reconocible de la otra parte, agregando el art.1431 que el error se considera reconocible cuando en relación al contenido, a las circunstancias del contrato, y además a la calidad de los contrayentes, una persona de normal diligencia hubiere podido advertirlo. Así dicho Código ha dado únicamente al error excusable la categoría de vicio consensual.

Y es que, como escribe Cupis, "llegando a un análisis positivo del concepto excusabilidad (inimputabilidad), es imposible desconocer que él, aun por el significado corriente de la palabra empleada para expresarlo, expresa un juicio ético acerca del comportamiento de una determinada persona: este juicio es, en su esencia, un juicio de **culpa**".

Pero aquí es de sumo interés reparar en cómo sobre el particular se pronuncia la jurisprudencia inglesa. Lenel insiste sobre esto, y con razón, pues la decisión al respecto es clara y precisa. Para la jurisprudencia inglesa no basta que una parte caiga en error, por muy importante que sea, para que el negocio se anule. Sólo en caso que fuera inducido a error, por la conducta de la otra parte (aun sin dolo) o cuando el error fuera de ambas partes, la nulidad es procedente (Anson, Pollock). Nosotros, para hacer notar con qué firmeza está decidida la materia en el sentido enunciado, consideramos oportuno transcribir del muy buen Manual "Sutton and Shannon on contracts", lo siguiente: "If the mistake is as to the quality of the thing contracted for, the mistake will only affect assent if it is the mistake of both parties and is as to the existence of some quality which makes the thing without the quality essentially different from the things as it was believed to be". Véase, en seguida, estos ejemplos claros que consigna: "As already pointed out, there may be the sale of a picture which both the seller and buyer believe to be the work of an old master, for which the buyer therefore pays a high price, but which is only a modern copy, yet the contract must stand in absence of any representation or warranty by the seller. Conversely, there may be a sale of an old edition of Gray's Elegy at a low price, and it is subsequently ascertained that it is a copy of the first edition, though neither the seller nor the buyer was aware of the fact. Again the contract must stand".

Escribe Jenks: "El error para que sea causa de nulidad, es preciso que consista en una falsa percepción de un hecho material, que afecte a la raíz del contrato, y que no sea debido a negligencia de la parte equivocada. Claro es que si el error fué producido por actos deliberados de la otra parte, podrá ser calificado de fraude, del que ya hemos hablado". Y agrega el mismo autor: "Y hasta para ciertos errores menores, si ambas partes lo padecieron, la Equidad anula los contratos, a menos que la parte que pide su cumplimiento esté en condiciones de cumplirlo conforme a la creencia común cuando el contrato se concertó".

Por su parte el derecho norteamericano sigue inspiración semejante: el error unilateral no anula el negocio, asi cada parte caiga en un error diferente; aquél sólo es anulable cuando es común sobre la misma materia (Restatement. Contracts; Nº 503); y además, cuando hubo dolo de una de las partes (Nº 476 y 472).

No puede desconocerse las ventajas teóricas y prácticas del criterio revisionista. Garantiza la seguridad en las transacciones jurídicas. Evita la solución injusta, de que para una parte, en un negocio, se anule éste por error de la otra, sin que la primera participe en su producción; es decir, haciéndola sufrir las consecuencias de la imprevisión o torpeza de la otra. Elimina los inconvenientes de la embrollada determinación de cuándo hay error **in substantia**.

ERROR EN LA PERSONA

Art. 202 (C.C. 1984).- El error es esencial:

2. Cuando recae sobre las cualidades personales de la otra parte, siempre que aquéllas hayan sido determinantes de la voluntad.

Art. 208 (C.C. 1984).- Las disposiciones de los artículos 201 a 207 también se aplican, en cuanto sean pertinentes, al caso en que el error en la declaración se refiera a la naturaleza del acto, al objeto principal de la declaración o a la identidad de la persona cuando la consideración a ella hubiese sido el motivo determinante de la voluntad, así como al caso en que la declaración hubiese sido transmitida inexactamente por quien estuviere encargado de hacerlo.

Art.1081 (C.C. 1936).- Se considera igualmente error substancial, el que se refiere a la persona, cuando la consideración a ella hubiese sido el motivo principal del acto.

Referencias.- Digesto; lib.XII, tít.1, párr.32; lib.XVIII, tít.5, párr.9; arts.1110, apart.2, del C. francés; 1226, apart.2, del español; 657, inc.3, del portugués; 959, del argentino; 1455, del chileno; 24, inc.2, del suizo; 88 del brasileño; alemán, art.119, 2 apartado; italiano, 1246, inc.3 (1110, apart.2); venezolano, 1148, 2 parte.

Error en la persona

El criterio es que el error sobre la persona es causa de nulidad, cuando se hizo la declaración en consideración a aquélla. El Código alemán se refiere a las cualidades de las personas, consideradas como esenciales según el uso general (artículo 119, apart.2).

El error **in personam** puede presentarse sobre la identidad misma del sujeto o bien sobre sus cualidades.

El error en cuanto a la identidad personal misma, conspira fundamentalmente contra el auténtico querer del declarante. No es lo mismo donar una cosa a Ticio que a Cayo. En buena cuenta, aun sin culpa de la persona sobre que versa el yerro, hay una substitución de persona y ello es por definición un error substancial. Si el error recae sobre las cualidades del otro sujeto, aquél también hace anulable el acto, siempre que ellas hubieran sido decisivas para celebrar el mismo.

Conforme al art.1081 (art. 202, inc. 2, C.C. 1984) la consideración sobre la presencia de un error substancial **in personam**, se apoya en la circunstancia de haberse celebrado **intuito personae**. Este último carácter es el necesario para que el error sea substancial, o sea, la norma esté concebida restrictivamente. Se reputa que la declaración se hace **intuito personae**, tratándose de los actos gratuitos (pues es obvio que se realizan en atención a personas determinadas); de los que se practican a base de confianza, como el mandato, depósito, sociedad; de los que tienen por objeto un hecho no fungible (Giorgi). Empero, en verdad, lo relativo al error en la persona, ha de estimarse como una cuestión de hecho, para determinar cuándo hiere a la voluntad convencional y cuándo no, sin tener que estar ligada su consideración a la circunstancia de que el acto sea oneroso o de mera liberalidad. Anota Viforeanu: "La discusión de la doctrina sobre si los actos a título gratuito son más susceptibles de ser afectados de la **intuito personae**, que los actos a título oneroso, pierde mucho de su interés. La consideración de la persona está incluída, según el caso, en el acto oneroso, como en el acto a título gratuito, sin que sea posible separar de una manera incontestable las dos clases de actos jurídicos. Apoyándose en los casos prácticos, los juristas pueden afirmar con igual autoridad, ya bien que la mayoría de los contratos onerosos son acordados fuera de toda consideración acerca de la persona, ya bien que ordinariamente el acto a título oneroso comporte la **intuito personae**. Esta cuestión es por excelencia, una de hecho".

Hay en lo que se refiere a esta clase de error sobre la persona, la relevancia que puede tener él mismo en cuanto se introduce en ciertos actos relativos al estado de la persona, como en actos extrapatrimoniales que crean vínculos personales **sui generis**, como pasa con el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de hijo. Como escribe Josserand, "no

puede dudarse de su carácter personal y, por tanto, en lo que a ellos se refiere, el error sobre la persona tiene fuerza dirimente, ya sea que recaiga sobre la identidad física del cónyuge, o solamente, eventualidad más probable, sobre su identidad civil. Más aún; el error sobre las cualidades de la persona es susceptible, según la jurisprudencia más reciente, de producir la misma sanción, por lo menos cuando recae sobre las cualidades esenciales, aquellas que han debido ser tomadas en consideración por la otra parte y que la han hecho decidirse. Desde este punto de vista, se produce en la jurisprudencia una evolución de las más características; en tanto que hasta los últimos años, el error sobre tales cualidades era considerado como indiferente para la validez de la unión, existe actualmente una tendencia en nuestros tribunales a atribuirle valor dirimente".

En el error en la persona es constatable la misma actitud de criterio, ora subjetiva, ora objetiva, que respecto al error **in substantia**. El error en la persona es también en cuanto a su existencia misma, hecho subjetivo; pero en lo que concierne a cuando él sea legalmente atendible, la misma disputa entre los dos criterios, renace. Ha habido el prejuicio de sostener **à outrance** el criterio subjetivo, al que parece afiliarse el Código, al referirse meramente a que "la consideración a ella (a la persona) hubiese sido el motivo principal del acto". El código alemán, equiparando el error sobre la persona y el error sobre la cosa, aprecia a aquél con criterio objetivo (Endemann). Al hablar en el artículo 119, apart.2, de las cualidades de la persona o cosa, dice: **die im Verkehr als wesentlich angesehen werden**; fórmula que habría sido de desear hubiera recogido el legislador nacional.

La cuestión referente al error sobre las cualidades de la cosa es, pues, aplicable en lo que respecta a las cualidades de la persona, como anota Staudinger. Así, lo que se refiere a la confesión, conocimiento de un idioma determinado, integridad del sujeto. Por ejemplo, el error sobre la creencia confesional de una persona puede aparecer ora como esencial ora como inesencial; lo primero, supóngase si se trata de contratar un profesor para un instituto de enseñanza religiosa, lo segundo si se trata de compraventa de un objeto cualquiera. Así también el error sobre cualidades de orden intelectual o espiritual en general, que en el caso de un contrato de compraventa carecería de significación, puede tenerla grande y decisiva, cuando se trate de un contrato concerniente a una labor de confianza, por ejemplo, los servicios de un médico para un sanatorio.

ERROR INDIFERENTE

Art. 209 (C.C. 1984).- El error en la declaración sobre la identidad o la denominación de la persona, del objeto o de la naturaleza del acto, no vicia el acto jurídico, cuando por su texto o las circunstancias se puede identificar a la persona, al objeto o al acto designado.

Art.1082 (C.C. 1936).- El error sobre la persona o sobre la cosa a que se refiere la declaración de voluntad, no vicia el acto cuando por su texto o las circunstancias se puede identificar la cosa o la persona designada.

Referencias.- Digesto XVIII, lib.I; 1,9, p.1. Inst.II, t.XX, p.19; Código brasileño, art.91; italiano, 1421.

El error indiferente

Cuando el error se refleja sobre el nombre de la persona o cosa, sobre los motivos que impulsaron a hacer la declaración, sobre cualidades secundarias del objeto o con referencia a vicios o defectos en el mismo, que no constituyen **error in substantia**, o sobre el valor de la cosa, no hay lugar a demanda de nulidad. Se presenta el error indiferente.

El Código considera el error sobre el nombre en el artículo 1082 (art. 209, C.C. 1984), el error de cuenta en el 1083 (art. 204, C.C. 1984), y el recayente en los motivos en el 1084 (art. 205, C.C. 1984) (indicando el supuesto de excepción, que puede hacer impugnable el acto).

En cuanto al régimen que sea pertinente para el error sobre cualidades no esenciales de la cosa, ello se comprende después de lo que se ha explicado sobre el error **in substantia**. Pero aquí interesa detenerse brevemente en la relación entre el error como causa de nulidad y el sistema referente a la garantía por vicios ocultos. En ambas situaciones domina el mismo criterio general regulador: socorrer a quien padeció el error. "Pero la doctrina de la garantía -enseñan Planiol y Ripert-, constituyendo una aplicación especial de la doctrina del error, en las materias en que los textos establecen una reglamentación precisa diferente del régimen de la nulidad por error, no se podrá aplicar sino la regla particular. La acumulación de la garantía y la nulidad por error debe descartarse por las mismas razones que se descarta la acumulación de la responsabilidad delictual y contractual". Los mismos autores escriben: "Mas, si hay coincidencia completa entre el campo de aplicación del error sobre el objeto y aquel de la garantía por los vicios, va a resultar que la

segunda doctrina eliminará completamente a la primera. No existiría más error sobre el objeto. Consecuencia inadmisible frente al artículo 1110 y a la tradición: el error sobre la substancia de la cosa es el caso más práctico de error. Precisa, pues, restringir el campo de la garantía de los vicios a su dominio original, aquel que le corresponde por los términos del art.1641, y en lugar de hablar como lo hace la jurisprudencia, de garantía de vicios a propósito de cosas incorporales, como créditos, o de cualidades inmateriales, como la autenticidad de una obra de arte o de un objeto antiguo, limitar su aplicación a las cosas corporales y aún en aquella de las que se puede decir propiamente que se hace uso de ellas (art.1641), es decir, que son destinadas a una utilización material. Es por lo demás esta utilización la que tiende a hacer desaparecer el vicio, que con la dificultad de una constatación tardía de su origen, justifica la rápida extinción de la acción de garantía".

En cuanto al caso que contempla el art.1082 (art. 209, C.C. 1984), es de directa evidencia y sobradísima justificación. El error sobre el nombre de la persona o cosa no tiene sino un carácter secundario; no compromete en nada la seriedad y realidad de la determinación de voluntad, en el sentido de dirigirla a una persona o enderezarla a una cosa, cuya identidad es factible de realizar (conforme indica el Código, según el contenido del acto o las circunstancias), pese a la equivocada designación o denominación.

La regla ya estaba formulada desde los romanos (Institutas, II, tít.20, párrafo 19; Digesto, lib.XVIII, tít.1, Nº 9, párrafo I) y es declarada expresamente entre los Códigos modernos, por el brasileño (art.91), en términos exactos al art.1082. Acerca de dicho artículo del Código de Brasil, escribe Ferreyra Coelho: "todas las veces que por la propia expresión o contexto del acto o por las circunstancias que a ello respecten, se pueda identificar la persona o la cosa u objeto del acto, el error en cuanto a su denominación es sin importancia jurídica. ¿Qué importancia puede tener la referencia hecha a la heredera Antonia, cuando en el inventario de que se trate no existe sucesor de sexo femenino o sólo un heredero de nombre Antonio?... ¿Cómo anular un legado que se refiere a un predio en una calle, cuando se verifica que el testador en esa calle no poseía propiedades y que el predio descrito está en otro lugar o es el único bien raíz de la herencia? El error en estas condiciones, no puede anular la disposición de última voluntad".

El error en la denominación no corrompe el consentimiento mismo a virtud de que **falsa demonstratio non nocet**. El error en cuanto al nombre de la persona o la cosa, no es un error en cuanto a la identidad misma de la persona o de la cosa, o de las cualidades esenciales de una u otra. Se trata, como anota Fubini, de "un desacuerdo aparente que esconde un acuerdo real". Empero, como el mismo autor advierte, "la

eficacia de la voluntad falsamente expresada tendrá sólo vida en tanto de algún modo pueda la existencia y la verdadera expresión de la voluntad resultar manifiesta". Por eso el art.1082 (art. 209, C.C. 1984) dice que el acto no se anula si se puede identificar la persona o cosa a que concierne la declaración por el texto mismo de la declaración o por las circunstancias. En la misma declaración pueden haber datos que permitan hacer esa identificación. Por ejemplo, si declaro vender mi fundo, denominándolo equivocadamente, pero indicando su ubicación, linderos, características, datos del registro inmobiliario, personas de quienes lo adquirí, etc. De las circunstancias puede resultar la identificación si por los datos y pruebas coadyuvatorias se llega a alcanzar la misma.

ERROR DE CUENTA

Art. 204 (C.C. 1984).- El error de cálculo no da lugar a la anulación del acto sino solamente a rectificación, salvo que consistiendo en un error sobre la cantidad haya sido determinante de la voluntad.

Art.1083 (C.C. 1936).- El error de cuenta sólo dará lugar a su corrección.

Referencias.- Digesto, lib.IV, tít.17, ley 92; Código portugués 665, apartado 3; uruguayo, art.1270, apartado 2; mejicano, 1813; suizo, 26; italiano, 1430; turco, 24.

El error de cuenta

Esta regla ha sido unánimemente admitida, ya que tal error tiene carácter accidental, de suerte que no ha influído en la decisión del declarante. Ya había sido formulada en el Digesto (lib.IV, tít.XVIII, ley 92) y está sancionada expresamente en el Código portugués (art.665, apart. 3), uruguayo (art.1270, apart.2).

Y es que anota Borda, explicando la tesis de la validez del pacto, tal es "la solución que se impone por las numerosas razones que hemos expuesto con tanta reiteración y muy particularmente, por la seguridad del comercio, a tal punto que ha sido aceptada inclusive por la doctrina y la jurisprudencia francesa, que es la que con más vigor ha defendido las teorías de la autonomía de la voluntad y del error".

Propiamente no corresponde a ser consignada, cuando menos en la parte general sobre los actos jurídicos, desde que el error de cuenta no es vicio que pueda afectar el acto jurídico, en general, sino sólo al determinado de que se trate. Habiéndose propuesto un artículo que

contemplace en el proyecto brasileño, se optó por suprimirlo. Los Códigos alemán y suizo no lo mencionan, ni tampoco el proyecto franco italiano.

El nuevo Código italiano sí dedica un artículo (el 1430) a este asunto.

El error de cuenta o sobre el valor no origina, pues, nulidad, Sólo puede causar una acción especial, de lesión, en los casos que la ley admite (art.1439 y siguientes) (art. 1447 y ss., C.C. 1984).

El art.1430 del Código italiano advierte que aun cuando como regla el error aritmético no anule el negocio, ocurre esto último si tal error ha sido "determinante del consenso".

ERROR EN EL MOTIVO

Art. 205 (C.C. 1984).- El error en el motivo sólo vicia el acto cuando expresamente se manifiesta como su razón determinante y es aceptado por la otra parte.

Art.1084 (C.C. 1936).- La falsa causa sólo vicia el acto cuando expresamente se manifiesta como su razón determinante, o bajo forma de condición.

Referencias.- Institutas, ley 31 del título 20 del libro 2; Digesto, leyes 1 y 65, párrafo 2 del título 6 del libro XII; Código brasileño, artículo 90; argentino, artículo 960; austríaco, artículo 901; portugués, artículo 660; suizo, artículo 24; italiano, 1430. También se vincula a los artículos 119 y 821 del Código alemán.

Error en el motivo

El artículo que nos ocupa, aprecia el término causa de modo diferente al de la teoría clásica. No se trata de un elemento de existencia del acto jurídico; es decir, de la causa tal como la considera el artículo 1131 del Código francés y los que en este punto le han seguido, que como se observó oportunamente, al comentar el artículo 1075, no aparece en el Código. Éste no estima, pues, a la causa a que se refiere el artículo 1084 (art. 205, C.C. 1984), en el sentido tradicional: es decir, como "causa legal", como se la ha denominado en tal caso. Además, no se compadecería la consideración de la causa en tal sentido, con la regla de dicho artículo, que sólo sanciona una nulidad relativa; la falta de causa legal acarrea la nulidad absoluta.

La causa, tal como la aprecia el Código, es el motivo determinante de la voluntad de obligarse: **est ratio, propter quam aliquio datur, aut fit.** Así se indica explícitamente tratándose del artículo 660 del Código

portugués (Ferreyra Coelho da Rocha), como del artículo 960 del argentino (nota respectiva). Lo mismo es de anotar con respecto al artículo 90 del Código del Brasil (Ferreyra Coelho). En tal sentido el término causa importa un elemento introducido por las partes para la constitución de la declaración; importa una "causa convencional" -como se la ha llamado- diferente de la causa legal (causa en sentido tradicional). La falsedad de aquélla suscita la anulación de la declaración, porque afecta al consentimiento, a la voluntad de las partes.

La jurisprudencia francesa ya se había orientado en tal sentido, al considerar la idea de la causa con tal criterio, como móvil decisivo de la declaración, o sea como condición misma del acto (Dabin). El derecho alemán admite, sin lugar a dudas, tal apreciación, según resulta de los arts.119 y 821 del Código de 1900 (Saleilles). Como explica Warneyer: "El error en el motivo puede dar origen a impugnación, sólo cuando él haya influído en el contenido de la declaración dada, de tal modo que dicho contenido habría sido distinto, si se hubiese conocido correctamente la condición de las cosas. Mas es necesario incluir el motivo en el contenido del negocio y que él haya tenido una expresión en la declaración. El error debe aparecer simultáneamente como error sobre el contenido de la declaración".

Conforme al artículo 1084 (art. 205, C.C. 1984) la causa significa el móvil decisivo de la voluntad de obligarse. Sin embargo, es regla inconcusa que el error en los motivos no se tome en cuenta. Mas, "la causa convencional" no importa un motivo cualquiera, como tal indiferente; importa un motivo declarado, es decir, formando parte del "contenido de la declaración"; como remarcan los autores alemanes; un motivo no meramente personal, íntimo, sino expresado y conocido por la otra parte, que por lo tanto implica una "presuposición conocida"; en suma, una condición del acto mismo. Sólo esta última clase de motivo puede anular el acto por error, porque éste concierne entonces a un elemento de aquél, según la común voluntad manifestada de las partes, porque afecta a la declaración misma. El error de la primera clase, sobre el hecho impulsivo, sicológico, no es tomado en cuenta.

El Código exige que la falsa causa se haya manifestado "expresamente". El derecho alemán admite la manifestación tácita de la "causa convencional" (Saleilles). En rigor, debe ser así, ya que los Códigos no exigen, en general, declaraciones formales: basta que el motivo se manifieste en cualquier forma como común intención de las partes (desde que procediendo de una es conocida por la otra), para que entre a formar parte del "contenido de la declaración". Por eso la jurisprudencia francesa ha considerado como conocida la causa, no sólo cuando se ha manifestado realmente, según consideraciones objetivas: "las circunstancias del caso", "los usos establecidos".

El Código no debería exigir la manifestación expresa de la causa, para ser consecuente con lo que dispone en su artículo 1076 (art. 141, C.C. 1984), el cual admite la expresión tácita de la voluntad. En consecuencia, la disposición contenida en el artículo 1084 (art. 205, C.C. 1984),ha de interpretarse como una excepción a la regla del artículo 1076.

La exigencia de manifestación expresa, tratándose de la causa, de acuerdo con lo que establece el Código del Brasil, puede justificarse considerando que de tal suerte se hace imperar el criterio de la declaración, que garantiza la seguridad en las relaciones jurídicas, sobre el de la voluntad interna, con todas las dificultades para precisarla.

DOLO DETERMINANTE Y DOLO RECIPROCO

Art. 210 (C.C. 1984).- El dolo es causa de anulación del acto jurídico cuando el engaño usado por una de las partes haya sido tal que sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto.

Cuando el engaño sea empleado por un tercero, el acto es anulable si fue conocido por la parte que obtuvo beneficio de él.

Art. 213 (C.C. 1984).- Para que el dolo sea causa de anulación del acto, no debe haber sido empleado por las dos partes.

Art.1085 (C.C. 1936).- Para que el dolo produzca la nulidad del acto, no debe haber sido empleado por las dos partes, cuando se trata de actos bilaterales.

Referencias.- Digesto, lib.IV, tít.3; fr.2, Nº 7, fr.36; Código francés, artículos 1116 y 1117; italiano, 1439 (1115); español, 1269 y 1270; portugués, 663; japonés, 96; holandés, 1634; argentino, 932, inc.4; chileno, 1468; uruguayo, 1275; boliviano, 707; venezolano, 1154; alemán, 123; suizo, 28; brasileño, 97; turco, 28; chino, 92; soviético, 32; mejicano, 1812 y 1815; peruano 1238 y 1239; polaco, 39.

El dolo

Estructurado el numeral 1085, en tal manera que se indica cuál es el requisito para que el dolo acarree la nulidad del acto (que no haya sido recíproco), está indicando explícitamente cuál es el efecto del dolo: dicha nulidad, en concordancia con lo que ordena en el art.1125, inc.2 (art. 221, inc. 2 C.C. 1984), que al tratar de las nulidades señala dicha causal.

Dolo determinante

La ley reprime la actitud dolosa, porque implica un factor que corrompe la pureza del consentimiento. En tanto el engaño ha decidido la voluntad negocional, él merece ser reprimido en salvaguarda de la última. Lo decisivo es esa circunstancia: que el dolo haya determinado la voluntad, para que el negocio pueda ser anulado. Como escribe Josserand, "he aquí, pues, la parte positiva de la demostración del punto de vista de que el dolo no vicia el consentimiento sino cuando ha desempeñado el papel de factor del móvil determinante, al que ha cedido la víctima al consentir, pudiendo proceder ya, en cierta forma, a la contra-prueba: lógicamente, todo dolo que responde a la definición que acabamos de dar, debería implicar, sin reservas ni distinción alguna, la nulidad del acto concluído bajo su imperio; se trata de la libertad del consentimiento y de la buena fe en los contratos".

La distinción del dolo en bueno y malo -el primero disculpable y el segundo, no-, está superada actualmente (Ferreyra Coelho), habiéndose ya Laurent pronunciado en su contra. O el engaño empleado por una parte decide la voluntad de la otra, y en este caso se trata de un dolo, que por lo tanto debe castigarse; o no tiene tal efecto, y en este caso no merece calificarse como tal. La distinción entre **dolus malus** y **dolus bonus**, era sofística y perjudicial a la claridad de los conceptos.

Pero, de todos modos, es preciso remarcar que sólo un error provocado por la otra parte es dolo en sentido de vicio de consentimiento, cuando por las circunstancias común y notoriamente dominantes en el ambiente social, él haya sido capaz de perturbar el criterio del declarante engañado. No es dolo, pues, y no conmueve el consentimiento, la circunstancia de que una de las partes haya utilizado las indicaciones usuales y permitidas acerca de la bondad de la cosa en que recae el negocio; como cuando un comerciante alabe su mercadería, calificándola como de insuperable, sin rival, etc. Como dice Von Tuhr, "la idea errónea provocada por dolo debe referirse a un hecho objetivo, capaz de conocimiento verdadero. No existe dolo cuando se despiertan esperanzas que por su misma naturaleza son inseguras, por ejemplo, cuando el vendedor convence al comprador de que los precios están subiendo o de que es inminente una ampliación de la ciudad o cuando se hacen aserciones que, por su imprecisión, no pueden aspirar a ser verdaderas, como serían las del vendedor que afirma que su mercadería es de primera o finísima o que su remedio para el cabello es el mejor del mundo".

La razón por la cual se anula el acto infestado por dolo, es el error en que incurre uno de los declarantes. Es el error que causa el dolo, la causa de anulabilidad. Sólo que a diferencia del error propiamente dicho, aquí por la intervención del dolo, tal error no es espontáneo en el errante, pues ha sido causado por la actitud de otro sujeto.

De este modo caracteriza el dolo el ser intencional; esto importa que el que utiliza la magaña sepa que el otro sujeto se está formando una errónea representación.

Caracteriza al dolo el ser intencional, por lo que se distingue del error. De aquí, que el error en los motivos y las cualidades accidentales en la cosa, que por sí solo no funciona como vicio de la voluntad, deviene tal si el error se genera dolosamente. En otros términos, en el dolo existe un factor reprochable en sí, atentatorio de la buena fe, que impone reprensión, y de aquí que el dolo, como figura propia, sea juzgado con severidad mayor que el error, en cuanto a vicio de voluntad. Siendo el **consilium fraudis** elemento consubstancial del dolo, no se puede admitir que **res ipsa in se dolum habet** (Baudry-Lacantinerie y Barde).

Se ha juzgado que el dolo debería ser siempre perjudicial. Esta apreciación, dominante con el carácter de clásica, es modernamente discutida (Coviello).

Casi todos los códigos no indican expresamente la necesidad del perjuicio, como ocurre por ejemplo con el argentino (arts.932, 934). "Pero sería peligroso sostener que la idea de la necesidad de un perjuicio no está invívita en todos estos cuerpos de leyes. Ellos fueron elaborados en épocas en que la premisa de la doctrina francesa conservaba toda su integridad y validez. Aún no había sido desacreditado el concepto de que la verificación de un perjuicio no interesaba fundamentalmente en el dolo, y no se había atacado tampoco la tradicional manera de distinguir el dolo en causante e incidente. Permanecía intacto el principio de que el interés es la medida de la acción. Si el resultado característico del dolo incidente era la indemnización por razón de las condiciones más onerosas consignadas, ¿cómo no se iba a exigir que hubiera daño, si éste era el efecto esencial del dolo incidente?" (Alzamora Silva).

Para el Código alemán no precisa tal requisito: el perjuicio. No se necesita, pues, para impugnar una declaración por dolo, que exista una causal de daños y perjuicios en el impugnante, ni que haya existido en el autor del dolo la intención de un enriquecimiento indebido (Endemann). La cuestión, sin embargo, más que todo es de interés especulativo, pues prácticamente todo dolo genera un **eventus damni**, y quien tiene la acción de nulidad sólo la emplea cuando ha sufrido un perjuicio.

De todos modos, lo característico para calificar la figura es que el comportamiento de un agente haya sido determinante en cuanto a la actitud adoptada por el **deceptus**. "Falta en consecuencia el dolo si la parte conocía el verdadero estado de las cosas o si, como quiera, para decidirse no ha tenido en cuenta lo que se le decía para inducirla a contratar" (Stolfi).

En todo caso, el dolo debe ser grave. "Los hechos constitutivos del dolo deben ser bastante graves para que un hombre sagaz y prudente haya podido ser engañado" (Chardon). Se considera que no merece protección la ignorancia crasa ni tampoco la simplicidad supina; sin embargo, la cuestión ha de resolverse circunstancialmente, teniendo en consideración que no es amparable la víctima del dolo, que esté en culpa **in contrahendo**, por su propia falta, si ésta es grave (Pacifici-Mazzoni).

El Código da por supuestos los atributos del dolo. De esta suerte, permite que los conceptos más depurados de la ciencia civil ejerzan su imperio en esta materia.

El dolo puede originar una acción para anular el acto o una excepción para negarse a su cumplimiento. Esto es sabido y el asunto se tratará en el capítulo relativo a la nulidad de los actos jurídicos (art.1123 y sgts.).

El dolo necesita probarse. La prueba del dolo puede hacerse aun por medios indirectos, por presunciones. Él, por regla general, no se presupone. Es sólo en determinados casos que la ley lo presupone: por ej.: cuando se trata de personas que sufren **capitis diminutio** o tratándose de ciertas prohibiciones para suceder (Bédarride). El Código chileno se refiere a tales presuposiciones legales (art.1459).

Para acreditar la existencia del dolo, se apreciarán las condiciones de la víctima y las circunstancias del caso (Chardon).

Dolo recíproco: efectos

Conforme al art.1085 (art. 213, C.C. 1984), no se puede amparar a una parte por dolo, si a su vez, la otra está incursa en igual responsabilidad. Sería violar el principio de la buena fe, sobre la que han de basarse las relaciones jurídicas. Según el mismo precepto, tal compensación del dolo sólo tiene lugar tratándose de uno principal. Dentro del criterio que mantiene la distinción entre el dolo causante e incidente, la regla de **si duo dolo malo facerint, invicem, de dolo non agent,** funciona tanto para el primero como para el segundo. La limitación que hace el Código, debe haberse inspirado en este punto en la defectuosa disposición 1270 del Código español. La razón para compensar el dolo mutuo -el ataque a la buena fé- se presenta tanto en el determinante como en el incidente; no hay, pues, por qué hacerla exclusiva a aquél. Por eso el Código brasileño se refiere, concernientemente a este punto, a una y otra clase de dolo (art.97).

El Código en su art.1085 (art. 213, C.C. 1984), habla de dolo recíproco "cuando se trata de actos bilaterales". Los códigos español (art.1270), argentino (art.966, inc.4), brasileño (art.97), que consagran la regla de **dolus inter utrumque partem compensatur**, no incluyen

esta última expresión. En efecto, es superflua: sólo en los actos bilaterales puede presentarse dolo recíproco.

La compensación del dolo obra, sea que se trate de un acto cuyas obligaciones ya se han ejecutado, o de un acto en que las mismas aún no han tenido lugar. En el primer caso, ninguno de los contrayentes puede exigir del otro la ejecución de las obligaciones que se respectan. En el caso segundo, ninguno puede exigir la rescisión de los efectos producidos o el resarcimiento (Ferrini).

DOLO INCIDENTAL

Art. 211 (C.C. 1984).- Si el engaño no es de tal naturaleza que haya determinado la voluntad, el acto será válido, aunque sin él se hubiese concluido en condiciones distintas; pero la parte que actuó de mala fe responderá de la indemnización de daños y perjuicios.

Art.1086 (C.C. 1936).- El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios.

Referencias.- Digesto, lib.23, tít.3, fr.12, párrafo 1; lib.19, tít.1/fr.13, párrafo 4; lib.4, tít.3, fr.7; Código argentino, artículo 934; uruguayo, artículo 1276; español, 1270, segunda parte; brasileño, 93; italiano, 1440.

Dolo incidental

El Código mantiene, pues, la distinción del dolo en **causam dans** e **incidens**. Se ha atribuído su procedencia al derecho romano y se constata en las Partidas (V. tít.V, ley 57), habiendo sido acogida por algunos de los códigos modernos. El derecho moderno tiende a superar esta distinción. Laurent fué el primero en tacharla de falsa, siguiéndole Bufnoir, que también la impugnó con vigor. Capitant la considera inútil. Spragner, remontándose a sus fuentes, descubre que no deriva propiamente del derecho romano, sino de los glosadores. El Código alemán la ha abolido (Endemann), lo mismo que el suizo. Pero el Código del Brasil entre los contemporáneos, la conserva. "Para que el dolo conserve su carácter de vicio del consentimiento se hace la distinción entre el dolo causa determinante del contrato y el dolo incidente. Esto es oscurecer la teoría y presentar ante los jueces una distinción imposible en el hecho e injusta en sus resultados" (Ripert). "Efectivamente resulta difícil saber si las maniobras dolisivas han decidido completamente la voluntad de la víctima o si simplemente la han condicionado; imponiendo al juez un trabajo

imposible, para indagar las condiciones conforme a las cuales actuó la voluntad del declarante" (Viforeanu).

La diferencia entre dolo causante e incidental estriba, como se ha visto, en que el primero determina la declaración y el segundo no, haciendo sólo que se emita en condiciones más desventajosas. De esta diferencia nacen lógicamente las diversas consecuencias de uno y otro. El primero es causa de nulidad de la declaración; el segundo no, y sólo da lugar a reparación de perjuicios, ya como complemento de la acción de nulidad, o en caso de no poder ya volverse sobre hechos consumados, o en fin, cuando el actor quisiera renunciar a la acción de nulidad, optando por la reparación (Salvat).

DOLO DE TERCERO

Art. 210 2ª parte (C.C. 1984).- Cuando el engaño sea empleado por un tercero, el acto es anulable si fué conocido por la parte que obtuvo beneficio de él.

Art.1087(C.C. 1936).- Puede también ser anulado el acto por el dolo de un tercero, si alguna de las partes tuvo conocimiento de él.

Referencias.- Código argentino, artículo 936; suizo, 28; 2da. al; alemán, 1232; japonés, 96, 2da parte; brasileño, 95; mejicano, 1816; polaco, 40; austríaco, 1087; italiano, 1440, 2da. al.; venezolano, 1154.

Dolo de tercero

Para los romanos el dolo era únicamente causa de nulidad cuando procedía de uno de los intervinientes en el acto; dando lugar únicamente a la obligación de responder por los perjuicios, si provenía de tercero, a diferencia de lo estatuído para la violencia (Digesto, Nº 2; párrafo 1; lib.XLIV; tít.4). El derecho moderno ha mantenido en general esta misma norma. Se tiene en cuenta que sería injusto anular el acto contra una parte inocente en el dolo. Aun cuando ocurra lo mismo en la violencia, ésta es **in rem**, por cuanto importa trastorno social más serio, es menos evitable que el dolo, destruye más la libertad de la voluntad, es ejercida generalmente por intermedio de tercero.

Desde luego, la regla de que el dolo de tercero es indiferente, deja de tener aplicación si una de las partes es cómplice en el dolo de tercero, cooperando bien fuera indirectamente a su realización, o aun conociéndolo simplemente.

Hoy se tiende a abolir la diferencia en los efectos del dolo y la violencia, procedentes de tercero. Leyser y Grocio ya se habían pronunciado en tal sentido (Giorgi). En la doctrina francesa, Larombière, Laurent, Huc, se revelaron contra el sistema tradicional. El Código argentino hizo del dolo de tercero, causa de nulidad del acto. Ninguna de las razones alegadas para dispensarlo (a diferencia de lo que ocurre con la violencia) puede considerarse decisiva (Crome, Coviello, Zitelmann). Revisando la interpretación de las fuentes romanas se anota que es arbitrario deducir para el derecho moderno, que el dolo de tercero, distintamente del caso de la violencia, es indiferente. Un argumento racional se impone: el consentimiento dado bajo la influencia del dolo ha sido afectado, y no importa en esencia que proceda del exterior o del interior del ámbito contractual (Josserand). Empero es difícil romper con la solución generalmente admitida. (El Código argentino es excepción absoluta sobre el particular).

El Código alemán (art.123) no se atrevió a rebelarse del todo contra el sistema clásico; pero tampoco lo mantuvo en todo su rigor, y establece que haya nulidad no sólo si la parte conocía el dolo de tercero, sino también si debía conocerlo. Saleilles, explicando el progreso que esto último implica, destaca la obligación de cada contrayente no sólo de no engañar al otro, sino de procurar que no sea engañado por circunstancias extrañas: la obra de tercero. Bem expresa que el deber conocer importa el conocimiento derivado de desatención o incuria. Planck indica los casos en que la parte debió conocer el dolo de tercero, y en que si no lo ha conocido, incurre en culpa por falta de vigilancia, sufriendo la nulidad del acto. Los principios de la lealtad comercial imponen tal solución. Según Dernburg, para juzgar la complicidad, efectiva o presumible de un contratante por dolo de tercero, ha de considerarse el momento en que se adquiere el respectivo derecho; pero según la opinión prevaleciente, deberá considerarse más bien el momento de la declaración misma. Este último criterio es el que rige en relación al código suizo (Guhl), el cual ha seguido en este punto (art.28) las huellas del alemán (Rossel).

Nuestro Código, imitando al del Brasil, mantiene rigurosamente el carácter personal del dolo. Para justificar tal actitud se alega que la solución alemana no es adecuada al Perú. (V fascículo: p.258). Por su carácter circunstancial, no es convincente la razón alegada por el legislador: en un código ha de implantarse las mejores soluciones, no desechándolas por el motivo aleatorio de no estar preparado el medio para adoptarlas.

La cuestión del dolo de tercero en cuanto pueda o no afectar una declaración, sólo interesa respecto a una declaración recepticia. Para una no recepticia, en todo caso el dolo, así proceda de tercero y con prescindencia de la actitud de quien no es el declarante, es causa de

anulabilidad de la declaración. Según Pacifici-Mazzoni, la regla de que el dolo de tercero no afecta a la declaración, no se aplica para los actos unilaterales. El Código alemán, siguiendo un sistema lógico, ha prescrito que tratándose de declaración dirigida a una persona, aquélla no es anulable sino cuando la última conocía o debía conocer el dolo (art.123). Así sólo en las declaraciones unilaterales no dirigidas a parte, el dolo actúa con el carácter de real (Endemann).

El dolo cometido por el representante se reputa hecho por el representado. No se puede en efecto hablar entonces de dolo cometido por tercero. "Tercero en el sentido de la disposición de que se trata (art.123 del Código alemán, en el apartado segundo, frase primera) es aquel que es persona distinta del receptor de la declaración de voluntad a cuya producción el engañado ha sido inducido, y que no participa en el negocio jurídico y tampoco está con el destinatario en la relación jurídica del representado con el representante en la voluntad" (Warneyer). El proyecto de Freitas se ocupó del ejercicio por el mandatario (art.481), y entre los códigos modernos, el brasileño hace referencia expresa a él (art.96). Conforme al principio enunciado, la doctrina está de acuerdo sobre el particular. Sancionada la regla desde el derecho romano (Digesto, lib.IV, tít.3, Nº 15), el moderno la acepta completamente (Bédarride).

La regla de **qui mandat ipse fecisse videtur**, recibe aplicación para todo caso de representación: legal, convencional, judicial. No precisa que el representado conozca el dolo de su representante; por razón misma de los principios que informan la representación, el dolo de éste se refleja en aquél, aplicándose las reglas generales del dolo, sea **dans causam contractus** o **incidens**. La indemnización de perjuicios, queda, en todo caso, limitada al monto del provecho que obtuvo el representado (Código del Brasil, art.97; Código de Chile, art.1458), por aplicación del principio sobre enriquecimiento sin causa (Bevilaqua). El representante responde por todo el daño que sufrió la víctima del dolo; sólo que también tal responsabilidad alcanza al representado, si se solidariza con el representante (Alvez). Es evidente que el representado puede repetir contra el representante.

El Código no hace referencia al dolo cometido por el representante. La omisión no es de importancia. Casi todos los Códigos han excusado consignar normas explícitas acerca del punto, sobreentendiéndolas.

OMISION DOLOSA

Art. 212 (C.C. 1984).- La omisión dolosa produce los mismos efectos que la acción dolosa.

Art. 1088 (C.C 1936).- La omisión dolosa produce los mismos efectos que la acción dolosa.

Referencias.- Código argentino, art.933; brasileño, art.94; portugués, art.663.

La omisión dolosa

Los romanos se refirieron a la manifestación del dolo tanto positiva como negativa, y lo mismo hicieron las Partidas. Los Códigos en general sólo se ocupan expresamente del dolo positivo.

El argentino, portugués y brasileño se refieren al negativo.

La doctrina francesa se pronuncia en el sentido de que el mero silencio no puede calificarse de dolo. Planiol decide netamente que sólo cuando hay obligación de explicarse, la reticencia es dolo. Lo mismo ha resuelto la jurisprudencia. Este criterio deriva de la interpretación estricta del art.1116 del Código de Napoleón, que sólo habla de **manoeuvres pratiquées**. Mas, también se ajusta al principio general de que el silencio obliga sólo cuando hay deber más o menos determinado de explicarse.

La solución del caso dentro del art.1115 del anterior Código italiano, ha divergido un tanto de la de los autores franceses. Para Lomonaco, Chironi y Abello, el dolo por omisión funciona igualmente que el positivo. Según Coviello, aquél tiene tal carácter cuando se guarda silencio "sobre alguna circunstancia que, por la ley, por los usos del comercio o por la naturaleza del negocio, se debía revelar a la otra parte".

El actual C.C. italiano habla de **raggiri usato** (art.1439). Stolfi considera que el dolo negativo dentro de dicho Código es causal de nulidad. Pero tal dolo supone la violación de una obligación de hablar, impuesta por la ley; obligación específica, porque una obligación genérica de revelar la verdad no existe de parte de ninguna persona.

El Código argentino subraya que para que la omisión dolosa se equipare a la acción dolosa, precisa que aquélla sea tal, que sin ella no se habría realizado el acto.

La cuestión del dolo negativo ha sido debatida entre los comentaristas del Código alemán. Planck manifiesta que la reticencia se reputará dolosa cuando la lealtad y buena fe en el comercio jurídico exige explicarse.

Von Tuhr recordando que **jura vigilatamibus sunt scripta,** acepta que debe aclararse la verdadera situación cuando la otra parte esté por caer en un error decisivo; y esto queda librado a las circunstancias del caso. Saleilles indica que cuando alguien no se explica debiendo hacerlo, habrá dolo, induciéndose la obligación de disipar el error de la otra parte, de las relaciones entre los declarantes, la naturaleza del contrato y, en suma, de las circunstancias del caso. Endemann y Cosack coinciden en este criterio. El mismo inspira al Código de Portugal, art.663 (Alvez Moreyra). El Código del Brasil (art.94) reputa al "silencio intencional" como omisión dolosa, "probándose que sin ello no se habría celebrado el contrato". La fórmula usada por el legislador brasileño adolece de vaguedad. ¿La omisión dolosa queda absolutamente equiparada al dolo positivo? ¿O sólo es dolosa la omisión cuando hay la obligación circunstancial de explicarse? Es cuestión que queda por dilucidar.

Nuestro Código equipara en términos absolutos el dolo negativo al positivo. Sin embargo, ni la doctrina francesa, ni el Código alemán y sus comentadores han adoptado criterio tan radical: el silencio no se considera manifestación de voluntad "sino en los casos que existe obligación legal de explicarse" (art.1077) (art. 142, C.C. 1984); no obstante, el art.1088 (art. 212, C.C. 1984) sanciona en términos absolutos la omisión como dolosa.

Debería, pues, establecerse con cierto cuidado cuál es la relación entre el silencio o reticencia y la situación misma de que se trate. La obligación de explicarse ha de existir entonces; pero ello puede proceder de un mandato legal (así, el caso relativo a vicios ocultos de la cosa: art.1351) (art. 1503, C.C. 1984) o de un deber de lealtad comercial dentro del carácter de la convención (respuestas a los cuestionarios de las compañías de seguros de vida, por ejemplo).

Por lo demás, dentro del sistema que distingue entre dolo causante e incidente, el dolo negativo funciona para uno y otro. Así lo deciden categóricamente los autores brasileños, al comentar el artículo 94 del Código del Brasil, a pesar de que de sus términos se deduciría que sólo el dolo causante es considerado.

VIOLENCIA E INTIMIDACION

Art. 214 (C.C. 1984).- La violencia o la intimidación son causas de anulación del acto jurídico, aunque hayan sido empleadas por un tercero que no intervenga en él.

Art.1089 (C.C. 1936).- Será ineficaz el consentimiento prestado por violencia o intimidación.

ELEMENTOS DE LA INTIMIDACION

Art. 215 (C.C 1984).- Hay intimidación cuando se inspira al agente el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos u otros.

Tratándose de otras personas o bienes, corresponderá al juez decidir sobre la anulación, según las circunstancias.

Art.1090 (C.C 1936).- Hay intimidación cuando se inspira al agente el temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes o en la persona o bienes de su cónyuge, ascendientes o descen-dientes. Tratándose de otras personas, corresponderá al Juez decidir sobre la nulidad, según las circunstancias.

Referencias.- Derecho romano, D., lib.IV, tít.2 y 6 Const., lib.2, tít.19; tít.4, Nº 13, lib.IV, tít.44 (Nº1 y 8) y las Partidas (V; tít.2, ley 15; tít.5, ley 56; tít.14, ley 49; VII, tít.16, ley 4; tít.33, ley 7); arts.1111 y 1113 del Código francés; 1267 del español; 666 del portugués; 1359 y s. del holandés; 936-938 del argentino; 1456 y 1457 del chileno; 703 y 704 del boliviano; 1272 y s. del uruguayo; 123 del alemán; 29 y 30 del suizo; 98 y s. del brasileño; 1241, 1242 del peruano; 29 y 30 del turco; mejicano 1812, 1818, 1819; chino, 92; japonés, 96; polaco, 41; italiano, 1427, 1435, 1436 (1111); venezolano, 1151, 1152; austríaco, 870, 874; soviético, 32.

La violencia

Es evidente que la violencia, afectando a la libertad en el consentimiento, debe ser tenida en cuenta por el derecho, para amparar

a la víctima de aquélla : "el temor encadena la determinación del querer, privándole de aquella espontaneidad, que es el primer carácter necesario para hacer que un acto pueda atribuirse jurídicamente a su autor" (Giorgi).

Clases de violencia

La doctrina y los códigos han utilizado varias denominaciones para indicar tal falta de libertad: fuerza, coacción, amenaza, intimidación, violencia, distinguiendo también las dos formas en que tal falta de libertad puede ofrecerse, que los romanos expresaban con los términos de **vis absoluta** (violencia física) y **vis compulsiva** (violencia moral). Es preferible considerar bajo la denominación de violencia, toda falta de libertad, física o moral, en materia jurídica. La primera ha sido reputada uniformemente no como vicio del consentimiento, sino como destructiva o excluyente en absoluto de él, a diferencia de la segunda, que no lo excluye y sólo lo vicia. El sujeto pasivo de la fuerza física, no puede oponerse a ésta; no hay aquí libertad alguna. Distintamente, el sujeto pasivo de la violencia moral está en la situación de que **coactus voluit**, maguer quiera defectuosamente. En esta última hipótesis el amenazado podría encarar el peligro y no hacer la declaración; pero si la efectúa ha tenido una ocasión de elegir en la alternativa, entre padecer el daño o hacer la declaración. De modo que son distintas la **vis ablativa** y la violencia moral; distinción que ya se estableció entre los romanos, y siendo solución tan sabia se ha mantenido en todos los códigos modernos. El interés de la distinción estriba en que la violencia absoluta hace inexistente el acto y la relativa sólo lo hace anulable.

El Código ha asimilado (artículo 1089) (art. 214, C.C. 1984) la **vis absoluta** y la **vis compulsiva** o como las denomina, la violencia y la intimidación siguiendo la terminología del Código español. El precepto resulta así, peligroso. ¿La violencia física es sólo vicio de voluntad? ¿Sólo suscita la anulabilidad del negocio jurídico?

Casi todos los códigos al ocuparse de los vicios de la voluntad se refieren sólo a la única violencia pertinente: la moral. Ciertamente, los códigos español (artículo 1267) y argentino (artículo 936) mencionan la física, pero diferenciándola de la moral, en cuanto la primera hace inexistente el acto y la segunda sólo anulable. El Código alemán, cuando se ocupa en el artículo 123 de la violencia, se refiere sólo a la moral, pues la física hace nulo absolutamente el acto, aplicándose el artículo 105 del mismo Código (Planck).

Violencia física

La violencia física, o violencia absoluta, como la llama Simoncelli, existe cuando se emplea una "fuerza irresistible". Es la expresión que emplean los códigos español y argentino. Comentándola, manifiesta M.

Scaevola: "La violencia requiere y supone así una coacción natural, un acto físico, por virtud del cual se obliga a una persona a hacer lo que no quiere o se le impide hacer lo que quiere: verdadera fuerza mayor, que no se le puede contrarrestar".

Violencia moral o intimidación

El dato diagnóstico de la violencia es el temor. El **coactus** doblega su libertad, intimidándolo.

Pero naturalmente el miedo se suscita por algo: por un mal que puede sobrevenir. De aquí que el art.1090 (art. 215, C.C. 1984) caracterice tal mal. No importa que él sea irrealizable porque el autor del **metus** no estaba en condiciones de que se verificase, bastando que el sujeto pasivo de la violencia creyese en su posibilidad, como lo advierte Von Tuhr. Por lo demás, como este mismo tratadista acota, la impugnación por violencia se basa en el imperativo de precaver la voluntad de toda intrusión indebida. Escribe: "Por consiguiente, no es necesario que el agente persiga o logre un beneficio patrimonial, para sí o para otra persona, ni que el sujeto pasivo tenga que sufrir, o haya sufrido un perjuicio. La impugnación cabe aún en la hipótesis de que el dolo o la intimidación se ejerciese con propósito benévolo, para lograr que alguien efectúe un negocio en su propio provecho, que por terquedad o estupidez no quería efectuar, pues cada cual debe ser dueño de sus actos aunque según otras personas no correspondan a los preceptos de la razón económica".

En general los autores coinciden en indicar que en lo que respecta al autor de la violencia, no se requiere en él mismo capacidad para obligarse, para el efecto que la violencia ejercida por él asuma el carácter de una circunstancia que estrague el consentimiento. Si dicho autor es la contraparte del **coactus**, que además sufre **capitis diminutio**, la anulabilidad también podría proceder por incapacidad, pero al violentado le será más útil invocar la violencia que la incapacidad, en vista de que en la protección en este último supuesto hay la limitación de lo restituible a lo que se hubiese convertido en su provecho. Si un tercero es el causante de la violencia, procedería la anulación del acto por **metus**, así el tercero sea incapaz.

Elementos de la intimidación

Para que exista intimidación se requiere, según el artículo 1090 (art. 215, C.C. 1984), que el mal con que se amenace sea "inminente y grave". La inminencia del mal no responde con exactitud a la razón que hace anular la declaración. Lo inminente significaría la proximidad de la verificación del mal. Mas, la razón por la cual está viciado el consentimiento del amenazado, se halla en que éste supuso la verificación del mal, así fuera más o menos próximo. Basta con que tuviera el temor de un mal

que juzgaba seguro, así no fuera inminente. Este último carácter sólo ha derivado del falso supuesto del Código francés, que requería que el mal fuera presente. El carácter de inminente del mismo, en verdad corrige en parte lo arbitrario de la disposición francesa; pero no logra enteramente despojarse del errado concepto de que el mal ha de estar en inmediata sucesión de realización, con la amenaza. Lo único exigible para que haya intimidación, es que el temor que se infunda sea presente; en cuanto al mal mismo, puede estar más o menos alejado (Demogue).

No es de necesidad, pues, que el mal sea inminente ni menos presente, sino sólo que se amenace con un determinado mal, que cause temor. El **coactus** se plantea un juicio estimativo de dos términos antinómicos: o ceder ante la amenaza para eludir el daño, o desafiar aquélla arriesgándose, para defender su libertad de comportamiento. El mal con que se amenace, o mejor dicho, su realización puede aparecer como algo presente o futuro (un mal muy alejado en lo que se refiere al tiempo y a su realización, circunstancialmente excluiría la posibilidad de estimar que pueda asociarse a la existencia de un temor racionalmente apto para arrancar una declaración de voluntad, juzgando las cosas con el criterio pertinente a que respecta el artículo 1091) (art. 216, C.C. 1984). Puede también consistir la amenaza en la prolongación de un mal ya existente.

Lo que sí es ineludible es que el mal no ha de ser uno ya realizado en el momento de la intimidación, porque entonces esta última no tendría razón de ser.

Referentemente a la gravedad del mal, lo primero a advertir es que tratándose de la intimidación, lo que importa es que el mal con que se amenaza produzca impresión decisiva en el ánimo del sujeto, llevándolo a hacer la declaración. No impera un criterio objetivo: la gravedad del mal, sino subjetivo: que el temor producido haya perturbado la voluntad del sujeto (art.1091) (art. 216, C.C. 1984). Mas, como presunción general, la amenaza de un mal grave ha de acarrear temor capaz de tal perturbación. Sin embargo, no se trata sino de una presunción. ¿Con arreglo a qué se establecería tal gravedad? ¿Con arreglo a una apreciación general y en abstracto? Entonces, se caería en la arbitrariedad, no protegiéndose a quién declaró ante la amenaza de un mal, que para el criterio general puede no ser grave, pero sí lo es para el del declarante -criterio este último que es el que esencialmente interesa, como que ha determinado su voluntad-. La gravedad del mal sólo puede, pues, estimarse en relación al sujeto, a la impresión que le haya producido. Pero entonces, no puede decirse que tal gravedad ha de acompañar el mal como carácter integrante de éste, para que constituya amenaza. En cada caso concreto se apreciará si el mal fué reputado o no grave por el declarante, y en consecuencia, si perturbando o no su voluntad, lo llevó

a obligarse. Es arbitrario imponer una norma objetiva sobre la gravedad del mal, para deducir de ella a **fortiori** si el obligado procedió o no con libertad.

La exigencia de la gravedad del mal deriva de una confusión de conceptos entre el mal con que se amenaza y el temor que suscita. Lo que interesa es que el último sea fundado: **vani timoris justa excusatio non est.** El derecho romano, al respecto, prescribió que era objeto de protección legal: **metum autem non vani hominis; sed qui merito et in homine constantissimo cadat.** Las Partidas hablaban del miedo "fecho en tal manera que todo ome maguer fuesse de grand coracon, se temiese del". Esta limitación resultaba injusta, desde que las normas jurídicas no se establecen para los individuos de excepción. Por eso los códigos francés e italiano corrigieron tal rigor, refiriéndose el primero -art.1112, apartado 1-, a la violencia capaz de impresionar a una persona **raisonnable**, y el segundo -art.1172-, a una persona **sensata**. Otros códigos recogieron estos términos, o se refirieron a un temor racional o fundado.

Pero se exigió siempre como criterio informante, uno objetivo, tomándose un tipo abstracto: el de la persona razonable o sensata, o el del temor racional o fundado. Como tal criterio no se armoniza con la naturaleza subjetiva de la intimidación, la norma que lo consagra ha sido impugnada. Larombière anota que "aquellos que tendrían más necesidad de la protección de la ley serían los primeros privados de ella". Giorgi observa que no puede imperar tal apreciación, pues lo que interesa esencialmente es considerar la condición personal del coactado. Según Baudry-Lacantinerie y Barde, entre el apartado 1 del art.1111 del **Code Civil**, y el apartado 2 del mismo (que aconseja apreciar la violencia en relación a las condiciones personales de quien la sufrió, es decir, subjetivamente), hay incoherencia, por una incompleta interpretación del pensamiento de Pothier. La misma incoherencia se constata en todos los demás códigos, que después de haber consagrado el criterio objetivo, indican que ha de examinarse las condiciones personales del sujeto -criterio subjetivo-. Demogue, que también repara en la contradicción decide, como es lógico, que el criterio subjetivo es el que prevalecerá.

Lo que interesa en verdad para decidir esta cuestión, es precisar bien lo siguiente: debe existir una amenaza que sea la causa determinante de la declaración; determinante -recalcamos el término- pues si la declaración se produce más bien que por un temor infundido, por propias motivaciones espontáneas, surgidas en el ánimo del declarante, no causadas, pues, por la otra parte, no hay relación de causalidad entre la amenaza y la declaración y como esta relación es presupuesto **sine qua non** para la anulabilidad del acto, la misma no sería procedente. Esta es la primera condición que hay que tener muy presente. Lo que se necesita

es que el temor infundido sea el factor determinante de la declaración, pues pueden concurrir, dentro del complejo de toda decisión humana, variados motivos. Y ese carácter determinante hay que apreciarlo en relación al sujeto declarante, a la efectiva impresión que él ha sufrido, por encima de un criterio simplemente objetivo, relativo a la calidad del daño en que se haya expresado la amenaza. Como dice Staudinger: "circunstancialmente puede, por consiguiente, tratarse también de una amenaza de males insignificantes o que no fácilmente puedan realizarse. Es cierto que el juez debe siempre preguntarse si existe la necesaria conexión causal entre la amenaza y la decisión volitiva en el caso en que se amenace con males insignificantes o difícilmente realizables". Y aún más enérgicamente indica el mismo autor: "al juzgar este factor debe tomar uno el punto de vista netamente subjetivo del amenazado. No se debe preguntar si es objetivamente justo o fundado dejarse influenciar por una amenaza de tal índole, sino únicamente si en el caso de que se trate, la amenaza ha sido efectivamente causal para la determinación de la voluntad en el sentido caracterizado. Esta conexión causal puede existir aun cuando se trate de amenaza con un mal insignificante o difícilmente realizable. Naturalmente por tratarse de un proceso interior, pueden surgir dificultades para la comprobación, que sólo el principio de la consideración libre del juez puede vencer. Cuando se trata de amenazas insignificantes o difícilmente efectuables, el juez se convencerá de su carácter causal. Sólo cuando la suposición de una causalidad se justifique conforme a las condiciones individuales especiales del amenazado, por ejemplo, de ser de extraordinario carácter tímido o nervioso, que sea comprobable, el juez admitirá tal causalidad".

El mismo criterio impera, en general, en los autores alemanes.

El Código cae en la implicación antes anotada (artículos 1090 y 1091) (arts. 215 y 216, C.C. 1984), y ella ha de salvarse en el sentido antes enunciado.

Es de presumir, como dice Demolombe, que el mal con que se amenaza ha de ser más grande que el perjuicio que resultaría para el coercionado al no emitir la declaración, pues en el dilema seguramente optará siempre por el mal menor.

La intimidación, por otra parte, para que sea causa de impugnabilidad debe haber sido empleada conscientemente, como medio para obtener la declaración, venciendo la resistencia de la voluntad del promitente; pero sin que sea necesario que precisamente el amenazante sepa de la antijuricidad del medio empleado como intimidatorio (Warneyer).

Referente a aquello en que el mal ha de recaer, el artículo 1090 (art. 215, C.C. 1984) establece: 1, la persona o bienes del declarante; 2, la persona o bienes de su cónyuge, ascendientes o descendientes; 3, de

otras personas. El primer caso no requiere comentarios. En cuanto al segundo, la ley basada en hechos naturales, presume que la amenaza de males contra los más allegados a una persona, ha de perturbar la libre determinación de ésta; presuposición susceptible, desde luego, de prueba en contrario. El tercer caso no contiene la presuposición anterior, y de aquí que el Código, por las huellas del italiano, indique que el juez decidirá sobre la nulidad según las circunstancias.

Parecería como si la diferencia entre el segundo y el tercer supuesto no fuera más que una cuestión de comprobación acerca del interés que hubiese tenido el promitente frente a los males contra terceros. Dentro del propio Código francés (art.1113), la doctrina ha sido del parecer que el texto no hacía otra cosa que implantar una presunción respecto a la influencia que la amenaza ejercería, cuando ésta apunte a las personas allí señaladas; pero permitiéndose que los tribunales puedan apreciar si con relación a otras personas, la misma posibilidad es susceptible de presentarse. "No sería, pues, sino una facilidad en cuanto a la prueba -acota Viforeanu-, la que brindaría el art.1113 del Código Civil francés y no una enumeración limitativa. Por otra parte, tal es la redacción del art.1113 del Código Civil italiano. No se desprende tampoco de la interpretación dicha, que la ley se adjudique el derecho de calificar la fuerza del sentimiento por el cual se deba pasar, y que intervenga de tal suerte un elemento de objetivación, contrario al espíritu de todo el sistema subjetivo. Y ello es tanto más cierto, cuanto que la intensidad del temor es apreciada en la persona del contratante. Se puede, pues, criticar igualmente en su sentido y en su redacción el artículo 1113 del Código Civil francés e italiano, y considerarlo como inútil".

El Proyecto franco-italiano, dejando como están los términos del artículo 1113 del **Code Civil**, le agrega un párrafo que reza así: "Si se trata de otras personas, el juez pronunciará la nulidad según las circunstancias". Refiriéndose a este punto, escribe Viforeanu: "De modo que cuando la amenaza dirigida contra el contratante afecta a la persona o los bienes de su cónyuge, de sus descendientes o ascendientes, hay una presunción de temor que vicia el consentimiento y hace el contrato anulable, sin que sea menester otra prueba a ofrecer, que la existencia de la amenaza. En cambio, cuando se trata de una amenaza que afecte a otra persona, además de la prueba de esta amenaza, se debe también demostrar la fuerza de los vínculos que existen entre la persona amenazada y el contratante, debiendo el juez decidir según las circunstancias. Es evidente que la segunda prueba será más o menos difícil según que dichos lazos entren dentro de la moral y la sentimentalidad normal. Con todo, la disposición del proyecto franco-italiano, basada por lo demás en el artículo 1113 del Código italiano, es bastante comprensiva y se halla suficientemente de acuerdo con los principios subjetivistas.

Así, encuentra confirmación la mayor parte de la doctrina francesa, que se hallaba de acuerdo con la tradición".

Merece contemplarse el caso de una promesa realizada en un estado de necesidad, para el efecto de librarse del mal que amenace al promitente; mal de cuya producción naturalmente no quepa imputación en lo absoluto al estipulante; como ocurriría en caso de naufragio, incendio, agresión, etc. El promitente no procede por temor suscitado por el promisario; no hay violencia de parte de éste; es el instinto de conservación el que impulsa al promitente, para librarse del peligro, a hacer una oferta o prometer una compensación, que pueden ser excesivas. El acto en principio es válido. el consentimiento ha sido otorgado, sin ser arrancado por la amenaza de la otra parte. Con todo cabría una acción de rescisión, en cuanto las condiciones mismas del contrato fuesen inicuas; y esto es lo que indica el art.1447 del C.C. italiano; estableciendo que el juez debe señalar una equitativa compensación por el esfuerzo realizado. En el indicado Código italiano cabe sin mayor esfuerzo que la acción rescisoria proceda, pues está admitida la lesión como causa general rescisoria, considerándose cabalmente "el estado de necesidad de una parte". En nuestro C.C. sólo se ha dado cabida a la lesión, amén de la partición de condominio, en la compraventa de inmuebles, y sólo en favor del vendedor, en base al criterio objetivo del valor del bien, junto con el criterio subjetivo: "las circunstancias del contrato". A esta virtud sería arbitrario admitir dentro de nuestra ley civil la rescisión en el caso ahora estudiado. Sólo cabría recurrir a la nulidad del negocio por su ilicitud.

Puede ocurrir también, por otra parte, que la intimidación concierna a los bienes o a la persona del propio amenazante. Si en esta hipótesis se comprobara que la amenaza determinó la declaración del promitente, ésta sería anulable (Demogue).

De otro lado, el mal con que se amenace, puede consistir no sólo en un hacer algo, sino también en un dejar de hacer, cuando el amenazador estaba obligado a hacer lo que precisamente no efectúa; obligación proveniente de ley, de contrato o del hecho que el amenazador hubiera colocado previamente al amenazado en la situación del apremio respectivo (Von Tuhr, Enneccerus).

Por la violencia tiene el que la ha sufrido, derecho a rechazar la pretensión de la otra parte para la ejecución del acto (**exceptio quod metus causa**), o accionar de nulidad; y en caso de haber sufrido un desmedro patrimonial, puede exigir el respectivo resarcimiento (**actio quod metus causa**). Al respecto, es de hacer mención aquí del título VII (artículos 1123 y siguientes) (arts. 219 y ss., C.C. 1984), sobre nulidad de los actos jurídicos.

CALIFICACION DE LA VIOLENCIA Y DE LA INTIMIDACION

Art. 216 (C.C. 1984).- Para calificar la violencia o la intimidación debe atenderse a la edad, al sexo, a la condición de la persona y a las demás circunstancias que puedan influir sobre su gravedad.

Art.1091 (C.C. 1936).- Para calificar la violencia o la intimidación, debe atenderse a la edad, al sexo, a la condición de la persona y a las demás circunstancias de hecho que puedan influir sobre su gravedad.

Referencias.- Código francés, art.1112, aparte 2; italiano, art.1435 (1112); español, art.1267, aparte 3; holandés, 1360, aparte 2; argentino, 938; uruguayo, 1273; venezolano, 1151; chileno, 1456; brasileño, 99; boliviano, 938.

Calificación de la violencia y de la intimidación

La regla, de valor indiscutible, es la consagración del sistema subjetivo. Ha de apreciarse la influencia que sobre el declarante ha tenido la amenaza ejercida, y si ella decidió la declaración. "Será muy difícil -escribe Machado- establecer principios invariables sobre esta materia, pero es posible determinar el tipo general que debe responder. Así será más difícil de intimidar a una persona ilustrada, conocedora de sus derechos, que ha dado prueba de valor y sangre fría, que a un ignorante que no conoce los medios de conjurar el peligro. Se debe tener en cuenta las circunstancias de que venga rodeada la amenaza, haciéndola más o menos inminente; el carácter enérgico o débil contribuye poderosamente a formar el hábito o profesión de la persona, porque el soldado, por ejemplo, acostumbrado a los peligros, no puede ser intimidado como el religioso. El juez buscará descubrir en medio de las variadas circunstancias de que se encuentra rodeada la amenaza, si el consentimiento ha sido viciado. Freitas (art.942) agrega como circunstancias que deben consultarse, además de la edad y sexo, las disposiciones físicas o morales del violentado, así como cualquier otra que ocurriera con ocasión del acto. La regla de la ley 6, tít.4, lib.2, Dig., de que el mal debe ser de tal naturaleza que haga impresión sobre el espíritu mejor templado, ha sido desechada con razón por el Código argentino".

El juez hará, pues, el estudio **in concreto** del caso. La etología con relación al coaccionado es fundamental. Pero se trata naturalmente del caso de **vis compulsiva**. En la violencia física no hay nada que examinar, salvo el hecho mismo de esa violencia. El sujeto de carácter pacífico o

del que al contrario viva en trapatiestas será, por ejemplo, uno de los datos sintomáticos sobre si pudo quedar cautivo de la ajena voluntad. Como dice luca, "en la moderna interpretación de la violencia hay acuerdo para apreciar la gravedad del mal de un modo subjetivo. Un mal benigno, que sería fácilmente superado por una persona de sangre fría, constituiría un mal insuperable para una persona medrosa, débil y fácil de conmoverse. La gravedad del mal es relativa. El problema de calidad es saber si tal o cual mal es suficientemente considerable para influir sobre la persona amenazada".

SUPUESTOS QUE NO CONSTITUYEN INTIMIDACION

Art. 217 (C.C. 1984).- La amenaza del ejercicio regular de un derecho y el simple temor reverencial no anulan el acto.

Art.1092 (C.C. 1936).- La amenaza del ejercicio regular de un derecho y el simple temor reverencial no anularán el acto.

Referencias.- Digesto, lib.IV, tít.2, Nº 3, párrafo 1; lib.23, tít.2, fr.22; lib.4, tít.2, fr.8 párrafo 3; Código francés, art.1114; español, 1267 aparte 4; argentino, 939 y 940; boliviano, 705; chileno, 1456, segunda parte; uruguayo, 1237, segunda parte; brasileño, 100; alemán, 123; peruano, 1243; mejicano, 1820; italiano, 1437, 1438 (1114); venezolano, 1153.

La intimidación debe ser injusta para que merezca la condenación de la ley.

"Si fuera justa, el autor de la amenaza ejecutaría un derecho, y puesto que **quid iure suo utitur, neminem laedit,** sería inconcebible un remedio que paralizase sus efectos. Por esto la amenaza de obrar por los medios legales o el ejercicio efectivo de éstos, no constituye violencia. Sobre esta máxima fundamental se puede decir que no existe discordia alguna ni en doctrina, ni en jurisprudencia" (Baudry-Lacantinerie y Barde).

La amenaza del ejercicio regular de un derecho

La amenaza puede ser injusta en cuanto a su fin -obtención de algo a lo que no tiene derecho-, o en cuanto a sus medios. La disposición contempla el caso segundo; lo que es lógico. La amenaza de ejercer un derecho que se tiene, no puede ser injusta. Esto es elemental. Tampoco la de ejecutar tal derecho en forma regular, que es lo que dice el artículo. "D'ailleurs, pas plus l'usage des voies de droit que la menace de'y recourrir, par exemple l'exercice régulier d'une action en justice, ne peut, en principe, entraîner la nullité des conventions faites sous son influence" (Baudry-

Lacantinerie y Barde). Pero, cabalmente, lo que más interesa saber es si es calificable como injusta la amenaza por los medios de que ésta se vale. Ocurre esto cuando se hace un ejercicio anormal o abusivo del derecho. Es aquello que resulta **contrario sensu** del art.1092 (art. 217, C.C. 1984).

Giorgi explica cómo no puede ser considerado como violencia la amenaza del ejercicio regular de sus derechos por el actor cuando escribe: "Figurémonos un acreedor que para cobrar su crédito intimida al deudor insolvente con la amenaza de acudir al juez, o aunque proceda a la ejecución forzosa, no puede decirse que este acreedor comete una violencia injusta. Y si el deudor para librarse ejecuta el contrato, o de venta o de **datio in solutum**, o una transacción cualquiera, tal contrato no puede rescindirse por vicio de consentimiento o por causa de violencia. Entiéndase bien, si la amenaza es justa, y el empleo de los medios ejecutivos se hizo con arreglo a los preceptos legales, y con la ayuda de los procuradores y jueces competentes. Sobre esta máxima fundamental se puede decir que no existe discordia alguna ni en la doctrina ni en la jurisprudencia".

Empero la cuestión no es tan simple de decidir, como podría suponerse a primera vista. Ciertamente, el ejercicio abusivo de un derecho, reprobable en sí, debiera merecer una sanción como la de anular la declaración obtenida por ese medio, así respecte a un derecho legítimo. Por eso ha podido decir Schultz, que "no existe un ilegítimo derecho, sino sólo ilegítimos procederes". Staudinger ha reaccionado con energía con tal modo de considerar el asunto. "Sería carente de todo sentido -escribe- y no sería conciliable con el principio del respeto que se debe a la buena fe en los negocios, si el deudor pudiera impugar el cumplimiento de su deuda exigible, alegando la carencia de libertad de su voluntad de pago; y ello tampoco sería conveniente por regla general, pues si el deudor ya ha cumplido con su prestación, la impugnación a ésta no podrá tener como resultado que el acreedor habría de devolver lo que ha obtenido mediante la prestación a que tenía derecho".

La razón principal para cumplir una prestación por el deudor, es que él es tal; esto es lo fundamental; lo demás, el motivo accesorio, el medio por el cual es impelido, es secundario.

El Código italiano (art.1438) con acucia plausible prevé que la amenaza de hacer valer el derecho se dirija a conseguir una ventaja injusta, en cuyo supuesto hay violencia como vicio consensual. Esto puede ocurrir, por ejemplo, cuando: a) para agravar, o como se expresa en el art.1438, "conseguir ventajas **injustas**" o sea diversas y mayores de las que se habrían podido alcanzar ejerciendo el derecho en forma normal. Esto acontece si la amenaza se emplea para lograr la extinción de la

obligación mediante el pago o la novación, pero: a) para agravar indebidamente la condición del obligado, obligándolo por ejemplo a pagar intereses usurarios o a dar **in solutum** (en pago) una cosa mucho más valiosa que la debida; b) para forzar al deudor a dar o hacer u omitir alguna cosa que no tenga alguna relación con el derecho que se amenaza ejercitar, como si alguien habla de expropiar (quitar) una cosa muy querida por el obligado con preferencia de otra que no le interesa, donde no haya sido instituído heredero; c) o finalmente para sacar con la amenaza lucro ilícito, como sucede en el caso en que alguien exija dinero para no denunciar al culpable de un delito: el derecho de denuncia que corresponde a cualquiera en el interés de la justicia, serviría, entonces, para enriquecerse a expensas del reo (Stolfi).

El temor reverencial

La regla concerniente al llamado temor reverencial, que mereció referencia del Digesto, aparece consignada en casi todos los Códigos. Limitada por el francés al caso de padres o ascendientes, ha sido ampliada por Códigos posteriores y la doctrina a cualquier caso en que medie relación de deferencia, respeto, obediencia, etc.; es decir, cierta influencia o ascendiente moral de una persona sobre otra. Desde luego, como lo advierte el artículo, si se emplea la violencia o intimidación, la declaración es anulable. Efectivamente, la sumisión o respeto que se debe a una persona no pueden ir hasta el extremo de anular la voluntad propia. Resulta así superflua la declaración del precepto. ¿Para qué indicar expresamente que el temor reverencial no hace ineficaz el consentimiento, si es sabido que aquél no constituye violencia o intimidación? ¿Y, para qué reiterar la regla, de que cuando ellas se presenten, se anulará el acto?

De cualquier modo, lo que interesa es discriminar entre el temor reverencial y la violencia o intimidación. El criterio que fluye de los Códigos que tratan la materia, y que es lo racional, consiste en que cuando el declarante procede únicamente guiado por su propio sentir respecto a la consideración que le merece la otra persona, sin que medie presión de ésta, se trata del temor reverencial; pero en cuanto obre bajo tal presión, existe violencia o intimidación. La determinación autónoma o heterónoma será, en suma, la que distinga entre los dos supuestos.

El derecho inglés tiene una apreciación muy perspicaz de la llamada **undue influence**. "Es ésta -se lee en Carter- la influencia ganada por ilegítimo uso de poder, derivada de las circunstancias de determinada relación, usual aunque no necesariamente en base a un carácter de confianza; allí donde tal influencia haya sido obtenida y se abuse de ella, donde se ha depositado confianza inmerecida. Tal definición es vaga, pero es que la existencia de la indebida influencia (**undue influence**) es una cuestión de hecho, y los casos varían al infinito. Pero hay algunas

circunstancias a considerar, como la ausencia de un consejo desinteresado, exclusión de personas desinteresadas, imprevisión grande, incultura, falsas alegaciones de consideración, la existencia de relación de confianza o fiduciaria, como en el caso de padre e hijo, médico y enfermo, procurador y cliente, sacerdote y feligrés, o en los casos de **trustee and cestui que trust".**

La indebida influencia es dentro del derecho inglés, presumida circunstancialmente. "Cuando las partes en un contrato se hallan en tal relación o situación recíproca, que por fuerza de las circunstancias la imposición puede ser ejercida por una persona sobre otra, es un principio general legal, que hay una presunción de influencia ilegítima y que la transacción no puede prevalecer a menos que la persona que reclame su provecho (**benefit**) pueda contrarrestar la presunción, por demostración contraria, probando que ha sido, en realidad, **fair, just and reasonable"** (Jenks y Stephen).

La fórmula del art.1092 (art. 217, C.C. 1984), equivalente en su textura a la del art.100 del Código brasileño nos lleva a considerar lo expresado por Espínola: "La fórmula preferida por nuestro Código permite que se considere temor reverencial o respeto que alguien debe a otro aun fuera de los casos en que haya una subordinación regularizada por la ley o generalmente amparada por las relaciones sociales. Así las atenciones para con un hermano más viejo, un benefactor, un padrino, un confesor, un abogado, pueden tener esa significación. Compete a los jueces reconocerlo en los casos concretos. La Corte de Apelación de Turín en 1870 y 1889 decidió que no constituye violencia el imperio o predominio que una persona adquiera sobre otra".

VIOLENCIA E INTIMIDACION DE TERCERO

Art. 214 (C.C. 1984).- La violencia o la intimidación son causas de anulación del acto jurídico, aunque hayan sido empleadas por un tercero que no intervenga en él.

Art.1093 (C.C. 1936).- La violencia o intimidación anulará el acto aunque se hubiesen empleado por un tercero que no intervenga en él.

Referencias.- Digesto, lib.4, tít.2; fr.9, párrafo 1; fr.14, párrafo 3; Código francés, art.1111; español, 1268; suizo, 29, segunda parte; chileno, 1457; uruguayo, 1274; alemán, 123; venezolano, 1150; argentino, 941 a 943; brasileño, 101; peruano, 1241; turco, 29, segunda parte; italiano, 1434; austríaco, 875.

Violencia e intimidación de tercero

En Roma ya se había estatuído que era indiferente la procedencia de la violencia, física o moral. Todos los códigos más o menos han mantenido el precepto, con excepción acaso sólo del austríaco. Siendo indiferente que la amenaza proceda de un contrayente o de un tercero, tampoco es de necesidad que el mal en que consista aquélla provenga del intimidador (Planck). El Código nada dispone en relación a si la parte a quien aprovecha la violencia o intimidación conoció o no de ésta, y en consecuencia si tiene o no responsabilidad por daños y perjuicios por la anulación. La cuestión ha sido prevista en el Código brasileño (artículo 101) y antes en el argentino (artículos 276 y 977), en que se inspiró el Proyecto de Freitas. Según tales decisiones, si la parte que no fué la que sufrió la violencia o intimidación, conocía de la ejercida por el tercero, responde solidariamente con éste por daños y perjuicios; pero si es que no conocía de ella, carece de responsabilidad, la cual se circunscribe al tercero. El Código suizo (artículo 29, segunda parte) obliga al que invoca la nulidad, si la otra parte no conocía ni debía conocer de la violencia del tercero, a indemnizar a esa otra parte, "si la equidad lo exige". En verdad, se trata aquí de la aplicación de los principios de la culpa **in contrahendo** (Lafaille).

CUESTIONES COMPLEMENTARIAS

Hay algunas cuestiones que deben señalarse con relación al error, que no aparecen directa o indirectamente en el Código.

El error debe, en todo caso, para anular la declaración, ser excusable (Digesto, lib.3, tít.3. Nºs. 6, 95).

El Código italiano impone esta circunstancia para que haya posibilidad de impugnar el acto. Sólo que condiciona dicha circunstancia a la reconocibilidad del error por el otro contratante (art.1428); acogiendo así el punto de vista que sostuviera Gabba.

Basta que el error sea unilateral, tratándose de cualesquiera de los participantes en la declaración. A este respecto, la doctrina ya no tiene vacilaciones, salvo el criterio rectificatorio sobre el error **in substantia**, que se indicó con referencia al artículo 1080 (art. 202, inc. 1, C.C. 1984).

La parte que por error anula el acto, indemnizará a la otra por daños, salvo que la última haya conocido o debido conocer el error. Tal es lo que disponen los Códigos alemán, (artículo 122), suizo (artículo 26), chino (artículo 91).

La máxima **error communis facit ius**, ya consagrada por los romanos, mantiene su vigor en el derecho moderno, salvo que hiera serios intereses (Demogue).

Si el error sobreviene por inexacta trasmisión de la declaración, es causa de nulidad de la misma. Esta última regla, indicada en los Códigos alemán (art.120), suizo (art.27), brasileño (art.89), chino (art.89), polaco (art.44), italiano (art.1433); recogida por el proyecto argentino y el checoeslovaco, que cuenta con el favor de la doctrina moderna (Saleilles, Planck, Endemann, Bevilaqua, Vampré, Ferreyra Coelho), ha sido intencionalmente excluída del Código (IV fascículo, pág.257; IV fascículo, pág.256 de las Actas de las Sesiones de la Comisión reformadora), por reputarse que así se asegura la firmeza en los negocios jurídicos y porque el que hizo la declaración debe responder de tal inexactitud en su trasmisión. La primera razón, plausible en términos generales, no lo es en el caso en que el Código la aplica. Efectivamente, la seguridad y la estabilidad en los negocios jurídicos debería, rigurosamente, conducir a abolir el error en general como causa de nulidad; pero si se le mantiene, ha de aplicarse en todo caso que se presente, derive de la circunstancia que derive (siempre que sea excusable).

Menos aceptable es la otra razón expuesta para tal rechazo, la necesidad de hacer responsable al declarante de la trasmisión inexacta de la declaración, pues la hipótesis conforme a la cual se aplica en este caso la nulidad por error, es precisamente que tal inexactitud se debe a

causa extraña al declarante. Luego, a éste no se le puede castigar por una culpa **in contrahendo**, en la que no tiene participación, sin que pueda argüirse que se trata de una caso de culpa **in eligendo**, pues ésta funciona específicamente tratándose de los actos ilícitos; y no existen los mismos motivos para aplicarla extensivamente al caso de error por trasmisión inexacta en la declaración de voluntad. (*).

Conviene distinguir entre la acción de anulación por error como vicio en el consentimiento, de la acción edilicia por vicios redhibitorios. Al respecto Planiol y Ripert escriben: "La nulidad por error en la sustancia de que trata el art.1110, supone que el error del comprador ha versado en la cualidad que especialmente tenía éste en vista al comprar la cosa; en cuanto la condición se cumple, la nulidad por error queda descartada. Por el contrario, para que la garantía por vicios sea puesta en juego por el comprador, es preciso esencialmente que el vicio consista en las cualidades que disminuyen el uso de la cosa, tal como lo había previsto el comprador; en ese supuesto, es indiferente la cualidad esencial en que había pensado el comprador si la ausencia de esa cualidad carece de influencia en el uso previsto. Así ambas acciones tienen ámbitos diversos. La nulidad por error es un vicio del consentimiento y toma en consideración el lado subjetivo del contrato. La garantía por los vicios ocultos se presenta bajo un aspecto económico; únicamente considera los servicios que presta la cosa. Por otra parte, frecuentemente ocurre que cualquiera de las dos acciones puede ser ejercitada por el comprador, como ocurre siempre que el uso que vaya a darse a la cosa sea la cualidad esencial a los ojos del comprador: si ese uso no cabe, faltará la cualidad esencial".

Con referencia al dolo, conviene no confundir éste con el fraude. Escribe sobre el particular Demogue: "el dolo tiene como característica el ejercerse con respecto a uno de los contratantes; el fraude es empleado por las personas que contratan o por una persona por sí sola, para perjudicar a terceros. Así, el vendedor que engaña al comprador sobre la cualidad del objeto vendido, comete un dolo; un vendedor que vende la cosa a un segundo comprador, comete un fraude frente al primero. El fraude tiende a dirigirse a la ejecución de los contratos, el dolo a su concertación"... "El dolo supone maquinaciones, el fraude no exige ninguna; oposiciones, por lo demás, acerca de las cuales no se ve la extensión de su aplicación y en vano se busca su fundamento. Es, pues, lo más natural estudiarlos sucesivamente para procurar distinguirlos. Acabamos de ver que tanto el dolo como el fraude suponen intención malévola, propósito ilícito, la mayor parte de las veces un acto positivo,

(*) *El Código de 1984 ha acogido las ideas expuestas, y ha legislado sobre el error en la transmisión de la declaración (Art. 208). (Nota del editor).*

excepcionalmente una simple reticencia. El propósito ilícito debe haber sido el resultado considerado principalmente en el acto. Pero el dolo supone, además, que se tenga frente a sí a otra persona, a la que se procura engañar directamente, sea un contratante, sea el autor de un acto unilateral... Entonces la ley deberá preocuparse de este dolo sólo cuando tenga éxito. El dolo podrá tener consecuencias si ha sido determinante, si de él resulta un error.... Al contrario, el fraude se presenta de tal manera, que bien se dirija contra una determinada persona o bien contra la ley, es siempre peligroso y se le debe vigilar severamente".

Es inaceptable el pacto de remisión anticipada de dolo (Schkaf). Hay en ello un hecho de ilicitud, que la ley no puede apadrinar. Sería alentar, cohonestar, la realización de algo que repugna al decoro social, a la moral, cual es el que se viole impunemente el deber de proceder con lealtad en las transacciones humanas, en gracia a que se sabe que, escudándose tras el pacto remisivo anticipado, no puede sobrevenir responsabilidad alguna. Pero ha de notarse que lo que la ley veta en cuanto al **pactum de dolo non praestando**, la irresponsabilidad anticipada del dolo; pero en una convención incumplida por dolo se puede, después de producida la inejecución, transigir sobre el monto de la respectiva indemnización de daños y perjuicios. (*).

Conforme al Código de las Obligaciones suizo (art.29), siendo la violencia causal de anulación, así provenga de tercero, cuando tal anulación, tiene lugar a solicitud de una de las partes, si la otra parte no ha conocido ni ha podido conocer la amenaza, queda la primera obligada a indemnizar. "Se evita así que el contratante de buena fe sea la víctima de amenazas y maniobras a las cuales es extraño, y sea expuesto a las consecuencias perjudiciales de una anulación. Falta ver si aplicando esta disposición no se llega a reducir la eficacia de la nulidad por violencia. Si el violentado es obligado a indemnizar al contratante, del daño que le causa la anulación, ¿que interés tendría entonces en pedir la nulidad del acto pasado? Pues el daño que resulta para el contratante de buena fe es justamente la diferencia entre el valor de la prestación y el valor que le es atribuído en el contrato. Como esta apreciación es una cuestión de hecho, es preciso poner mucha atención a las consecuencias que pueden resultar de la aplicación de esta disposición. La idea inspirada por la equidad es muy interesante, pero en la práctica resulta difícil el equilibrar los derechos de cada uno, de tal modo que nadie sea sacrificado" (Iuca).

Nuestro C.C. ha contemplado sólo que el consentimiento haya sufrido el impacto de la amenaza de un mal, como una circunstancia concreta

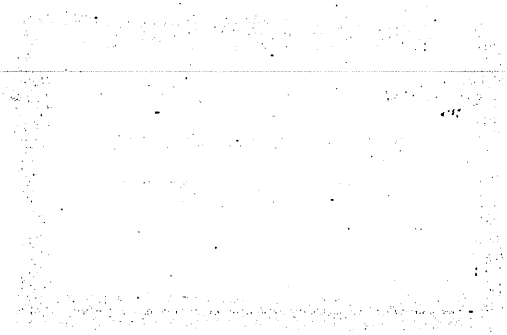
(*) *El Código de 1984 ha acogido las ideas expuestas, y prohibe la renuncia anticipada de la acción (Art. 218). (Nota del editor).*

tendiente a conocer la determinación convencional. La **equity** en el derecho anglo-americano va más lejos al repudiar la **undue influence**, aunque requiere, si tal indebida influencia procede de tercero, que la parte beneficiada con ella haya conocido o tenido la posibilidad de conocerla. Jenks escribe: "Es difícil definir la indebida influencia, como no sea diciendo que es un control mental o moral, establecido sobre un carácter o espíritu débil por otro más fuerte, y empleada conscientemente en perjuicio del más débil".

En nuestro C.C. sólo existe excepcionalmente la previsión de captación de voluntad por una influencia impositiva en el caso del testamento en que se designa como heredero o legatario al confesor, al médico y al notario del testador (art. 668).

Acerca de la violencia conviene decir que ella, como el dolo, no se presupone. Deberá, pues, ser probada, naturalmente por aquel que impugna el acto, quien demostrará la presencia de la amenaza ejercida, juzgando la autoridad judicial acerca de la impresión causada, es decir, del temor producido y de todas las circunstancias que sirvan para apreciar si el consentimiento resultó perturbado. Parece inútil advertir que son pertinentes toda clase de pruebas, inclusive las presunciones del hombre (Planiol y Ripert).

SIMULACION DEL ACTO JURIDICO



SIMULACION DEL ACTO JURIDICO

(Arts. 190 al 194, C.C. 1984)
(Arts.1094 al 1097, C.C. 1936)

SIMULACION INOCENTE

Art. 190 (C.C. 1984).- Por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo.

Art. 191 (C.C. 1984).- Cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurran los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero.

Art. 192 (C.C. 1984).- La norma del artículo 191 es de aplicación cuando en el acto se hace referencia a datos inexactos o interviene interpósita persona.

Art. 1094 (C.C. 1936).- La simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica, ni tiene un fin ilícito.

Referencias.- Derecho romano, Digesto, Lib.XLIV, tít.7, Nº 3, párrafo 2, lib.XVIII, tít.1, Nº 55; Código, lib.IV, tít.22, Nº 1, 2, 3 y 5; lib.II, tít.4, Nº 21; Digesto 1, lib.2, tít.4, párrafo 7; lib.29, tít.1, fr.5, párrafo 5; fr.7, párrafo 6; fr.32, párrafos 24 y 25; Código argentino, artículos 955 y siguientes; alemán, 117; brasileño, 102 y siguientes; portugés, 1030; soviético, 35; austríaco, 916; chino, 87; turco, 18; japonés, 94; mejicano, 2180, 2181, 2182; polaco, 34; suizo, 18; italiano, 1418.

Delimitación del concepto de acto simulado

Por cuanto el consentimiento sincero y su manifestación deben ser concordantes, la consciente y deliberada infidelidad de la segunda que es el continente, frente al primero, que es el contenido, hace del negocio uno que puede ser impugnado cuando la simulación que así se forja es pasible de un enjuiciamiento peyorativo, porque perjudica a persona distinta de los simulantes o pretende subrepticiamente conseguir un fin ilícito.

Por la característica misma de la simulación **aliud simulatur aliud agitur**; dicha figura tiene sus notas lógicas que la hacen inconfundible.

Esas notas, precisadas entre otros por Ferrara, son las siguientes: declaración deliberadamente disconforme con la real intención de las partes, concertación de las partes para tal ficción, propósito de engañar que persiguen las mismas.

"La característica de la simulación -anota Planck- consiste no propiamente en que se tenga en mira el causar engaño, una de las partes a otra, sino que, más bien, ambas partes están de acuerdo en que la declaración de voluntad no debe valer, y se produce para conseguir otra finalidad, la cual comúnmente consiste en engañar a un tercero". Tal característica desciende de las notas lógicas antes indicadas. Heilfron dice concisamente que existe simulación, "sobreentendiéndose con el receptor que ella es sólo de apariencia".

La simulación debe distinguirse del error, de la reserva mental y de ciertas declaraciones informales.

La discriminación entre declaración errónea y declaración simulada es fácil de percibir.

En el error hay disconformidad entre lo declarado y la realidad de aquello a que concierne el negocio; pero tal disconformidad es obra propia del mismo declarante, sin que la otra parte se aperciba de tal circunstancia o cause el yerro. No hay, pues, acuerdo **inter partes**, para establecer una situación jurídica que no responda a la realidad de las cosas. El que incurre en un error, declara algo que de saber la verdad, no habría declarado; pero el que pacta un negocio simulado, declara algo que sabe que no es verdadero, serio. De aquí que en la simulación siempre vaya, como inherente a la figura, el propósito de engaño, que falta en el error.

La mera reserva mental no constituye caso de simulación, porque en aquélla sólo un participante en la declaración no ajusta lo que quiere a lo que expresa, y como los motivos íntimos no se toman en cuenta en los negocios jurídicos, tal reserva mental no ataca la validez del acto, salvo desde luego, el caso que hubiera sido comunicado al otro participante de la declaración de voluntad (art.116 del Código alemán), porque entonces falta realmente acuerdo para la concertación del negocio, o éste es ya simulado. Así que la reserva mental no merece consideración alguna: "el declarante -dice Endemann- no puede substraerse por obra de su propia voluntad, a la responsabilidad con relación al supuesto de hecho del negocio jurídico en que ha participado; responde por razón de su declaración". De modo que el negocio se mantiene. No pasa igual con la simulación, que sí importa la ineficacia de la declaración simulada. Y es que en el último caso, hay el acuerdo de ambas partes para fingir una declaración (o darle determinado sentido o efecto); lo que falta en la reserva mental. De otro lado, referentemente a la reserva mental, ella no es tomada en cuenta en general, en cualquier caso que se trate, sea el

caso de una declaración no recepticia o recepticia, con la excepción lógica del supuesto de que el aceptante hubiera conocido la reserva (sin que pueda ser aceptable hablar también del caso que hubiera debido conocerla: Endemann), pues entonces el acto es nulo. En cambio, en lo que se refiere a la simulación y sus efectos dentro del criterio legal, no se puede presentar sino concernientemente a declaraciones recepticias.

En la reserva mental no hay el acuerdo de voluntades, para no querer lo que se declara, como en la simulación, y así se explica la diferencia entre una figura y otra.

Con las declaraciones informales no se confunde la simulación. El fin deliberado de hacer aparecer como existente un negocio que en verdad no tiene vida, es característico en la simulación; pero ello no ocurre en las declaraciones informales, como son las hechas en broma, las irónicas, las teatrales, didácticas y otras de tal laya, en que es notorio que falta no sólo propósito de obligarse, sino también propósito de aparentarlo. "Pues el ambiente -escribe Ferrara-, las circunstancias mismas en que la declaración se hace, sirven para poner de manifiesto su falta de seriedad y excluye por completo la posibilidad de que se trate de una oculta simulación. Por eso debe considerarse erróneo y rechazarse el sistema de aquellos que, a partir de Schlossmann, hablan de una simulación en sentido lato, comprendiendo en ella los casos de broma, réclame, enseñanza, etc. Aquí se confunde el concepto de la declaración falta de seriedad con el de declaración simulada. No quiero decir que no puede llegarse a una concepción general de todas estas figuras, reuniéndolas en un solo grupo, sino que esta figura comprensiva no puede ser la de la simulación, que histórica y gramaticalmente se refiere a la declaración ficticia con finalidad de engaño. Y, además, ciertas generalizaciones sirven más para enturbiar los conceptos que para aclararlos, y la autonomía de la institución se pierde, difunda en tantas formas jurídicas, que si tienen puntos de contacto, tienen también rasgos que las diferencian profundamente. No hay, pues, una simulación en sentido lato y otra simulación en sentido estricto, sino una sola y única simulación: la que se manifiesta como declaración deliberada y acorde, de voluntad divergente, para engañar a los terceros".

Clases de simulación

La simulación puede ser absoluta o relativa. Es absoluta cuando el acto celebrado no contiene tras sí ninguna declaración realmente querida; es relativa cuando tras un acto falaz se esconde una declaración distinta, realmente querida. Hagamos, primero, algunas breves reflexiones sobre la simulación absoluta.

Simulación absoluta

Propiamente, la existencia de la misma no puede en sí acarrear dificultad: se presenta siempre que el acto no debe producir efecto alguno, ni el expresado en aquél, ni otro cualquiera. El acto, por carecer de su elemento esencial, el consentimiento verdadero, es inexistente. De ahí que aún el hecho mediante una formalidad **ad solemnitatem**, no devenga, si el acto es simulado absolutamente, válido (Dernburg). La opinión que alguna vez en contrario ha sido propugnada (Ferrara), está hoy definitivamente superada. Léese en Staudinger: "si se prescinde del caso de matrimonio, no se puede decir de manera alguna que deben considerarse como válidos los negocios simulados, concertados ante órganos o autoridades, fijados por escritura pública. Lo anterior es también lo que se dice expresamente en la Exposición de Motivos (del Código alemán). La declaración de voluntad dada sólo simuladamente ante otro contratante, de acuerdo con éste, quedará nula, según el artículo 117 (del Código alemán), aun cuando el negocio basado en tal declaración de voluntad esté fijado notarialmente o judicialmente".

Pero en ciertos casos no puede actuar la consideración de que lo declarado no responde a una determinación de la voluntad, de suerte que la declaración carezca de todo efecto. Tratándose de actos en que por su naturaleza intervienen funcionarios públicos para darles autenticidad, y en que, y esto es lo fundamental, no sólo están en juego intereses de los declarantes, sino de orden público, se considera entonces que la simulación no debe tomarse en cuenta; así, por ejemplo, el caso del matrimonio (Planck). Pero hasta qué punto, en tales casos se deba aceptar una consideración de tal clase, que mantenga la validez del acto, con desaire de la simulación, es cuestión debatible. Planck se pronuncia por un criterio extensivo; Staudinger, por uno restrictivo, limitado al caso de matrimonio; y por uno temporizante, Oertmann.

Conforme a nuestro C.C., tratándose del matrimonio no sería invocable nulidad por simulación, pues los arts.147 y 148 (arts. 277, incs. 5 y 6, C.C. 1984) limitan las causales de nulidad de dicho acto al error y a la violencia.

La simulación no es dable que se presente, por la naturaleza de las cosas, en los actos complejos, "declaración de voluntad unitaria", como se les ha apodado. El campo de aplicación de la simulación no puede desbordar hasta los actos de potestad del Estado; es decir, que en los actos simplemente administrativos no es concebible que se presente simulación, la cual sí puede presentarse tratándose de negocios privados que celebra el Estado.

Dentro de los negocios jurídicos, los unilaterales no son simulables, pues falta la concertación de las partes para generar la ficción. Es, pues,

sólo dentro de un acto concertado por dos voluntades que se puede presentar la figura, pues ellas no quieren atribuir valor alguno a la declaración. En la declaración unilateral, la discrepancia entre lo querido y lo declarado no puede ser otra cosa que una reserva mental.

Así, por ejemplo, en el testamento, en el negocio fundacional, en la promesa de gratificación. La simulación sólo es adaptable a declaraciones recepticias.

Simulación relativa

Tratamos ahora de la simulación relativa. Se presenta ésta cuando las partes efectivamente concuerdan en un determinado efecto jurídico a producirse, que sin embargo no aparece, sino que está oculto detrás del aparentemente expresado. El Código argentino en su artículo 955 señala como casos más saltantes (la enumeración no es taxativa) de simulación relativa, los siguientes: encubrimiento del carácter de un acto bajo la apariencia de otro; consignación en un acto de cláusulas que no son sinceras, fechas no verdaderas; trasmisión de derecho a interpósitas personas, que no sean aquellas para quienes en realidad se constituye o trasmite. En cuanto al primer caso hay que decir que la distinción entre las dos simulaciones, absoluta y relativa, que arranca del derecho romano, es mantenida ante el criterio jurídico moderno. En la primera, en que el acto **colorem habet, substantia vero nullum**, no hay declaración en sentido jurídico, desde que no ha habido voluntad de crearla. En la segunda, en que el acto **colorem habet, substantia vero alteram**, la voluntad existe, pero la declaración no responde a ella. El interés de la distinción está en que en el caso de la primera no se produce efecto jurídico alguno, mientras que en el caso de la segunda, ello es posible, ya que existe voluntad real de comprometerse, y únicamente la declaración no responde a aquélla, de modo que existiendo un acto disfrazado, él puede resultar eficaz. Como expresa Demogue: "En principio, el efecto de la simulación no es sino un aspecto del efecto de las voluntades no serias. El acto sin valor en la medida en que no ha sido querido. El acto ficticio caerá; la cláusula aparente será anulada. Pero el acto valdrá en la medida en que ha sido querido: la donación disimulada bajo la forma de venta tendrá efecto, la liberalidad a persona interpuesta valdrá en relación a un tercero que es el verdadero interesado".

En la ficción de un acto encubriendo otro verdadero, lo que caracteriza a la simulación es que el acto fingido no tiene realidad alguna y que se pretende engañar mediante él. Es así como el acto simulado no se confunde con el fiduciario ni con el aparente.

El acto fiduciario es serio, real, está llamado a producir su efecto propio, que es el declarado, sólo que por acuerdo entre fiduciante y fiduciario, los resultados del negocio hecho **sub fiducia** se retrovierten.

Es decir, que hay tras el acto de cesión del fiduciante para el fiduciario, la obligación confidencial del último de utilizar el bien adquirido o destinarlo en determinada manera, incompatible con su título de cesionario o adquirente. "En los negocios jurídicos -apunta Dernburg- es diferente la relación tanto hacia afuera como hacia adentro. Damos al fiduciario el título de propietario de nuestra cosa hacia afuera, o de acreedor de un derecho que nos corresponde, atribuyéndole de este modo la plena autorización para hacer valer nuestro derecho. Empero, hacia adentro el fiduciario no pasa de ser un mero apoderado; la cosa o el crédito quedan ajenos para él frente al poderdante. Por consiguiente cuando el fiduciario abusa de la confianza depositada en él, de suerte que utilice lo confiado en su propio provecho, cometerá una estafa".

Es indudable que siendo el intermediario un simple nuncio, ninguna importancia tiene en cuanto a la relación jurídica realmente creada, la capacidad y vicios del consentimiento en lo que concierne a la persona de dicho hombre de paja y sólo interesan esos datos en lo que respectan al fiduciante.

Enneccerus, tratando de los actos fiduciarios, enseña que el negocio fiduciario es válido, de modo que así sea transitoriamente, el fiduciario se convierte en propietario, acreedor, etc., de la cosa o derecho adquirido por él; y aunque abusando posteriormente de la confianza en daño del fiduciante, trasmite a un tercero el derecho adquirido, la trasmisión es válida, sin perjuicio, claro está, de la responsabilidad del fiduciario frente al fiduciante. Pero tratándose del patrimonio del fiduciario, en caso de concurso, el fiduciante puede ejercer una **rei vindicatio utilis**.

Así que el acto fiduciario es distinto del simulado: "en el negocio fiduciario, en oposición al simulado, las partes quieren en realidad lo declarado, es decir, no han hecho declaración para aparentar algo. No se quiere engañar a nadie; tan sólo se concede exteriormente una situación jurídica al fiduciario, que va más allá de la finalidad real que persiguen las partes. El artículo 117 (del Código alemán) no comprende el negocio fiduciario" (Staudinger).

En cuanto al acto aparente, falta en éste el propósito de engañar, que es esencial en la simulación. Aquél es uno ficticio, formalista, que contiene tras de sí un efecto serio, realmente querido; pero la ficción es consentida por la ley, de suerte que el acto aparente tiene la categoría de forma jurídica (Jhering). El mismo Jhering, que desenvuelve con su sutilidad y profundidad habituales el tema, trata de las formas utilizadas por el derecho romano antiguo, que eran pocas, siendo las más principales, la **mancipatio**, la **in iure cessio** y la **stipulatio**. "Una idea domina en cada uno de estos tres actos: ella es la del acto aparente. La **mancipatio** es caracterizada como **imaginari venditio**; en el **testamen-**

tum per aes et libram, la **mancipatio** misma no se emplea sino como **dicis causa**... La **in iure cessio** era una reivindicación aparente. La estipulación no era, en verdad, un acto aparente, pero ella funcionaba como tal en la **sponsio prejudicialis** del procedimiento romano".

Y ahora bien, obrar en apariencia (**dicis causa**), ¿qué significa? "Es lo contrario de obrar seriamente; es realizar una acción exterior, es pronunciar palabras a las que ninguna intención corresponde. Hay allí una idea que puede encontrar aplicación en todas partes y que no pertenece exclusivamente al derecho. En el acto jurídico hay ausencia de intención, cuando con propósito deliberado no se quiere que sobrevengan los efectos jurídicos que son propios de un acto. Esta finalidad no se puede obtener sino mediante un entendimiento al respecto con la otra parte. Tal es la base de la idea del acto simulado. Una donación disfrazada bajo la forma de una venta, nos proporcionará un ejemplo. Es otra clase de acto jurídico que presenta a primera vista una gran analogía y que conviene no confundir con él, que se concluye con la intención de que no produzca sino ciertos efectos, en veces aún muy secundarios... El acto aparente en el sentido técnico debe ser distinguido del acto simulado...El acto simulado es únicamente la obra de las partes, él agota su eficacia, en tanto que ningún obstáculo legal se oponga a ello, en un caso único. El acto aparente, al contrario, era una creación del comercio jurídico o de la jurisprudencia; era una forma práctica empleable. Históricamente es posible que a menudo el acto aparente no haya sido sino el último resto de una acto simulado erigido en regla por la costumbre y tolerado a la larga por el juez. Pero es que los juristas de Roma han inventado e introducido buen número de estas formas prácticas. En uno como en otro caso es un fin práctico determinado el que ha dado nacimiento al acto aparente. Daremos a esta categoría de actos aparentes el nombre de actos aparentes originarios, en oposición a actos aparentes residuales. **Caput mortum** de actos serios anteriores, estos últimos podían mantenerse gracias a la sola fuerza de la inercia histórica; no perseguían ningún fin práctico y sólo conservaban un recuerdo histórico "(Jhering).

Y en otra parte, el mismo Jhering, insistiendo sobre la distinción entre acto aparente y simulado, escribe: "en sentido estrecho, el acto aparente presenta una gran analogía con ciertos actos de la vida ordinaria, que se han designado más tarde con el nombre de actos simulados. En los unos como en los otros el acto exterior es puramente aparente, no responde a la intención secreta de las partes. Los primeros pertenecen al derecho, tienen una existencia abstracta; los últimos no tienen sino una existencia concreta. Existe aún otra diferencia entre las dos clases de actos: todo acto simulado encubre una ficción. Lo que pasa realmente, lo que se persigue, debe quedar ignorado para los terceros o para la

autoridad; es por lo que se disfraza el acto verdadero; por ejemplo, se encubre una donación bajo la forma de una venta. El propósito puede ser ocultar un acto contrario a derecho, pero puede ser también el substraer un acto perfectamente lícito a la curiosidad de terceros, que no tengan ningún interés en ello. El acto aparente no tiene nada semejante a ocultar. Nadie ignora su significación; la misma autoridad le tiende la mano con perfecto conocimiento de causa, como en la **in iure cessio** romana. El acto aparente no persigue sino una finalidad puramente técnica, la de obtener un resultado aprobado por el derecho mismo, por medio de la aplicación, aunque un poco forzada, de los medios disponibles: es una ficción jurídica consagrada por la necesidad". Agrega Jhering que es posible que en su origen muchos de estos actos aparentes no hayan sido sino actos simulados. Así, la primera vez que una mujer imagina celebrar un matrimonio aparente con la intención de obtener uno de los resultados propios de la **coemptio fiduciae causa**, lleva a cabo un acto simulado. Cuando tal medio se hace de uso general y por el derecho consuetudinario es sancionado, el acto deviene en uno aparente. "Pero tal filiación histórica -concluye Jhering- no altera el principio de la diferencia que les separa, como tampoco la circunstancia que el curso del tiempo eleve tal costumbre a derecho consuetudinario. La diferencia práctica entre el acto aparente y el acto simulado se manifiesta en esto: impugnado por una de las partes, el acto simulado debía ser declarado nulo por el juez; el acto aparente, al contrario, gracias a la sanción del derecho consuetudinario, era inatacable".

Digamos ahora que el interés relativo a los actos aparentes, como es inducible, precisamente de las explicaciones de Jhering, es meramente histórico. Correspondieron a una necesidad análoga a la que engendrase los actos **sub fiducia**. No existe una diferencia fundamental, pues, entre estas dos formas de actos. "Los actos aparentes no fueron más que negocios fiduciarios, y si su fin estaba prohibido originariamente, negocios **in fraudem**, fue más tarde por el uso y por el reconocimiento tácito de la jurisprudencia, que se transformaron en categorías jurídicas. Son formas históricas de los negocios fiduciarios, que de la vida pasaron al derecho y que perdida la conciencia de su origen, se han colocado dentro del margen del sistema. El acto aparente representa el último anillo de la evolución del negocio fiduciario y fraudulento, porque si tiende en efecto a conseguir un fin nuevo y a hacer que el derecho evolucione, o bien a demostrar que una prohibición no corresponde ya a las necesidades sociales y debe suprimirse, esta evolución termina cuando el orden jurídico, que en un principio recobró o toleró tan sólo, acaba por reconocer el nuevo estado de cosas y acoger en su seno el expediente creado como un tipo de negocio jurídico" (Ferrara).

Ahora debemos hablar de los negocios fraudulentos, los cuales se distinguen de los simulados. Los primeros son censurados en todo caso

por la ley, por el pecado de origen, que los identifica, al pretender violar a aquélla. En cambio, el acto simulado puede ser eficaz o no, según este exento o contenga ilicitud o según que a nadie o a alguno perjudique.

Staudinger, tratando de los actos fraudulentos, escribe: "el negocio fraudulento tampoco es uno simulado y no queda por consiguiente comprendido en el art.117 (del B.G.B.). El negocio fraudulento tiene la finalidad práctica de alcanzar un resultado repudiado por la ley, sin aparecer en oposición con la letra de la misma. Lo declarado para tal finalidad es realmente querido, la declaración de voluntad no es emitada como una mera ficción". Y Planiol y Ripert indican sobre el particular: el "fraude se caracteriza por la intención. El acto concertado es por hipótesis, lícito en sí. Es la intención malévola que lo vicia. Una preocupación de moralidad es la que ha hecho desde siglos repetir por los juristas la máxima: **fraus omnia corrumpit**, y les ha llevado a decir que el fraude constituye excepción a todas las reglas... Este fundamento, al propio tiempo que da a la teoría del fraude una base sólida, le asigna sus límites: precisa que el propósito perseguido sea condenable. No basta que se haya operado una simulación, si el propósito era lícito, pues la simulación no es por sí sola causa de nulidad".

Pero ¿cuáles son las consecuencias del fraude? Dice Staudinger: "el Código Civil no se ha pronunciado expresamente sobre cómo se debe tratar el negocio fraudulento, que por lo demás, como observaba Crome fundadamente, no constituye una forma jurídica particular o especial. Sería ir demasiado lejos si se quisiera establecer el principio de que todo negocio jurídico que persiga defraudar la ley, sea inválido por oponerse a las buenas costumbres. Pero el art.134 tampoco resuelve la cuestión del tratamiento del **agere in fraudem legis**, en forma completa, ni siquiera para el caso de fraude contra prohibiciones legales. El art.134 declara simplemente que es nulo un negocio jurídico que se opone a una prohibición legal, cuando cosa distinta no sea determinada por la ley. Pero con ello no se indica que toda ley que prohiba algo, sea análogamente aplicable a los actos destinados a defraudarla, excediendo el sentido que resulta de una estrica interpretación. Una regla de interpretación general, conforme a la cual la ley debería ser entendida en tal forma que comprendiese tales negocios, es desconocida dentro de nuestro orden jurídico... Sin tener en cuenta la cuestión si una interpretación analógica sea justificada, se debe aceptar en todo caso, la ineficacia del negocio practicado en fraude de una prohibición legal, cuando tal negocio infringe cualquiera regla jurídica, cuya inobservancia acarrea la nulidad".

Nuestro Código Civil tampoco ha tratado del fraude como instituto autónomo. Repara en él, en el caso de los actos perpetrados para perjudicar directamente a los acreedores, es decir, en el caso del fraude pauliano (art.1098 y siguientes) (art. 195 y ss., C.C. 1984). Respecto del

agere in fraudem legis, no cabría sino recurrir al artículo 1123, inciso 4 (art. 219, inc. 7, C.C. 1984)., que fulmina con nulidad absoluta el acto hecho "cuando la ley lo declara nulo". Es, pues, algo parecido a lo que sucede con el artículo 134 del B.G.B. y por ende las reflexiones vertidas por el eminente Staudinger al respecto, que anteriormente hemos copiado, tendrían aplicación con relación a nuestro derecho.

Después de habernos ocupado de lo concerniente a la distinción entre actos simulados y otros (lo que respecta a la materia relativa al encubrimiento de la naturaleza de un negocio, el cual se exhibe bajo falsa presentación, que es el primer caso de simulación relativa, o como los escritos alemanes llaman, el acto disimulado), analizaremos ahora el segundo posible caso de simulación, relativa también, que antes tuvimos ocasión de referir: consignación de cláusulas que no son sinceras, fechas y datos no verdaderos. Después nos detendremos en el tercer caso de simulación relativa: la interposición de persona.

La consignación de cláusulas, fechas, datos o modalidades no sinceras, no reales, importa simulación, porque con ellos se falta a la concordancia que debe existir entre lo querido y lo expresado. Entonces, en los casos que ahora nos preocupa, la simulación no es total. Efectivamente, la simulación puede ser general, completa o sólo parcial. "Completa cuando la apariencia se refiere a todo el acto; parcial, cuando sólo una parte de él , como ser la fecha o alguna cláusula, es simulada" (Busso y Morixe).

La variedad de casos que suelen brindarse por simulación en cuanto al contenido del acto, es grande, tanta como lo permite la naturaleza de las cosas. Vamos a referir algunos casos, que son los más principales o los más frecuentes.

Puede la simulación incidir sobre el objeto mismo del acto. Como, **verbi gratia**, en un contrato de permuta, si Ticio da a Sempronio el bien A, recibiendo en cambio el bien B de Sempronio, pero se hace figurar que es el bien C del mismo Sempronio que el otro contratante obtiene.

Puede haber simulación respecto al precio, consignándose uno más elevado o más bajo del realmente pactado.

Es posible incluir una fecha fingida, lo que es de interés en lo que se refiere a los derechos preferenciales, cuando hay de por medio varias pretensiones sobre el mismo bien.

O tal vez la simulación verse sobre algún otro dato, elemento o cláusula del negocio. Tal la imposición de una condición, un plazo, un cargo, o el teñir con una mayor gravosidad a determinada obligación, ficticiamente, que forme parte del negocio.

De la clase de simulación que ahora estudiamos (sobre el contenido del negocio) debe distinguirse el hecho que se conoce con el nombre de falsedad. **Aliud est falsum, aliud est simulatum**, advertía Baldo. En la falsedad como en la simulación, hay propósito de engañar. Pero en la falsedad se trata de un hecho material, por el cual se crea, se altera o se suprime algo, con lo que se forja, se modifica o se destruye una prueba testificativa de alguna obligación. Se trata ya de un hecho punible, que cae dentro de la esfera del derecho penal.

La simulación consiste en algo distinto. Es lo declarado lo que no corresponde a la realidad, esto es, a lo verdaderamente querido. La disparidad está aquí entre lo querido y lo expresado, entre la voluntad verdadera y su manifestación. Pero en la falsedad, la disconformidad con lo verdadero no es, como en la simulación, de orden sicológico o intelectual, sino de orden material, que se manifiesta en la grosera forma de que aquello que se declaró no es lo mismo que se hace constar en la prueba de que de ello da fe, o esto último no responde a declaración alguna. Es decir, en la falsedad se trata de una disconformidad entre lo que se declaró (poco importa lo que se quiso íntimamente, que sólo es de interés en relación a la reserva mental o a la simulación) y la concreción en forma materializada de esa declaración. En la simulación la disconformidad es entre lo querido y lo declarado.

La distinción es, pues, de simplísima constatación. Empero, queremos transcribir lo siguiente de Ferrara: "La simulación disfraza el consentimiento, esto es, el elemento subjetivo del negocio; en cambio la falsedad ideológica desciende al elemento objetivo, alterando la verdad material de las declaraciones emitidas o de las circunstancias de hecho. La simulación puede abarcar todo el contenido del acto que expresa la convención; en cambio, la falsedad se limita a aquella parte destinada a dar plena fe, es decir a la atestación de los hechos ejecutados en presencia del funcionario público. Por eso la documentación falsa sólo puede darse en los actos públicos, no en los privados. La simulación supone el concurso de todos los contratantes en la ficción, mientras que la falsedad se lleva a cabo por el oficial público, ordinariamente de acuerdo con una parte en daño de la otra. En fin, la simulación puede ser lícita, mientras que la falsedad presupone como requisito esencial un daño público o privado y, por tanto, una violación jurídica".

Simulación por interposición de persona

Ocupémonos ahora del tercer caso de simulación relativa: la interposición de persona. Es, singularmente, la doctrina francesa la que ha construído el sistema referente al **mandataire prêtenom**, o sea el caso del también llamado mandato simulado.

En tal situación entran en juego tres personas: el mandante o persona interponente, el mandatario (supuesto) o persona interpuesta o testaferro, y el tercero, que contrata con el último.

El interponente tiene algún interés en que el intermediario por él interpuesto, aparezca como el adquirente de un derecho, que en verdad viene a pertenecer al primero.

Como en las relaciones entre beneficiario real y beneficiario aparente se trata de un mandato, tales relaciones se rigen por las reglas de esta figura (Guillouard), o sea, fundamentalmente, que el testaferro debe transferir el derecho adquirido, en favor del interponente, y aquél tiene derecho a accionar contra el último, para el reembolso de las prestaciones a que se puede obligar frente al tercero.

En cuanto a las relaciones entre el tercero y el interpuesto, ellas obran de manera ordinaria: ambos quedan recíprocamente obligados, en forma directa, según los términos del acto pasado entre ellos.

En lo que se refiere a la situación respectiva de interponente y tercero, propiamente ellos son extraños a la relación jurídica creada entre ese tercero y el testaferro. No puede, consecuentemente, actuar uno frente al otro. Por aplicación de la acción subrogatoria, el interponente podría, como acreedor del intermediario, actuar sobre el tercero (Baudry-Lacantinerie y Wahl). El mandante no puede atacar los actos celebrados por su mandatario, a menos que el tercero hubiera tenido conocimiento del acuerdo secreto pasado entre mandante y mandatario (Aubry y Rau). El mandante podría oponerse a soportar las consecuencias del acto celebrado entre el presta-nombre y el tercero, si éste obró de mala fe (Dalloz). El tercero podría obrar contra el mandante, sólo en el caso que el acuerdo secreto entre el último y el testaferro encubra un fraude a la ley.

Así construída la figura, la interposición de persona, ¿qué vinculación tiene con respecto a la simulación? En aquélla hay dos actos distintos, aunque vinculados (por la intervención común del testaferro): uno, el celebrado entre el tercero y el interpuesto; otro, el celebrado entre el interpuesto y el interponente. No hay simulación, de consiguiente, porque uno y otro acto son serios, reales. La simulación sólo tiene lugar cuando el tercero conoce el carácter del testaferro, como tal. Dice por eso Enneccerus: "el hombre de paja o testaferro ha de adquirir realmente, pero lo adquirido debe considerarlo únicamente como perteneciente al que lo interpone. Por ejemplo, si el marido con su dinero deja que su mujer adquiera valores en concepto de persona interpuesta (no susceptible de ser conocida), son válidas la venta y la entrega a la mujer, pero ésta está obligada a su vez a entregarlos al marido. Sobre que esto no constituye una relación fiduciaria, y que por tanto la persona oculta no

tiene ningún derecho a detraer de la masa en caso de concurso, ni un derecho de oposición. (al ç 771 LPC,cf.**supra**, ç 139, nota 8). Por su carácter singular no es aplicable el ç 392 ap.2, C. Com. Ahora bien, si el otro contratante está de acuerdo en que no es el testaferro, sino el que lo interpone quien debe adquirir, la adquisición del hombre de paja es simulada y nula, pero el interponente adquiere mediante el interpuesto, en concepto de representante inmediato, si concurren los requisitos de este negocio disimulado; cf. RGE 69 p.45 ss. No así, claro está, si la consecuencia final que las partes se proponen mediante el negocio con el hombre de paja no pudiera conseguirse en modo alguno, por ejemplo, si la trasmisión formal se hace al hombre de paja".

Efectos de la simulación inocente

¿Cuáles son los efectos de la simulación? Si la simulación no es ilícita ni perjudicial para el tercero, produce el acto sus efectos. Es lo que resulta del artículo 1094 (art. 191, C.C. 1984). En caso contrario funciona la previsión del artículo 1095 .

En lo que respecta al artículo 1094 (art. 191, C.C. 1984), la posibilidad de que a pesar de la simulación, se produzca efecto jurídico entre las partes, sólo aparece en caso de una simulación relativa. Entonces, cuando tras el acto ostensible existe uno real, que no es reprobable, porque no tiene fin ilícito ni perjudica a tercero, dicho acto real debe valer. (Esto que se dice sobre la simulación relativa en cuanto implica una duplicidad de actos, uno aparente para la disimulación de un acto secreto, es de pertinencia también para las otras manifestaciones de dicha operación, como en disimulaciones sobre el contenido del acto, si resultase, por ejemplo que el real precio de una casa es no de 100, sino de 200; este último precio sería el que vincularía realmente a las partes; o como en el supuesto de interpósita persona, en que el acto vincularía efectivamente al interponente con el tercero). Tratándose de la simulación absoluta no se da la anterior posibilidad, pues el acto absolutamente simulado no responde a determinación alguna de voluntad y en consecuencia no gene-ra, no puede generar, efecto jurídico. Como dice Espínola: "si la simulación es absoluta, el acto aparente podrá eventualmente producir algún efecto indirecto; pero regularmente en cuanto a los efectos que derivan de su naturaleza, es fundamentalmente nulo, inexistente, sin valor, entre las partes que lo produjeron".

Sólo, pues, en el caso de simulación relativa se aplica propiamente la regla del artículo 1094 (art. 191, C.C. 1984). "Esta doctrina -escribe Salvat, refiriéndose a esta materia- se justifica fácilmente; en principio, las partes han tenido el derecho de celebrar el hecho en la forma que mejor les pareciera, y por consiguiente, de ocultar el acto realmente realizado bajo las apariencias de otro; pero este derecho sólo puede

serles reconocido a condición de que el acto no encierre la violación de una ley o perjuicio a un tercero; si así no fuera, si no existiera esta limitación, las partes podrían, sin peligro alguno, violar todas las prohibiciones legales y burlar los derechos de los terceros". Y Lacerda, por su parte, explica "la simulación en principio no influye sobre la validez de los contratos. La ley tolera el acto simulado cuando es hecho de buena fe y con la intención de acelerar o facilitar la realización de ciertos negocios, o dar mayor latitud al crédito, etc. Si hay fraude, sea para perjudicar a un tercero o para evitar el pago de impuestos o para eludir disposición contraria de la ley, o cuando se da un carácter inmoral a la simulación, cae dentro de la censura del derecho el acto que la simulación pretende ocultar".

El artículo 1094 (art. 191, C.C. 1984), permitiendo que el acto oculto tenga validez si es lícito y no perjudicial para tercero, significa en buena cuenta la consagración de la máxima **plus valet quod agitur, quam quod simulate concipitur** (Digesto, 9, III, 4). O sea, como indica el Código alemán, si una declaración se ha hecho de acuerdo con el otro contrayente sólo en apariencia, es nula; pero si el acto aparente oculta uno serio, se aplican las disposiciones que conciernen a éste (art.117). Es decir, que la validez del acto secreto se ha de decidir en atención a los requisitos que él debe contener. Consecuentemente, la licitud del acto es necesaria para que él tenga validez. Por su carácter más general, habría sido recomendable que se hubiera adoptado la prescripción del artículo 49, apartado 2, del Proyecto franco-italiano, que exige que se hayan cumplido con todas las condiciones esenciales requeridas para la validez del acto secreto, o decir como el Código chino, que las disposiciones legales relativas al acto oculto, se aplicarán a éste. Tratándose del caso considerado en el art.1094 (art. 191, C.C. 1984), no está de más recordar la indicación de Crome, cuando previene que el acto oculto ha de poder ser válido tanto por su contenido como también por su forma. "Por ejemplo -escribe- una promesa de donación presentada en forma de una venta simulada, es inválida por inobservancia de las formalidades judiciales o notariales del acto". En cambio, el acto realmente querido no tiene por qué reunir los requisitos propios de aquel cuya apariencia adopta.

SIMULACION MALICIOSA

Art.1095 (C.C. 1936).- Los que hubiesen simulado un acto con el fin de violar la ley o de perjudicar a tercero, no podrán ejercer el uno contra el otro las acciones que surgirían del acto practicado, si fuera real y permitido. (*)

Referencias.- Código argentino, artículo 959; brasileño, artículo 104; italiano, artículo 1414.

Efectos de la simulación maliciosa

Conjugando el art.1094 (art. 191, C.C. 1984) con el 1095 resulta que hay una simulación inocente: la que no perjudica a tercero ni tiene fin lícito; y otra que sí es reprobable. Pero esta distinción sólo tiene interés en relación a la simulación relativa, para calificar el acto disimulado. En el caso de la simulación absoluta no tiene importancia juzgar el carácter del acto, porque es irremisiblemente nugatorio. Puede darse el caso de una simulación inocente -creemos nosotros- sólo con relación a una simulación relativa, a lo menos si juzgamos las cosas lógicamente. Si ha habido simulación absoluta se ha querido buscar algún efecto que necesariamente era inconfesable, salvo que se procediese por **animus jocandi**, pero entonces ya no estaríamos en el ámbito de la simulación. En el ejemplo que incluye Salvat de simulación relativa (Pablo, propietario de una cosa, al ausentarse confiere a Pedro su administración, pero para que tenga plenos poderes, simula que se la vende), hay un caso de simulación relativa y no absoluta. En la simulación absoluta no puede concebirse, por la índole propia del supuesto, que el acto genere algún efecto. De modo que no sólo no cabe exigir su cumplimiento, sino que ejecutado, es dable que tal ejecución quede sin efecto, abatiéndose el acto por la acción de nulidad. Como escribe Stolfi, "si por el contrario, prescindiéndose de la ausencia de la voluntad, se debiese estar a la declaración hecha, derivarían consecuencias prácticas absurdas. En efecto, en base de una venta absolutamente simulada el seudo alienante debería perder la propiedad y podría reclamar el precio que el falso adquirente debería a su vez pagarle, a pesar de no haber querido ninguno de los dos asumir tales obligaciones y tales derechos". De modo, pues, que el art.1095 sólo interesa en relación a la simulación relativa, pues tratándose de la absoluta el acto es inexistente; no se da, pues, posibilidad de acción a ejercer para su cumplimiento, pues él no produce efecto alguno. Sólo podría solicitarse que se pronunciara el que ninguna

(*) *Esta norma no ha sido receptada por el Código Civil de 1984. (Nota del editor).*

declaración de voluntad ha tenido lugar, y que si alguna consecuencia se le ha dado al acto simulado, ella debe cesar.

Los romanos sancionaron que **propriam turpitudinem allegans non est audiendus**; máxima que no importa sino la aplicación de los principios de la **condictio ob turpem causam**. El Código argentino, por una errada apreciación de tales precedentes, sancionó en su artículo 959 que una parte no puede ejercer acción contra la otra sobre la simulación, si fué ilícita. A ello también se refiere el artículo 104 del Código del Brasil.

Empero, hoy se tiene reconocido que para el derecho romano no existe **turpitudo** en la simulación en sí misma (Stryke).

De otro lado, la opinión de Chardon, citada con respecto al Código argentino -y que corresponde a dicho artículo 959 y no al 958 como equivocadamente se supone-, es opuesto a la decisión del indicado artículo 959. Además, el mismo Código en el artículo 960 desautoriza lo dispuesto en el artículo 959. A mayor abundamiento, Aubry y Rau, cuya autoridad se invoca con relación a esta cuestión, son explícitos para conceder a la parte acción para anular la simulación. En la reforma del Código argentino se ha fulminado la absurda decisión que resultaba de los términos mismos del artículo 959 del Código, admitiéndose que procede **inter partes** la acción de nulidad por simulación. Bibiloni, insistiendo sobre la necesidad de la reforma -después de las razones por él expuestas, resumidas antes- escribe: "Si se niega audiencia al que realiza el acto aparente, para dejarlo sin efecto, so color de que no puede hacerlo invalidar sin revelar su torpeza, su mala acción, se habría adoptado la más singular política. Porque se le impide volver sobre lo hecho y el perjuicio no solamente es de él. Es la consolidación, por ministerio de la ley, del acto ilícito. Queda ejecutado por fuerza. Es ilícito porque perjudicaba el derecho de los acreedores, del cónyuge, de los herederos forzosos.... ¿Quién entendería que la ley adoptase como principio, que no se debe oír al que procura volver sobre un hecho, porque no lo puede sin probar su torpeza al mismo tiempo?... Si tal fuera, la política de la ley sería, en verdad, inexplicable".

El artículo 1095 del Código adopta una feliz determinación, cuando corrige la del artículo 959 del Código argentino, y basándose en la interpretación de él hecha por Rousset, consagra la decisión conveniente, aunque expresándola en forma obscura.

Interpretando el artículo en su auténtico significado, puede decirse: un contrayente no puede exigir el cumplimiento del acto real, si es ilícito o perjudicial a tercero; puede demandar su nulidad y en su caso demandar por la repetición de lo obtenido.

Nosotros, pues, nada tenemos que decir sobre el precepto 1095, salvo que la bondad de su principio, relativo a la repetición en su caso de **turpitudo**, sólo se impone al parecer en el caso que esta última actúe dentro de una simulación, pues el Código no mantiene igual criterio en el caso general, como se observa en el artículo 1285 (art. 1275, C.C. 1984), en que la repetición queda vedada.

El artículo 1095 sólo se refiere al caso de la acción entre las partes. También el tercero puede solicitarla, el perjudicado con la simulación. Así en el caso de la simulación absoluta, como también en el de la relativa, si el acto oculto es ilícito o perjudicial. En tales casos los demandados serán los contratantes que celebraron el acto simulado.

El tercero tiene entonces un interés legítimo para accionar. El caso más común es en relación a una simulación absoluta, el de la supuesta transferencia de bienes del deudor para que el acreedor no pueda hacerse pago; y en relación a una simulación relativa, ejemplo sería el de donación disfrazada como venta, con daño de los derechos de herederos necesarios. Cabe preguntarse cuál es el efecto de la declaración de nulidad por simulación incoada por tercero. Cabe preguntarse si el acto resulta ineficaz enteramente o sólo en tanto perjudica al tercero. La doctrina, como observa Cámara, es dispar. Hay quienes sostienen lo segundo en mérito de la relatividad de la cosa juzgada, de suerte que debe ocurrir aquí lo que sucede con la revocatoria pauliana. Otros autores sostienen el primer punto. Cámara escribe: "la acción de simulación ataca un acto que en realidad no ha existido, mientras que la revocatoria presupone necesariamente un negocio serio, que efectivamente ha tenido lugar y que un tercer acreedor puede hacer rescindir cuando le perjudica; la una es declarativa y la otra es rescisoria. Por ello, en el caso de la acción de fraude, la ley puede dejar existente el acto entre las partes, pero declararlo nulo en lo que atañe a los terceros, mientras que la acción de simulación si declara que el acto no ha existido jamás, sería imposible que lo pudiera dejar subsistente, con vida entre las partes". El acto no puede ser a la vez ineficaz y válido. Por el principio de contradicción, ello es imposible. Y así, si está atacado por la simulación, él íntegramente ha de ser considerado nulo.

También cabe preguntarse si la ineficacia del negocio a solicitud de tercero beneficia sólo al autor del **petitum** o a todos los acreedores. No parece que debe haber duda, a lo menos dentro de nuestro derecho, en favor del último criterio; toda vez que si existe la regla del artículo 1101, sobre que la revocación pauliana beneficia a todos los acreedores, la consecuencia tiene que ser la misma en el caso de simulación que da origen propiamente a una acción de nulidad.

ACCION DE SIMULACION

Art.1096 (C.C. 1936).- La acción de simulación es imprescriptible entre las partes; pero se aplicará a los herederos de ellas las reglas del artículo 874. (*)

La acción de simulación

El Código califica el acto con simulación como afectado de una nulidad relativa (artículo 1125, inciso 2) (arts. 219, inc. 5 y 221, inc. 3, C.C. 1984). Ahora bien, la acción por nulidad relativa es siempre prescriptible. Por eso el Código brasileño (que consigna el inciso 2, del artículo 147, idéntico al inciso 2 del artículo 1125 de nuestro Código, en el cual se declara que es anulable el acto simulado) señala como plazo de prescripción de la simulación, como de otros casos de nulidad relativa, indicados junto con ella en el inciso 2 del artículo 147, el de cuatro años.

Ni siquiera la acción de nulidad absoluta es, dentro de la economía del Código peruano, imprescriptible, pues el artículo 1169 (art. 2001, inc. 1, C.C. 1984) señala que tal acción perece a los 30 años.

La regla del artículo 1096 ha sido tomada del dispositivo 1031 del Código portugués. Sólo dicho Código y el mejicano (art.1684) establecen la imprescriptibilidad, y no hay teóricamente ningún argumento lógico de valor convincente que abogue por la imprescriptibilidad de la acción de simulación. Un acto nulo, con nulidad absoluta, por ejemplo porque su objeto no exista o es imposible o es ilícito, o porque él es prohibido por la ley, es tan inexistente como un acto que importa una simulación, y no se ve por qué en el primer caso, la acción de nulidad ha de prescribir (a los 30 años según el artículo 1169) (art. 2001, inc. 1, C.C. 1984), y en el segundo caso no.

La opinión de Ferrara para prohijar la imprescriptibilidad de la acción, no tiene fundamento plausible. Se recurre sólo a un argumento de mera fuerza verbal: la naturaleza declarativa de la acción de simulación, para así deducir el principio de la imprescriptibilidad de la misma.

Por otra parte, es de preguntarse qué significa el artículo 1096 cuando consigna la expresión "entre las partes". ¿Que la acción para interponer la nulidad es imprescriptible sólo entre los contrayentes?

Resulta entonces que el tercero no podría, pues demandar la nulidad después del plazo del art.1169 (art.2001, inc. 1 C.C. 1984), según el cual

(*) *Esta norma no ha sido receptada por el Código Civil de 1984. (Nota del editor).*

la acción por nulidad absoluta prescribe a los 30 años. Pues bien, si se le atribuye a la acción de simulación el carácter de una meramente declarativa, de simple constatación de un hecho, no puede variar tal carácter porque sea un tercero o uno de los contratantes quien interponga la acción. Nunca una acción depende en su carácter y nota lógica, de esa circunstancia.

Y ahora no se ve por qué se entrometa lo dispuesto en el artículo 874, que dice que el heredero de uno que posee para otro, adquiere el bien por usucapión a los veinte años. Parece que en todo este punto de la imprescriptibilidad de la simulación, el legislador hubiese caminado en medio de dudas e imprecisión. En efecto, después de la declaración de que la simulación es imprescriptible (es lo que decía el Anteproyecto en su art.35, concebido así: "los actos celebrados simuladamente podrán ser anulados en todo tiempo, a instancia de los perjudicados"), ha tenido vacilación frente a las consecuencias del mandato, y le puso la taxativa que resulta de referir al caso del art.1096 lo previsto en el 874.

Según esto, se declara la nulidad del acto simulado, habiendo consistido éste en una traslación de dominio; pero si el heredero del adquiriente ha entrado en posesión del bien, y la ha mantenido por veinte años, puede adquirir por usucapión el dominio del bien. El enajenante podrá demandar por simulación del acto, la simulación podrá declararse; pero el heredero del adquirente, pese a esa declaración de nulidad, retendrá el bien como propietario en virtud de la usucapión. La imprescriptibilidad de la acción de nulidad sólo tiene así utilidad **inter partes**; pero no cuando el sucesor a título universal ha entrado en posesión del bien, que fué objeto del acto simulado, y cuando ha mantenido su posesión durante veinte años (art.874).

¿Pero por qué todo esto? El legislador ha sentido escrúpulos frente a la imprescriptibilidad pronunciada y decidió por esto poner una cortapisa al principio formulado. Tratándose de terceros, existe lo que resulta del art.1097 (art. 194, C.C. 1984). Tratándose de herederos de uno de los contrayentes se juzgó conveniente conectar lo mandado en el art.874 con el caso de simulación. Pero el art.874 en sí es una disposición tachable. Evidentemente, la mera detentación no puede dar origen a usucapión (art.873); no hay justo título entonces, no se posee para sí. Pero según el Código, conforme al susodicho art.874, el heredero del mero detentador puede prescribir. ¿Por qué? Se ha repetido el art.555 del Código derogado (*). Y él es una disposición errada. "El título de heredero no es justo título. El heredero tiene todos los derechos de su

(*) *La referencia es al Código Civil de 1852. (Nota del editor).*

autor y nada más; adquiere, pues, la posesión tal como la tenía el difunto, con sus cualidades y sus vicios. Desde el punto de vista de la ley, la persona del heredero no se distingue de la del difunto; si, pues, el difunto poseía sin título, el heredero continuará la posesión en las mismas condiciones y, por consecuencia, él no podrá prescribir por diez o veinte años" (Baudry-Lacantinerie).

Un acto con nulidad absoluta tampoco es título **ad trasferendum dominium idoneus.** Lo que es inexistente, el título inexistente, no puede dar vida a una situación jurídica. Si la simulación está afectada de nulidad absoluta, no debería, pues, dar origen a usucapión (salvo naturalmente el caso de la prescripción extraordinaria: treinta años, conforme a la última parte del artículo 871) (art. 950, C.C. 1984), en favor del adquirente ni en favor del heredero del mismo, por un plazo menor del señalado en la última parte del art. 871.

Siendo la acción de nulidad por simulación imprescriptible entre las partes, cualquiera de ellas puede en cualquier tiempo oponerse a la ejecución del acto, aun sin entablar tal acción; pues, en efecto, según el art.1170 la excepción de nulidad está expedita mientras lo esté la acción respectiva.

Si un tercero ha adquirido el bien o derecho objeto del negocio simulado (hablamos de simulación absoluta), como según el texto del art.1096, **inter partes** la acción de nulidad no prescribe, es de interrogarse si al dirigirse aquélla contra el tercero después de los treinta años (plazo en general de las nulidades absolutas; art.1169) (art. 2001, inc. 1, C.C. 1984), tal acción sería rechazable porque el tercero podría oponer la prescripción del art.1169 (que dice que en general, la acción de nulidad de un acto prescribe a los 30 años). Nosotros creemos que sí. Ciertamente el cesionario no adquiere un mejor derecho que su cedente, y si éste se hallaba expuesto durante cierto tiempo a la nulidad, el segundo se debería encontrar en idéntica condición. Pero cuando el art.1096 dice que la acción es imprescriptible entre las partes, con ello quiere significar que se limita a tal supuesto la imprescriptibilidad. De modo que en relación a los sucesores singulares, la acción no está expedita después de treinta años, que de acuerdo con el art.1169 es el plazo para prescripción de las acciones por nulidad absoluta. A esta interpretación ayuda la circunstancia de que el art.1031 del Código portugués, diversamente al art.1096 de nuestra ley civil, dice que el acto simulado puede ser anulado en toda época "a requerimiento de las personas lesionadas", y el art.1684 del Código mejicano dice que tal anulación procede en todo tiempo a petición de los perjudicados. No hace, pues, distinción entre partes y sucesores particulares. Ciertamente Díaz Ferreyra indica que la imprescriptibilidad sólo alcanza a los contratantes y no al tercero a quien hayan pasado los bienes; pero por lo que indica este autor se trata de la adquisición del

derecho del cesionario por usucapión inmemorial, conforme al art.529. Pero ahora lo que interesa es la acción misma de nulidad.

Sin duda, fuera de la prescriptibilidad de la acción de simulación, el tercero, sucesor singular, podrá prevalerse de la prescripción adquisitiva. Si el art.1096 permite ello en lo que atañe a los sucesores universales, con mayor razón ha de permitírselo al sucesor particular. Mas, ¿qué prescripción usucapativa podrá éste invocar, la ordinaria o la extraordinaria? Debe ser la última, porque no tiene justo título. Y así se desemboca en este nada recomendable resultado: que el sucesor universal obtiene la usucapión a los veinte años (a tenor del art.1096 y del art.874) y el sucesor particular a los treinta años. A virtud del art.1096 se colige que el tercero puede invocar la prescripción de dominio, pues si ello le está permitido al heredero de una de las partes, con mayor razón le está consentido a un tercero; esto es, a un sucesor particular de una de las partes.

Con referencia al artículo 1125 (arts. 219, inc. 5 y 221, inc. 3, C.C. 1984) nos ocupamos de la nulidad por simulación. Decimos allí que hay que distinguir según: 1) se trate de simulación absoluta; 2) de simulación relativa, en la cual hay un negocio efectivo, pero ilícito; 3) de simulación relativa en la cual hay también un negocio efectivo, pero tendiente a perjudicar a tercero; 4) de simulación relativa, que no tiene ilicitud ni es perjudicial para tercero. En este último caso no hay nulidad alguna.

En el primer caso la nulidad es absoluta, pese a la declaración contenida en el inciso 2 del artículo 1125 (arts. 219, inc. 5 y 221, inc. 3, C.C. 1984); se trata de una declaración dada en pura ficción, que no tiene vida, existencia alguna. A este caso se debe aplicar la imprescriptibilidad a que se refiere el artículo 1096.

En el caso segundo y en el tercero, la nulidad del acto aparente es una absoluta; como en el caso anterior, se trata de algo sin existencia real alguna. Declarar la ineficacia de tal acto ostensible debe ser también una acción imprescriptible, conforme al artículo 1096. En lo que se refiere al acto oculto, su impugnabilidad se regirá por el carácter propio del acto, y se deben aplicar al caso las reglas propias de la prescripción que sean pertinentes.

Cuestión que escapa al Código es si un tercero interesado puede interponer la **actio ex simulatione**. Pero es que sobre ello no puede haber duda. Ha de admitirse tal cosa. "Del hecho que el acto secreto - escriben Planiol y Ripert- no pueda ser opuesto a terceros, no debe deducirse que ellos no puedan invocar su existencia, si en ello tienen interés; las partes no pueden desconocer la situación y los derechos que corresponden a su verdadera voluntad. Todos los interesados podrán, pues, hacer declarar la simulación, lo que hace acarrear la inexistencia

del acto aparente... De otro lado, el acto secreto puede evidentemente ser invocado por el tercero en favor del cual ha sido hecho; así, por el beneficiario de una donación mediante persona interpuesta".

ACCION DE SIMULACION FRENTE A TERCEROS

Art. 194 (C.C. 1984).- La simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente.

Art.1097 (C.C. 1936).- Si la persona favorecida por la simulación ha transferido a otro sus derechos, la acción contra el tercero será admisible si la trasmisión tuvo lugar a título gratuito. Si la trasmisión se operó a título oneroso, la revocación sólo será posible si el subadquirente obró de mala fe.

Referencias.- Código italiano, 1415 y 1416; suizo, 18; brasileño, 104; japonés, 94; portugués, 1034 y 1035; mejicano, 2184; chino, 87; polaco, 35.

Oponibilidad e inoponibilidad de la simulación

Lo referente al efecto de la acción por simulación frente a tercero es estudiado ampliamente por Ferrara, que concluye así su minucioso análisis: "el principio que de acuerdo con las observaciones precedentes queremos establecer para el derecho moderno, puede formularse así: la simulación no produce efectos en perjuicio de terceros de buena fe y a título oneroso".

Frente al adquirente a título gratuito predomina el derecho del actor de nulidad por simulación porque el primero **certat de lucro captando** y el segundo **certat de damno vitando**. Y si el primero así exhibiese un título oneroso no obró **ex fide bona**, no merece amparo legal, pues como dice Cámara, "el tercero de mala fe al conocer el vicio lo hace propio, lo asume y demuestra con el hecho del querer, que su derecho está sujeto a las mismas eventualidades que en manos del causante, en una palabra, lo adquiere a todo su riesgo y peligro; por ello la tutela legal le es inútil, ya que quien construyó sobre la nada no puede solicitar protección".

Resulta, por lo dicho, irreprochable la solución del artículo 1097 (art. 194, C.C. 1984). El caso, por otra parte, se halla contemplado en los artículos 1034 y 1035 del Código portugués, 2184 del mejicano, 87 del chino, 35 del polaco. Es este el punto que se vincula con lo referente al valor de los contradocumentos privados, que conforme a lo mandado en

el artículo 1321 del Código de Napoleón, no tienen valor frente a terceros de buena fe.

La buena o mala fe del tercero se establecerá en relación a la época de la adquisición por él y, es superfluo decirlo, la mala fe consistirá en el conocimiento del vicio del título del tradente, en virtud de la simulación.

Por inferencia de reglas generales, tercero, para el art.1097 (art. 194, C.C. 1984), es el sucesor a título particular del bien o derecho de que se trate.

Del art.1097 (art. 194, C.C. 1984) resulta que cuando la acción de nulidad está expedita, por no haber prescrito, ella surte su efecto contra el tercero, el subadquirente (que obtuvo la propiedad de la cosa objeto del acto simulado, mediante una sucesión a título singular), si el subadquirente obtuvo la propiedad a título gratuito, sin que interese si obró con mala o buena fe (es decir, sabiendo o desconociendo el vicio del título por el cual adquiría, o sea, sabiendo o no que su transferente le trasmitía una cosa por un título que podía ser invalidado en mérito de la simulación que afecta a dicho título); verbi gratia, si A simula la venta de una cosa a B como comprador, y éste le transfiere la cosa a C por donación o herencia o por legado (valé decir a título gratuito), la acción de nulidad que entable A repercute contra C quien debe devolver la cosa a A. El actor, A, obra aquí de **damno vitando**, para evitarse un daño, mientras que el subadquirente C, de mantener la cosa obraría de **lucro captando**; y entre una y otra consideración, evitar un daño y favorecer un lucro, la ley tiene que preferir lo primero. Si el subadquirente, C, obtuvo la propiedad de la cosa a título oneroso, por ejemplo por compra del que aparecía como dueño, de B, al pretender conservar la cosa en su dominio, rechazando la repercusión de la nulidad entablada por A, no obra de **lucro captando**, sino de **damno vitando**, no pretende conseguir un lucro, sino evitarse un daño; entonces ambos sujetos, el reclamante y el subadquirente, se hallan en paridad de posiciones: ambos obran de **damno vitando**. La ley prefiere, en tal circunstancia, al que está en posesión de la cosa, pues **in pari causa melior est causa possidentis.**

Pero para ello es preciso que el subadquirente haya procedido de buena fe; esto es, no sabiendo del vicio que afectaba al título de su cedente, de la simulación en que éste se hallaba incurso. Si actuó de mala fe, la protección de su adquisición no existe. La ley no puede amparar la mala fe.

Así, en resolución, como lo preceptúa el art.1097 (art. 194, C.C. 1984), la anulación contra el tercero de su adquisión sólo no tiene lugar si aquélla se efectuó de buena fe y a título oneroso.

La anterior regla rige para todos los sucesivos subadquirentes;

respecto a cada uno examinará si su adquisición tuvo lugar a título lucrativo u oneroso, y en este último supuesto si hubo mala o buena fe. La revocación de la adquisición, o sea el derecho del simulante reclamante, opera hasta tanto no se presente un subadquirente que exhiba un título invulnerable: adquisición por causa onerosa y con buena fe. Así, si A y B fueron los simuladores, B transfirió la cosa a C, éste a D y así sucesivamente fué transferida a E, F y G; sólo si se puede demostrar que F adquirió a título oneroso y con buena fe, la revocación cesa frente a F; la cosa permanecerá en poder de G, cesionario de F.

Todo lo anterior, atinente a la procedencia de la acción por simulación contra los terceros, funciona independientemente de la usucapión que puede invocar el tercero, cuando reúna las calidades para ganar el dominio del bien por razón de dicha usucapión.

Cuestión que precisa examinar relativamente a la simulación es la inherente a su prueba. Escribe Ferrara sobre el particular: "La simulación del negocio jurídico es un fenómeno anómalo, puesto que normalmente la voluntad manifestada corresponde a la voluntad verdadera. Incumbe, pues, a quien pretende restar eficacia o lograr una distinta de la que dimana normalmente de un contrato, probar el hecho anormal del conflicto entre la voluntad y su manifestación. Y esta prueba debe ser completa y segura, ya que si quedase la duda de que el acto pudiera ser verdadero y contener la voluntad seria de los contratantes, habría de preferirse esta interpretación y rechazarse la que condujere a anular o variar los efectos de aquél. **In dubio benigna interpretatio adhibenda est, ut magis negotium valet quam poreat.** Incumbe, pues, la prueba de la simulación a quien la alega y pretende sacar de ello consecuencias a su favor: al contratante, por tanto, que impugna el contrato contra la otra parte, o a los terceros que dirijan su impugnación contra las partes contratantes".

Según el criterio clásico, la prueba de la simulación sólo debería establecerse por contradocumento, cuando el acto ostensible requiera forma escrita **ad solemnitatem**. Tal criterio ha sido objeto de opiniones contradictorias, que sostienen que deben admitirse cualquiera clase de pruebas. Chironi y Ferrara, por ejemplo, son de esta opinión y el Art. 49 del proyecto franco-italiano recomienda: "La simulación puede ser probada por todos los medios, entre las partes". Dentro del criterio que exige el contradocumento, se admite que la simulación puede ser demostrada sin aquél, cuando existe imposibilidad de presentarlo, por pérdida o destrucción, cuando hay confesión de parte y cuando existe principio de prueba escrita.

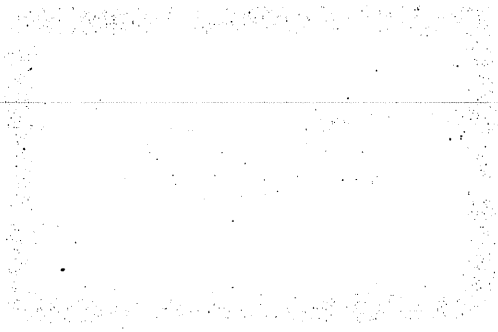
En el caso de la simulación alegada por tercero, no se discute que toda prueba es admisible, inclusive las presunciones **hominis**. El juez se pronuncia sobre la presencia de la simulación según su criterio soberano.

Lo esencial de la prueba es constatar la **causa simulandi** que ha de ser **sufficiens et idonea** y, además contemporánea al acto.

"Establecida la causa de la simulación, los impugnantes deducirán de ellos los elementos y conjeturas que puedan servir para demostrar la inexistencia o simulación del contrato, yendo de lo conocido a lo desconocido por medio de la inducción. Inducciones que habrá de admitir el juez cuando sean graves, precisas o concordantes, decidiendo según el número (aunque una sola pueda ser decisiva) e importancia de las mismas, a su prudente arbitrio. Resultaría imposible determinar **a priori** las presunciones de simulación porque su examen sólo puede realizarse con relación a un acto o contrato determinados y a un móvil también concretos; pues, por los demás, las condiciones de hecho y los múltiples intereses de las partes llevan consigo una variación incesante de elementos presuntivosm Así, pues, la investigación debe quedar reservada más al criterio práctico y experimental del juez que al análisis del jurisconsulto" (Ferrara).

Se puede, emper, señalar algunos casos de indicios principales de simulación. Así, los siguientes: **coniunctio sanguinis et affectio contrahentium**; imposibilidad económica para cumplir las obligaciones asumidas; naturaleza y cuantía de los bienes materia del negocio; inexistencia de motivos razonables para su realización; forma y manera como se llevó a cabo, que despiertan la sospecha de su ausencia de seriedad; conducta en general de las partes.

FRAUDE DEL ACTO JURIDICO



FRAUDE DEL ACTO JURIDICO

(Arts. 195 al 200, C.C. 1984)
(Arts. 1098 al 1102 C.C. 1936)

ACCION PAULIANA O REVOCATORIA

Art. 195 (C.C. 1984).- El acreedor, aunque el crédito esté sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos gratuitos del deudor por los que renuncie a derechos o con los que disminuya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro del crédito. Se presume la existencia de perjuicio cuando del acto del deudor resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida, o se dificulta la posibilidad de cobro.

Tratándose de acto a título oneroso deben concurrir, además, los siguientes requisitos:

1. ***Si el crédito es anterior al acto de disminución patrimonial, que el tercero haya tenido conocimiento del perjuicio a los derechos del acreedor o que, según las circunstancias, haya estado en razonable situación de conocer o de no ignorarlos y el perjuicio eventual de los mismos.***
2. ***Si el acto cuya ineficacia se solicita fuera anterior al surgimiento del crédito, que el deudor y el tercero lo hubiesen celebrado con el propósito de perjudicar la satisfacción del crédito del futuro acreedor. Se presume dicha intención en el deudor cuando ha dispuesto de bienes de cuya existencia había informado por escrito al futuro acreedor. Se presume la intención del tercero cuando conocía o estaba en aptitud de conocer el futuro crédito y que el deudor carece de otros bienes registrados.***

Incumbe al acreedor la prueba sobre la existencia del crédito y, en su caso, la concurrencia de los requisitos indicados en los incisos 1 y 2 de este artículo. Corresponde al deudor y al tercero la carga de la prueba sobre la inexistencia del perjuicio, o sobre la existencia de bienes libres suficientes para garantizar la satisfacción del crédito. (*)

Art.1098 (C.C. 1936).- Los actos de disposición a título gratuito practicados por el deudor insolvente o reducido a la insolvencia por causa de dichos actos, pueden ser revocados a instancia de los acreedores.

Art.1099 (C.C. 1936).- Serán igualmente anulables los actos onerosos practicados por el deudor insolvente, cuando su insolvencia fuera notoria o hubiese fundado motivo para ser conocida del otro contratante.

Referencias.- Institutas, libro IV, título 6, Nº 6; Digesto, libro XLII, tít.VII, Nos.1 y 10; libro XXII, tít.I, Nº 34, párrafo 4; libro XXXIV, tít.1, Nº 67 párrafos 1 y 2; libro XLIV, tít.3, Nº 96; Art.1167 del Código francés; 1030 y siguientes del portugués; 2468 del chileno; 961 y siguientes del argentino; 2360 y siguientes del de Guatemala; 106 y siguientes del brasileño; 750 del boliviano; 1279 del venezolano, 1291, inc.3, y 1297 y 1298 del español; 1296 del uruguayo; 2163 a 2165 del mejicano; polaco, 288, 289; italiano, 2901 (1235).

El fraude: concepto. La acción pauliana

La ley vigila la situación patrimonial del deudor, al efecto de que se posibilite la acción del acreedor para obtener satisfacción de su derecho. El patrimonio del deudor, por ello, está considerado que sirve de garantía a las respectivas deudas asumidas por su dueño. Tal garantía podría devenir ilusoria, si aquél pudiere impunemente incurrir en omisiones o hechos positivos que no permitieran en la primera hipótesis (omisiones) el comprender dentro de ese patrimonio lo que legítimamente le pertenece, o que cohonestaran en la segunda hipótesis (hechos positivos) el hacer evasión de lo que corresponda a dicho patrimonio; con daño en ambos supuestos del acreedor. De ahí que para remediar tales contingencias, la ley ha instituído dos figuras, que desde el derecho romano se conocieron como la acción oblicua y la acción pauliana. Por la

(*) *Texto según 1ª disposición modificatoria del D. Leg. Nº 768 (Código Procesal Civil de 1992), recogido después en el Texto Unico Ordenado de dicho Código, aprobado por R.M. Nº 010-93-JUS de 8-01-93 y publicado el 22-04-93.*

acción subrogatoria un acreedor puede ejercitar una reclamación a nombre de su deudor, para que el patrimonio de éste se acrezca; con lo cual el acreedor halla medio de hacerse pago de su crédito, haciendo que tal patrimonio responda por él mismo. Así, Primus es acreedor de Secundus, quien carece de medios para pagarle; Secundus es nombrado heredero de Tercius; Secundus no reclama la herencia; entonces Primus en nombre de Secundus entabla acción para reclamar dicha herencia (a fin de, posteriormente, embargar y rematar ese patrimonio hereditario, haciéndose pago de la deuda de Secundus). Esta acción de Primus es una subrogatoria (el acreedor acciona subrogándose a su deudor titular primario de la acción).

Por la acción revocatoria o pauliana el acreedor obra en nombre propio (no en nombre de su deudor, como en la oblicua) y demanda que quede sin efecto el acto realizado por su deudor, que comporta una disminución en el patrimonio de éste, que así queda reducido a la insolvencia, o sea, que carece de medios para pagar su deuda. Así, Primus es acreedor de Secundus, éste dona el único bien de que es propietario a Tercius y de este modo no tiene cómo pagar a Primus; éste entonces solicita que se revoque el acto celebrado con Tercius, el llamado tercero, para poder hacerse pago con el bien que así reingresa a poder de Secundus. En la acción revocatoria el demandante es el acreedor y los demandados son su deudor y el tercero que con este último celebró el acto que se impugna por el acreedor.

La acción pauliana tiene su fundamento inmediato en la garantía del patrimonio del deudor en favor del acreedor. El acto que disminuye tal patrimonio puede, pues, revocarse a instancia del último, naturalmente mediante ciertas condiciones. Éstas son las siguientes: perjuicio del acreedor y fraude por parte del deudor. También, como razones fundamentales de la acción pauliana, puede estimarse el que toda convención debe efectuarse de buena fe, y que aquella que se impugna con la pauliana, puede ser mirada como una fundada en el enriquecimiento injusto, cuando respecta a actos gratuitos, o en el fraude, cuando se trate de actos onerosos.

Nuestro Código Civil repara en la acción subrogatoria en cuanto en el art.1233, inc. 4 (art. 1219, inc. 4, C.C. 1984), al indicar los efectos de las obligaciones, dispone que el acreedor está autorizado para ejercer los derechos de su deudor, salvo los que sean inherentes a su persona.

En lo que hace a la acción revocatoria, ella es tratada en los arts. 1098 a 1102 (arts. 195 al 200,C.C. 1984), que tienen por epígrafe "del fraude de los actos jurídicos". Este epígrafe resulta hoy un tanto ilusivo. Ciertamente, esta es la denominación y el carácter clásicos de la acción ahora contemplada. Pero el fraude propiamente tal ha dejado de ser un

dato fundamental para explicar el funcionamiento de la acción. Lo era, sí, en Roma donde el acto rendible a la acción pauliana tenía un carácter ilícito. Se castigaba el hecho peyorativo de pretender defraudar al acreedor. Mas, actualmente la acción revocatoria se apoya, a lo menos en relación a ciertos actos, simplemente en un dato objetivo: el perjuicio indebido del acreedor, sin que sea menester que haya fraude. Así ocurre en cuanto a los actos gratuitos; tal como aparece de la posición adoptada por el legislador peruano en el art.1098 (art. 195, C.C. 1984). Ciertamente el perjuicio acaecido al acreedor debe ser indebido. Y en el acto gratuito esto ocurre, pues el deudor, que es el cedente, no debe, si ha de proceder lealmente con su acreedor, transferir a título lucrativo su patrimonio o una parte de él, empeciendo con ello al acreedor que puede hacerse pago. Es dable, sin embargo, aquí pensar en esa presunción de fraude. Pero esto es una ficción. Haya o no haya existido la conciencia de perjudicar al acreedor, el acto es impugnable. El deudor puede obrar aún de buena fe; es decir, con conciencia de que no causa perjuicio a su deudor y, no obstante, el acto celebrado con tercero no escapa del control pauliano, por el mero hecho de causarse efectivamente al acreedor tal perjuicio. Así Pedro, dueño de un patrimonio de un valor a) y deudor frente a Pablo por un valor b), equivalente al valor a), es nombrado heredero testamentario de Juan, representando la herencia un valor c) que es mayor del valor a) y por lo tanto también del valor b). En esas condiciones cede por liberalidad su patrimonio a José. No cree causar perjuicio a Pablo, pues con la herencia tiene bienes para que éste se haga pago. Pero resulta que aparece otro testamento de Juan, por el que se revoca aquel en que instituyera como su heredero a Pedro, designando como tal a otra persona. Pablo entonces puede solicitar la revocación de la liberalidad efectuada por Pedro a José.

Otro fundamento sostiene, pues, a la acción revocatoria. Por eso se ha hablado del enriquecimiento sin causa. Pero esta idea sólo puede ser invocada en relación a los actos de gratuidad. La ley en un juicio alternativo compulsa estimativamente dos tomas de posición: una concerniente a la del tercero beneficiado, que de mantenerse el acto actúa **lucro captando**, y la otra referente al acreedor, que al pretender la revocación actúa **damno vitando**; y una razón de intrínseca justicia impele a preferir al segundo frente al primero. En lo que respecta a los actos onerosos, el tercero adquirente es protegido salvo que obrase de mala fe. Aquí sí se hace presente el fraude; pero sólo en lo que atañe al tercero, siendo indiferente que haya existido o no en el deudor. En efecto, si repetimos el ejemplo anteriormente indicado, con la sola diferencia que el acto practicado entre Pedro (deudor de Pablo) y José (el tercero) sea oneroso, pero perjudicial a Pablo (por la insolvencia que acarrea en Pedro, al decaer la vocación hereditaria en favor de Pedro), nos hallamos que no interesa el fraude del transferente. El fraude en el tercero sí es indispensable para

justificar contra él la revocación de su adquisición. O sea, que la ley trata con más rigor frente al acreedor impugnante, al deudor, por estar ligado a una situación preexistente en favor de aquél, que al tercero, ajeno a la misma.

De todo lo anterior se colige que han de ser normados de diferente modo los actos gratuitos y los onerosos en cuanto al remedio pauliano. Así ocurre en todas las legislaciones, pese a algunas diferencias. Así también se comprueba de la comparación entre los arts. 1098 y 1099 de nuestro C. C. (art. 195, C.C. 1984).

El perjuicio del acreedor con el acto atacable es indispensable, pues de otro modo aquél carecería de interés para accionar. Una persona no por el hecho de estar ligada por un **debitum**, pierde el derecho de disposición sobre sus bienes. Pero esta facultad tiene un límite: la solvencia del disponente. En cuanto la disposición va más allá, está agraviando el derecho de su acreedor. Tratándose del acto gratuito basta la insolvencia para que el acto sea inoponible al acreedor. Así, pues, que la primera condición para la procedencia de la acción pauliana, el perjuicio del acreedor, se materializa en la insolvencia del deudor, que resulta del acto a revocar o que se aumenta con él (Planiol). De aquí que si con posterioridad al acto que produce la insolvencia del deudor, aumenta el activo de éste o vuelve a ser solvente, la acción revocatoria es improcedente (Demolombe). Así, el acto que no causa la insolvencia cae dentro de la sanción revocatoria, si se hizo con mira de acto posterior determinante de insolvencia (Laurent).

La insolvencia debe subsistir en el momento mismo de la interposición de la demanda. Así, si habiendo caído el deudor en insolvencia por el acto impugnable después obtiene bienes que le sacan de aquélla, la demanda pauliana carecería de razón de ser: la misma está condicionada por el perjuicio del acreedor, en cuanto no puede hacerse pago.

Entre el acto y la insolvencia debe haber un nexo de causalidad, y esta última debe subsistir en el momento de la impugnación, pues como escribe Demogue, si en el momento de la demanda la insolvencia hubiera desaparecido, el actor no podría obrar, por falta de interés. Así, si el deudor recibiera nuevos bienes. La prueba de la insolvencia, y en el caso del acto oneroso, de su notoriedad o de que ha debido conocerla el contratante, corresponde al acreedor impugnante.

Se disputa acerca de si el acto que no comporta empobrecimiento, sino renuncia a enriquecerse, pueda ser o no impugnable. En favor de la negativa se arguye que el acreedor al pactar con el deudor, adquirió la garantía del patrimonio entonces perteneciente al último y sólo tiene derecho para que tal garantía no se amengüe; que no pactó en mira de

bien o derecho futuro, que vinieran a aumentar tal garantía. El argumento es completamente dialéctico. La realidad de los negocios revela que un individuo acepta tener por deudor a otro, porque cuenta o puede contar con todo lo que perteneciendo o llegando a pertenecer al deudor garantice la deuda. Una enorme injusticia resultaría de estarse de modo absoluto a la tesis que ahora se combate. Existente un crédito, cuyo pago es ilusorio, promoviéndose la posibilidad de garantizarlo, por el aumento del patrimonio del deudor, si éste no quiere ello, la ley no permite al acreedor que obtenga tal garantía, únicamente por respeto a la fórmula tradicional romana y por un razonamiento de pura fuerza verbal. Debe, pues, admitirse, que la renunciación o enriquecimiento es susceptible de revocación, si con aquélla se produce perjuicio al acreedor, o sea, si se mantiene el estado de insolvencia del deudor. Respecto a esta cuestión es digno de mencionar el art.964 del Código argentino.

No obstante, se impone una advertencia. No toda renunciación puede dar entrada a la acción pauliana. Si así fuera, se violentaría la voluntad del deudor, contra el principio de **beneficia non obtruduntur**. Así, en el caso de una donación que se rehusa. Hay aquí una facultad personalísima. Pero en otros supuestos la renuncia a ciertos derechos puede ser objeto de la intervención crediticia. Tal ocurre en la renuncia a herencia o legado, a la prescripción adquirida, y en general a cualquier derecho ya adquirido. En el caso de la sucesión, que desde la muerte del causante hace propietario al sucesor (art.657) (art. 660, C.C. 1984), si se renuncia a la sucesión, se renuncia a su derecho adquirido.

En cuanto a la identificación de la insolvencia misma, ella no requiere una declaración judicial; basta que se revele por hechos exteriores la situación del deudor, con un pasivo excedente a su activo (Demogue).

Con respecto al fraude, segunda condición en ciertos casos de la acción pauliana, las opiniones divergen en cuanto al hecho que sirva para caracterizarlo, arguyendo algunos que se requiere intención de perjudicar, y otros simplemente conciencia de perjudicar; criterio este último más certero (Giorgi), que impera en la práctica de los tribunales alemanes (Kipp).

La existencia de la **scientia fraudis** debe presentarse siempre, según el criterio clásico, que remonta a los romanos, y que es generalmente admitido. El Código argentino la dispensa tratándose de los actos gratuitos. Según el sistema tradicional, el fraude **ex parte debitoris** ha de existir tratándose del acto gratuito u oneroso; mas, como la revocación incide contra tercero, precisa distinguir en relación a éste, una y otra clase de actos: el gratuito se anula, así el tercero no tenga participación en el fraude; el oneroso, sólo cuando él sea **particeps fraudis**, bastando que tenga conciencia del daño que se produce al

acreedor llegándose a presumir el conocimiento de la insolvencia (art.1099) (art. 195, C.C. 1984). Según el sistema argentino, si tratándose del acto oneroso precisa para su revocación fraude del deudor, con complicidad de tercero, tratándose del gratuito no es requisito en absoluto. Salvat justifica las ventajas del sistema argentino, que también impera en el derecho alemán. (Kipp). En rigor él también reina en otras legislaciones que presumen intención fraudulenta del deudor en toda disposición a título gratuito (por ejemplo, C. C. español, art.1297, apartado 1); sólo que la presunción es **iuris tantum.**

Nuestro art.1098 (art. 195, C.C. 1984) no se refiere al fraude, que tampoco se menciona en el 1099 (art. 195, C.C. 1984). No obstante, el epígrafe lo designa. Es que tratándose del acto gratuito, el fraude yace invívito en el ánimo del deudor, pues sabe que causa daño indebido a su acreedor. La insolvencia en que viene a caer, no tiene por qué ser conocida por el tercero, el beneficiado con el acto gratuito. Es indiferente, pues, el fraude en dicho tercero. En lo que hace al acto oneroso, amén del fraude en el deudor, que conoce necesariamente de la insolvencia que le sobreviene, existe el fraude en el tercero, por el hecho de que haya conocido aquélla, o simplemente por la presunción acerca del tal conoscencia, porque la insolvencia fuese notoria. El deudor así no haya conocido de la insolvencia, la debió conocer. Como escribe Espínola: "Si la insolvencia del vendedor fuere notoria, si hubiese suficiente motivo para que se presuma conocida del tercero adquirente, la alienación es fraudulenta y susceptible de anulación. Todas las disposiciones del Código en esta materia giran en torno del conocimiento real o presunto de insolvencia". No obstante, el mismo autor critica al número 107 del Código brasileño, modelo de nuestro 1099 (art. 195, C.C. 1984), en cuanto puede darse el caso de que el tercero proceda de buena fe, por ignorar el hecho de la insolvencia; a pesar de lo cual su adquisición es revocable, porque hay una presunción en su contra **juris et de jure.**

Nosotros creemos que en relación al acto oneroso visto en cuanto al deudor, el fraude es irrelevante. Claro está que de atenernos a la letra del art.1099 (art. 195, C.C. 1984) habría fraude en el deudor, que ya es insolvente, y como tal al practicar el acto con el tercero agravando su insolvencia, está cometiendo un acto desleal contra su acreedor. Pero esto es precisamente el caso que menos importa, sino aquel en que por un acto que celebre con tercero venga a caer en insolvencia. Y entonces puede haber procedido de buena fe, no obstante lo cual su acto es atacable.

En cuanto al fraude del tercero, que menciona el artículo 1099 (art. 195, C.C. 1984), la ley presume el fraude de dicho tercero, por el hecho de que el deudor ya se halle en la insolvencia. Es evidente entonces que el deudor no debía realizar el acto, que viene a agravar la situación del

acreedor, y el tercero debía conocer esta circunstancia, por ser notoria o haber motivo para que el tercero la conociera. Así, en relación al tercero el **consilium fraudi** es meramente presumido, no siendo esencial la existencia de mala fe para tornar anulable el acto. No es menester, pues, **animus nocendi**. Como Jorge Americano escribe: "Si la ley exigiese la intención de perjudicar como elemento esencial del fraude, jamás podríamos verificarla, porque la intención pertenece al fuero íntimo y en este terreno fallan todas las posibilidades de verificación. Por esto dentro de nuestro sistema anterior, en el que la mala fe era esencial para comprobar el fraude, la acción **pauliana** se fué tornando día a día menos empleada, por la imposibilidad práctica en que se hallaba el autor de satisfacer la carga de la prueba. Entiéndese por eso que el fraude esté en la previsibilidad del perjuicio, por el conocimiento que tiene el adquirente de la insolvencia anterior agravada por la alienación. Basta que el daño sea normalmente previsible, no es necesario que tenga que ser previsto o querido. Tal es el espíritu del art. 107 del C.C. El individuo que adquiere un bien de otro que sabe insolvente o en vías de serlo, debe prever que su acto tiene como efecto una lesión a los acreedores. A nadie es lícito ignorar lo que la ley prohibe adquirir en tales condiciones".

Basta, pues, la previsibilidad del perjuicio que ha de sobrevenir al acreedor. Si la insolvencia es notoria, el deudor no debería desconocerla y sería inexcusable su desconocimiento. Y si hubiese motivo fundado para que sea conocida por el tercero (por ejemplo, a virtud de relaciones existentes entre él y el transferente), asiste una razón singularmente enérgica para considerar que conoció de la insolvencia. Por una inferencia de lógica irrecusable, el mismo principio que informa el art. 1099 (art. 195, C.C. 1984) tiene que aplicarse cuando el acto realizado con el tercero da lugar a la insolvencia. A diferencia del supuesto textual legal, que se concreta a un acto realizado por un deudor que ya se encuentra en insolvencia, en el supuesto que ahora se considera el deudor es solvente en el momento en que celebra el negocio con el otro contratante, y sólo por ese acto viene a caer en la insolvencia. Entonces no podría negarse la procedencia del recurso pauliano.

Precisamente en esta situación, que puede ser la más común, es cuando más se necesita la intervención de dicho recurso. (Así, si se vende un bien a vil precio, si se constituye una garantía real, si se paga una deuda no exigible).

En cuanto a los actos gratuitos que puedan quedar incluídos dentro de la acción revocatoria, tenemos los siguientes: donación (inclusive la remuneratoria y la gravada con cargos en cuanto excede de éstos), remisión de deuda, promesa de pública recompensa, constitución de dote matrimonial. En cuanto a los actos onerosos, ellos deben comportar una desproporción entre lo que paga el deudor y lo que recibe en cambio del

otro contratante, con desmedro para el peculio del primero o una agravación en general de dicho peculio. Así, la venta por precio vil, la constitución de garantía real sobre un **debitum** que no tenía la misma, la asunción de deuda, el pago de deuda no vencida, la transacción. El pago por obligación vencida está indemne a la impugnación. Como dice Demolombe, aquí no cabría admitir la acción pauliana contra aquel que no hace sino ejercitar un derecho legítimo; citando a Paulo; **nihil dolo facit credetor, que surim recipit.** Lo contrario debe concurrir en cuanto al pago anticipado. "Un pago anticipado, como una dación en pago, pueden proceder de un pensamiento de fraude, del deseo de perjudicar a los otros acreedores; la acción pauliana no debe ser excluída". (Beudant y Lerebours Pigeonnière).

Creemos, aunque no hay unanimidad de pareceres, que igualmente resisten a la revocación los subrogados del pago, en relación a obligación vencida, como la compensación y la **datio in solutio.**

Las anteriores parificaciones no son exhaustivas. De todos modos, el acto que se ataque por la acción pauliana ha de ser un acto patrimonial. Otros actos que conciernen a relaciones de los derechos de las personas, son extraños a ellos; por ejemplo, reconocimiento de hijo, adopción.

El efecto de la acción pauliana es revocar el acto fraudulento. En ciertos casos el acreedor no puede obtener sino una reparación, por la imposibilidad de que se vuelva al estado anterior de cosas. Así, si el bien sobre el que incide la acción ha perecido por falta del adquirente; éste deberá daños e intereses, si el deudor ha dado un bien por donación y el donatario lo ha vendido a un tercero de buena fe, el donatario es pasible por el precio o por daños e intereses (Demogue). En principio, el pasible de la acción está sujeto a restitución de frutos; pero al respecto ha de considerarse la aplicación de las reglas generales sobre la posesión de buena o mala fe. De las degradaciones cometidas debe responder el poseedor, así sea de buena fe. No creemos que se limite la responsabilidad entonces, a sólo el provecho obtenido por el poseedor. La misma responsabilidad alcanza en caso de pérdida por culpa. De toda pérdida, así sea por caso fortuito, debe responder el poseedor de mala fe. Los autores franceses fundamentan esta decisión por aplicación analógica del art.1379. Los derechos reales constituídos en favor de tercero no desaparecen con la revocación del acto. Hay allí la consecuencia lógica de que el titular del derecho real es un subadquirente parcial y debe ser tratado como tal.

Por efecto de la revocación, el tercero puede reclamar del deudor lo que éste hubiese pagado. Es el efecto natural de cualquiera rescisión. Y es la aplicación, si se trata de acto oneroso, de las reglas sobre evicción,

en virtud de la cual si la adquisición queda sin efecto responde el enajenante por saneamiento.

La ineficacia del acto celebrado entre el deudor y el tercero sólo existe en cuanto daña el derecho del acreedor. En el resto se mantiene. "Así -escribe Baudry-Lacantinerie- un deudor hace donación de un inmueble a su sobrino en fraude de los derechos de sus acreedores; éstos hacen anular la donación por la acción pauliana. Al bien que así reviene a servirles de garantía lo hacen vender y se paga con su precio; pero éste siendo superior al monto de sus créditos, resta un excedente disponible. ¿A quién corresponderá este excedente? Al donatario y no al deudor, pues en sus respectivas relaciones el contrato se mantiene y el donatario puede decir consecuentemente: es mí bien el que se ha vendido y tengo el derecho a la porción del precio que vuestros acreedores no han absorbido".

Puede el demandado dejar sin efecto la nulidad, exigida por la acción pauliana, si el adquirente del bien transferido por el deudor no hubiese pagado aún el precio y el mismo fuese el corriente, consignando éste con citación de los interesados en la acción de nulidad.

Una disposición en tal sentido la contienen los Códigos argentino (art.966), brasileño (art.108) y portugués (art.1041). Explicando la razón de ser de la regla, expresan Baudry-Lacantinerie y Barde: "la acción pauliana es una acción de nulidad, pero ella no supone necesariamente un perjuicio. El **eventus damni** es una de las condiciones esenciales de la acción y por consecuencia si él desaparece, ella no pertenece más a los acreedores. En estos casos, en verdad, estos últimos no tienen ningún interés en continuar el juicio. Precisa tener un interés no solamente para incoar una acción, sino también para continuarla. ¿Porqué el demandado por la acción pauliana no podrá paralizar ésta, desinteresando a los demandantes?"

La condición de que el precio sea el corriente, se explica sin esfuerzo alguno. En tal circunstancia, no se produce daño alguno para los acreedores, que de rematar el bien del deudor, para hacerse pago de sus créditos, no obtendrían mayor precio que el que debe pagar el adquirente del bien. Si, en cambio, el precio es inferior al corriente, el daño les sobreviene, y por esto o porque con ello haya motivo para suponer que el adquirente pueda haber obrado con malicia, queda sujeto a la restitución del bien, por efecto de la revocación, o al pago complementario de la diferencia entre el precio que pagó y el corriente del bien.

ACCION PAULIANA O REVOCATORIA FRENTE A TERCEROS

Art. 197 (C.C. 1984).- La declaración de ineficacia del acto no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros subadquirentes de buena fe.

Art.1100 (C.C. 1936).- Si la persona a favor de la cual el deudor hubiere otorgado un acto perjudicial a sus acreedores, ha transferido a otro los derechos que de aquél adquiriera, la acción de los acreedores será admisible contra el tercero, cuando la transmisión a favor de éste se hubiese operado por un título gratuito.

Si la trasmisión tuvo lugar a título oneroso, la revocación sólo será posible, si el subadquirente obró con mala fe.

Referencias.- Digesto, lib.42, tít.8, fr.6, Ulpianus; lib.LXVI, Nº 2; Paulus, lib.LXII, fr.9; Códigos español, art.1298; argentino, art.970; suizo, 290; brasileño, art.109; portugués, art.1037; mejicano, 2167 a 2169; polaco, 290; italiano, 2901 (1235); venezolano, 1280, 2a y 3a parte.

Oponibilidad e inoponibilidad del fraude

La primera condición para que la acción revocatoria alcance al subadquirente, consiste en que ella sería intentable contra el primer adquirente; es decir, que contenga los dos elementos para que sea procedente: perjuicio y fraude. El art.1100 (art. 197, C.C. 1984)sólo menciona el primero, al hablar de un acto "perjudicial", concordando con los términos generales de los arts.1098 y 1099 (art. 195, C.C. 1984), que sólo indican expresamente este requisito. En cuanto al fraude, se aplican los principios generales indicados con referencia a dichos arts.1098 y 1099 (art. 195, C.C. 1984): concernientemente a acto gratuito, él no es necesario; concernientemente a acto oneroso precisa su existencia en el tercero, primer adquirente.

El art. 1100 (art. 197, C.C. 1984) se ocupa de la posición que corresponde al subadquirente, y se entiende que se trata de un sucesor particular.

Si la acción revocatoria fuera procedente contra el primer adquirente, es incoable contra el cesionario de éste, dentro de las condiciones que señala el art.1100 (art. 197, C.C. 1984), o sea que relativamente a actos a título lucrativo basta el perjuicio del acreedor, y concernientemente a

actos a título no de beneficencia, ha de haber participación del cesionario en la ilicitud de la operación, o como dice el dispositivo, "mala fe".

Así, tratándose del subadquirente rige el mismo criterio que con respecto al primer adquirente: en caso de un acto gratuito, la trasmisión al subadquirente es revocable, porque éste obra de **lucro captando** y el acreedor de **damno vitando.**

En el caso del acto oneroso, el art.1102 exige la mala fe del subadquirente, castigándolo por aplicación de la regla **propriam turpitudinem allegans, non est audiendus.**

Como el art.1100 (art. 197, C.C. 1984) habla de mala fe del subadquirente por contrato oneroso, no se trata simplemente de una presunción de fraude, como en el caso del primer adquirente (por el hecho de que la insolvencia sea notoria o haya motivo para que la conociese), sino de que haya existido efectivamente, o sea que conocía el perjuicio del acreedor, sobrevenido con la transferencia realizada respecto al primer adquirente. Por lo tanto, si el subcesionario sabía que con el acto realizado por su cedente éste caía en insolvencia, en agravio del acreedor del mismo (fuera tal acto oneroso o gratuito), dicho subadquirente habría procedido de mala fe.

Para que al segundo adquirente le afecte la revocación es preciso, como se ha visto, que su adquisición haya sido gratuita, o que haya procedido con fraude (mala fe), si la adquisición fué onerosa. Conectando ello con lo que respecta al primer adquirente, se tiene las siguientes situaciones para que frente a cualquiera de ellas prospere la acción del acreedor: a) adquirente a título gratuito y subadquirente a título gratuito; b) adquirente a título gratuito y subadquirente a título oneroso pero con mala fe; c) adquirente a título oneroso pero con fraude presunto en su contra y subadquirente a título gratuito; d) adquirente a título oneroso pero con fraude presunto en su contra y subadquirente a título oneroso pero con mala fe.

Como puede haber posteriormente un nuevo subadquirente y así sucesivamente, se aplicará a cada uno las circunstancias del art.1100 (art. 197, C.C. 1984), para determinar si su adquisición se mantiene o se frustra, ocurriendo esto último sólo cuando la adquisición fué a título lucrativo, o si onerosa, con mala fe. En la serie de transferencias patrimoniales sólo se detendrá el alcance de la revocación cuando un adquirente exhiba copulativamente como caracteres de su título, el ser éste oneroso y de buena fe. Los posteriores subadquirentes quedan indemnes, y no importa examinar la calidad de su título adquisitivo. Ocurre aquí algo idéntico que en lo concerniente a la nulidad por simulación y la situación de los subadquirentes.

En el caso del subadquirente contra el cual venga a reflejarse la impugnación pauliana, él ha de ser citado con la demanda, junto con el contratante que celebró el acto con el deudor y con este último.

Sin embargo que en general se explica y justifica la procedencia de la revocación contra el subadquirente, concernientemente a actos gratuitos, o a actos onerosos con participación de aquél en el fraude, no se puede justificar fácilmente la exclusión de tal revocación referentemente a actos onerosos sin dicha participación, aunque la opinión general es en tal sentido, de la exclusión, Laurent ha escrito que: "el primer comprador no tiene sino un derecho sujeto a anulación, de modo que no puede trasmitir al segundo comprador sino un derecho igualmente sujeto a anulación. Cuando la primera venta atacada por los acreedores es anulada, la segunda venta cae por vía de consecuencia; el primer comprador es considerado con respecto a los acreedores como no habiendo sido jamás propietario, de modo que con respecto a ellos no puede trasmitir la propiedad a un segundo comprador. Esta interpretación está en armonía con el espíritu de la acción pauliana. ¿Cuál es su objeto? Es garantizar a los acreedores contra el fraude de su deudor, haciendo reingresar en su patrimonio el bien que de él ha salido fraudulentamente. Luego, no hay sino un medio para alcanzar ese propósito, cual es el de aplicar el principio del art.2125, anulando los actos de disposición hechos por aquel cuya propiedad es revocada en virtud de la acción pauliana. Si se admite que los terceros están al abrigo de la revocación cuando son de buena fe, la acción pauliana será las más de las veces, ilusoria. Quien compra un inmueble en fraude de sus acreedores se apresura a revenderlo; comúnmente el tercer adquirente obrará de buena fe: en consecuencia, la acción de los acreedores cae, y si él obró de mala fe, será lo más frecuente imposible el probárselo". Ofrece cierta agudeza esta argumentación de Laurent, estrictamente apreciada la cuestión: la acción pauliana debe valer contra el subadquirente a título oneroso, así éste se encuentre exento de mala fe. Pero en verdad ello se choca contra el régimen mismo de las transferencias dispositivas, en resguardo de los adquirentes. Toda nulidad enfrenta esta cuestión. ¿Cuál es su transcendencia ante el postcesionario? Surge el principio de la inoponibilidad. El tercero en cuanto procede de buena fe merece amparo, en situación de equiparación de títulos adquisitivos, contra el anulante. En aras de la seguridad en los negocios jurídicos y la protección que por tal concepto se debe a terceros, es aplicable la solución contraria a la apadrinada por Laurent, estando aquélla consagrada por las legislaciones y casi toda la doctrina.

EFECTOS DE LA ACCION PAULIANA O REVOCATORIA

Art.1101 (C.C. 1936).- Anulados los actos del deudor, las ventajas aprovecharán a todos los acreedores.

Art.1102 (C.C. 1936).- Sólo los acreedores cuyos créditos sean de fecha anterior al acto impugnado, podrán ejercitar la acción revocatoria.(*)

Efectos de la acción pauliana

Discuten los autores sobre la irradiación de los efectos de la revocación.

Tres soluciones pugnan por el predominio: una sostiene que la revocación ha de beneficiar a todos los acreedores; otra, que tal beneficio incumbe a todos los acreedores anteriores al acto impugnado, así no se apersonaran, y no a los posteriores; una última sustenta que la revocación sólo tiene efecto con referencia al acreedor que la solicita. Esta última está consagrada en el Código polaco (art.291), argentino (art.965), habiendo sido respetada en la reforma del mismo. Idéntica solución es acogida en el proyecto franco-italiano (art.1107). se basa en el principio de la cosa juzgada, para la cual la decisión judicial sólo podrá tener efecto entre las partes, y en el caso tratado, únicamente, pues, entre el acreedor demandante, el deudor y el otro contratante; pero más firmemente se apoya en la consideración que exclusivamente el que demanda, demuestra con ello que le afecta el acto fraudatorio y quiere así liberarse del perjuicio consiguiente.

Esa misma tercera solución la justifica Giorgi en los siguientes términos: "En verdad, demostrado que el efecto de la acción pauliana no es el de revocar el acto en sentido absoluto, excluído de la misma el carácter de acción de nulidad, falta, en efecto, la base a los sistemas que pretenden extender las ventajas de la revocación a los acreedores que no intervinieron en el juicio de revocación. Ésta se pronunció en favor del actor solamente, y para el único objeto de que éste consiguiese el pago. La cosa juzgada **aliis non prodest**. ¿Por tanto qué queda? El derecho sólo, en los demás acreedores defraudados de ejercitar por su cuenta la revocatoria, si quedó alguna diferencia en poder del tercero adquirente. No nos opongan los partidarios de las escuelas contrarias que, de este modo, se concede un privilegio al acreedor que promueve la pauliana.

(*) *Estas dos normas no han sido receptadas por el Código Civil de 1984. (Nota del editor).*

Ninguna objeción es más vana que ésta, que, en verdad, contiene una falsísima idea del privilegio. Privilegio es tanto como preferencia y supone concurso de más acreedores. Pero en la hipótesis sobre que razonamos falta precisamente el concurso, porque ningún otro se presenta. Comparezcan los demás acreedores defraudados en tiempo debido y tendrán derecho a una parte, de igual modo, en el juicio de graduación; la distribución del precio no tiene lugar nunca para los acreedores no presentes. Ni siquiera se oponga que el acreedor actor en la revocación representa a los acreedores del **defraudator**. No. El mandato debe ser convencional o legal, y aquí falta tanto uno como otro. Falta el convencional, porque precisamente hablamos en la suposición de que dicho mandato no exista. Falta el legal, porque las legislaciones modernas no conocen la institución del concurso universal, donde los acreedores están reunidos en una representación común que obra en interés de todos. Salvo el juicio de quiebra, en todo otro caso cada acreedor obra por su exclusiva cuenta y los intereses de uno permanecen totalmente separados de los del otro".

Si no es aconsejable extender los resultados de la pauliana a titulares de créditos anteriores al acto atacado, que no se apersonaron, menos es aconsejable extenderlos en favor de acreedores posteriores. Para que se tenga la capacidad de obrar por la acción revocatoria, es preciso que el crédito sea anterior al acto que se revoca. El acreedor posterior no tenía por qué considerar que el patrimonio del deudor antes de obtener el crédito, garantizara a este último. El acreedor posterior no ha sido, pues, defraudado, y en consecuencia faltaría la condición propia que justificara la acción revocatoria.

El Código, en su art.1101 se ha decidido por el sistema de que la acción revocatoria beneficie a todos los acreedores. La Exposición de Motivos dice sobre el particular lo siguiente: "Contempla el Proyecto el punto relativo a determinar los efectos de la acción. Sobre el particular las opiniones se clasifican en tres grupos. Algunos juristas extienden el beneficio de la revocación a los acreedores que no intervinieron en el juicio; otros rechazan concederlo a los acreedores que no participaron en la causa; y, finalmente, otros postulan la tesis intermedia en el sentido de que el beneficio favorezca a los acreedores anteriores al juicio, pero no a los posteriores. El Proyecto adopta la primera solución, por estimarla de acuerdo con la finalidad de la acción y con el principio jurídico de donde ella se deriva: los bienes del deudor son la garantía virtual de todos sus acreedores".

Para nuestro parecer, conformemente a las indicaciones antes consignadas, la solución no es recomendable. Evidentemente, en cuanto al primer argumento dado por el autor del Código, no aparece clara su significación. La razón para hacer que la revocación tenga efecto respecto

a todos los acreedores, está en reputar la acción pauliana como una de nulidad. De acuerdo con tal carácter de la acción pauliana, sus efectos se hacen trascender a todos los acreedores. Pero las dos acciones, la revocatoria y la de nulidad, por muchas semejanzas que tengan, no son confundibles.

En cuanto al segundo argumento, él es de mayor valor y ha servido a Laurent para defender la extensión de la revocación a todos los acreedores, cuyos créditos sean anteriores al acto impugnado. Pero en contra de esta solución se hace notar, fuera del argumento relativo a la autoridad de la cosa juzgada, que la acción pauliana no se ejerce como la oblicua, **ex iuribus** del deudor, sino del propio acreedor demandante, de suerte que su resultado no puede aprovechar sino a quien ha accionado (Planiol).

Se ha debatido acerca de qué calidad ha de tener el crédito, para que el acto pueda ser revocado; esto es, si tanto el crédito privilegiado como el común son idóneos para ello, o si sólo lo es el último. El primer parecer es el predominante. Empero el Código brasileño sólo concede la acción pauliana a los acreedores quirografarios. Igual hace el Código argentino; pero su decisión en este punto se halla desacreditada por la reforma del mismo, que la juzga "insostenible en el estado actual de la doctrina y la legislación". El Código peruano no hace distinción alguna sobre el particular.

Lo evidente es que no por tener una garantía real, el acreedor haya hecho renuncia de la garantía patrimonial general del deudor.

El requisito del crédito

El artículo 1102 del Código, sólo exige, para que la acción prospere, que emane de acreedor por crédito anterior al acto fraudatorio. Tal anterioridad ha de demostrarse por el demandante de la acción. Pero hay que advertir que "el acto de enajenación aunque sea anterior al crédito, podrá ser impugnado, si ha sido realizado precisamente en atención al crédito futuro, y a fin de privar por adelantado al futuro acreedor de las garantías con que hubiera podido contar. En efecto, en este caso no puede decirse que el acreedor no sufre con el fraude; el motivo que hacía excluir a los acreedores posteriores no se encuentra ya y, por lo tanto, no debe subsistir esta exclusión" (Colin y Capitant).

Los acreedores a plazo gozan de los efectos de la acción revocatoria. Esto no se debate. Pero los publicistas se han mostrado disconformes sobre si los acreedores bajo condición suspensiva gozan de dicha acción. La idea del Código es que tales acreedores no puedan entablarla. Y en efecto, la razón que se esgrime para negarla en tal caso, es que si bien es cierto que el acreedor condicional puede llevar a cabo actos de conservación, la acción pauliana no implica uno de éstos, sino uno de

ejecución (Baudry-Lacantinerie y Barde). Ahora bien, el acreedor condicional sólo goza de un derecho eventual, que así no se compadece con un acto de ejecución del mismo. Sin embargo, la cuestión es vivamente controvertida. Bibiloni se ha esmerado en apoyar la tesis de que la acción pauliana debe extenderse a los acreedores condicionales. Escribe al respecto: "La segunda modificación proyectada constituye una interpretación cuyo objeto es el de prevenir controversias sobre un punto en que hay disidencias. Algunos escritores niegan que los acreedores a término o bajo condición, puedan deducir la acción pauliana. Otros admiten que la tengan los primeros, pero la niegan a los últimos. Los hay, y considerables, que sostienen la solución que consideramos exacta. Todo lo que se dice para justificar la primera opinión es que la acción revocatoria no es solamente una medida conservatoria; constituye un acto de ejecución. Se agrega que no siendo exigible la obligación a término o bajo condición, no es posible demostrar la insolvencia del deudor. Se concluye de allí que la acción de fraude es improcedente. Laurent ha demostrado la falacia de esas observaciones en cuanto a los créditos pendientes de plazo. El que alega la insolvencia y el fraude de su deudor y los prueba, ha probado así mismo que éste ha perdido el beneficio del término, precisamente por efecto de ese fraude y esa insolvencia (artículo 572, del Código Civil). Pero Laurent mantiene la exclusión de los acreedores condicionales. Veamos. Desde luego desestimamos la observación de que no pueden los acreedores a término o los condicionales, probar la insolvencia por imposibilidad de exigir el pago de sus créditos. Esta razón que varios escritores consideran decisiva, al grado de que no exponen otra, es equivocada, y además constituye una petición de principio. Todo lo que podría decirse para el caso de los créditos condicionales -ya se ha oído a Laurent justificar la admisión de los pendientes de plazo- es que si no pueden acreditar la insolvencia, se encontrarán en el caso de todos los acreedores aunque sean puros y simples, y la tesis es que los condicionales quedan en una exclusión propia de la calidad eventual de su derecho. Si están dentro de la regla ¿por qué crear para ellos una excepción? Pero se da otra respuesta. Cuando hay falencia, cuando la insolvencia existe -artículos 962 y 969- no hay necesidad de probarlas en cada caso, si son públicas, o notorias, o si han sido demostradas por otros acreedores, o por la cesión de bienes o el concurso del deudor. Si toda la razón consiste, pues en la imposibilidad de la demostración, quedará limitada a ese caso -que es la regla general, lo repetimos-, el argumento. Y la conclusión que de ahí deriva es, que en los demás supuestos no existirá el único obstáculo que se opone al acreedor condicional. El argumento es pobre. Pero, además, constituye una petición de principio manifiesta, ¿por qué la acción revocatoria no es solamente una acción conservatoria? ¿Por qué es una medida de ejecución? Si lo que se quiere decir es que importa solamente una medida de realización del patrimonio, afirmamos que no es exacto. Si lo que se

quiere decir, es que además de constituir acto conservatorio, en ciertos casos va acompañada de un acto de ejecución, decimos que esa concurrencia no es de la esencia de la acción pauliana. Toda la teoría de las obligaciones ha sido hecha por el derecho romano. La de las obligaciones condicionales, como la de las otras. Y también se ha hecho en él la doctrina de la garantía patrimonial, y la de los medios para hacerla efectiva. Entre éstos la acción pauliana. Los modernos no hacen otra cosa que repetir en el conjunto y los detalles las reglas del Digesto, y así lo declaran. Apenas si se amplía su aplicación a la repudiación de la herencia y los legados. Y esto, partiendo del supuesto romano: el deudor no puede perjudicar a sus acreedores disminuyendo sus bienes de mala fe. Pues bien: el Digesto reconoce a los acreedores condicionales la acción pauliana. Leyes 8 y 27, título 9, Lib.40-L.6, título 4, Lib.42-L.7. Nº14, íd; - L.14 Nº2, íd. (véase Maynz, II. Nº 205, texto y nota 24, -Nº 299, y nota 47;- Nº 300, y nota 38. - Van Wetter, **Obligations**, III. Nº 244, número 1 y nota 55). No creemos que la ciencia moderna haya excedido la precisión del análisis que los grandes jurisconsultos romanos hicieron de la obligación condicional, del derecho de los acreedores, y de la acción revocatoria. Ahora bien, los textos citados nos dicen que el acreedor condicional puede resolver el acto de enajenación hecho en fraude de su derecho, y que no es una medida de ejecución: L. 7, Nº 14 citado. No puede realizar los bienes antes del acaecimiento de la condición. Y pudo hacer revocar el acto. Es por consiguiente, la acción pauliana, una medida conservatoria, y no una medida de realización. Se revoca para asegurar el cumplimiento de la obligación el día del acaecimiento. Si se efectúa, se cobrará el acreedor, con el bien rescatado. Y si no, la revocación se desvanece con el crédito, pues ese es el efecto normal de la acción: sólo se produce en relación del acreedor. Y no se recuse la fuerza de esa demostración. ¿Ha cambiado en algo el derecho moderno? ¿En qué? El mismo que en el romano, es el derecho del acreedor condicional. Puede usar todas las medidas conservatorias, que le reconocían. Lo mismo que el romano, el derecho actual, permite revocar los actos fraudulentos del deudor. ¿Para qué? Para recaudar los bienes que constituían la garantía del deudor. La acción revocatoria no tiene otro alcance: aparte el obstáculo de la adquisición del tercero para realizar el bien a fin de cubrir el crédito. Todos lo admiten. Todos fundan en esa consideración el efecto de la resolución limitado al acreedor que la obtuvo. Y si es así ¿por qué la acción pauliana no es conservatoria, como lo era en el derecho romano? Si hay alguna razón para decidirlo, está bien oculta. Nadie la ve. Por lo menos nadie la expone, y si no sale del círculo de las peticiones de principio. Pero, veamos todavía. Salgamos de las afirmaciones y de la historia. La revocación no produce efectos reales. No alcanza sino a los coactores del fraude, y sus sucesores, o de mala fe, o a título gratuito. Fuera de ellos no es **rei persecutoria**. Laurent se estimaba en negar la acción al acreedor condicional, pero era porque sostenía que la resolución

alcanzaba a todos los sucesores del adquirente. Resuelto el derecho del enajenante, queda resuelto, decía, el de todo sus causahabientes. En tal concepto, se comprende su motivo. ¿Por qué, antes de saber si hay crédito firme, ha de permitírsele que discuta los actos de su deudor? Ya podrá después hacerlo: tendrá derecho efectivo".

"Felizmente las ideas de Laurent no han prevalecido. No hay reipersecución. Si se niega al acreedor, a término o condicional, la acción pauliana ¿quién no ve que el cómplice realizará el bien mal adquirido, enajenándolo a terceros de buena fe, y que el acreedor quedará definitivamente burlado? Es Laurent mismo quien nos lo dice (Tomo 16. Nº 465). Por consiguiente, si se niega al acreedor a término, o al condicional, la acción revocatoria, se le ha negado la acción conservatoria, única posible en su caso, para impedir que los bienes de su deudor queden definitivamente salidos de su patrimonio. Y para admitir semejante resultado necesitaríamos algo más que simples afirmaciones. El artículo 1180 del Código francés, y nuestro 546, le autorizan todos los actos conservatorios necesarios y permitidos por la ley para la garantía de sus intereses y sus derechos. ¿Por qué si son todos no pueden usar del único recurso posible para defenderlo contra los actos fraudulentos de su deudor? No hay disposición que lo exceptúe. ¿Hay alguna razón que lo justifique?".

Todo el vehemente alegato de Bibiloni, favorable a la acogida de la acción pauliana para los créditos **sub conditione**; siguiendo la trayectoria de Demolombe, Larombière y Pacchioni, no es, sin embargo, suficientemente suasorio. Es indudable que existe una fundamental diferencia entre el acreedor a término y el acreedor condicional. El primero es titular de un crédito cierto y sólo está diferida su exequibilidad; tan así es, que no cabe **condictio indebiti** si paga el deudor antes del vencimiento (art.1113) (art. 180, C.C. 1984). El segundo sólo tiene una expectativa eventual; el crédito en su verificación está sujeto a un supuesto hipotético. No tiene, pues, un derecho adquirido **pendente conditione**, para ejercitar una acción de tal gravedad como es la de dejar sin efecto un acto jurídico, so color de que es susceptible que el evento condicionante se produzca y por lo tanto la obligación se haga exigible. "Se trata de saber si el perjuicio es asaz cierto para permitirle (al acreedor) accionar. Ahora bien, no lo es si hay crédito condicional" (Demogue).

En cuanto al acreedor bajo plazo suspensivo, la admisión de la acción no puede acarrear las dudas que en el caso del acreedor condicional, pues el plazo no modifica sustancialmente el derecho del acreedor, aplazando sólo su ejecución. Por lo demás, la cuestión carece de interés práctico, pues como observa Laurent, con la insolvencia del **fraudator**, que se produce con el acto impugnable, sobreviene la caducidad del plazo que existiera en favor del deudor.

CUESTIONES COMPLEMENTARIAS

Cuando el acto revocado hubiera tenido por único objeto establecer derechos preferenciales, la revocación declarada importará solamente la ineficacia de la preferencia ajustada. Es la disposición que se consigna en los Códigos portugués (arts.1042 y 1044), argentino (999), brasileño (113). En efecto, como el único acto fraudatorio consiste en la constitución de un derecho preferencial, para favorecer a un acreedor en perjuicio de los otros, la revocación se concreta a dicha constitución, aboliéndose así la indebida desigualdad que por el fraude pretendía efectuarse. (*).

Otras cuestiones complementarias que conciernen a la acción pauliana son la de si es real o personal; cuál es el término para su prescripción; si es renunciable; cuáles son sus diferencias con la de simulación.

En el derecho romano la acción pauliana era personal (Cup), y el mismo carácter tiene para el derecho moderno (Planiol).

La acción pauliana prescribe en el plazo de dos años (artículo 1168, inciso 3). (Art. 2001, inc. 4, C.C. 1984).

Cuestión que merece considerarse es si la acción revocatoria es o no renunciable. La doctrina y jurisprudencia francesas están por la afirmativa (**Codes annotés,** Dalloz.- Griolet y Vergé). Mas, en contra de tal tesis, basada en que la acción concierne a un interés privado, el de los acreedores, parece preferible considerarla como irrenunciable, por el fraude ínsito en el acto contra el cual ella se dirige. Es decir, se trata de una razón de orden social, por la cual no debe admitirse la renuncia anticipada.

La acción revocatoria se diferencia de la simulación, fundamentalmente porque la última incide contra un acto ficticio y la primera contra uno real. Con la revocatoria se trata de hacer reingresar al patrimonio del deudor un bien que ha salido de aquél, por el acto fraudatorio; con la de simulación tiéndese, distintamente, a constatar que el bien no ha salido del patrimonio. De estas diferencias esenciales derivan las siguientes consecuencias:

a) El acreedor que acciona por el remedio pauliano debe probar la insolvencia del deudor, sobrevenida con el acto impugnado; el demandante por simulación no necesita realizar tal prueba;

(*) *Este es el sentido que el Código Civil de 1984 ha dado a la acción fraudatoria. (Nota del editor).*

b) La acción revocatoria sólo es intentable por los acreedores anteriores al acto; la de simulación puede serlo también por los posteriores;

c) Tratándose de actos onerosos, ha de acreditarse el fraude del deudor y la complicidad del tercero; lo que no precisa tratándose de la acción de simulación;

d) La acción pauliana sólo corresponde a los acreedores, no a las partes -**et fraudator** y el que contrató con éste-; la de simulación puede ser invocada por las partes y sus herederos (Salvat).

MODALIDADES DEL ACTO JURIDICO

MODALIDADES DEL ACTO JURIDICO

(Arts. 171 al 189, C.C. 1984)
(Arts. 1103 al 1121, C.C. 1936)

CONDICION LICITA

Art. 1103 (C.C. 1936).- Se puede poner cualesquiera condiciones que no sean contrarias a las leyes ni a la moral. (*)

CONDICION FISICA Y JURIDICAMENTE IMPOSIBLE

Art. 171 (C.C. 1984).- La condición suspensiva ilícita y la física o jurídicamente imposible invalidan el acto.

La condición resolutoria ilícita y la física y jurídicamente imposible se consideran no puestas.

Art. 1104 (C.C. 1936).- La condición físicamente imposible y la de no hacer una cosa imposible no vician el acto.

La condición jurídicamente imposible y la ilícita dejan sin efecto el acto subordinado a ellas.

Referencias.- Digesto, lib.45, tít.1, fr.123; lib.3, tít.4, fr.2; lib.44, tít.7, fr.8, 17; 46, párrafo 2; lib.45, tít.1, fr.17 y 46, párrafo 2; lib.44, tít.7, fr.31; lib.44, tít.7, fr.1 párrafo 11 y fr.31; lib.45, tít.1, fr.137, párrafos 5 y 6; lib.46, tít.1, fr.29; Institutas, lib.3, tít.44, fr.11; lib.3, tít.19, fr.11; lib.2, tít.14, fr.10; Código francés, artículos 1168, 1272, 1274, 1172, 900, 1174; portugués, 672, 683, 1743; argentino, 562, 564, 576; mejicano, 1938, 1934, 1944; español, 1113, 1115, 1116, 792; chileno, 1465, 1473, 1478; uruguayo, 1407, 1408; turco, 155; brasileño, 114, 115, 116; boliviano, 729, 774; holandés, 1292; peruano, 704, 1278, 1279, 598, 719; ruso, 41, 42, 155; suizo, 157; japonés, 132 y 133; polaco, 49; venezolano, 1197 y s.; austríaco, 897, 901; italiano, 1347, 1353 y 1355 (1157, 1160, 1262, 1165, 1162, 840).

(*) *Esta norma no ha sido receptada por el Código Civil de 1984. (Nota del editor).*

Elementos del acto jurídico

Fuera del consentimiento, la capacidad, el objeto, además de la causa y la forma en ciertos casos, que son elementos inherentes a todo negocio jurídico, cabe hablarse de otros elementos que intervienen o pueden intervenir en la textura del acto, y que se estila clasificarlos en elementos esenciales, naturales y accidentales.

"Todo negocio jurídico -escribe Jung- tiene determinadas propiedades que caracterizan su naturaleza (**essentialia negotii**), es decir, que sin ellas el negocio no existe; por ejemplo: acuerdo sobre precio y cosa en la compra, acuerdo y entrega en el contrato real de préstamo, etc. Hay otras propiedades que siempre incumben al negocio jurídico, pero pueden faltar y hallarse las mismas convenidas en otra manera (**naturalia negotii**); por ej.: de que según nuestro derecho, el llamado peligro de la cosa en venta (es decir si en una pérdida fortuita de la cosa, el vendedor puede exigir o no su valor) debe pasar al comprador tan sólo con la tradición. Y finalmente puede incluirse en un negocio jurídico, por convención especial, otro factor o presuposición, de cuya producción puede depender el efecto jurídico (**accidentalia negotii**), que está más allá de los requisitos legales, que pueden llamarse condiciones jurídicas (**condiciones iuris**)". La condición, el plazo y el modo son estos elementos accidentales.

Los elementos esenciales están, pues, por encima de la voluntad convencional, porque se dan **a priori** en el negocio. Los elementos naturales (por ej.; la obligación de evicción y saneamiento en el enajenante oneroso), se presupone operando en el negocio, y sólo se eliminan por indicación expresa. Los elementos accidentales, como extraños en sí mismos al negocio, han de ser inmiscuídos por determinación de la voluntad en tal sentido, porque de otra manera le son indiferentes.

Las modalidades del acto jurídico

Las modalidades de los actos jurídicos importan así una autolimitación al objeto de la voluntad del agente, pues se hace depender la eficacia o ejecución del acto, de una causa extraña a la simple voluntad de aquél (Chironi y Abello).

La condición y el cargo son en todo caso, por razón de su propio carácter, accidentes del negocio jurídico; en tanto el plazo no lo es siempre, toda vez que cabalmente en relación a ciertos actos la existencia de un plazo es de necesidad ineludible.

El elemento accidental negocional viene a agregarse como un predicamento contingente.

La condición

Empezando por el estudio de la condición, ha de observarse cómo por la convención sobre la misma, el **factum** en que consiste el negocio adquiere una naturaleza compleja, dado que a diferencia del acto puro, incondicionado, los resultados de la declaración de voluntad se hacen depender de una doble suposición disyuntiva: que acaezca o no determinado acontecimiento. Al supuesto de hecho mismo fundante del **vinculum juris** se anexa otro supuesto ocasional y, sin embargo, decisivo en cuanto a la vigencia (para su iniciación o su acabamiento) de lo decidido en tal declaración.

La ley consiente en que se puedan estipular condiciones, como ocurre igualmente con las otras modalidades, el plazo y el cargo, por mostrarse accesible con la libertad convencional, y no pone otro atajo que el consistente en que no se inmiscuye una estipulación modal que atente contra el orden público y las buenas costumbres. (Por eso el art.1103 (art. V, T.P., C.C. 1984) fustiga condiciones de tal laya, con la nulidad del acto, y lo propio ocurre -art.1119 (art. 189, C.C. 1984)- con el cargo).

El acto es condicional cuando sus efectos están subordinados a un acontecimiento incierto y futuro. Supone, pues, una circunstancialidad contingente, no en el querer mismo de los declarantes, como suponía erróneamente Fitting, sino en la producción de los efectos legales de la declaración, como muy bien apunta Enneccerus. Por lo tanto, en cuanto al examen relativo a las calidades de aquélla, estará la misma sometida a las reglas propias de los negocios jurídicos en general.

Características de la condición

La declaración de voluntad, en efecto, no ha dejado de surgir con plena eficacia. El compromiso vinculatorio existe, no está subordinado a una ulterior decisión de voluntad. Lo único que se halla en incerteza es si se hará efectiva o no (condición suspensiva) o si cesará o no de ser efectiva (condición resolutoria) la verificación de lo que es objeto de la declaración.

Los dos caracteres antes indicados del suceso puesto como condición, que sea incierto y que sea futuro, deben concurrir. En ello coinciden todas las opiniones de los autores. Un hecho futuro, por sí solo no basta para caracterizar la condición, pues entonces ésta se confundiría con el plazo suspensivo. Y la incertidumbre del suceso debe ir acompañada de su carácter de futuro, pues en otro caso, como observa Colmo, el acto deviene puro -si el suceso ya se ha realizado- o nulo, si éste no puede verificarse.

No vale, pues, la condición sobre hecho presente o pasado, (**im praeteritum vel praesens relata**). Como escribe Von Tuhr, "cuando se vende una finca bajo la "condición" de que esté asegurada por 1.000.000 de francos o un cuadro bajo la condición de que sea el pincel de Rubens. Creemos que es más exacto, técnicamente, designar estas cláusulas, no con el nombre de condición, sino con el de presuposición del contrato, ya que carecen del requisito de la incertidumbre objetiva, que es característica de la condición. En efecto, aunque el hecho decisivo para la eficacia del contrato pueda ser incierto para uno de los contratantes (o para ambos), se trata puramente de una ignorancia subjetiva, pues objetivamente consta de antemano si el contrato surte o no efectos".

La incertidumbre del hecho condicionante debe ser tal que ella determine la eficacia en sí del negocio, y no únicamente el alcance de sus efectos o el momento en que comiencen (Von Tuhr). Así, no es compraventa condicional aquella en que el precio se fijara según el precio de la plaza (art.1388) (art. 1545, C.C. 1984) o a fijar por un tercero (art.1387) (art. 1544, C.C. 1984); no lo es la **emptio spei**, pero si la **emptio rei speratae**, ni tampoco la obligación consistente en el pago de un crédito que dependa de un sorteo si a la larga ha de ser pagado tal crédito, pues entonces habrá sólo un **incertus quando**, pero no un **incertus an.**

El art.1181 del Código francés admite como condición un suceso ya ocurrido, aunque desconocido por las partes; y ello fué acogido en el antiguo Código peruano (art.1231) (*). Planiol ha denunciado el error en que incurre el citado número legal del **Code Civil**. Pero, en cambio, autores alemanes que se han detenido en el punto, admiten que la disposición sobre obligación condicional tenga aplicación analógica al caso de un hecho ya ocurrido y no conocido por las partes, mientras haya existido incertidumbre sobre su realización (Planck, Warneyer).

Otro de los caracteres que debe tener la condición, es que ella comporte una relación arbitraria con el negocio jurídico, o sea, que debe tener su fundamento exclusivo en la libre voluntad de las partes y no en la necesidad jurídica, pues **conditiones iuris sine tacit** (art.117 del Código brasileño).

Así que los preceptos propios de la figura de la condición, no podrán reputarse como aplicables a las **condiciones juris**, cuya naturaleza consiste en que la eficacia de una declaración de negocio jurídico dependa con necesidad legal de una circunstancia incierta futura, siendo indiferente si los contratantes hayan fijado expresamente tal circunstancia

(*) *La referencia es al Código Civil de 1852. (Nota del editor).*

como condición (Planck). Diniz refiriéndose a la materia, escribe: "Son condiciones de derecho y por tanto independientes de la voluntad de las partes: a) los elementos esenciales y constitutivos del negocio jurídico; b) los presupuestos de facto requeridos por la ley o por la naturaleza de las relaciones para que un acto provisto de sus elementos constitutivos, pueda producir su peculiar eficacia; c) los hechos que, no siendo presupuestos, deben, por ley, sobrevenir a un negocio o a un hecho jurídico ya realizado, para que éste produzca sus efectos".

Esto último permite no confundir un negocio **sub conditione** perfecto con un negocio condicional o no, incompleto. (Así, la homologación en el caso de transacción contemplado en el art.1313, sobre bienes del Estado). Aquí, como expresa Betti, hay un nexo objetivo de subordinación jurídica, mientras que en las **condiciones facti** hay una creación exclusiva de la autonomía de las partes.

Como regla, cualquier acto jurídico es susceptible de que se le haga depender de una condición y en general de una modalidad. Existen, empero, algunos que no la consienten: **actus legitimi qui non recipiunt diem vel condicionem**, como decían los romanos (D.; 77 fr.; 50, 17), pues como escribe Crome, "ellos, conforme a su naturaleza, dirígense a una regulación definitiva del presente y del futuro". (Así ocurre con actos relativos al derecho de familia, algunos de orden sucesorio y algunos otros especiales. Por ejemplo, el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de hijo, la aceptación y repudiación de herencia, en relación a las asignaciones sucesorias forzosas, en la letra de cambio).

"Siempre que la ley directamente prohiba la realización condicional de un negocio jurídico, lo hace por motivos de orden público" -explica el mismo Crome-. Si se consigna, no obstante, una condición o un plazo en un negocio que los repugna, aquél será nulo, salvo el caso de nulidad parcial aplicable, de acuerdo con la aceptada tesis sobre este punto de Kipp.

Pueden estipularse varios acontecimientos condicionantes. En tal situación es preciso inquirir por la voluntad convencional, para estimar si las varias condiciones han sido establecidas de manera conjuntiva o alternativa. Si lo primero, será menester que todas las condiciones se verifiquen para que la consecuencia práctica de la declaración devenga exequible o cese aquélla. Si lo segundo, basta con que un solo evento tenga lugar.

La existencia de la condición, por lo mismo que introduce un elemento accidental en el acto, no puede presumirse. "En sentido jurídico -escribe Endemann- sólo es condición la que es manifestada por una expresión explícita en el acto; no existen condiciones ocultas o imprecisas". "La condición debe distinguirse -anota Warneyer- de la determinación

del motivo. Por el hecho que una de las partes haya hecho saber a la otra, al concertarse el acto, la causa impulsiva que lo llevó a celebrarlo, no por esto ha de estar elevado tal motivo a la categoría de condición y considerársele como parte integrante del negocio". Tampoco la no confirmación de una mera presuposición es de importancia para la existencia del acto (Oertmann).

Clasificación de las condiciones

Las condiciones admiten una taxonomía en base a diferentes puntos de vista. Por su configuración externa, en cuanto a la forma como han sido convenidas, pueden ser expresas o tácitas, positivas o negativas. Por su causa generatriz son distinguibles en potestativas, casuales y mixtas. Por la índole de su influencia se distingue la suspensiva y la resolutoria. También se habla de condiciones propias e impropias, reputándose como las últimas las imposibles, las necesarias y las ilícitas y opuestas a la ley. Por último, se habla de condiciones perplejas, que implican un contrasentido.

La más importante distinción por su trascendencia en cuanto a los efectos del negocio, es la referente a las condiciones suspensivas y resolutorias. Las potestativas, y en parte las mixtas, ofrecen el interés de que ellas son susceptibles de ejercer en cierto modo influencia sobre la conducta de las partes. Y con esto se vincula la consideración sobre el carácter ilícito e imposible legalmente del evento condicionante. Las condiciones físicamente imposibles, las necesarias y las perplejas, carecen de mayor importancia; a lo menos dentro del criterio que ha inspirado a nuestro legislador, de que ellas no afectan la validez del acto.

Expresas y tácitas

Las condiciones pueden ser expresas o tácitas, según que resulten de una cláusula formal de la convención o de la voluntad presumible de las partes o del disponente. En efecto, a menudo resulta la inclusión de la condición inducible de las circunstancias, y puede así derivar de una actitud de silencio o reticencia (Dernburg).

Claro está que así se puede estimar que una condición se halla tácitamente convenida, la frontera de separación debe mantenerse netamente con una condición presupuesta, con una condición ficticia; es decir, aquella que no puede deducirse de ningún elemento de juicio interpretativo de la voluntad convencional.

Suspensivas y resolutorias

La condición se distingue en suspensiva y resolutiva; distinción que es la más importante y que aparece en el Código, considerando comparativamente los artículos 1108 y 1109, siendo cuestión de

interpretación el determinar si una condición es suspensiva o resolutoria. "Para resolverlo se ha de atender especialmente a la situación de los intereses y a los resultados. Pero en aquello en que la resolución es dudosa, la condición se considerará suspensiva, pues en la condición resolutoria el negocio tiene eficacia provisional durante el estado de pendencia, y semejante eficacia provisional sólo puede suponerse cuando se advierta una intención en este sentido. Pero el C. C. establece algunas reglas de interpretación: a) En la duda, se supone una condición suspensiva en la compra a prueba. Cuando el vendedor de una cosa mueble se reserva la propiedad de aquélla hasta el pago del precio, se entenderá, en la duda, que la trasmisión de la propiedad se ha hecho bajo la condición suspensiva de pago completo del precio. b) En la duda, se supone una condición resolutoria cuando una disposición de última voluntad se hace depender de que en un tiempo de duración indeterminada el favorecido omita o haga una cosa, por ejemplo, que mientras viva no enajene su finca, o dé alimentos a X por toda la vida de éste" (Enneccerus).

Afirmativas y negativas

También se distingue la condición en afirmativa o negativa, según que aquélla se haga depender de la verificación o no del suceso respectivo. Esta distinción, más que todo, tiene un interés meramente teórico. En el artículo 1105 (Art. 175 , C.C. de 1984)se encontrará una previsión relativa a una condición de carácter negativo.

La distinción estriba simplemente en la forma cómo está concebida la condición, según que consista en que se verifique o no se verifique un acontecimiento. Si la condición es positiva y se refiere a una condición suspensiva, de cumplirse el evento surte el acto su efecto; pero de no cumplirse tal evento, no surte su efecto. Si la condición es positiva y se refiere a una condición resolutoria, de verificarse el evento se resuelve el acto, queda sin efecto; pero de no verificarse el evento, se mantiene firme el acto. Si la condición es negativa y respecta a una condición suspensiva, al no sobrevenir el acontecimiento es exigible el acto; pero si sobreviene el acontecimiento, no adquiere el acto viabilidad; si la condición es negativa y concierne a una condición resolutoria, de no ocurrir el evento se resuelve el acto; pero si ocurre el evento no se resuelve el último.

Potestativas, casuales y mixtas

Puede ser la condición potestativa, casual (fortuita) o mixta, según que su realización sea dependiente de voluntad del promitente, independiente de ella, o a la vez tenga uno y otro carácter. La distinción es de tenerse en cuenta, pues en el primer caso, esto es, cuando la realización de la condición depende absolutamente de la voluntad del promitente, el negocio es nulo.

Propias e impropias

Las condiciones pueden ser propias o impropias. Estas últimas son las que conciernen a acontecimientos ilícitos o imposibles (legal o moralmente), de suerte que son condiciones propias las referentes a sucesos posibles (física o legalmente) y no ilícitos. Una condición físicamente necesaria, es decir, que depende de un evento, que no puede dejar de ocurrir, es también una condición impropia. En este caso, como en el de la condición físicamente imposible, no se trata propiamente de un **negotium conditionale**; no hay sino la apariencia de él, porque no hay incertidumbre alguna sobre la iniciación o el fin de sus efectos. El negocio, en consecuencia, debe reputarse como uno simple, salvo que interpretando el sentido de la declaración, se juzgue que se trata más bien de la consignación de un **dies a quo** (en el caso de la supuesta condición suspensiva), o de un **dies a quem** (en el caso de la supuesta condición resolutiva).

Precisa indicar los efectos de las condiciones imposibles y necesarias, de las ilegales e ilícitas (arts.1103 y 1104) (art. 171, C.C. 1984). Previamente es útil hacer una advertencia. Por tratarse de un negocio bajo condición y ser éste un elemento accidental, no es dable confundir el objeto (en cuanto puede ser imposible, ilícito o ilegal) con las condiciones impropias. Si Pedro se obliga a dar a Juan una cantidad de dinero en donación o como precio por una cosa que comprará de Pablo, a base que Juan realice un hecho imposible, ilegal, ilícito, el objeto u objetos mismos del negocio no presentan objeción (el dinero a pagar por Pedro a Juan, la casa a entregar por éste a aquél); la imposibilidad, ilegalidad o inmoralidad sólo atañen a un hecho extraño a esos objetos del negocio, por concernir a una relación arbitraria, como es siempre la condición (el hecho de Juan). En cambio, si se establece que Pedro pagará a Juan una cantidad de dinero si éste mata a Pablo, aquí no hay propiamente condición sino sólo en apariencia; el objeto del contrato es ese acto ilegal o inmoral de Juan, como contraprestación por el dinero que se le pagará. Es un elemento constitucional del contrato, como si se pactase que Pedro pague a Juan una cantidad de dinero por el hecho de que éste salva la vida de Pablo, que se encuentra en peligro.

En cuanto al hecho imposible tiene que concernir al sujeto de la obligación, como si yo me obligo a resucitar a un muerto. Lo mismo ocurre con el objeto ilegal o inmoral, como si yo vendiera mi herencia futura, o si me obligara a sobornar a un funcionario. Tratándose de las condiciones impropias, pueden los hechos positivos como tales depender de voluntad ajena a las partes (si un tercero realiza un determinado hecho imposible, ilegal o ilícito). Cuando se trata de un hecho imposible absolutamente independiente de la voluntad de las partes, hay siempre una condición (ej., si mañana la temperatura alcanza un tal grado, que es

climatéricamente irrealizable). Pero en lo que hace a las condiciones ilícitas o ilegales, pueden ellas ser dependientes de la voluntad de las partes (de modo que la condición aquí es simplemente potestiva y, fuera de ello, impropia), como si Pedro se obliga por una cantidad de dinero a vender a Pablo su caballo, a condición que Pablo soborne a Juan. Aquí los objetos del negocio son el caballo y la cantidad de dinero (son objetos legales y lícitos), pero la condición en que estriba la realización del negocio, el acto de Pablo, es ilegal o inmoral.

Efectos de las condiciones impropias

Los arts.1103 y 1104 (art. 171, C.C. 1984) tratan de los efectos de las condiciones ilícitas y las imposibles.

Respecto a las condiciones ilícitas (**turpes**), el derecho romano sancionó que acarreaban la nulidad del acto, salvo en materia de disposiciones **mortis causa**, en que se reputaban como no escritas.

Para determinar, por otra parte, la licitud o ilicitud de la condición, no interesa el hecho mismo establecido como tal, sino la finalidad a que propende el instituyente de ella. Puede ser eficaz la condición consistente en un hecho ilícito de tercero. Escribe Raynal: "Se sabe que según una clasificación tradicional, que remonta al derecho romano, las condiciones se dividen en causales, potestativas o mixtas, según que su cumplimiento dependa del azar, de la voluntad de una de las partes o de los dos elementos en combinación. La condición, cuya realización depende únicamente de la voluntad de un tercero, es evidentemente casual con referencia a las partes, puesto que, a tenor de los términos del artículo 1169 del Código Civil (francés), ni está en manera alguna dentro de la potestad del acreedor ni de la del deudor. Ahora bien, supongamos que un acto ilícito sea el objeto de una condición casual; supongamos el siguiente compromiso: te prometo tanto, si tal delito se produce. ¿Esta condición será ilícita? Se admite en general que ella es válida. Y esto parece fuera de duda. ¿Y por qué? ¿Habría necesidad de decir que si esta condición es válida, es porque aunque el hecho puesto como condición es ilícito, la intención de las partes no tenía nada de culpable? No lo creemos así. Es evidente que cuando la ley sanciona con nulidad convenciones ilícitas, es a fin de no inducir a las partes o a una de ellas a la ejecución de un acto reprobable. Pero cuando éste no debe ser ejecutado por ninguna de las partes contratantes y no está en su posibilidad acarrear su ejecución, la razón de ser de la nulidad desaparece. En una palabra, precisa considerar el carácter de la condición relativamente a las partes contratantes; luego, el acto ilícito a realizar por un tercero es para las partes, si cabe decir, **res inter alios acta**. Así, si la condición en cuestión es válida, no es porque ella no revele ninguna mala intención, sino porque ella no provoca ninguna mala acción."

Y aún el acto ilícito de una de las partes puede no viciar el acto, "cuando la pactación no parezca como premio del acto ilícito o como único motivo por el cual la parte se abstiene de él" (Serafini). O en otros términos, "el hecho en sí ilícito puede no convertir en ilícita a la respectiva condición. Si la ley condena la ilicitud del hecho condicional, es porque las partes persiguen, en el caso, algún objeto o fin ilícito, y las leyes no pueden ser hechas para eso. Cuando ese objeto o fin ilícito no exista, entonces la obligación no es ilícita, por ilícito que sea el hecho en sí mismo. Si el hecho ilícito no se refiere a las partes, entonces se trata de una circunstancia en que la moral de los propósitos y fines de ellos no está en juego" (Colmo).

Con respecto a las condiciones imposibles, el Derecho romano estableció que ellas anulaban los actos entre vivos; pero se consideraban como no puestas en las disposiciones de última voluntad. Han seguido en este punto al Derecho romano, los códigos de Italia, España, Holanda, Venezuela. El **Code Civil** (uniformando en esto, las condiciones ilícitas y las imposibles) extendió a las donaciones el anterior privilegio conferido a las disposiciones por **mortis causa** (art.900) y en esto fué seguido por el antiguo Código peruano (art.719) (*). Los códigos de Argentina, Portugal y Uruguay, se apartaron de la tradición sancionando la nulidad de todo acto, entre vivos o por causa de muerte.

La condición imposible es la que se sabe desde ya que es irrealizable. La falta de incerteza sobre la alternativa hipotética de ser posible su verificación o no, no existe. Por ello esta condición es impropia. Pero puédese poner como condición la verificación o no de un hecho que puede ser posible y sin embargo no haber medio de saber si puede o no realizarse. Así, si se dice te donaré mi casa si mañana llueve en Marte. No se trata de una condición imposible (o necesaria), pues tal vez mañana pueda o no llover en Marte. Pero esto no lo podemos saber, porque nuestros medios de conocimientos astronómicos no nos lo permiten. Estas condiciones deben ser apreciadas por analogía, como condiciones impropias.

Efectos de las condiciones potestativas

Ocupémonos de las condiciones potestativas, sobre las cuales ya hemos hecho la discriminación relativamente a las fortuitas y a las mixtas. Mientras que ante estas dos clases de condiciones -las casuales y las mixtas- el valor del negocio no resulta comprometido, tratándose de las potestativas hay que hacer una diferenciación, según la persona a cuya

(*) *La referencia es al Código Civil de 1852. (Nota del editor).*

actitud esté subordinado el cumplimiento de la condición y según el carácter mismo de la nota voluntaria. Si la condición potestativa depende del deudor, el acto es nulo en cuanto a su obligación concierne, porque uno no puede obligarse y al propio tiempo desobligarse, al decirse que queda a su arbitrio comprometerse o no por esa obligación. Se presenta, así, el argumento del tercio excluído. En cambio, se puede pactar una obligación sujeto a la condición potestativa del acreedor.

Tal el caso de las opciones, de la manda (*) bajo condición que el legatario las acepte dentro de cierto plazo, tal es la venta **adgustum** del comprador; la retroventa también podría incluirse aquí. "La condición voluntaria (potestativa) puede explicarse en cuanto permite a las partes realizar un negocio jurídico para el cual una de ellas todavía no está completamente decidida y, especialmente, cumplir con los requisitos de forma que sean necesarios reservando para una posterior declaración no formal la decisión de dar eficacia al negocio. En los negocios unilaterales con efectos obligatorios, la condición voluntaria da lugar a ciertas dificultades: por lo general, quien se obliga a efectuar una prestación en el caso que posteriormente tenga voluntad de prestarla, con tal condición quita a la declaración su eficacia vinculatoria; no promete una prestación, sino que ofrece la posibilidad de una prestación voluntaria. A pesar de esto, la obligación bajo condición voluntaria es posible; por ejemplo, debe aceptarse que existe cuando alguien libra una promesa notarial de donación o un documento de fianza, bajo la condición de que sea confirmada por una declaración posterior" (Von Tuhr).

Pero la condición voluntaria que depende sólo del promitente tiene que destruir el consentimiento, pues como prescribe Dernburg, "un consentimiento bajo condición del propio consentimento, en realidad es nada".

Para que la condición potestativa **a parti debitoris**, pueda anular el negocio jurídico debe ser absolutamente y no simplemente potestativa; quiere decir esto que el hecho puesto como condición esté sometido exclusivamente a la voluntad del deudor, como si se dijese que me obligo a donarte una cosa "si yo así lo quiero" (o haciéndose referencia a un hecho tan fácil que se pueda considerar como dependiendo únicamente de la voluntad del deudor: "si levanto el brazo"). Si la condición es simplemente potestativa de parte del deudor, pero no absolutamente (como si se dijese que me obligo a donarte una cosa "si no me curo del vicio de la embriaguez"), el acto es válido. Habría condición casual si, por ejemplo, se conviene que A reciba una cantidad de dinero de B. por

(*) *Por "manda" se entiende aquello que es legado por testamento. Era una expresión usada en el Código Civil de 1852 y en la antigua doctrina civilista. (Nota del editor).*

donación, si estalla guerra europea en el curso de este año, porque la realización del evento (que estalle la guerra) no depende en forma alguna de los declarantes, A y B. La condición es casual, así dependa de la voluntad de un tercero, que no es parte en el negocio, pues la condición es potestativa únicamente si el evento depende de la exclusiva voluntad de alguna de las partes en el negocio; así, es condición casual la que estipule que A dará una cantidad de dinero a B en caso que C así lo quiera. Habrá condición mixta si, por ejemplo, se conviene entre Juan y Pedro que el último recibirá una cantidad en donación del primero si dicho Pedro se casa con María, o si viaja a Europa; pues aquí el cumplimiento de la condición depende tanto de la voluntad de una de los declarantes en el negocio (de Pedro), como de una voluntad extraña (de María), o de circunstancias en general ajenas a la simple y única voluntad de dicho declarante (de Pedro).

La diferencia entre la condición meramente potestativa y la condición potestativa simple, se destaca en una decisión del Tribunal de Casación italiano que cita Betti: "La condición es meramente potestativa y hace nula la obligación, cuando el deudor haga depender de su mero arbitrio la voluntad de obligarse; es, en cambio, potestativa simple, y no invalida la obligación, cuando la voluntad del deudor dependa de un complejo de motivos que representan intereses apreciables, los que, actuando sobre aquélla, influyen en su determinación, aunque sean confiados a la valoración exclusiva del interesado. La condición meramente potestativa convierte en nula la obligación cuando es resolutoria."

La solución en el sentido antes indicado, que la condición absolutamen-te potestativa de parte del promitente hace nugatorio el negocio, es admitida sin contradicciones. Fué establecida en el Derecho romano y es declarada en el Código francés, italiano, español, argentino, chileno, venezolano y antiguo peruano. El Código brasileño extiende la acción de nulidad al caso de que las condiciones se sujeten al arbitrio del estipulante (art.115). La nulidad del acto sujeto a una condición potestativa dependiente del deudor, se explica considerando que nadie se obliga seriamente, si al propio tiempo conserva su libertad de no cumplir con la obligación (Giorgi). (*).

Y para terminar con este punto sobre condiciones potestativas, cuando ellas son admisibles, digamos que su realización es un acto de voluntad, pero no un acto jurídico, pues de otra manera se desnaturalizaría el sentido del negocio condicional mismo. El negocio nació perfecto, o sea, como expresa Betti, que el proceso volitivo se cerró con la conclusión

(*) *El Código Civil de 1984 ha recogido estos planteamientos, declarando nula la condición potestativa dependiente de la voluntad del deudor (Art. 172). (Nota del editor).*

del negocio condicional y sólo la ejecución de sus efectos es lo indeterminado aún. Así, pues, la realización de la condición potestativa, no siendo un negocio jurídico, no requiere capacidad de obrar ni es susceptible de ser examinado a mérito de los vicios del consentimiento (Von Tuhr).

En el derecho moderno no ha sufrido alteración la sanción de nulidad impuesta por causa de las condiciones ilícitas y de las puramente voluntarias **a parte debitoris**. El Código sanciona dicha nulidad respecto a las primeras (art.1103) mas nada dice respecto a las segundas.

En lo que se refiere a las condiciones imposibles, el criterio actual reacciona frente al tradicional, distinguiendo la imposibilidad física de la jurídica, y propugnando que respecto a la segunda la nulidad tenga lugar; pero que respecto a la primera la condición se considere como no puesta. Así, el Código brasileño dispone que las condiciones físicamente imposibles -así como las de no hacer una cosa imposible- se tienen por inexistentes, y que las jurídicamente imposibles invalidan el acto (art.116). Justificando la disposición, Spencer Vampré dice: "Las condiciones físicamente imposibles y las de no hacer una cosa imposible no son verdaderas condiciones, porque no subordinan el acto jurídico a un acontecimiento futuro e incierto. Con razón, pues, las reputa inexistentes el Código Civil." En cuanto a las condiciones jurídicamente imposibles, invalidan el acto "porque el derecho no puede amparar lo que le es adverso" (Bevilaqua).

En cuanto a la distinción entre actos **inter vivos** y de última voluntad, formulada por el Derecho romano, no se justifica; y por eso predomina actualmente el criterio que somete a la misma regla a unos y otros.

El Código (art.1104, 1ra parte) (art. 171, C.C. 1984) se refiere a las condiciones físicamente imposibles y a las de no hacer una cosa imposible; haciendo que ellas no afecten al acto. En lo que se refiere a las condiciones jurídicamente imposibles, declara en el artículo 1104, apartado 2, que ellas anulan el acto. En lo que se refiere a la regla que contiene la primera parte del artículo 1104, la Exposición de Motivos dice así: "Tratándose de la eficacia de las condiciones imposibles e ilícitas, un favor histórico eliminó la nulidad de las disposiciones testamentarias, considerando válida la herencia o el legado. Inspirado el Proyecto en las modernas legislaciones germánicas, equipara todos los actos afectados por una condición ilícita o jurídicamente imposible y en este orden de ideas considera nulos, indiferentemente, los contratos y actos de disposición testamentaria, cuando los unos y los otros estén regidos por tales condiciones. La condición físicamente imposible y la de no hacer una cosa imposible, no son serias y por tanto nada valen."

Cornejo, comentando la disposición, cita la opinión de Crome en sentido adverso. Y agrega Cornejo: "Nos parece que la solución dada por el gran civilista alemán, es la que mejor se aviene con la naturaleza de la condición imposible. En efecto, si el efecto jurídico depende de que se realice un hecho físicamente imposible, es que se trata de una manifestación de voluntad hecha para que no tenga efecto jamás. Racional es dar por inexistente el acto jurídico, llevado a cabo sin una finalidad realizable. Si al contrario, el hecho imposible constitutivo de la condición decide el término del efecto jurídico del acto -si se trata de condición resolutoria imposible-, se infiere que la manifestación de voluntad ha tenido por fin crear un derecho permanente; el acto subsiste porque produce efecto, y lo que debe suprimirse es la condición, que jamás podría realizarse. La rectificación de la solución tradicional sólo era requerida en cuanto propendiese a equiparar los actos de última voluntad con los actos entre vivos, sometiendo ambos a un mismo régimen en cuanto al efecto de la condición jurídicamente imposible o ilícita. Pero dar por no puesta la condición físicamente imposible, sin distinguir sus efectos suspensivo o resolutorio, no nos parece acertado. El primer caso supone un acto falto de seriedad; el segundo, sólo una condición no seria. La condición suspensiva imposible acusa una voluntad de que el efecto jurídico no se produzca nunca; la resolución expresa un propósito de que jamás llegue la condición que ha de suspender el efecto jurídico. La primera hace inexistente el acto; la segunda hace inexistente la condición."

El Código polaco tiene una apreciación distinta a la de nuestro Código acerca del efecto de las condiciones impropias. El art. 49 del aquel cuerpo de leyes, en efecto, dice: "Las condiciones imposibles o contrarias al orden público, a la ley o a las buenas costumbres, hace nula la declaración de voluntad, si ella es suspensiva; se reputa como no escrita si es resolutoria. Sin embargo, la condición resolutoria imposible o contraria al orden público, a la ley o a las buenas costumbres, hace nula la declaración de voluntad de la cual ha sido su determinante causa". Es un precepto tomado del proyecto franco-italiano (artículo 111). Y parece muy sensata la última advertencia del precepto. Entonces, así se trate de condición resolutoria, la condición aparece como que excluye toda seriedad en el consentimiento y, en consecuencia, el acto jurídico debe caer.

Con referencia, por otra parte, a la condición imposible, es bueno agregar las siguientes indicaciones que expone Staudinger: "No se trata de una condición imposible sino de una propiamente tal, que no puede llegar a ocurrir, cuando se hace imposible en el futuro la realización de ella, que era posible al tiempo del negocio. De otro lado, no se trata de una condición imposible, sino de una propiamente tal, cuando su realización, aunque imposible al tiempo del negocio, puede resultar posible en el futuro; como por ejemplo, cuando el contenido de la condición respecta a una modificación en la ley. Debe contestarse afirmativamente

a la pregunta (no expresamente resuelta por la ley y que según los Motivos: t.I, págs 265 y sgts., es de evidencia) de si basta para la posibilidad de una condición, que el acontecimiento que le sirve de fundamento puede tener lugar dentro del supuesto de que se produzca una modificación legal. Cuestión diferente es que el negocio se pueda transformar en uno ilícito o infractor de las buenas costumbres, cuando se acepte la condición que consista en una modificación legal".

En cuanto a los efectos de las condiciones necesarias se comprende, como lo han advertido los autores alemanes, que se debe reputar que se trata entonces de un acto que concertado bajo una condición necesaria suspensiva, es un acto puro, es decir, con plena eficacia. Es lógico; propiamente no hay duda sobre su eficacia: el acontecimiento se producirá necesariamente y, en consecuencia, el acto deberá generar sus efectos. Pero débese siempre examinar si la condición aparente no contiene más bien, un **dies a quo**; interpretación que por regla corresponderá a la auténtica voluntad de las partes.

Si se trata de una condición resolutoria, se considera el negocio como inválido, pues aquélla importa innegablemente que el negocio deberá extinguirse; pero también a este respecto la interpretación puede conducir a considerar el negocio sometido a un plazo **dies a quem**.

En cuanto al efecto de las condiciones sobre los actos **inter vivos** y de última voluntad, el criterio del Código es en el sentido que queden sometidos a idéntica norma, como se ha visto por la Exposición de Motivos en la parte anteriormente transcrita.

Debemos ahora decir unas palabras sobre las condiciones perplejas. Éstas se presentan cuando "contienen una interna contradicción" (Dernburg). Por ejemplo, si digo que dejo toda mi herencia a Cayo, con la condición de que yo mismo instituya como heredero único y universal a Ticio. En este caso el negocio es nulo, marcándose así una diferencia con la condición imposible. Y es que aquí en la condición perpleja, denúnciase una contradicción insalvable **in terminis**, en lo indicado como condición; de tal modo que no se puede conocer cual fué la intención del declarante.

En lo que respecta a los efectos de las condiciones suspensivas y resolutivas, de ello nos ocuparemos en conexión con los artículos 1106, 1108 y 1110 (Ver arts. 173 y 177, C.C. 1984).

CONDICION NEGATIVA

Art. 175 (C.C. 1984).- Si la condición es que no se realice cierto acontecimiento dentro de un plazo, se entenderá cumplida desde que vence el plazo, o desde que llega a ser cierto que el acontecimiento no puede realizarse.

Art.1105 (C.C. 1936).- Si la condición es de que no se verifique cierto acontecimiento dentro de un término, se entiende cumplido desde que pasa el término o llega a ser cierto que no puede realizarse.

Referencias.- Digesto, lib.XLV, tít.1, 10; 27; Nº 1, 115; arts. 1176, 1177 del Código francés; 1117 y 1118 del español; 539 a 547 del argentino; 1453 del guatemalteco; 1482 del chileno; 1539 del colombiano; 767 y 768 del boliviano; 1282 del peruano; mejicano, 1946 y 1947; italiano, 1358 y 1359 (1117 a 1118); venezolano, 1277.

Verificación de la condición por vencimiento del plazo o por irrealizable

Mientras que la condición no se verifica, el acreedor no tiene sino un simple **spes debitum iri**. En consecuencia, no puede exigir el cumplimiento de la obligación, y de aquí también lo dispuesto en el segundo apartado del artículo 1106 (art. 173, C.C. 1984): la repetición de lo pagado antes de la verificación de la condición.

La condición debe encontrar en el **factum** considerado, una solución a la alternativa que ella contiene. Si se ha fijado plazo dentro del mismo puede sobrevenir uno u otro extremo de tal alternativa, decidiéndose a esta virtud la suerte definitiva del convenio.

Si el hecho condicional fué positivo, al vencerse el término sin que el evento se haya producido, la condición ha caducado y el negocio no surte sus efectos (condición suspensiva) o resultan estos efectos sin variación (condición resolutoria). Pero el hecho condicional puede ser negativo. Entonces, a diferencia del hecho positivo, hay que esperar, como regla, a que venza el plazo fijado, para determinar si la condición se cumple o no. Evidentemente, en el caso positivo no hay nada que esperar una vez que dentro del plazo el evento tiene lugar. Pero en el caso negativo hay que esperar hasta el vencimiento del plazo, porque hasta este momento puede verificarse el hecho y, por lo tanto, no cumplirse la condición. Esto por regla, pues en ciertos casos no es de necesidad, por razón de la fuerza natural de las cosas, el aguardar hasta el vencimiento del término, desde que antes puede resultar indudable que ya no puede

in futurum sobrevenir el evento; de tal suerte que automáticamente la condición se ha cumplido. **Verbi gratia**, si Cayo conviene con Ticio que le venderá un caballo bajo condición que Sempronio no venda en el plazo de diez años su casa a Mevio; si al año del pacto muere Sempronio o Mevio, ya la condición no puede verificarse.

Al anterior supuesto se contrae el artículo 1105 (art. 175, C.C. 1984). Esto ha previsto el caso común: la fijación de un plazo para la condición. En estas circunstancias no hay mayores dificultades, pues como expresa Demolombe, la fijación del tiempo forma, en este caso, uno de los elementos constitutivos y como una parte integrante del mismo acontecimiento.

Si se cumple la condición en la hipótesis legal prevista, su efecto es irrevocable, pero si ella no se cumple, no puede revivir por acontecimientos ulteriores (Aubry y Rau).

Pero la ley deja de contemplar con referencia a esta materia de **condicio deficit**, el caso de que las partes no hayan fijado plazo dentro del cual deberá verificarse la condición. Sobre este particular ha de estimarse que la condición "deberá cumplirse en el tiempo que es verosímil que las partes entendieron que debía cumplirse", como lo dispone precavidamente el Código argentino (art. 541). Si no puede inducirse de la declaración de voluntad tal acuerdo sobreentendido: ¿qué ocurrirá en caso de que resulte indudable que el suceso puesto como condición no pueda realizarse? El mismo art.541 del Código argentino dispone que entonces "se tendrá por cumplida" la condición. La reforma de Bibiloni en este punto no modifica el precepto. A nuestro humilde criterio, nos parece que la cuestión debe ser contemplada con más calma. En efecto, debe distinguirse según que la condición sea positiva o negativa. En la última, la justeza de la regla a que se contrae el art.541 del Código argentino es indiscutible: la condición debe considerarse como cumplida, precisamente porque es evidente que el suceso puesto como condición no sucederá, y porque esta no verificación del mismo comporta lo establecido por las partes para que la condición se considerara como realizada, y tal es la solución que cabalmente contiene el art.1105 ahora comentado. Pero, en cambio, cuando se trate de una condición positiva, la falencia de la regla se presenta. La condición no puede considerarse entonces cumplida, pues es evidente que el acontecimiento en que consiste la condición no sobrevendrá, y puesto que lo que las partes han querido es que sólo se considere producida la condición cuando tal acontecimiento tenga lugar, el respeto a lo querido por las partes exige, pues, adoptar una decisión contraria a la prohijada por el art.541 del Código argentino en cuanto a la condición positiva.

El art.1105 (art. 175, C.C. 1984) prevé el caso de una condición negativa. De ello resulta que **mutatis mutandis**, si la condición es positiva

y llega a ser cierto que no se verificará, caduca automáticamente la condición antes del vencimiento del plazo. Así, conforme al ejemplo antes indicado, si Cayo ha prometido vender su caballo a Ticio, si en el plazo de diez años Sempronio vende su casa a Mevio, la condición se tendrá por no realizada desde que Sempronio o Mevio mueran.

La solución del art.1105 (art. 175, C.C. 1984) es, por lo demás, la justa. De otra suerte se podría prolongar indefinidamente (o a lo menos hasta la muerte de la persona a cuya determinación esté sometida la verificación de la condición) la incertidumbre sobre el resultado definitivo del acto, y la expectativa del estipulante podría devenir ilusoria.(*).

Otra cuestión es digna de considerar. Esta es: si se trata de una condición potestativa (no dependiente, es sobreentendido, del deudor) y no se ha fijado plazo para su realización, ¿puede el juez señalar uno a la persona de que ella depende? Haciendo la salvedad de que no se trata del caso en que la solución puede ser inducida **ex sententia contrahentium**, no hay uniformidad en el parecer de los autores; siendo, no obstante, la opinión de la mayoría, que le es facultativo al juez fijar un plazo para el cumplimiento de la obligación.

EFECTOS DURANTE LA PENDENCIA DE LA CONDICION

Art. 173 (C.C. 1984).- Pendiente la condición suspensiva, el adquirente puede realizar actos conservatorios.

El adquirente de un derecho bajo condición resolutoria puede ejercitarlo pendiente ésta, pero la otra parte puede realizar actos conservatorios.

El deudor puede repetir lo que hubiese pagado antes del cumplimiento de la condición suspensiva o resolutoria.

Art.1106 (C.C. 1936).- El acreedor puede antes del cumplimiento de la condición, ejercitar las acciones conducentes a la conservación de su derecho.
El deudor puede repetir lo que en el mismo tiempo hubiese pagado.

(*) *El Código Civil de 1984 ha mantenido el criterio expuesto por León Barandiarán. (Nota del editor).*

Referencias.- Digesto, lib.V; tít.1; f.41; lib.XXVI; tít.4; f.13; art.1180 del Código de Francia; 682 del de Portugal; 1121 de España; 1298 de Holanda; 129 de Japón; 152 de Suiza; 771 de Bolivia; 1121 de Cuba; 1423 del Uruguay; 121 del Brasil; 546 y 547 de Argentina; 150 de Turquía; 1942 de Méjico; 47 de Polonia; austríaco, 900; venezolano, 1210, 1356 y 1357; italiano, 1356 (1171).

Efectos durante la pendencia de la condición

El artículo 1106 del Código (art. 173, C.C. 1984) puede comprender tanto el caso de una condición suspensiva como resolutoria. No existe, en efecto, razón para sólo limitarlo al primer caso, ya que también tratándose de una condición resolutoria pueden existir derechos eventuales del acreedor, que demanden medidas de protección (Dernburg).

Pendente conditione, el derecho del acreedor y la obligación del prestador forman parte del patrimonio y son susceptibles de cesión, novación y trasmisión hereditaria; el derecho puede ser garantizado y da al acreedor la facultad de ejercer las acciones para su conservación, o sea, inscribir el título y pedir la separación de patrimonios, hacerse adjudicar bajo fianza u obtener el depósito de los fondos necesarios para el pago de su crédito en el caso de distribución de precio de un inmueble hipotecado a su favor, o de liquidación y distribución en concurso, trabar embargos, interrumpir una prescripción, pedir el reconocimiento de un documento privado (Salvat).

La trasmisión del derecho que pende de una condición, tendrá que considerarse como pura en sí (salvo que a su vez ella sea condicional), o sea, que la trasmisión se considerará concluída desde que las partes, el cedente del derecho condicional y el cesionario de él, convinieron en la misma, y no sólo cuando venga la condición a realizarse (Staudinger).

Son las anteriores, cuestiones que se relacionan con el asunto de la retroactividad o irretroactividad de las condiciones, que nosotros tratamos más ampliamente en el artículo 1110 (art. 177, C.C. 1984).

En cuanto al segundo apartado del artículo 1106 del Código (art. 173, C.C. 1984), está mal ubicado en relación al primer apartado. En efecto: el segundo apartado no es sino la aplicación de la regla de que pendiente la condición no es exigible la obligación (art.1108 del Código). Desde luego, para que haya lugar a la repetición, se requiere que el pago se haga por error, pues ésta es uno de los requisitos para que proceda la **condictio indebiti**. La repetición comprende también los frutos de la cosa, en su caso.

INDIVISIBILIDAD DE LA CONDICIÓN

Art. 174 (C.C. 1984).- El cumplimiento de la condición es indivisible, aunque consista en una prestación divisible. Cumplida en parte la condición, no es exigible la obligación, salvo pacto en contrario.

Art. 1107 (C.C. 1936).- El cumplimiento de la condición es indivisible aunque consista en una prestación divisible. Cumplida en parte la condición no es exigible la obligación; salvo pacto en contrario.

Referencias.- Digesto, lib.XXV, tít.1; f.33; lib.XLV, tít.1, f.58; f.85 ç 6; los arts.534 y 535 del Código argentino; 1465 del chileno; 1452 del colombiano; 1175 del ecuatoriano.

Indivisibilidad de la condición

El estado de indefinición en que se encuentra el negocio **in pendenti** debe cesar sin hesitación frente a la coyuntura prevista, en el dilema o de que la condición se ha cumplido (**condicio existit**) o no (**condicio deficit**). Si se considerase que la condición pueda cumplirse en parte o faltar en parte, resultaría una consecuencia equívoca en cuanto a saber hasta qué punto los resultados prácticos del negocio podrían ser exequibles. Por eso se justifica una norma como la contenida en el art.1107 (art. 174, C.C. 1984). Se aplica dicha regla, desde luego, tanto a las condiciones resolutorias como a las suspensivas.

"El principio de la indivisibilidad de las condiciones se aplica, tanto a las partes como a sus herederos; y se funda en que mientras la condición no haya sido íntegramente cumplida, el derecho está en suspenso" (Salvat).

Si se hubiera puesto varias condiciones, será preciso determinar si han sido colocadas disyuntiva o conjuntivamente, interpretándose la voluntad de las partes. En el primer supuesto, basta que una se cumpla; en el segundo, será preciso que todas se cumplan (art.536 del Código argentino que indica como fuente la ley 56 Dig. **de Cond. et Dem**).

Sea que una sola condición baste en caso de disyunción, o que todas deban acaecer en el caso de conjunción, es indispensable siempre que uno de los hechos condicionantes en el primer caso, y todos los hechos condicionantes en el segundo caso, se cumplan totalmente.

Cornejo dice comentando la disposición 1107 (art. 174, C.C. 1984) de esta manera: "el artículo está tomado del 535 del Codigo argentino,

que dice: "El cumplimiento de las obligaciones es indivisible, aunque el objeto de la condición sea una cosa divisible". El proyecto Bibiloni modifica así el art.535: el cumplimiento de las condiciones es indivisible aunque consistan en hechos divisibles. Cumplida en parte una condición, no existen o se resuelven, en parte, los efectos del acto jurídico. El supuesto es aquí que el acontecimiento futuro e incierto hecho condición (el objeto de ésta) sea divisible, vale decir, que conste de partes que puedan realizarse parcialmente. Verbigracia: si digo: "te daré diez mil soles cuando llegue al Callao la escuadra Americana que ha salido de Nueva York", hago objeto de la condición un hecho divisible, porque pueden llegar al Callao algunos, pero no todos los buques de la escuadra. La indivisibilidad de la condición significaría en este caso que sólo puede dársela por cumplida a la llegada de la escuadra como una unidad conceptual. La llegada de algunos buques no cumple, pues, la condición. Al decir nuestro legislador, siguiendo la interpretación que Colmo da al art.535 del Código argentino, que el cumplimiento de la condición es indivisible, aunque consista en una prestación divisible, se cambia totalmente el concepto. No se refiere ya a la manera como ha de realizarse la condición, sino a la forma en que deba ejecutarse la prestación de aquélla dependiente. El Código argentino contrapone la indivisibilidad del cumplimiento de la condición a la divisibilidad del hecho que la constituye (objeto). Nuestro Código contrapone la indivisibilidad del cumplimiento de la condición a la divisibilidad de la prestación, cuyo nacimiento o extinción depende de aquél. El primero supone un hecho, o sea la condición en sí misma, que ha de realizarse total o íntegramente para que se dé por cumplida la condición, lo que quiere decir que la realización parcial, no basta para que produzca el efecto jurídico que le es propio. El Código peruano no tiene en cuenta la cualidad del hecho condicionante, sino la cualidad de la prestación condicionada. El primero es algo extrínseco, que está fuera de la relación jurídica; la segunda se refiere al objeto mismo del acto, a la prestación que una de las partes debe a la otra cuando la condición se cumpla. Si yo prometo 100 soles bajo condición de que suceda tal cosa, la prestación objeto de mi promesa es divisible, pero esta cualidad nada tiene que ver con la condición, que puede ser divisible o no serlo; lo que interesa es que la condición se cumpla por entero, para que la prestación sea exigible en su totalidad. Es impropio decir que la condición consiste o puede consistir en una prestación, entendida ésta en su sentido técnico. La condición puede aparecer como una prestación del estipulante si es meramente potestativa; pero siempre sería impropia llamarla prestación, pues no opera en favor del contratante sino como mera modalidad exterior para que se produzca el efecto jurídico de la estipulación. Si digo: te daré mil soles si vas de Lima al Callao en diez minutos y regresas en igual tiempo, impongo una condición potestativa compuesta de dos actos, el ir y el regresar, y por lo mismo divisible. De lo que se trata es de la indivisibilidad de su cumplimiento; de modo que si vas al Callao en diez

minutos pero no regresas, la condición no se ha cumplido. No podrás exigirme que cumpla la promesa ni en todo ni en parte. Por esto dice la segunda parte del artículo que cumplida en parte la condición, no es exigible la obligación, con lo que la ley hace una aplicación concreta y a la vez define el alcance de la indivisibilidad en el cumplimiento de la condición. Por lo general, el hecho constituído en condición debe ser cumplido por entero, lo que significa que el cumplimiento de la condición es indivisible, incluso si la obligación fuese divisible o si se hubiese dividido entre los herederos. 25. 26 Dg.35.I.L. 85 Nº 6. Dig.45 I. Stolfi - V. I Parte 2da., pág.737.

En cuanto a la última parte del art.1107 (art. 174, C.C. 1984), que se puede convenir en que se repute cumplida en parte la condición, con su trascendencia proporcional sobre los efectos del negocio, se explica porque la regla de indivisibilidad de la condición no es de orden público. Pero para que entonces funcione el efecto parcial de la condición sobre el negocio es indispensable por la naturaleza de las cosas, que el objeto de la prestación sea divisible. Si el objeto es indivisible, resultará inoperante la cláusula de divisibilidad y la regla del 1107 (art. 174, C.C. 1984) recobrará su imperio.

CONDICION SUSPENSIVA

Art. 1108 (C.C. 1936).- No podrá pedirse el cumplimiento de una obligación contraída bajo condición suspensiva, hasta que ésta se realice. (*)

Referencias.- Institutas, lib.III; tít.15; 4; leyes 10 y 16 del Digesto De condictio indebiti; arts.1181 y 1182 del Código francés; 1114 del español; 158 del alemán; 157 del suizo; 1299 y 1300 del holandés; 127 del japonés; 772 del boliviano; 1114 del cubano; 1455 del guatemalteco; 118 del brasileño; 1284 del peruano; 678 del portugués; 1479, 1a parte, del chileno; 1424 del uruguayo; chino, 99; mejicano, 1939.

Efectos de la condición suspensiva

Conviene tratar el efecto de la condición suspensiva y el de la condición resolutiva. El artículo sólo repara en lo primero.

Tratándose de la condición suspensiva, débese distinguir, como muy bien lo hace Guhl, las situaciones que resultan según tres órdenes de tiempo : a) antes de la verificación del evento puesto como condición; b) como consecuencia de tal verificación; c) caso que ella no tenga lugar.

(*) *Esta norma no ha sido receptada por el Código Civil de 1984. (Nota del editor).*

Hay una situación previa de inseguridad, de imprecisión, sobre el derecho del estipulante. Esta indefinición de tal situación justifica el mandato del art.1108.

a) En general no puede ser utilizado por el acreedor su crédito para hacerlo valer frente al deudor; por ejemplo, oponiéndolo en compensación. Tampoco permite el ejercicio de la acción pauliana. El acreedor puede ejercer los derechos eventuales, en su carácter propio de acreedor **sub conditione**, conforme a lo que se indica en el art. 1106 (art. 173, C.C. 1984) y al comentario respectivo que allí se incluye.

El promitente de la cosa en tanto dure la situación de pendencia, puede disponer de aquélla, y el cesionario adquiere un derecho que sólo puede declinar en favor del adquirente bajo condición, de verificarse esta última, si el negocio condicional le era conocido (por ejemplo por inscripción en el registro). En otra forma si ha adquirido de buena fe el cesionario, no le es oponible la verificación de la condición en favor del acreedor condicional, pues la condición no tiene efecto **in retro** (art.1110)(art. 177, C.C. 1984). A este respecto es útil transcribir lo que manifiesta Enneccerus (habida cuenta que el art.158 del B.G.B. es igual que el art.1110 de nuestro Código en cuanto no confiere efecto retroactivo a la condición), cuando escribe: "al cumplirse la condición se produce, sin efecto retroactivo, el efecto jurídico querido ç 158 ap. 1)". Así se prescribe uniformemente para todos los negocios y se aplica, por tanto, a los contratos obligatorios, a la tradición, a las disposiciones de última voluntad, etc. El crédito, la propiedad, el usufructo sólo nacen, pues, al cumplirse la condición; la herencia y el legado sólo se difieren en ese momento. Sin embargo, este principio padece modificaciones importantes en virtud del ç 160 (**supra** ç 184 II 2) y del ç 161 (**infra** 2). Toda vez que el efecto jurídico no se crea ahora, sino que brota del derecho de expectativa ya existente **pendente condicione**, se produce aunque las partes no pudieran constituirlo ahora y, por tanto, aunque el que dispuso en virtud del negocio no viva ya al cumplirse la condición, o no sea capaz de voluntad o esté limitado en su derecho de disponer y especialmente aunque haya enajenado entre tanto a otro el objeto del negocio. Sin embargo, a favor de aquellos que han adquirido el objeto del negocio de buena fe, esto es, desconociendo sin negligencia grave la disposición condicional, se aplican las disposiciones sobre la adquisición de buena fe derivada del que no tiene derecho a transmitir (es aplicable el ç 816)". Si se hace una adquisición **sub conditione** si se trata de contrato, deberá el adquirente tener la precaución de hacer insertar una cláusula que retrotraiga el efecto a la adquisición condicional a la fecha del contrato; conforme lo permite la última parte del art.1110. De todos modos, tratándose de adquisición de inmueble o de constitución de derechos reales, debe inscribirse el derecho **sub conditione** en el Registro de la propiedad inmueble, para que prevaleza el derecho de dicho adquirente

frente a la disposición efectuada por el mismo transferente a otro adquirente en el período de interinidad; de acuerdo con el régimen de preferencia de derechos inmobiliarios (art.1174, a 1015, art. 1050) (arts. 1135, 1112 y 2022, C.C. 1984). Tratándose de muebles ha de estarse a la regla del art.1173 (art. 1136, C.C. 1984), que confiere preferencia al acreedor de buena fe a quien haya hecho tradición el transferente. Si el derecho del otro adquirente, es decir, del que no es el acreedor condicional predomina frente al de éste, el primero tiene expedita la acción indemnizatoria correspondiente contra el cedente, al cumplirse la condición.

Pendiente la condición el cedente puede reivindicar la cosa, entablar acción para responsabilizar a quien causara daño o desmedro en ella. Puede gravar con derechos reales la misma. En fin, le es dable proceder como **dominus**.

En cuanto a la condición resolutoria, es indisputable que el adquirente de la cosa es dueño desde que se celebró el negocio, y como tal puede disponer y gravar la cosa (y ejercer los demás derechos de dominio). La realización de la condición resolutoria no puede perjudicar a los adquirentes de buena fe.

b) Con la verificación de la condición, la obligación se hace exigible. Esto es sencillo. Pero la cuestión que se levanta aquí es la relativa a desde qué momento produce efectos el negocio. ¿Desde el acuerdo de voluntades o sólo desde la producción del evento? Tal es la delicada cuestión de la retroactividad o irretroactividad de la condición, que el Código contempla en el art.1110 (art. 177, C.C. 1984). Al hacer, pues, el estudio de este artículo nos ocuparemos del asunto.

c) Si no ocurre el hecho condicional, la obligación se disuelve y las partes quedan como si la obligación entre ellas nunca hubiera existido.

Efectos de la condición resolutoria

Tratándose de la condición resolutiva, débese también distinguir tres órdenes de tiempo: a) efectos antes de la verificación de la condición; b) efectos una vez realizada la condición; c) caso que no se produzca la condición.

a) Mientras la condición resolutiva está pendiente, el acto produce todos sus efectos. En consecuencia, son exigibles las prestaciones pactadas; el adquirente administra como propietario, percibe los frutos; puede constituir gravámenes reales y trasmitir la propiedad, con la limitación que resulta de la condición pendiente; tratándose de un bien indiviso puede entablar la acción de división; el acreedor hipotecario puede accionar contra el adquirente condicional; el adquirente bajo condición resolutoria de un inmueble puede favorecer la prescripción (Espínola).

De otro lado, la parte a quien el cumplimiento de la condición resolutoria debe aprovechar, se encuentra en la situación de un acreedor bajo condición suspensiva.

b) Verificado el suceso puesto como condición resolutoria, el acto jurídico deja de tener vida. Aquí se presenta también la cuestión de si la extinción del negocio jurídico produce sus efectos **ex tunc** o **ex nunc**. El Código la resuelve en el art.1110 (art. 177, C.C. 1984), donde trataremos el asunto.

La verificación de la condición resolutoria, que se haya pactado, funciona generalmente en relación a negocios de tracto sucesivo, como el arrendamiento, la locación de servicios, la sociedad, la renta vitalicia, el usufructo. Pero también cabe que se presente respecto a un negocio de ejecución instantánea, por ej. una compraventa con pacto de retroventa.

Al cumplirse la condición resolutoria surte su efecto **ipso jure**. No es menester, por ende, declaración de voluntad alguna de una u otra parte. El solo hecho en que consiste la condición al verificarse, resuelve el contrato automáticamente. No es preciso más. Con esto se marca la diferencia entre esta resolución y la rescisión en general, pues en la primera ya estaba determinada la voluntad convencional de que el negocio terminase en el supuesto de hecho previsto, en tanto que en los casos de rescisión el supuesto de hecho para que sobrevenga dicho término debe ser declarado judicialmente.

c) Si la condición no se produce, el acto deviene puro, manteniéndose sus efectos de modo firme.

CONDICION RESOLUTORIA EXPRESA

Art. 1109 (C.C. 1936).- La condición resolutoria expresa opera de pleno derecho. (*).

Efectos de la condición resolutoria expresa

El anteproyecto contenía un precepto (Nº 321), que decía en su primera parte que en todo contrato hay condición resolutoria, que se produce cuando uno de los contratantes incumple su obligación; y en su segunda parte agregaba que la condición resolutoria expresa opera de pleno derecho; estando dicho artículo ubicado en el título relativo a las "disposiciones generales", de la sección propia de los contratos (es decir, el título que en el Código está constituído por los arts.1328 á 1344). El

(*) *Esta norma no ha sido receptada por el Código Civil de 1984 (Nota del editor).*

Código ha fraccionado la disposición primitiva del anteproyecto -manteniendo su contenido- en dos artículos separados. Lo que constituía la primera parte de la misma, ha venido a formar el art.1341, que se incluye, pues, en el título relativo a las "disposiciones generales" de la sección que corresponde a "los contratos". Lo que constituía la segunda parte de la disposición forma el art.1109, que se incluye, pues, en el título que es ahora materia de nuestro análisis, el título referente a "las modalidades de las obligaciones".

Preferible era en este punto la técnica del anteproyecto. Lo dispuesto en el art.1109, efectivamente, no es sino consecuencia de lo dispuesto en el art.1341; o sea, que no se explica lo primero sin lo segundo. Lo fundamental, la regla, es lo que se preceptúa con referencia a la condición resolutoria tácita; el régimen especial de la condición resolutoria expresa no funciona sino como excepción. Nos permitimos, en consecuencia, recomendar la lectura de nuestro comentario al art.1341 para la debida comprensión del que ahora hacemos sobre el art. 1109.

Además, como es inducible de lo antes observado, si la condición resolutoria opera en relación a contratos sinalagmáticos, la ubicación pertinente del precepto que la contemple (trátese de la tácita o de la expresa) debería estar en el capítulo propio de los contratos, más que en uno relativo a los actos jurídicos en general, a las condiciones incidentes en los actos jurídicos en general. (*)

La condición resolutoria, sea la tácita a que concierne el art.1341, sea la expresa de que se ocupa el 1109, es una **condictio juris** de todo contrato bilateral. Es ingénita al mismo, y no cabría que tal resolución fuera excluída de tal tipo de contrato, porque ello importaría conceder un pasavante de impunidad para la violación de las obligaciones asumidas. No es tal condición, pues, una **condictio facti**, porque no es una modalidad, un supuesto accidental que viene a agregarse al contrato por voluntad de las partes. Por lo tanto, está mal ubicada la regla que se aloja en el art. 1109.

A la condición resolutoria -no convencional, sino de carácter legal-, se la distingue en tácita y expresa. Se le llama tácita impropiamente, pues tal condición no existe por causa de la voluntad, así sea tácita de los declarantes, sino por mandato legal. Consiste la condición tácita en que de no cumplirse la obligación por una de las partes, la otra puede pedir que se declare la resolución del contrato. No es preciso que los contratantes indiquen tal resolución, pues ella opera por mandato legal.

(*) *El Código Civil de 1984 ha excluido esta disposición en el tratamiento de la condición. (Nota del editor).*

Pero los contratantes pueden indicar esto mismo en el contrato; y entonces a la condición resolutoria de que venimos tratando se le llama expresa.

La condición resolutoria tácita en el contrato bilateral, como elemento esencial en él, no es preciso que se estipule. Basta que el acto sea un contrato bilateral para que esa condición funcione.

"Se llama comúnmente pacto comisorio (de la expresión romana **lex commissoria**) la cláusula por la cual las partes reglan ellas mismas, dentro de su contrato, la forma como se resolverán, en caso de inejecución, por una u otra, de sus obligaciones" (Rivière. Weiss et Frenelet).

La condición resolutoria expresa obra de pleno derecho, esto es, que a diferencia de la tácita, no exige decisión judicial. Pero se pregunta si precisa constituir en mora al obligado. Se opina que sí, pues de otra suerte desaparecería el derecho de opción entre resolver el contrato o exigir la ejecución de la prestación.

Otro problema a enfrentar en concernencia a la condición resolutoria expresa, es si para que funcione de pleno derecho la condición, es suficiente que haya sido mencionada expresamente, o si además deben las partes haber indicado su efecto, de que es innecesaria la decisión judicial. Los pareceres son disímiles. Como que se trata de derogatoria a un régimen común (el que impone la decisión judicial previa), parece que el segundo criterio es el más racional.

La cláusula expresa de revocación no puede ser juzgada como una estipulación bilateral, invocable ya por el sujeto activo o por el pasivo de la obligación. Sólo es utilizable por el primero, pues si lo fuera por el segundo, resultaría que quedaría al arbitrio de éste inejecutar la obligación, aunque pagando daños y perjuicios.

IRRETROACTIVIDAD DE LA CONDICION

Art. 177 (C.C. 1984).- La condición no opera retroactivamente, salvo pacto en contrario.

Art. 1110 (C.C. 1936).- La condición no funciona retroactivamente, salvo que se hubiese establecido lo contrario.

Determinados textos del derecho romano dieron efecto retroactivo a las estipulaciones bajo condición, una vez verificada, fuera la misma suspensiva (Digesto, lib.XX, tít.4, f.3, ç II; lib.XVIII, tít.6, f.3; lib.XLVI, tít.3, f.69 ç I; de legatis; I (XXX); lib. XLV, tít.I, f.78; Pomponius, f.18; de reg. ius, L. 17) o resolutoria (Digesto XVIII, 2, f.4. ç 3; lib.VI, tít.I, f.41; lib.XXXIX, tít.3, f.46; lib.20, tít.6, f.3).

Irretroactividad de la condición

La tesis de la retroacción hizo fortuna entre los Códigos modernos. La sancionan el francés (art.1179), el italiano (1360), el argentino (543-555), el español (1120), el boliviano (770), el guatemalteco (1754), el antiguo peruano (arts.1283 y 1285). (*).

Posteriormente la tesis de la retroacción es impugnada. El Código japonés (art.127) había establecido que el acto bajo condición sólo produce efecto desde la realización de la condición, salvo pacto en contrario. Lo mismo dispuso el Código de Suiza (arts. 151 y 154) y el alemán (art.159). Así también dispone el turco (arts.152 y 149, al 2), y el polaco (art.46, al 2).

Suponer que la retroacción se puede justificar por la intención presumida de las partes, es arbitrario. Tampoco es aceptable la retroacción, basada en el principio de la confirmación del derecho, como lo han sostenido Larombière y Marcadé, pues no se puede demostrar que el acto condicional dé, desde el principio, nacimiento a un derecho (Planiol y Ripert).

El Código peruano se ha pronunciado por la irretroactividad de la condición. La Exposición de Motivos del Proyecto dice al respecto: "La mayoría de los códigos modernos no atribuyen efecto a la condición sino a partir del momento en que se cumple, aunque reservan a las partes el derecho de estipular la retroacción. Implantada la reforma por el Código del Japón, fué seguida por el Código Federal de las Obligaciones de Suiza y por el alemán".

Diversos efectos propios de la condición una vez realizada no podrían tener explicación, de aplicarse el principio de la retroacción. En primer lugar conviene tratar aquí, poniéndola en relación con el principio de la retroactividad o irretroactividad de las condiciones, la cuestión de la prestación del riesgo y el peligro.

Ocupémonos de ello, en relación primeramente con el caso de: 1) la condición suspensiva, para después tratarla en relación al caso de 2) la condición resolutiva.

Pero antes advirtamos que la cuestión de la prestación del riesgo y el peligro sólo puede presentarse tratándose de una obligación sobre cosa cierta. De otro lado, ella no se aplica sino en los contratos sinalagmáticos, pues en los unilaterales, sobre todo en aquellos que no son onerosos, la cosa, pendiente la condición, queda a riesgo del acreedor.

(*) *La referencia es al Código Civil de 1852. (Nota del editor).*

1) Con relación a las condiciones suspensivas pueden presentarse los siguientes supuestos: a) Pérdida sobrevenida a la cosa sin culpa del obligado; b) Pérdida producida con culpa de éste; c) Deterioro sobrevenido sin culpa del deudor; d) Deterioro ocurrido con culpa del deudor.

a) Si la cosa se pierde sin culpa del deudor, la obligación se extingue, o sea que el deudor de la cosa no puede exigir la contraprestación del acreedor (es en este sentido que se dice que el riesgo es para el deudor, contrariamente a la regla de **res perit creditori**; que el Código francés impone en el art.1138). La solución se apoya en que los elementos constitutivos de la obligación deben subsistir hasta el momento en que la condición se verifique; si falta, pues, la cosa materia de la obligación, no se puede concebir que ésta exista; luego, no puede haber contraprestación posible a demandar.

La anterior solución, que es la que lógicamente debe imperar (y se consagra en el Código de Méjico: art.194, inc.1), ha de considerarse reinante dentro de la economía del Código peruano, así sea que en el título que ahora se analiza no se trata de la prestación del riesgo y el peligro. El art.1175 (art. 1138, inc. 5, C.C. 1984), referente al régimen de las obligaciones de dar, prescribe que si la cosa mueble se pierde sin culpa del deudor, pendiente una condición suspensiva, se disuelve la obligación. La decisión es correcta; pero lo que no se llega a comprender es por qué se ha limitado al caso de prestación de cosa mueble. ¿Es que tratándose de cosa inmueble el resultado ha de ser otro, debiendo el acreedor pagar el precio de la cosa? No puede haber razón para un tratamiento distinto; la condición no puede en un caso obrar irretroactivamente y en otro retroactivamente: art.1110) (art. 177, C.C. 1984). La razón determinante del art.1175 (art. 1138, inc. 5, C.C. 1984) es establecer esto: que sólo a partir de la tradición se perfecciona el contrato, tratándose de cosa mueble y el riesgo se transporta al acreedor de ella. Cuando se refiere al caso de la condición suspensiva, sólo consigna una circunstancia adherente, o sea, que quiere disipar toda duda, en el sentido que la regla de que sólo a partir de la tradición hay la asunción del riesgo por el acreedor, también se aplica al caso de obligación de dar bajo condición suspensiva. Es decir, que esto último es sólo una aclaración complementaria, no una limitación del caso, para que por interpretación en contrario se pueda suponer que en la obligación de dar una cosa inmueble, el acreedor de ésta responde por su pérdida, ocurrida pendiente la condición. Agregaremos ahora, a lo dicho antes, que no habría inconveniente para que convencionalmente el riesgo lo asumiere el acreedor; pudiendo ello convenirse aun tácitamente (Demolombe).

b) Si la cosa se ha perdido por culpa del deudor, éste debe pagar su valor y los daños e intereses que fueran del caso.

No hay inconveniente en aplicar tal solución, vigente en el Código de Napoleón (art.1182) y de Méjico (art.1948, inc.2), en nuestra legislación, por inferencia de lo previsto en el artículo 1176 (art. 1138, inc. 1, C.C. 1984), que contempla el caso de la responsabilidad de un obligado a dar cosa cierta, por pérdida imputable a él; aun cuando el artículo sólo se refiere a cosa mueble, es evidente que nada impide que el mismo obre tratándose de cosa inmueble (respecto a lo cual el Código nada ha dicho especialmente), como lo manifestamos al hacer el comentario del capítulo "de las obligaciones de dar"; y en consecuencia, tratándose de la pérdida de una cosa bajo condición suspensiva, no habrá, pues, motivo de diferencia para aplicar el principio recurrido, sea la cosa mueble o inmueble.

c) Si la cosa se ha deteriorado sin culpa del deudor, el art.1182 del Código francés prescribe que el acreedor puede resolver la obligación o exigir la cosa en su estado actual sin disminución del precio. En esta alternativa, el riesgo lo soporta el deudor o el acreedor, según que este último opte por la primera o la segunda determinación; pero en fin de cuentas, será el deudor el que lo soporte, desde que el acreedor optará por lo que más le convenga a él.

El Código peruano no se ocupa del asunto, en el título que ahora se analiza. Parece inaplicable lo resuelto en este punto por el art.1182 del Código francés, ya que es ilógico, pues si bien es plausible que la obligación quede disuelta, no se explica bien cómo en el otro supuesto, de mantenimiento de la obligación, el acreedor habría de pagar el precio sin disminución, o sea, que vendría a soportar el riesgo. Esto no es admisible, a lo menos implícitamente dentro de nuestro Código (art.1110) (art. 177, C.C. 1984), pues el acreedor, antes de realizarse la condición no es dueño de la cosa y no él, sino el deudor, debe responder del deterioro, por la regla de **res perit domino**. No era este el principio que regía en el Código derogado (*) el cual en su art.1284, decía que la cosa se entregaría, verificada la condición, "en el estado que se halle"; agregando que sólo en caso de culpa del obligado, sería éste responsable por daños. (En idéntica forma: el Código mejicano, art.1948, incs.3 y 4). Solución equivocada, por una errada aplicación de **res perit creditori**. El anteproyecto (art.49) incurría en idéntico error, recogiendo lo dispuesto en el art. 1284 referido del Código del 52. Pero como se observa, el actual se ha liberado de dicho error.

A falta de una prescripción expresa sobre la materia, es de perfecta aplicación lo previsto en el art.1177 (art. 1138, inc. 6, C.C. 1984), que

(*) *La referencia es al Código Civil de 1852. (Nota del editor).*

dispone que deteriorada la cosa por caso fortuito, la obligación se disuelve o puede el acreedor optar por recibir la cosa en el estado en que se hallare, con disminución proporcional del precio, si lo hubiere. Sólo que el art. habla únicamente de cosa mueble (pues no se ha ocupado de la prestación del riesgo y el peligro en los inmuebles); pero no hay reparo para que se aplique también al caso de cosa inmueble.

d) Si la cosa se ha deteriorado con culpa del deudor, el art.1182 del Código francés y el inc.4 del art.1948 del mejicano permiten al acreedor demandar la resolución de la obligación o exigir la cosa en el estado en que se halle, con daños y perjuicios.

El Código no dice nada sobre el punto, ni tampoco al ocuparse del régimen de las obligaciones de dar (art.1171 y sigts.) (art. 1132 y ss., C.C. 1984) se detiene en el deterioro de la cosa con culpa del obligado. Nosotros tratamos empero del caso, al comentar los arts.1175 á 1177, como no hay razón específica para que las soluciones que allí aconsejamos no se apliquen al caso que ahora planteamos, remitimos al lector al comentario concerniente a los aludidos artículos.

Debemos ahora pasar a ocuparnos del efecto de la pérdida o deterioro de la cosa cuando existe condición resolutoria; pero antes digamos que en las suspensivas, las mejoras o aumentos de la cosa corresponden al acreedor; lo que también, por lo demás, ocurre tratándose de las condiciones resolutorias.

2) Tratándose de las condiciones resolutorias, débese también distinguir cuatro supuestos, idénticos a los tratados con referencia a las condiciónes suspensivas; a saber: a) pérdida de la cosa sin culpa del deudor; b) pérdida de la cosa con su culpa; c) deterioro de la cosa sin culpa del mismo; d) deterioro con su culpa.

a) Si la cosa ha perecido por caso fortuito, desaparece la obligación correlativa para el otro contratante. Esto resulta del efecto irretroactivo de la condición. Si no, se debería pensar en lo contrario.

Supóngase, así, el caso de una venta bajo condición resolutoria. Dentro de la tesis de la retroactividad, resultaría que el vendedor se le reputaría que no ha dejado de ser dueño, y **res perit domino**, o sea que la pérdida debería soportarla dicho vendedor (deudor del precio). Así lo sostienen Duranton, Larombière, Giorgi. Pero otros autores piensan distintamente; que no habrá restitución de precio, y niegan así el efecto retroactivo a la condición (Toullier, Marcadé, Colmet y Santere, Aubry y Rau, Demolombe, Laurent, Pacifici-Mazzoni), o sea que la pérdida la soportará el comprador (acreedor del precio). De acuerdo con el art.1110 del Código (art. 177, C.C. 1984), no hay duda que la última solución es la que debe ser acogida.

b) Si la cosa ha perecido por culpa del deudor, no hay duda que la solución es la misma indicada cuando se trató del caso en relación a las condiciones suspensivas: el deudor responderá del valor de la cosa y de los daños y perjuicios.

c) En lo que se refiere al deterioro fortuito de la cosa, puede pensarse bien:

1) Que el obligado a restituir la cosa (deudor de ella), tenga derecho a obtener la restitución integral del precio;

2) Bien que la otra parte (el acreedor de la cosa) tenga derecho a disolver la obligación o a recibir la cosa en el estado en que se hallare, con disminución proporcional del precio correspondiente.

Dentro de la primera tesis el daño lo viene, así a padecer el acreedor de la cosa; dentro de la segunda, el deudor de la misma. La primera tesis se armoniza con el principio de que el acreedor de la cosa, el que debe obtenerla de nuevo en virtud de la realización de la condición resolutoria, debe estimársele en todo momento como dueño de ella; de tal modo que él debe sufrir por esta causa el deterioro sobrevenido a la cosa; es decir, que se está aquí dentro del principio de la retroacción de la condición. La segunda tesis, por el contrario, supone que al deudor de la cosa, al obligado a restituirla por la realización de la condición resolutoria, debe reputársele como dueño de la cosa desde el momento que se produjo la declaración; de tal suerte que él debe soportar el deterioro fortuito sobrevenido a la misma; es decir, que domina aquí el principio de la irretroacción de la condición.

Así, en una y otra hipótesis **res perit domino**, como es natural; y sólo la discrepancia arranca de precisar a cuál de las partes debe reputársele como dueño de la cosa, en el intérvalo entre la declaración y el verificarse la condición. Ajustando el examen del problema a lo que dispone el art.1110 (art. 177, C.C. 1984), es evidente que habrá que concluir que el riesgo lo debe soportar el obligado a la devolución de la cosa, el deudor de ella por la producción de la condición resolutoria, de modo que la otra parte, el acreedor de la cosa, podrá disolver la obligación, o recibir la cosa deteriorada, pero con disminución proporcional en la contraprestación a cumplir por dicha parte.

d) Si el deterioro se produce por culpa del obligado a devolver la cosa, las mismas indicaciones dadas al tratar del punto en relación a las condiciones suspensivas son ahora pertinentes. Nos referimos, pues, a lo dicho entonces.

Sobre este punto, del efecto de la pérdida o desmedro en la cosa antes de la verificación de la condición, es de recomendar la fórmula usada por el Código ruso (art.42): "La persona que disfrutare o hubiese

de disfrutar derechos o se hubiese comprometido a cumplir obligaciones y estuviese sometida al cumplimiento de una condición, no deberá originar estados de cosas que pudiesen comprometer o anular el derecho sometido a condición. En caso contrario, en el momento del cumplimiento de la condición, débese responder".

Veamos otras consecuencias en la condición suspensiva cumplida, con referencia a sus efectos en el pasado.

El acreedor condicional puede disponer de su derecho, alienándolo, hipotecándolo, **pendente conditione**, consolidándose la trasmisión o constitución de tales derechos al acaecer la condición; y así tratándose del caso consignado por Pothier, de "una obligación que ha sido contraída por medio de un acto constitutivo de hipoteca, ésta se considera contraída desde el día del contrato, aunque la condición se haya venido a cumplir posteriormente" (salvo las preferencias propias de las inscripciones de los derechos hipotecarios).

En cambio, los actos de disposición o constitución de derechos en favor de tercero, realizados por el deudor de la cosa antes de la verificación de la condición, se resuelven con ésta.

La obligación condicional se trasmite a los herederos de las partes, que fallecen antes de la verificación del evento.

Los actos de administración practicados pendiente la condición, se mantienen al sobrevenir ésta. Tampoco hay lugar a restitución de frutos e intereses.

Ahora bien, parecería como si los últimos efectos citados sólo pudiesen presentarse en consideración a la fuerza de retroacción de la condición. Demolombe defendió la tesis, poniendo en su favor todo el peso de su enorme autoridad. Él escribe: "la convención debe ser considerada como si hubiera sido contratada pura y simplemente desde el origen, y que las obligaciones y derechos que de ella resultan no deben ser apreciadas **ut ex nunc**, como desde el día de la verificación de la condición, sino **ut ex tunc**, como desde el día en que el contrato ha sido consentido. No es, pues, el acontecimiento mismo de la condición el que crea los derechos y las obligaciones, a los cuales el contrato da actualmente nacimiento; este acontecimiento no es sino declarativo y los hace simplemente aparecer, deshaciéndolos de la eventualidad que los tenía en suspenso y que hasta entonces había escapado a la previsión humana. Los derechos y las obligaciones son, en efecto, en todos los contratos, cualesquiera que sean, ya puros y simples, ya condicionales, el producto de la convención. Y la convención de las partes, aunque ella sea condicional, es perfecta desde el día en que ella ha tenido lugar, que deben remontar, **ex post facto**, una vez cumplida la condición, los

derechos y las obligaciones de las cuales ella es su causa! También tal ha sido siempre la doctrina científica: **In stipulationibus**, decía Paulo, **id tempus spectatur quo contrahimus** (L.78 ff. De Verbor.obligat.; L.144,ç 1, de Reg. juris; Pothier, Nº220). Esta explicación nos parece jurídica..... La regla, pues, que precisa sustentar, según nosotros, es que el contrato condicional es perfecto desde el día en que ha sido formado por el consentimiento mutuo de las partes, y que es en este día cuando se debe apreciar si él reúne los elementos esenciales para su formación. Tal es, decimos, la regla cuando la ley no ha hecho excepción. Convenimos que ella la ha hecho en lo que concierne a los riesgos de la cosa; una excepción muy notable en el artículo 1182; pero esta es, en efecto, una excepción a la regla científica, que gobierna nuestra materia. ¿Es que, por ejemplo, un nuevo consentimiento de las partes es necesario, aunque la condición se haya cumplido? ¿Y si una de ellas se cuida de declarar que ella ya no consiente, debería decirse que el contrato no puede formarse, porque él no reúne entonces, en el momento en que se ha cumplido la condición, los elementos esenciales a su formación? Evidentemente no.... Respecto a la capacidad de las partes, es suficiente que ella exista en el momento del contrato; y no es necesario que exista todavía en el momento del cumplimiento de la condición....". Otra consecuencia de la retroactividad de la condición es la que Pothier señala en su número 221: "Si la obligación condicional ha sido contratada por un acto que constituye hipoteca, la hipoteca se considerará adquirida desde el día del contrato, aunque la condición no exista sino mucho tiempo después. Este ejemplo es siempre exacto; agregándose, sin embargo, que no es desde el día del contrato que la hipoteca tiene fuerza sino desde el día de la inscripción (art.2134)... Esto que decimos de la hipoteca intermediaria, se puede decir igualmente de todas las cargas reales, servidumbres o usufructos, con los cuales el deudor habría podido, **pendente conditione**, gravar el inmueble, que ha sido materia del contrato (art.2125). Precisa decir lo mismo de las enajenaciones, sea a título gratuito, sea a título oneroso, que él habría podido consentir respecto al inmueble. Esta última consecuencia de la retroactividad de la condición cumplida, es ciertamente la más enérgica y la más importante... Nosotros hemos reconocido ya, que el contrato condicional trasmite al estipulante, desde antes de la realización de la condición, un derecho real sobre el inmueble que es objeto de la obligación (**supra,** Nº 357 bis)... Es este derecho, preexistente ya en germen, que el acontecimiento de la condición desenvuelve y consolida, retrotrayéndolo al día en que la convención ha sido consentida".

Pero posteriormente, más de un autor ha recalcado que los efectos de la condición, antes tratados, y que merecieron la atención de Demolombe, para la elucidación del problema conforme a los párrafos citados, no requieren propiamente acogerse al recurso de la retroactividad.

Colin y Capitant se han declarado sobre el particular. Han escrito: "La retroactividad de la condición, proclamada por el Código Civil, es evidentemente una ficción, porque hace remozar los efectos del acto a una época anterior a la realización del hecho al que estaba ligada su suerte. Conviene explicar la razón de ser y el alcance de esta ficción, pues los comentaristas han exagerado con frecuencia sus efectos, en contra del pensamiento mismo de los redactores. Aunque se pueden encontrar huellas de la idea de retroactividad en algunos textos del Derecho romano, es evidente que nunca los jurisconsultos romanos han atribuído en principio a la condición carácter retroactivo y numerosos textos contradicen esta idea". Después de citar la trasmisión de derechos y obligaciones a herederos y el caso de constitución de hipoteca pendiente la condición, escriben: "Se ve inmediatamente que estas dos soluciones pueden ser explicadas de un modo mucho más sencillo que por medio de la retroactividad. Si el derecho del acreedor muerto **pendente conditione** pasa al heredero, es porque el acto jurídico ha creado un vínculo de derecho que se trasmite a los herederos. Por otra parte, nada impide constituir una hipoteca en garantía de un crédito futuro, a **fortiori** en garantía de un crédito condicional. Sea de ello lo que quiera, lo cierto es que los redactores del Código han tomado la ficción de la retroactividad de Pothier (basta leer el artículo 1179 para convencerse), sin concederle más importancia, sin convertirla en un principio que domine todos los efectos de la condición.... En resumen, la retroactividad no ha sido admitida nunca por el legislador más que como un procedimiento técnico para explicar ciertos efectos del acto condicional".

Examinan en seguida los autores citados, tales efectos: la imposibilidad de retractarse del vínculo obligatorial, la extinción de derechos reales constituídos por el propietario interín, el aumento en el valor de la cosa, la constitución del derecho real por el adquirente condicional; y con respecto a tales efectos dicen: "Dado que las reglas precedentes se explican fácilmente por medio de la simple idea de que la obligación existe ya, aunque con una existencia aún incompleta e imperfecta desde antes del cumplimiento de la condición, la única ventaja de la ficción de la retroactividad es la de hacer estos efectos más patentes, más claros. Conviene aún hacer constar que se podría prescindir de dicha ficción sin cambiar nada en las consecuencias que de ella dicen desprenderse. Nada más fácil, por ejemplo, que justificar la desaparición de los derechos reales constituídos por el enajenante bajo condición, antes de que ésta se cumpliera. Es una consecuencia de la regla **nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet**.... ¿Hay que extender más aún de lo que hemos hecho las consecuencias lógicas de la regla de la retroactividad? No lo creemos. En nuestra opinión es una equivocación convertida en regla imperativa que domine toda nuestra materia; es desconocer la verdadera naturaleza de la condición.

Colocándonos, por lo tanto, en otro punto de vista, hay que volver a la realidad y decir que el acto produce sus efectos desde el día en que el acontecimiento se verifica. Creemos que la ley está conforme con nuestro modo de ver".

En seguida los mismos Colin y Capitant consignan los variados casos conforme a los cuales la condición no obra en el pasado (prestación del riesgo, percepción de frutos e intereses, etc.). Y agregan: "En una palabra, restringimos todo lo posible las consecuencias de la ficción de la retroactividad de la condición. Nos negamos a ver en ella, como hacen con demasiada frecuencia los intérpretes del Código Civil, un principio general que, por efecto de un simple razonamiento deductivo y a pesar de los inconvenientes económicos innegables que de él se desprenden, es necesario aplicar con todas sus consecuencias, aún en el caso de que el texto de la ley no lo imponga expresamente. Es que, en efecto, no llegamos a discernir el motivo de razón o de equidad en que se podría fundarse la ficción tan generalizada. En vano se ha pretendido que la retroactividad de la condición procede de la intención presunta de los autores de la obligación. Los que la han creado, se dice, al subordinarla a un acontecimiento futuro e incierto, han querido, en caso de realización ulterior de este acontecimiento, encontrarse colocados desde entonces en la situación que habrían aceptado si hubiesen podido leer en lo porvenir, y si, en la seguridad del acontecimiento previsto, hubiesen realizado un acto puro y simple. Pero aquí hay, evidentemente, una interpretación completamente adivinatoria. Ciertamente, si las partes tienen la intención que se les atribuye, no tiene nada de imposible el que le den efecto, uniendo eventualmente a la condición consecuencias retroactivas. Pero es necesario que se expresen en este sentido. Si han guardado silencio, es más razonable pensar que al subordinar la obligación a un acontecimiento futuro, han querido retrasar su nacimiento para lo porvenir. Esta interpretación se impone tanto más cuanto que es la más favorable a los intereses de los terceros, evidentemente sacrificados en la tesis de la retroactividad."

Resulta así explicable el movimiento contrario al principio de la retroactividad, que se nota en el derecho contemporáneo. Se combaten, por inconvincentes, las argumentaciones de los autores clásicos franceses, la explicación antes recogida de Demolombe, como la de Larombière o la de Marcadé, cuando se han ocupado de la materia.

Hemos hecho antes mención de la posición preferida por dos grandes códigos modernos, el alemán y el suizo. También la reforma argentina es de igual parecer. Bibiloni es marcadamente enérgico sobre el particular. ¿Por qué ciertos efectos de causas anteriores a la verificación de la condición han de respetarse? Es que el acto **sub conditione** existe; no depende su ser del hecho puesto como condición. Ciertamente los

efectos están subordinados a un acontecimiento futuro, pero entonces de lo que se trata por la naturaleza de las cosas, es de un aplazamiento. Tales efectos no surgen coetáneamente con el acto, sino que quedan pendientes, sujetos a la eventualidad de la producción del hecho incierto y futuro. Los partidarios de la irretroacción, por eso alaban al derecho alemán, que declaró como principio, la no retroactividad de la condición, salvo pacto en contrario. Planck, comenta así el artículo (art.159), a que se contrae la regla: "una fuerza retroactiva no tiene la verificación de la condición. El efecto que depende de la condición, al verificarse ésta, no se considera como realizado al cerrarse el negocio, sino se crea tan sólo con la realización de la condición. Sin embargo, las partes pueden convenir la retroacción. Pero el artículo 159 determina que no tiene lugar una retroacción de carácter real, sino sólo obligacional, cuando tal intención se revela de las circunstancias. Las partes no pueden acordar una retroacción real."

Y así, enfrentadas las tesis de la retroactividad y la irretroactividad (sostenida la primera por los más eminentes autores clásicos, recogida por el proyecto franco-italiano; propugnada la segunda por la doctrina alemana, por influencia del dispositivo 159 del B.G.B.), se saca la impresión de que más vale no imponer en la ley una declaración general sobre el punto. Por la naturaleza de las relaciones, de los mismos efectos jurídicos que conciernen a las situaciones derivadas de una convención condicional, resulta que algunos de los efectos de la condición remontan al pasado y otros no. Para explicar los primeros no es de necesidad declarar la retroactividad, para explicar los segundos no es tampoco necesario declarar la irretroactividad. La incidencia de las reglas colaterales, referentes a las cuestiones que plantean esos efectos, explican suficientemente que unos obran **ex nunc** y otros **ex tunc**. Hacer una declaración general de principio en uno u otro sentido es falible, pues no puede librarse de una serie de limitaciones y derogaciones.

El artículo 1110 (art. 177, C.C. 1984), que dice que la condición no funciona retroactivamente, permite, empero, que se estipule lo contrario, conforme a la inspiración del número 159 del Código alemán. Las partes pueden determinar que la retroactividad se extienda hasta la fecha de la declaración o sólo hasta fecha posterior a ésta, es decir, entre esta última y la verificación de la condición (Staudinger).

CUMPLIMIENTO E INCUMPLIMIENTO MALICIOSO DE LA CONDICION

Art. 176 (C.C. 1984).- Si se impidiese de mala fe el cumplimiento de la condición por la parte en cuyo detrimento habría de realizarse, se considerará cumplida.

Al contrario, se considerará no cumplida, si se ha llevado a efecto de mala fe por la parte a quien aproveche tal cumplimiento.

Art. 1111 (C.C. 1936).- Si se impidiese de mala fe el cumplimiento de la condición, por la parte en cuyo detrimento habría de realizarse, se considerará cumplida.

Se considerará al contrario, como no verificada, si se ha llevado a efecto de mala fe, por la parte a quien aprovecha su cumplimiento.

Referencias.- Digesto, lib.XXXV, tít.1; f.81 ç 1; lib.XLV, tít.1, f.85 ç 7; L, tít.17, f.39 y 161; arts.1178 del Código de Francia; 679 y 681 de Portugal; 1119 de España; 162 de Alemania; 156 de Suiza; 120 de Brasil; 1296 de Holanda; 130 de Japón; 571 y 572 de Argentina; 169 de Bolivia; 1336 de Méjico; 1420 de Uruguay; 154 de Turquía; chino 101; polaco, 48; venezolano, 1205, 1208; italiano, 1359 (1169); soviético, 43.

Verificación de la condición como sanción a la mala fe

La primera parte del artículo se fundamenta, pues el obligado debe respetar la relación jurídica que lo vincula al acreedor, y faltará a ella, impidiendo maliciosamente que la obligación devenga exigible, siendo así que la verificación de la condición no depende de la voluntad del deudor.

Por lo tanto, es lógico que se sancione la regla instituída ya desde los romanos: **in iure civil receptum est, quotiens per eum, cuius interest conditionem non impleri, fiat quominis impleatur, haberi ac si impleta conditio fuisset.**

No podría, en consecuencia, el deudor "destruir ni deteriorar la cosa condicionalmente adeudada, estando además obligado a adoptar las medidas necesarias para su conservación y respondiendo, en este punto, del grado de diligencia que se desprenda de la obligación definitiva; grado de diligencia que deberá apreciarse, por tanto, con una benevolencia mayor cuando el negocio no les reporte ninguna ventaja" (Von Tuhr). La enajenación de la cosa en el período de la interinidad es, en cierto modo, un supuesto que cae dentro del radio del art.1111 (art. 176, C.C. 1984);

pero puede la aplicación de este precepto tener solamente efecto en las relaciones internas entre las partes, dejándose a salvo el derecho del adquirente si obró de buena fe.

Entre las partes, en tal supuesto, hay responsabilidad por daños y perjuicios contra el contratante que procedió con mala fe, de acuerdo con el art.1111 (art. 176, C.C. 1984).

En el Restatement se encuentra consagrado el principio de que la condición queda excusada (**excused**) y por lo tanto la promesa es exequible **without the existence or occurrence of the condition** (Nº 294, Contracts). En efecto en el Nº 295 se indica: "if the promisor prevents or hinders the occurrence of a condition, or the performance of a return promise, and the condition would have occurred or the performance of the return promise been rendered except for such prevention or hindrance, the condition is excused, and the actual or threatened non performance of the return promise does not discharge the promisor's duty, unless a) the prevention or hindrance by the promisor is caused or justified by the conduct or pecuniary circunstances of the other party; or b) the terms of the contract are such that the risk of such prevention or hindrance as occurs is asumed by the other party... Y en el Nº 307 se indica: The happening of a condition subsequent that by the specific terms of a contract is to terminate a promisor's duty does not operate as a termination if the happening of the condition is cause or rendered inevitable by: a) the promisor's unjustified conduct, or b) events that occur without the promisee's fault, and that cannot have been within the contemplation of the parties when the contract was made, unless continuance of the duty subjects the promisor to a materially increased burden.

En cuanto a la segunda parte del artículo, complementa a la anterior en lo que respecta a la conducta del estipulante. Éste faltaría también al carácter propio de la condición, de ser un acontecimiento extraño a la voluntad de las partes, provocando la producción de la misma.

En la hipótesis del segundo apartado del número 1111 (art. 176, C.C. 1984) hay, pues, idénticamente a la de la primera parte, una decisión legal, para considerar que ficcionalmente no que la **condicio existit**, sino que la **condicio deficit**.

Como la condición puede ser positiva o negativa, en el caso de la primera parte del artículo ahora tratado, si es positiva, el deudor asume una conducta reprobada, provocando el evento, y si la condición es negativa, empeciéndolo; y en el caso de la segunda parte del artículo, invirtiéndose los términos de la figura, si la condición es positiva el acreedor se comporta reprensiblemente provocando el evento, y si es negativa, impidiendo su realización.

La idea del artículo es que no se impida o no se provoque la realización de la condición por ninguna de las partes a que concierne la obligación respectiva, o sea, que si el impedimento o la provocación para la realización de la condición proviniere de hecho extraño a ellos, de fuerza mayor o de la voluntad de un tercero, no obraría el artículo 1111 (art. 176, C.C. 1984).

Claro está que se trata de condiciones en cuya producción o no producción las partes deben abstenerse de toda influencia determinante. De esta suerte, el artículo 1111 (art. 176, C.C. 1984) no será pertinente tratándose de condiciones potestativas no prohibidas por el Código, pues entonces la realización del efecto jurídico **sub conditione** depende sólo de la voluntad del estipulante.

El artículo 1105 (art. 175, C.C. 1984) prevé el caso de una condición negativa. De ello resulta que **mutatis mutandis**, si la condición es positiva y llega a ser cierto que no se verificará, caduca automáticamente la condición antes del vencimiento del plazo. Así, si Cayo ha prometido vender su caballo a Ticio si en el plazo de diez años Sempronio vende su casa a Mevio, la condición se tendrá por no realizada desde que Sempronio o Mevio mueran.

No se puede en general estimar que funcione lo mandado del artículo 1111 (art. 176, C.C. 1984) cuando se trata del ejercicio regular de su derecho por el agente. "Si la realización de una condición -explica Endemann- depende de la voluntad de una persona, no se le puede reprochar, cuando obre de acuerdo con su voluntad; por ejemplo, a A se le debe entregar un legado de mil marcos, del precio de venta de una casa; pero el que la casa se venda, se deja a la determinación del heredero gravado. Si el heredero, así tenga buena oportunidad para ello, no la vende, no por ello puede decirse que obra de mala fe (**wider Treu und Glauben**), pues él ejercita su derecho."

De otro lado, como advierte Laurent, con referencia al artículo 1178 del Código francés, si es cierto que sobre el acreedor, en el caso de que el deudor impidiere la realización de la condición que hace exigible la obligación, no pesa el probar que sin el impedimento la condición se hubiera realizado, el deudor puede probar que ésta no se habría realizado con prescindencia del impedimento, de modo que el acreedor en tal caso nada puede reclamar, pues el hecho del deudor no ha causado en realidad perjuicio al acreedor.

Por último, según la observación de Larombière, el impedimento proveniente del deudor no debe reputarse como que dé por realizada la condición sino cuando se trata de un acto único, pues si se tratare de una obligación que se ejecute por varios actos sucesivos, la condición sólo se deberá reputar cumplida respecto de cada uno de los actos

particulares que el deudor ha impedido. El artículo, por lo demás, es una extensión de los ordenado en el número 1107 (art. 174, C.C. 1984).

La determinación de cuándo es aplicable lo previsto en el artículo 1111 (art. 176, C.C. 1984) es una cuestión a decidir según los datos concretos, en concordancia con la interpretación de la declaración. "No es necesario, por lo demás, que la intervención de una parte se produzca precisamente con el objeto de impedir o proveer a la producción de la condición, bastando que se revele únicamente la finalidad de perjudicar a la otra parte; es suficiente una intervención indirecta, conscientemente indebida, en el transcurso de la condición; lo único que se necesita es una intervención de una manera opuesta al sentido, a la tendencia del negocio jurídico. Una tal intervención indebida es posible, como dice Rehbein, con toda razón, también en caso de condiciones puramente potestativas, siempre que ellas en general sean eficaces" (Staudinger). En la misma forma se expresa Dernburg.

No habrá presunción sobre el cumplimiento o incumplimiento de mala fe de la obligación; es ésta una cuestión que necesita comprobarse para que se invoque la aplicación del precepto. Además, debe repararse que precisa que el cumplimiento de la obligación se impida o que él se efectúe, según resulta de los términos en que está concebido el precepto, para que se aplique su sanción; de tal modo que no bastaría con que meramente se dificultase el cumplimiento o se facilitase el mismo.

Por la naturaleza del precepto, éste es de orden público; no cabría, pues, excluir su eficacia por determinación de las partes, expresada en el respectivo acto: **malitis non est indulgedum**.

Llevando más allá el deber de mutua lealtad **inter** partes, Kohler considera que una de éstas, si tiene conocimiento de la realización del hecho puesto como condición, debe avisar a la otra parte, si aquélla sabe que la última desconoce esa circunstancia y tendría interés en conocerla.

BENEFICIO DEL PLAZO

Art. 179 (C.C. 1984).- El plazo suspensivo se presume establecido en beneficio del deudor, a no ser que del tenor del instrumento o de otras circunstancias, resultase haberse puesto en favor del acreedor o de ambos.

Art. 1112 (C.C. 1936).- El plazo se presume establecido en beneficio del deudor, a no ser que del tenor del instrumento o de otras circunstancias resultase haberse puesto en favor del acreedor o de ambos.

Referencias.- Digesto, lib.XII, tít.6, fr.10 y 17; lib.XLV, tít.1, Nº 46; Institutas, lib.III, tít.15; f.2; Digesto, lib.XLV, tít1, fr.38, Nº 16; fr.41, Nº 1; fr.46; lib.XLV, tít 1; fr.41, Nº 1; lib.L, tít.17, fr.17; arts.1185, 1186, 1187 del Código de Francia; 1433 de Uruguay; 1494 de Chile; 123 y 126 de Brasil; 740 de Portugal; 1306 de Holanda; 778 de Bolivia; 271 de Alemania; Suiza, art.81; Méjico, 1958; Argentina, 570; España,1127; Austria, 1413; Turquía, art.80; de Japón, 130; Italia, 1183-5 (1172, 1175); Venezuela, 1214.

El plazo: noción

El plazo es otra modalidad, otro elemento accidental en los actos jurídicos. El decurso del tiempo tiene entonces una trascendencia fundamental en relación a los efectos de los mismos.

Se puede distinguir diferentes manifestaciones en relación al plazo, que son las siguientes:

a) **Dies certus an et quando.** Aquí el término es determinable con toda exactitud: se puede saber el día a que concierne dicho término. Así, si se dice: te pagaré el 20 de enero de 1956, o la próxima Navidad, o de aquí a 5 meses.

b) **Dies certus an et incertus quando.** Aquí el término tiene que presentarse inevitablemente, pero no se sabe por anticipado qué día será. Como si se dice: cuando Pedro muera. (En efecto, llegará indefectiblemente un día en que Pedro fallezca; sólo que no sabe que día será ése).

c) **Dies incertus an et certus quando.** Aquí no se sabe si el término tendrá lugar, para la finalidad del efecto jurídico subordinado a tal término, aunque se puede saber con toda precisión el día a que alude ese término. Así, si digo: te pagaré cuando Pablo, ahora menor de edad, sea mayor de edad, Pablo cumple 21 años el 5 de febrero de 1960; de modo que el término indicado es fijable con toda certidumbre cronológicamente; pero lo incierto está en que acaezca el hecho para que el término produzca

sus efectos en relación al acto, pues puede ocurrir que Pablo muera antes del 5 de febrero de 1960.

d) **Dies incertus an et quando.** Aquí hay incertidumbre acerca de si el término se presentará y, por ende, cuándo se presentaría. Así, si digo: te pagaré el día que Juan se case. Puede Juan no casarse nunca.

En los casos c) y d) no hay propiamente un plazo, sino una condición.

En el plazo, pues, debe haber certidumbre en cuanto a que el término llegará **dies certus an**, pero ese término, el día para que el acto produzca su ejecución o cese sus efectos, puede ser cierto (**dies certus quando**) o incierto (**dies incertus quando**).

Propiamente el plazo, en el verdadero sentido técnico del término, sólo existe cuando no se trata de uno incierto en cuanto a su realización misma, pues entonces se está más propiamente dentro de una condición, desde que hace eventual completamente la producción del evento jurídico.

Características

Es decir, que el plazo ha de tener como caracteres propios, el ser futuro y necesario. (Tendrá necesariamente que acaecer).

En las declaraciones de voluntad que no consienten un carácter condicional, tampoco es admisible que queden sujetos a la modalidad del plazo. Su inclusión anularía todo el acto (Endemann).

La existencia de un plazo, como de cualquiera modalidad, no se presupone: ha de surgir del pacto, expresa o tácitamente.

De modo, pues, que por regla las partes pueden establecer el plazo libremente, en mérito del principio de la autonomía de la voluntad. Pero hay negocios que no toleran plazo, porque deben ser puros. Así, el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de hijo, desde que determinan un **status** en las personas de carácter en cierta manera permanente. No cabe tampoco el plazo en relación a las asignaciones hereditarias forzosas, a la desheredación, a la aceptación de herencia. Tampoco en los actos de disposición (en cuanto a su término **ad diem**), pues ello implicaría una **contradictio in adjecto**. Otros negocios requieren indispensablemente un plazo final; así el arrendamiento, la locación de servicios, el usufructo, la renta vitalicia, en cierto modo la sociedad y la fianza.

Bien sea el plazo uno **ex die** o uno **ex diem**, para verificar la validez del negocio, v.g. en lo relativo a los vicios del consentimiento y a la capacidad, lo único que importa es el momento de la concertación del negocio, y carece de trascendencia a este propósito el momento de la ejecución de los efectos o de la conclusión de éstos.

Clases: determinado e indeterminado

La duración del plazo puede estar determinada, estipulándose el lapso de su comprensión de modo preciso, de tal suerte que se sabe cuándo aquél concluye; así, si yo digo que te arriendo mi casa por tres años. Pero puede haber también un plazo indeterminado en cuanto no esté precisado el día en que acabe el negocio. Así sucede en relación a los arrendamientos de plazo indeterminado (artículos 1496 y 1497), de sociedad (art.1692).

En defecto de plazo, estipulado o resultante de la naturaleza del negocio, la obligación -como muy bien lo dice el artículo 74 del Código turco- puede ser ejecutada y su ejecución puede ser exigida inmediatamente. Es la regla **dies cedit et venit.**

Suspensivo y resolutorio

El plazo puede ser suspensivo o resolutorio, según que importe el nacimiento o terminación de la relación jurídica. Hay, así, el término inicial **(dies a quo, ex die)** y el final **(dies ad quem, ad diem)**, que importan respectivamente el comienzo o el final del plazo.

El plazo suspensivo difiere hasta su llegada, no el nacimiento pero sí la exigibilidad de la obligación. El artículo 123 del Código brasileño por eso dice con certeza, que el "término inicial suspende el ejercicio, mas no la adquisición del derecho".

Quiere esto decir, en consecuencia, que con el plazo incial no hay más incertidumbre que la relativa al momento en que los efectos del acto se produzcan, pero sin incertidumbre sobre su necesaria producción. El crédito está aplazado en su exigibilidad.

Los efectos que derivan de que **in diem autem dilata solutio,** además del inmediato y natural, de no poderse exigir la prestación, son los siguientes: el deudor no puede oponer compensación, ya que ésta sólo funciona entre obligaciones exigibles; (por eso el artículo 1294 (art. 1288, C.C. 1984) habla de deudas "exigibles") no puede constituirse en mora al deudor; no corre la prescripción contra el acreedor; el acreedor puede realizar todos los actos de conservación de su derecho; si el deudor a plazo destruye o deteriora la cosa, es pasible de una pretensión de indemnización en favor del acreedor a plazo; los derechos y obligaciones son transmisibles. Puede el acreedor a plazo utilizar la acción pauliana.

El vencimiento del término no obra **ex tunc.** Pero es evidente que la trasmisión en favor de tercero de derechos sobre el crédito diferido, en cuanto es incompatible con el derecho espectaticio del acreedor por el crédito con plazo, es inoperante frente al último. El cesionario a plazo tiene un derecho a firme, pues lo único que está en pendencia es el

momento en que haga efectivo su derecho. Sólo podría el tercero valerse de la inoponibilidad de la cesión a plazo, en cuanto se puede amparar en la buena fe, por inferencia de las reglas generales.

En cuanto al plazo resolutorio, es aquel que antes de su vencimiento faculta al acreedor para ejercer su respectivo derecho, y una vez vencido lo extingue.

Por la naturaleza de ciertos negocios, el plazo resolutorio puede hacerse presente por voluntad de una de las partes. Así en el 1593 (art. 1736, C.C. 1984), en cuanto el comodante que necesita con urgencia la cosa prestada, puede solicitar su devolución; en el del artículo 1594 (art. 1737, C.C. 1984), en cuanto el comodante puede a su arbitrio solicitar la devolución de la cosa cuando no se ha determinado el objeto del uso, ni su duración resulta determinada por la costumbre; en el 1788 (art. 1899, C.C. 1984), que dispone: "Si la fianza se ha otorgado sin plazo determinado, puede el fiador pedir al acreedor, que haga efectivo su derecho. Si el acreedor no ejercita su derecho en el término de treinta días después de requerido, o si abandona el procedimiento por más de tres meses, el fiador quedará libre de su obligación." En el artículo 1646 (arts. 161 y 162, C.C. 1984), sobre revocación o renuncia del mandato; en el contrato de sociedad, en ciertos casos (art.1714, inc.7). Otros casos de plazo final impuesto por la ley, son los que aparecen de los artículos: 1489, "la donación hecha en forma de prestaciones periódicas se extingue con la muerte del donante, salvo si éste dispusiere lo contrario"; 964 (art. 1037, C.C. 1984), "las servidumbres son perpetuas, salvo las disposiciones de la ley o que el pacto les fije plazo". El art.1565 (art. 1787, C.C. 1984) establece (se refiere al contrato de empresa) que "este contrato se disuelve por muerte del empresario con quien se celebró"; agregando: "se exceptúa el caso en que el dueño de la obra conviniese en que se continúe por el heredero, o por el empresario que éste le proponga. Si no conviene, pagará al heredero el precio proporcional al trabajo hecho y el valor de los materiales preparados, si le fueren útiles."

También hay que observar que la ley con relación al plazo final, en ciertas ocasiones señala uno máximo como duración del negocio; así en los artículos : 1494 (art. 1688, C.C. 1984), "todo contrato en que se dé a un arrendamiento la duración de más de diez años, es nulo en lo que exceda de este plazo, cuando se trate del Estado, o de corporaciones o personas que no tienen la libre disposición de sus bienes. Respecto de los menores e incapaces, regirá lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 528"; y 1549, "la locación de servicios no se puede estipular por un plazo mayor de seis años, si se trata de servicios profesionales o de carácter técnico, y de tres años, si se trata de servicios materiales" (art. 1768, C.C. 1984).

La resolución sobreviene **ipso jure** con la llegada del término. No se requiere, por lo tanto, ninguna declaración al respecto, pues tal resolución ya estaba incluída al convenirse el negocio, era parte de éste mismo.

Si el plazo es por días, se computa conforme a la llamada **computatio civilis** (de medianoche a medianoche). Puede estipularse otra computación, a base de unidades temporales más breves, por ej., por horas; que es lo que se llama la **computatio naturalis** (a **momento ad momentum**). La extinción del derecho obra sin carácter retroactivo; pero es obvio advertir que quedan extinguidos los derechos creados o transferidos por el titular, pues **resoluto iure concedentis, resolvitur ius accipientis**, salvo el amparo del tercero adquirente en virtud de la buena fe con que hubiese procedido.

Presunción del beneficio del plazo

El artículo 1112 (art. 179, C.C. 1984), que da por supuestas las anteriores determinaciones, se concreta a formular una regla sobre la presunción a favor de quien se establece el plazo.

Si el plazo se considera constituído en provecho del deudor, a ése no le será exigible la prestación antes del vencimiento de aquél; pero el acreedor estará obligado a recibir el pago.

Como consecuencia de este supuesto de que el plazo se haya establecido en favor del deudor, si éste ofrece el pago y el acreedor lo rechaza, cae el último en mora.

Si el plazo es estipulado en favor del acreedor, el deudor no podrá pagar antes del vencimiento; pero el acreedor podrá demandarle dicho pago. Y si el plazo es establecido a favor de ambas partes, el acreedor no podrá ser compelido a recibir el pago, ni el deudor a ejecutarlo, pendiente el plazo.

La mayoría de los códigos disponen que el plazo se reputa constituído en beneficio del deudor. Pero hay algunos que optan por que se considere establecido en beneficio de ambas partes; por ejemplo, el Código argentino.

Lo natural es presumir que el plazo es en beneficio del promitente, pues como razona Borsari, "es un **quid minus** de la obligación no pagar inmediatamente, sino después de un cierto tiempo".

La presunción desaparece si otra ha sido la voluntad de las partes: que el plazo es en beneficio del acreedor, o de éste y del deudor. Tal voluntad puede estar expresamente declarada: es lo que el artículo 1155 significa cuando indica: "A no ser que el tenor del instrumento...", o puede inducirse racionalmente de "las circunstancias". Y Baudry Lacantinerie y

Barde, al respecto explican: "De las circunstancias o de otra manera dicho, de una cláusula tácita de la convención." En este punto es más precisa la fórmula usada por el Código suizo, en su artículo 81: "El deudor puede ejecutar su obligación antes del vencimiento, si la intención contraria de las partes no resulta ni de las cláusulas o de la naturaleza del contrato, ni de las circunstancias."

Es evidente que del "tenor del instrumento" puede resultar la inversión del beneficio del plazo, en favor del acreedor. Las partes son libres de establecer lo que sobre el particular deseen. Sólo anotaremos la impropiedad de la expresión "del tenor del instrumento". ¿Es que es indispensable la forma escrita? Absolutamente. Lo que aquí quiere decirse es estipulación, simplemente. En lo que hace a las circunstancias, la ley misma en ciertos casos determina por la naturaleza del vínculo, que el plazo obre en favor del acreedor. Así ocurre con el depósito, pues el inc.4 del art.1609 (art. 1837, C.C. 1984)dispone que el depositario devolverá la cosa depositada cuando la pida el depositante.

En cuanto a un plazo a que deban atenerse tanto acreedor como deudor, Beudant razona así: "La presunción legal está plenamente justificada cuando se trata de una operación que de ordinario se regula al contado o puede regularse al contado, como en la venta. No es igual en las operaciones que por su naturaleza suponen necesariamente un plazo. En el préstamo a interés, por ejem., el término no es una modalidad accidental; es esencial al contrato. Por eso puede decirse que si el que pide prestado puede prevalerse del término con el fin de no ser forzado a devolver antes del cumplimiento, el prestamista lo puede igualmente con el fin de que su capital quede colocado hasta entonces."

PAGO ANTES DEL VENCIMIENTO DEL PLAZO

Art. 180 (C.C. 1984).- El deudor que pagó antes del vencimiento del plazo suspensivo no puede repetir lo pagado. Pero, si pagó por ignorancia del plazo, tiene derecho a la repetición.

Art. 1113 (C.C. 1936).- El deudor que pagó antes del plazo no puede repetir lo pagado, pero si pagó por ignorancia del plazo, habrá lugar a la repetición.

Pago antes del vencimiento del plazo

El Derecho romano prescribió que el deudor que pagaba antes del plazo, por error, no podía ejercer la **condictio indebiti**, para repetir lo

pagado (Digesto, lib.XII, t.VI, inc.1). La misma solución es establecida en los códigos francés (art.1186), italiano (art.1185, ap.2), boliviano (art.777), chileno (art.1425), ecuatoriano (art.1485), mejicano (art.1957), alemán (813 al 2). El artículo 964 del Código brasileño permite la **condictio indebiti** para el caso de pago de deuda condicional; excluyendo así la deuda a plazo (Bevilaqua se refiere a esta exclusión). Por el contrario, permiten la repetición en caso de que el pago se hubiere verificado por error en cuanto a la existencia del plazo, los códigos de Argentina (art.571), Guatemala (art.1458), y el anterior peruano (art.1288). (*).

La facultad de repetir supone que no existe un **debitum**, aunque erróneamente lo haya creído el deudor; presupone, pues, que se haya pagado lo indebido. Tal circunstancia no ocurre tratándose de la deuda con plazo, porque la obligación existe, es cierto, y sólo están diferidos sus efectos. Si se pagó antes del plazo, no hay pago de lo indebido.

Dice con precisión Spencer Vampré; "Si el deudor paga antes del término, no podrá repetir el pago, aunque estuviere hecho por error, porque no paga lo indebido." Frente a este argumento para rechazar la **condictio indebiti**, no es bastante el argumento de que el error, en cuanto a la existencia del plazo, importa una renuncia de parte del **solvens**, que no ha sido de su voluntad realizar. Es insostenible la identificación que pretende el autor del Código, entre la situación del deudor bajo condición, que paga antes de realizarse ésta, y la del deudor a plazo, que paga antes de vencerse éste (Actas de las sesiones; fascículo 4, página 278), porque en el primer caso no hay aún un derecho creado, sino una expectativa, a diferencia del segundo caso, en que el derecho está constituído.

En consecuencia: es discutible la solución contenida en el artículo 1113 (art. 180, C.C. 1984), en cuanto permite ejercitar la **condicitio**, por pago anticipado hecho por ignorancia del plazo.

Según dicho artículo, no cabe la repetición si el pago se hizo sin tal ignorancia, pues entonces lo reputa como renuncia tácita al plazo; en lo que no existe inconveniente.

El proyecto franco-italiano tampoco acepta, en general, la repetición por pago anticipado de deudor; pero deja cierto recurso al deudor. En efecto, el artículo 118 dispone: "Lo que es debido a plazo no puede ser exigido antes del vencimiento del plazo, pero lo que ha sido pagado con anticipación no puede ser repetido, aunque el deudor ignore el término. En este último caso el deudor tiene el derecho de reclamar dentro de los

(*) *La referencia es al Código Civil de 1852.(Nota del editor).*

límites de su perjuicio, el enriquecimiento que este pago anticipado haya podido procurar al acreedor".

Idéntica decisión en lo atinente a repetición por causa de enriquecimiento, establecen el Código italiano vigente (art.1185) y el venezolano (art. 1213). El Código español permite reclamar, si hubo ignorancia del plazo en el **solvens**, intereses y frutos (art.1126). El alemán, disímilmente, rechaza toda reclamación por **interussurium** (art.813).

CADUCIDAD DEL PLAZO

Art. 181 (C.C. 1984).- El deudor pierde el derecho a utilizar el plazo:

1. *Cuando resulta insolvente después de contraída la obligación, salvo que garantice la deuda.*
   Se presume la insolvencia del deudor si dentro de los quince días de su emplazamiento judicial, no garantiza la deuda o no señala bienes libres de gravamen por valor suficiente para el cumplimiento de su prestación. (*)
2. *Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que se hubiese comprometido.*
3. *Cuando las garantías disminuyeren por acto propio del deudor, o desaparecieren por causa no imputable a éste a menos que sean inmediatamente sustituídas por otras equivalentes, a satisfacción del acreedor.*

La pérdida del derecho al plazo por las causales indicadas en los incisos precedentes, se declara a petición del interesado y se tramita como proceso sumarísimo. Son especialmente procedentes las medidas cautelares destinadas a asegurar la satisfacción del crédito. (*)

(*) *Párrafo adicionado por la 1ª disposición modificatoria del D. Leg. Nº 768 (Código Procesal Civil de 1992), recogido posteriormente en el Texto Unico Ordenado de dicho Código, aprobado por R.M. Nº 010-93-JUS de 8-01-93 y publicado el 22-04-93.*

Art. 1114 (C.C. 1936).- Perderá el deudor el derecho a utilizar el plazo;

1. *Cuando después de contraída la obligación resulte insolvente, salvo que garantice la deuda;*
2. *Cuando no otorgue al acreedor las garantía a que se hubiese comprometido;*
3. *Cuando por acto propio hubiese disminuído las garantías, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente substituídas por otras, a satisfacción del acreedor.*

Referencias.- Dig., lib.V, tít.1, f.41; Códigos de Francia, art.1188; Italia, 1186 (1176); España, 1129; Argentina, 572, 753, 754; Chile, 1496; Colombia, 1553; Ecuador, 1486; Perú, 1287; Turquía, 82; Suiza, 83; Japón, 137; Brasil, 954; Méjico, 1559 y 1560; Portugal, 741; Venezuela, 1215.

Caducidad del plazo: causales

Creada una relación jurídica **aut in diem**, ella existe, tiene eficacia jurídica, y únicamente están diferidas sus consecuencias.

Luego, el acreedor tiene más que una expectativa; tiene un derecho efectivo, con la garantía propia y legal de las obligaciones, consistente en el patrimonio del deudor, y las específicas que se hayan establecido. Si aquélla se esfuma, por caer el deudor en insolvencia, o si las segundas desparecen -o no llegan a constituirse-, el acreedor se verá frente a la amenaza de que la efectividad de su derecho puede resultar frustrada. Por eso la ley dispone que en tales casos sobreviene la caducidad o decaimiento del plazo.

Dice el artículo, en primer término, que la caducidad del plazo se produce cuando el deudor resulta insolvente, salvo que garantice la deuda (inciso 1).

La insolvencia, que inconcusamente hace desaparecer la razón de la concesión del plazo al deudor, está dada simplemente por la imposibilidad económica del mismo de responder por sus obligaciones. Como escribe Valverde y Valverde, "debemos advertir, que el Código en este artículo queda a salvo el caso de quiebra o concurso, en el que por disposición del artículo 1915 vencen todas las deudas a plazo, y hace alusión, por consiguiente, a casos de insolvencia, que aunque no declarada de modo oficial posteriormente a la constitución de la obligación (puesto que la ley quiere que tal situación sobrevenga a la obligación), se han realizado actos o han acaecido sucesos, que hay motivos racionales para suponer que habrá imposibilidad si no absoluta, relativa

al menos, de pagar lo debido. El acreedor, además del embargo preventivo que le concede la ley de enjuiciamiento, creemos que, al perder el deudor el derecho a utilizar el plazo, tendrá aquél la facultad de exigir la deuda". Estos casos de caducidad deben ser objeto de decisión judicial. "Sus ventajas prácticas (de esta resolución) son incontestables: sin una decisión judicial, sería muy difícil determinar el momento en el cual se ha producido la insolvencia del deudor y, en consecuencia, el momento de la caducidad del término; la utilización de las vías de ejecución en sí misma, no es absolutamente decisiva, como lo ha escrito M. Labbé; la aparición de la insolvencia es un hecho complejo, mutable, susceptible de progreso, que se concreta y se fija por una decisión del juez. Se puede preguntar únicamente si la caducidad será emplazada desde el día de la decisión judicial, o si conviene retrotraerla al día de la demanda; es en este último sentido que se pronuncia la Corte de Casación" (Josserand).

Al acreedor debe facilitársele, pues, que declare la caducidad desde que se dé el supuesto de hecho respectivo. El acreedor debe estar facultado para exigir de inmediato la obligación. Y sólo si el deudor se opone, invocando el plazo, se discutirá acerca de su decaimiento, resolviendo el juez el punto controvertido. La solución por la que se confiere eficacia a la caducidad a iniciativa del acreedor, es más expeditiva y responde más fidedignamente a la situación sobrevenida. La decisión del acreedor no puede empero ser definitiva. Si el deudor la discute, no queda otro camino que recurrirse a la decisión judicial, pues, en último término.

La limitación que contiene el primer inciso del artículo, "salvo que garantice la deuda", se explica por sí sola: desaparece la inseguridad en cuanto a la realización del crédito. Adviértase que el mandato legal habla de insolvencia, no de quiebra, que es situación distinta. "La insolvencia, según el sentido natural y obvio de esta palabra -escribe Alessandri Rodríguez- es la incapacidad de una persona para pagar sus deudas. No es lo mismo insolvencia que quiebra, ya que una persona puede ser insolvente y no hallarse en quiebra, o bien puede haber sido declarada en quiebra y no ser insolvente. La quiebra es la cesación de los pagos de un comerciante y se produce por la declaratoria de quiebra que hace el tribunal; y la insolvencia no es esto, sino la situación de imposibilidad material en que se encuentra una persona de poder pagar sus deudas; de ahí por qué el artículo 1496 haya considerado separadamente la quiebra y el concurso y la insolvencia, porque no son cosas sinónimas sino dos situaciones jurídicas distintas. Si así no fuera, habría bastado que el legislador hubiera hablado de la quiebra y del concurso, para referirse también, tácitamente, a la insolvencia. En el caso de la insolvencia, como que es un estado que se produce en determinadas circunstancias, para lo cual no es necesario que el Tribunal haga una declaración, será menester probar las circunstancias que han producido

el estado en que el deudor se encuentra, y que el juez haga una declaración de que el deudor está en insolvencia por concurrir esas mismas circunstancias; y será el acreedor quien deberá probar el hecho en que se funda su petición. Una vez declarada la insolvencia por el juez, se opera entonces, la caducidad del plazo que el deudor tenía para el cumplimiento de su obligación".

En segundo lugar, la caducidad del plazo sobreviene cuando faltan, desaparecen, o disminuyen las seguridades protectoras del derecho del titular (incs. 2 y 3). Desde luego se trata de garantías especiales; es decir, emanadas de la convención y dadas al acreedor. En consecuencia, no puede intervenir la regla legal ahora estudiada, por efecto de desaparición o disminución de la garantía legal en general que afecta al patrimonio del deudor, así, si no existiendo pacto de constitución de garantía especial (prenda, hipoteca, anticresis, fianza), el deudor grava sus bienes o los enajena. (Entonces sólo cabría el remedio pauliano, dentro de los supuestos que configuran este instituto). La solución legal se explica, pues la concesión del plazo se dió por el acreedor en consideración a las seguridades ofrecidas. Aplicaciones de la regla contenida en el inciso 2 del artículo 1114 (art. 181, C.C. 1984) se hallan en los numerales 991 y 1021 (arts. 1071 y 1110, C.C. 1984).

Las seguridades serán las dadas en el contrato mismo que sirve de punto de partida a la obligación; pero si posteriormente a aquél, el deudor hubiera dado otras seguridades para obtener la prorrogación del plazo, será aplicable a ellas la caducidad del mismo. Habrá de observarse con referencia al inciso 3, que mientras en el supuesto del caso fortuito es necesario que desaparezcan las garantías, en el supuesto de actos propios basta con que aquéllas hayan disminuído. Ello se explica como un mayor rigor legal contra el caso de falta, que contra el fortuito.

El Código francés sólo acepta el decaimiento del plazo cuando las seguridades se afectan por acto imputable al deudor. Nuestro Código siguiendo al español, va más allá, aceptando el decaimiento por causa sólo dependiente de caso fortuito, aunque con la taxativa de que en tal supuesto ellas deben desaparecer.

O sea, en otros términos que hay que considerar un elemento objetivo únicamente en un supuesto (el caso fortuito), consistente en la desaparición de las garantías, y en el otro supuesto (acto propio, imputable), hay que considerar dos elementos, el objetivo, la disminución de las garantías, y subjetivo, dicho hecho imputable.

Sin embargo, con relación al inciso tercero del artículo 1129 del Código español, de que es copia el 1114 del peruano (art. 181, C.C. 1984), los comentaristas españoles (por ej. Scaevola y Manresa Navarro) estiman que así no hayan desaparecido totalmente las garantías -por

caso fortuito- pero sí disminuído notablemente, hay lugar a decaimiento del plazo.

La constitución de nuevas garantías, en substitución a las anteriores, puede tener lugar tanto en el caso de que las últimas hayan desaparecido por caso fortuito, cuanto en el caso de que hubieran disminuído por acto del deudor. En ambos supuestos, constituídas las nuevas garantías vuelve a quedar suficientemente salvaguardado el derecho y, en consecuencia, renace el fundamento que hubo para la concesión del plazo. Es así insostenible la posición adoptada por Giorgi, cuando indica que en caso de disminución de las garantías -o de no constitución de las prometidas- no cabe remediar la situación por parte del deudor, con el otorgamiento de nuevas seguridades.

¿El decaimiento del plazo, en el caso contemplado en el inciso 3 del artículo 1114 (art. 181, C.C. 1984), obra de pleno derecho o requiere decisión judicial? No hay uniformidad de pareceres.

Al acreedor debe facultársele para que declare la caducidad, desde que se dé el supuesto de hecho respectivo. El acreedor debe estar facultado para exigir de inmediato la obligación. Y sólo si el deudor se opone, invocando el plazo, se discutirá acerca de su decaimiento, resolviendo el juez el punto controvertido. La solución por la que se confiere eficacia a la caducidad a iniciativa del acreedor, es más expeditiva y responde más fidedignamente a la situación sobrevenida. La decisión del acreedor no puede, empero, ser definitiva. Si el deudor la discute, no queda otro camino que recurrirse a la decisión judicial, pues en último término se trata de una cuestión de hecho, que el juez por lo mismo, debe apreciar y resolver. A él también corresponderá en su caso evaluar las garantías que ofreciere el deudor en substitución; pues aunque el inciso habla llanamente de que sean substituídas "a satisfacción del acreedor", no debe pensarse que queda confiada la decisión a su entero arbitrio y capricho, de tal modo que rechazare seguridades perfectamente saneadas, que garantizaran la obligación tan bien o mejor aún que las anteriores, desmedradas o desaparecidas. Lo contrario sería un uso abusivo del derecho por el acree-dor, que la ley no consiente (art.II, Título Preliminar) (art. II, T.P., C.C. 1984).

En cuanto al no otorgamiento de las garantías prometidas (inc.2), es un caso idéntico al contemplado en el inciso 3: el plazo se concedió en vista de las garantías prometidas, que salvaguardaban el crédito. Su falta hace desaparecer el plazo.

Como en los casos previstos en el inciso 3, en el contemplado en el inciso 2, por idéntico fundamento, el decaimiento del plazo debe ser pronunciado judicialmente.

En el caso del inciso segundo no hay una salvedad análoga a la que se consigna con referencia al supuesto del inciso 3; es decir, no se establece que el deudor podrá conservar el beneficio del plazo, constituyendo las garantías que habían dejado de establecer. "Pero entendemos -acota Manresa y Navarro, con referencia al inciso 2 del artículo 1129 del Código español- que así podrá hacerlo, puesto que un recurso análogo le queda en los demás casos; incluso en el que por actos suyos, hubiera disminuído la garantía constituída; hecho indudablemente más grave que el no constituir a tiempo las ofrecidas, y en el que no se debe tener más consideraciones que en este otro".

El decaimiento del plazo es susceptible de tener lugar en toda clase de obligaciones, quirografarias o privilegiadas.

PLAZO JUDICIAL

Art. 182 (C.C. 1984).- Si el acto no señala plazo, pero de su naturaleza y circunstancia se dedujere que ha querido concederse al deudor, el juez fija su duración.
También fija el juez la duración del plazo cuya determinación haya quedado a voluntad del deudor o un tercero y éstos no lo señalaren.
La demanda se tramita como proceso sumarísimo. **(*)**

Art. 1115 (C.C. 1936).- Si el acto no señala plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, el Juez fijará su duración.
También fijará el Juez la duración del plazo, cuando éste haya quedado a voluntad del deudor.

Referencias.- Digesto: lib.III, tít.5, 15; lib.XLIV, tít.4, fr.2, 6; XLVI, tít.7, fr.105; lib.XIII, tít.4, fr.2, 6; lib.XLV, tít.1, fr.14, 73, 137; lib.XVI, tít.2, fr.16, 1; Código de España, art.1128; Argentina, arts. 620 y 752; Chile, art.1494; Colombia, art.1551; Ecuador, art.1484; Italia, 1183, 2a parte (1173); Francia, 1244; Uruguay, 1440; Suiza, 81, 2a al.; venezolano, 1212.

(*) *Texto del párrafo según 1ª disposición modificatoria del D. Leg. Nº 768 (Código Procesal Civil de 1992), recogido posteriormente en el Texto Unico Ordenado de dicho Código, aprobado por R.M. Nº 010-93-JUS de 8-01-93 y publicado el 22-04-93.*

Clases de plazos: plazo convencional

El plazo puede distinguirse en convencional o legal. El primero, cuando resulta de la convención; el segundo, por determinación legal, en caso que falte el convencional. Así, el plazo de 30 días para el pago mutuo (art.1578) (art. 1656, C.C. 1984).

Plazo judicial

El plazo convencional puede ser expreso o ser tácito o implícito, que es el considerado en el artículo 1115 (art. 182, C.C. 1984). Es entonces que se habla de plazo judicial, para indicar que debe ser fijado por el juez. Serían casos de plazos judiciales los que resultan de los artículos 1668, 1686, 1117 y 1673, (ver art. 186, C.C. 1984). También sería el plazo judicial aplicable para las condiciones potestativas. Empero, hay que hacer una atingencia, en cuanto a la locución de plazo judicial. Sólo en cierto modo puede hablarse así. El juez no puede establecer un plazo, que las partes tendrán que aceptar, pese a que no estuviese convenido y en el supuesto que tampoco la ley lo fijase. El artículo 1344 del C. C. dispone: "Mientras las partes no estén conformes sobre todos los extremos del contrato, no se considerará concluído. La inteligencia sobre puntos aislados no producirá obligación, aunque se haya consignado por escrito" (art. 1359, C.C. 1984). El juez no puede atribuir una modalidad a una obligación, que sólo existe o porque se pacta o porque la ley, en silencio de los contratantes, la establece como disposición supletoria. Pero se habla usualmente de un plazo judicial por los autores. Es preciso entenderse. Cuando se habla de plazo judicial, no puede darse a significar que al juez le incumbe la determinación de que un plazo ha de existir, para que la obligación se cumpla; que forje su existencia. No. Sino sólo que a él le compete fijar su extensión, o sea determinar únicamente el término que corresponda al plazo. Pero esta facultad le es atribuída o por convención o por ley, que son las únicas fuentes capaces de originar la presencia de un plazo. Una cosa es, pues, la existencia misma del plazo y otra la fijación de su duración.

Al juez, en determinados casos, le puede ser permitido decidir acerca de esa duración. Y sólo en este sentido es propio hablar de un plazo judicial.

Desde luego no hay plazo pretoriano sino, amén de falta de uno convencional expreso, cuando no existe el plazo supletorio legal.

El plazo judicial puede, decimos -en el sentido indicado antes-, derivar del pacto o de la ley. El primer caso ocurre cuando en la convención se presenta un plazo tácito, en oposición a uno expreso. es el caso que prevé, precisamente, el artículo 1115 (art. 182, C.C. 1984).

El segundo caso se presenta en el llamado **délai de grâce** que acoge la legislación francesa. En nuestro Código este caso no se halla admitido.

El plazo convencional difiere el efecto jurídico de que se trate. De suerte que si la obligación carece de plazo convencional (expreso o tácito), o legal, será exigible inmediatamente, en todo caso, a lo menos dentro de nuestra legislación, que no ha dado entrada al término gracioso.

Determinación de la duración del plazo

En el caso del plazo tácito puede el juez determinar su duración a tenor del artículo 1115, primera parte (art. 182, C.C. 1984). Este artículo es reproducción del 1128 del Código español. Comentándolo escribe Valverde y Valverde: "Si las partes de una manera clara señalan el término, habrá que atenerse a lo pactado. Pero cuando esto no ocurre y puede inferirse de la naturaleza y circunstancias de la prestación, se llama entonces término o plazo tácito. En este último caso, los tribunales lo fijarán según su prudente arbitrio".

Y Sánchez Román, también con referencia al mismo artículo 1128 del Código español, dice: "Al lado del plazo expreso estipulado en la obligación, admite el Código por su artículo 1128 la doctrina de un plazo tácito no señalado en aquélla, pero deducido de la naturaleza y circunstancias de la misma, por presunción de que se ha querido conceder al deudor, en cuyo caso corresponde a los Tribunales fijar la duración de aquél, lo mismo que en el caso que el plazo haya quedado a voluntad del deudor. En tal caso, de plazo a determinar por los tribunales, según los supuestos del artículo 1128, será competente para ello el juez o tribunal que lo sea para conocer del cumplimiento de la obligación".

Con el vencimiento del plazo pretorio deviene exigible la obligación del deudor. Antes no puede haber responsabilidad moratoria contra el mismo, por razón de la regla de **dies interpellat pro homine.** Para considerar que debe existir un plazo judicial, ¿qué elementos de juicio se deberá tener en monta? Salvat a este respecto escribe: "los motivos mismos en los cuales se funda el artículo 618, nos demuestran que se trata de una cuestión de hecho, y que, por consiguiente, será preciso tener siempre en cuenta las circunstancias especiales de cada caso, es decir, la naturaleza de la obligación, el tiempo ya transcurrido desde que fué contraída y las condiciones personales del deudor. El tiempo transcurrido desde que la obligación se contrajo, constituye, sobre todo, un factor importante: si ese tiempo es breve, la fijación de un plazo largo serviría de correctivo a la impaciencia del acreedor, que quizá falte a la intención que las partes tuvieron al dejar el plazo sin señalar; si, por el contrario, ese tiempo es ya bastante largo, de tal manera que hubiese en realidad bastado con la buena voluntad del deudor para pagar la

obligación, un plazo breve servirá de correctivo a la inercia y mala voluntad de éste. Es siempre, repetimos, una cuestión de hecho dejada al libre arbitrio y a la prudencia de los jueces. En la práctica, los tribunales señalan generalmente el plazo de diez días, plazo bastante breve, que parecería contradecir lo que acabamos de exponer: lo que hay es que en la generalidad de los casos, cuando el acreedor lleva el asunto al tribunal, ha transcurrido ya largo tiempo desde que la obligación ha sido contraída y es lógico, por consiguiente, señalar para su cumplimiento ese breve plazo de diez días". Como el mismo autor advierte: "en segundo lugar, el plazo no puede ser señalado sin oír previamente al deudor, quien podría tener algunas defensas que alegar: señalar el plazo sin oír previamente al deudor, implicaría violar una de las más respetables garantías constitucionales, aquella que establece la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y sus derechos (art.18, 3a. p. Constitución mac, 223). Partiendo de este principio y no existiendo en los códigos de procedimientos reglas especiales para esta clase de asuntos, la jurisprudencia ha consagrado las dos normas siguientes: 1a) el señalamiento de un plazo debe hacerse en juicio ordinario, nunca en juicio ejecutivo; 2a) Si el deudor invoca alguna defensa, de tal manera que existan hechos discutidos, el juicio debe abrirse a prueba". Hay también una tercera circunstancia que anotar, según Salvat: "es necesario que medie petición expresa del acreedor. La simple demanda de pago, aunque sea hecha en juicio ordinario, no habilita a los jueces para fijar el plazo, porque ellos deben fallar de acuerdo con lo pedido (art.216, Cód. Proc. Civ.). Pero el acreedor no estaría obligado a seguir dos juicios sucesivos, el primero para obtener la fijación del plazo y un segundo juicio para el cobro de la obligación; puede, por el contrario, reclamar directamente el pago de ella en el plazo que se señale, o para encuadrar más su petición en el orden literal de la ley, pedir la fijación del plazo y la condenación al pago dentro del mismo; ni la ley impone un doble juicio, ni habría razón alguna que lo hiciese necesario, desde el momento que en el promovido para pedir la fijación del plazo, puede el deudor hacer valer todas las defensas que creyere tener".

Y ahora una cuestión a tomar en cuenta. ¿Cabe que el plazo judicial sea prorrogado o no? Ricci se pronuncia sobre el particular así: "Surge aquí la cuestión de si el término asignado por el juez es improrrogable o no. No puede resolverse esta cuestión **apriori**, pues es necesario tener presente la sentencia y con arreglo a ella resolver la controversia. En efecto: la ley habla del término que deberá establecer la autoridad judicial, pero no dice precisamente que el juez no pueda, vistas las circunstancias, establecer un término diferente del ya establecido, por lo que esta determinación de un nuevo término por parte de la autoridad judicial no encuentra obstáculo en la ley. Pero, ¿podrá tener lugar siempre la fijación de un nuevo término? Debe tenerse presente siempre la

sentencia para responder a tal pregunta. Porque si la sentencia declarase perentorio el término fijado, reconociendo, por ejemplo, en la otra parte el derecho de proceder inmediatamente de transcurrido el término a la ejecución de la obligación o declarando resuelta la obligación, es claro que en tales hipótesis la asignación de un nuevo término no puede hacerse sin infringir la sentencia, lo que no es posible por ser la cosa juzgada irrevocable. Pero si el juez no ha señalado ningún término, ni ha pronunciado la resolución del contrato por haber transcurrido infructuosamente el término fijado; si, en otros términos, la concesión de una nueva dilación no encuentra obstáculo en la sentencia anterior, podrá tener lugar siempre que las circunstancias o la necesidad demuestren la conveniencia de asignar un término más largo al deudor".

El segundo apartado del artículo prevé la estipulación de una cláusula para el pago **cum debitur voluerit o potuerit**. En este caso debe reputarse que el acto está sometido a un plazo incierto y no a una condición, pues la incertidumbre sólo existe respecto al momento de la exigibilidad de la prestación; pero no a su existencia misma, pues **actus intelligendi sum potius ut valeam quam ut peream.**

Ha escrito Demolombe: "Una distinción semejante a aquella del plazo en cierto e incierto es la distinción del plazo en determinado e indeterminado. El término es determinado cuando el contrato contiene un término preciso para la ejecución de la obligación; es indeterminado cuando el contrato, aunque conteniendo un término, deja la época de su vencimiento más o menos variable. Es a esa distinción a que se refieren las fórmulas que se encuentran algunas veces en los contratos de préstamo o en los contratos de matrimonio: yo te pagaré cuando yo quiera o a mi voluntad; o bien: yo te pagaré cuando yo pueda, cuando me sea posible, cuando mis medios me lo permitan. Estas cláusulas son válidas; no hay en efecto razón para que no constituyan ley entre las partes (art.1134), y el artículo 1901 ofrece al respecto la prueba. Si se ha convenido únicamente que el prestatario pagaría cuando pudiese o cuando tuviese los medios para ello, el juez le fijará un término para el pago, según las circunstancias".

"Estas cláusulas son válidas cuando, bien entendido, no son destructivas del vínculo de derecho que constituye la obligación. La solución, en efecto, debería ser diferente en el caso que resultara de los términos del acto y de las circunstancias de hecho, que aquéllas no expresasen sino una obligación imperfecta, de honor o de conciencia, cuyo cumplimiento quedaría subordinado a la voluntad puramente potestativa del suscritor. Por ejemplo, un acreedor que teniendo en cuenta la situación apremiante de su deudor le hace entrega del título de su crédito para liberarlo completamente, y el deudor toma la obligación de pagarle sin embargo de esta entrega, cuando él pueda. O es una parte

que después de haber transigido con su adversario, reconoce en una letra que su deuda era superior a aquella que la transacción pone a su cargo y promete satisfacerla en mejor forma posteriormente, si sus negocios prosperan constatando que esta promesa no podría engendrar, en beneficio del acreedor, ninguna acción judicial. No se trata, pues, de un término que suspenda únicamente la ejecución de la obligación. Es la existencia misma de la obligación que falta, y el juez no podría fijar un término al suscritor de tal promesa, a fin de que la ejecutara".

"Así, pues, no suponemos una cláusula de tal naturaleza. Lo que sí suponemos, es una cláusula que, revelando la existencia de la obligación, deja al deudor un término indeterminado para ejecutarla. Es de ella de la que decimos que constituye una obligación a término y que debe ser tratada como tal, teniendo en cuenta desde luego las diferentes fórmulas dentro de las cuales ella se puede presentar. Yo te pagaré tal suma cuando yo quiera: he aquí un término que en general suspendería la ejecución hasta la muerte del deudor. Si al contrario el deudor ha dicho: Yo te pagaré tal suma cuando yo pueda, corresponderá a los jueces fijar un plazo, según las circunstancias, por aplicación del art.1901".

Es de observar en concernencia con la segunda parte del art.1115 (art. 182, C.C. 1984), que sólo mienta, ateniéndose a su presentación textual, el caso de una cláusula para cuando el deudor quiera cumplir la obligación, y no en el caso de que el deudor pueda hacerlo. Pero ambos casos deben quedar comprendidos dentro de la posición legal. Se puede decir, pues, que nuestro Código Civil uniformiza el pago **cum debitur voluerit** o **potuerit**, en cuanto deja a la determinación del juez la fijación del plazo para el cumplimiento de la obligación por el sujeto pasivo de la misma (art.1115, 2a, parte) (art. 182, C.C. 1984).

En efecto, si el plazo judicial debe funcionar en el caso de que se haya dicho que el pago se hará cuando el deudor lo quiera, con mayor razón ello deberá suceder cuando se haya dicho que tal pago se efectuará cuando el deudor pueda hacerlo. Lo esencial del precepto consiste en que existiendo una obligación definitivamente convenida (no se trata de un acto **sub conditione**, porque no hay incerteza alguna, y sólo existe un **incertus quando**) no se ha señalado el día mismo para su cumplimiento, al igual que en el supuesto de la primera parte del art.1115 (art. 182, C.C. 1984), con la única diferencia que en este último supuesto la existencia del plazo mismo es implícita (se deduce que ha querido concederse al deudor), mientras que en el caso de la primera parte del art.1115 (art. 182, C.C. 1984), la concesión del plazo es expresa y sólo no se ha indicado el término mismo de dicho plazo.

Para la fijación del término inicial en las hipótesis de **cum voluerit** o **cum potuerit**, creemos que se impone una distinción discriminatoria. En

el caso segundo, tal fijación queda casada por la propia circunstancia de que el promitente tenga posibilidades de hacer el pago. En el otro caso, no. Basta la solicitud del estipulante. El juez entonces fijará un plazo, quedando a su prudente arbitrio, como en el caso anterior, su duración. El Código italiano (art.1183, 2a parte) al igual que el español (art.1128) se refieren al plazo cuando éste queda remitido a la voluntad del deudor.

Puede ocurrir que el plazo se haya dejado a la determinación del acreedor. Entonces el juez fijará el plazo a instancia del deudor.

COMPUTO DEL PLAZO

Art. 183 (C.C. 1984).- El plazo se computa de acuerdo al calendario gregoriano, conforme a las siguientes reglas:

1. ***El plazo señalado por días se computa por días naturales, salvo que la ley o el acto jurídico establezcan que se haga por días hábiles.***
2. ***El plazo señalado por meses se cumple en el mes del vencimiento y en el día de éste correspondiente a la fecha del mes inicial. Si en el mes de vencimiento falta tal día, el plazo se cumple el último día de dicho mes.***
3. ***El plazo señalado por años se rige por las reglas que establece el inciso 2.***
4. ***El plazo excluye el día inicial e incluye el día del vencimiento.***
5. ***El plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente.***

Art. 1116 (C.C. 1936).- Si el plazo está señalado por días a contar desde uno determinado, quedará éste excluído del cómputo.
El plazo incluye el día del vencimiento. Si fuese festivo, el cumplimiento tendrá lugar el primer día siguiente que no sea festivo.
Los meses se computarán con arreglo al calendario gregoriano.

Referencias.- Artículos 186 a 193 del Código alemán; 125 del brasileño; 76 al 79 del suizo; 1130 del español; 76 al 78 del turco; chino, 122 y s.; japonés, 140 a 143; italiano, 1187; austríaco, 952-3; venezolano, 12.

Cómputo del plazo: reglas

El precepto contenido en el primer apartado del artículo es uno clásico: el día mismo del acto sujeto a un plazo no entra dentro del término: **dies ex quo no computatur in termino.** También es clásica la regla de que el día de la exigibilidad de la obligación es el inmediatamente siguiente al día que pone término al plazo: **dies termini computatur in termino** (apartado segundo, primera parte). O sea, más brevemente, el plazo se computa completo, incluyendo el día mismo de su nacimiento y el día en que acaba. Ello no importa un beneficio al deudor.

El Código, conforme resulta del artículo 1116 (art. 183, C.C. 1984), quiere que el plazo se determine por días enteros, y por esto él debe incluir tanto el día que constituye el término inicial como el que constituye el término final. En cuanto a la segunda parte del segundo apartado del artículo, sólo cabe remarcar que el día festivo se sustrae del plazo únicamente cuando aquél es el del vencimiento del plazo, de modo que si el día de la iniciación del plazo es festivo o hay un día o días festivos en el transcurso del plazo, ellos se computan. El plazo es, pues, continuo, no útil. Saleilles, comentando el artículo 193 del Código alemán (que concierne a la materia), advierte que tanto el deudor como el acreedor pueden rehusar a que la prestación tenga lugar en día festivo, de vencimiento del plazo; o sea, **contrario sensu**, que si ambas partes están de acuerdo, la prestación puede ejecutarse tal día.

Si el plazo es por días, se computa conforme a la llamada **computatio civilis** (de medianoche a medianoche). Puede estipularse otra computación, a base de unidades temporales más breves, por ejemplo, por horas; que es lo que se llama la **computatio naturalis** (a **momento ad momentum**).

Puede fijarse plazos por años, meses, semanas. Ahora bien, cuando el plazo es por semanas, se debe considerar la semana o semanas enteras, o sea, comprensivas de siete días; así, si el 2 de octubre se celebra el acto con el plazo de una semana, el vencimiento será el 9 de octubre; si es con plazo de dos semanas, tal vencimiento será el 16 de octubre. Cuando el plazo se fija por meses, vence el plazo el mismo día del mes a que concierne la referencia del plazo en relación al mes de concertación del negocio; así, si el acto se celebra el 2 de noviembre con un mes de plazo, éste vence el 2 de diciembre. Lo mismo ocurre con el plazo fijado por años; así, si la fecha de la celebración del acto es el 2 de octubre de 1949 y el plazo es de dos años, la exigibilidad de la obligación tendrá lugar el 2 de octubre de 1951. Si se hace la referencia a un plazo señalado por meses o por años, en un día que no tiene correlación con el día respectivo del mes o del año del vencimiento del plazo, el día de cumplimiento del plazo debe ser el día siguiente correlativo al día de la concertación del negocio. Por ejemplo, si se celebra un contrato en un 29

de febrero, en un año bisiesto, por el plazo de un año; en esta hipótesis, al año siguiente del contrato el plazo vencerá el primero de marzo; o si se celebra un contrato el 31 de agosto por un plazo de un mes, el plazo vencerá el 1 de octubre. (La anterior opinión no es unánime. También se propone que el plazo se considere vencido el día anterior correlativo al del contrato; esto es, el 27 de febrero y el 30 de setiembre, en los ejemplos antes expresados. Creemos que es preferible la solución por nosotros aceptada, pues ella favorece al deudor).

PLAZO PARA EL CUMPLIMIENTO DEL CARGO

Art. 186 (C.C. 1984).- Si no hubiese plazo para la ejecución del cargo, éste debe cumplirse en el que el juez señale.
La demanda se tramita como proceso sumarísimo. (*)

Art. 1117 (C.C. 1936).- Si no hubiese plazo para cumplir los cargos, deberán cumplirse en el que el Juez señale.

TRANSMISIBILIDAD E INTRANSMISIBILIDAD DEL CARGO

Art. 188 (C.C. 1984).- La obligación de cumplir los cargos impuestos para la adquisición de un derecho pasa a los herederos del que fue gravado con ellos, a no ser que sólo pudiesen ser cumplidos por él, como inherentes a su persona.
En este caso, si el gravado muere sin cumplir los cargos, la adquisición del derecho queda sin efecto, volviendo los bienes al imponente de los cargos o a sus herederos.

Art. 1118 (C.C. 1936).- La obligación de cumplir los cargos impuestos para la adquisición de un derecho, pasa a los herederos del que fué gravado con ellos, a no ser

(*) *Texto del párrafo según 1ª disposición modificatoria del D. Leg. Nº 768 (Código Procesal Civil de 1992), recogido posteriormente en el Texto Unico Ordenado de dicho Código, aprobado por R.M. Nº 010-93-JUS de 8-01-93 y publicado el 22-04-93.*

que sólo pudiesen ser cumplidos por él, como inherentes a su persona. En este caso, si el gravado fallece sin cumplir los cargos, la adquisición del derecho queda sin efecto, volviendo los bienes al imponente de los cargos o a sus herederos.

Referencias.- Dig., lib.XXXV, tít.1; lib.XXIII, tít.3, f.21; lib.XXXV, tít.1, fr.18; Codex, lib.VIII, tít.54, Nº 9; Códigos de Francia, arts.953, 954, 1046; de Portugal, 1454, 1455; de España, 622 y 647; de Alemania, 525, 526, 527, 1940, 1972; de Argentina, 561, 1826, 1827, 1838; de Brasil, 128, 647; Italia, 793, 647, 649; Suiza, 482; Chile, 1426.

El cargo

No hay uniformidad sistemática de los Códigos Civiles en cuanto a la ubicación de la figura del **modus**. Algunos como el argentino lo colocan dentro de las obligaciones en general; el nuestro lo alberga en la parte del acto jurídico, en las modalidades; otros, la mayoría, como los códigos de Francia, Alemania, España e Italia lo sitúan dentro de las donaciones y los legados. Pero esto no perturba el carácter mismo del cargo. Éste, según la definición de Bevilaqua, "es la determinación accesoria en virtud de la cual se restringe la ventaja creada por el acto jurídico, estableciendo el fin a que debe ser aplicada la cosa adquirida o imponiendo una cierta prestación".

En cuanto hay una modificación, restrictiva, de una acto (el principal) se habla de modo por antonomasia. El **modus** es así un pacto accesorio, y por lo tanto una estipulación accidental que se adhiere a otro acto, el principal, en una relación **sui generis** de inordinación. El acto con un cargo es, por lo tanto, uno complejo, porque está integrado por dos actos. Distintamente a la condición y al plazo, que vienen a ser sólo elementos que se agregan a un acto, en el modo hallamos que éste no es ningún elemento del negocio de primer grado, el principal, en cuanto a su textura y efectos, sino un nuevo negocio que se vincula a tal negocio principal.

El cargo sólo se concibe en relación a actos patrimoniales (donaciones y legados). En relación a la herencia forzosa está excluído.

Por la naturaleza propia del acto con cargo, hay que recordar que dos son las personas como protagonistas principales del acto: el autor de la liberalidad y el beneficiado con la misma, que es al propio tiempo el pasible del gravamen o cargo. Una tercera persona resulta ingresando a la escena, que es el beneficiado con el cargo. La voluntad dominadora es la del autor de la liberalidad; el otro agente, el beneficiado con la liberalidad, acepta o no esta última y la imposición del cargo. Claro está que si se trata de donación, hay un acto bilateral en cuanto a su génesis; pero el

acto es unilateral tratándose de la asignación testamentaria. El causahabiente acepta o no la última. El donatario en un caso y el legatario (o heredero voluntario si se quiere) en el otro, son los que han de cumplir el encargo del donante o del testador. Y como el cargo de alguna manera limita o subordina aquello que es objeto de la liberalidad, hay así un vínculo obligatorio que sujeta al beneficiado con la liberalidad. Conforme al artículo 1468 el incapaz sólo puede aceptar donaciones puras.

La carga misma que constituye el **modus**, como deriva de una relación convencional, es una obligación, una relación sobre derechos personales por lo mismo, asumida voluntariamente por el beneficiado con la liberalidad, al aceptar ésta. Por lo tanto, quedan excluídas del **modus**, las cargas reales (servidumbre, usufructos) y las cargas legales (pago de deudas de la herencia).

Como escribe Castán, "el fondo o contenido del **modus** está, en efecto, constituído por una prestación como la que es objeto de otra obligación cualquiera. Puede dicho contenido ser postivo o negativo (por ejemplo, una prohibición de enajenar), real o personal. Puede, en una palabra, consistir el modo en la obligación de dar, no dar, hacer o no hacer algo; y claro es que en esta fórmula está comprendido el emplear o no emplear en determinado fin la cosa donada, pues la obligación o prestación puede ser de la misma o de diversa naturaleza que la adquisición a que se agrega". El cargo, por otra parte, puede tener el carácter de una prestación pecuniaria o no. El modo se distingue de la condición y el plazo, porque no suspende la existencia ni el ejercicio del derecho, como ocurre con aquélla y con éste, respectivamente. O sea, como muy bien lo hacía notar la Exposición de Motivos del Código alemán, el modo no tiene el carácter de una determinación accesoria, sino que tiene un autónomo significado.

Pero si la restricción impuesta al titular del derecho es la razón determinante de la declaración y se muestra como parte constitutiva de ella, ya no puede ser reputada como un simple modo, sin eficacia para influir sobre la adquisición del derecho, sino como una condición de la que depende dicha adquisición. Es esta cuestión que debe ser decidida **ex sententia contrahentium**.

En caso que se pacte que el "**onus**" impuesto debe ser cumplido antes que el titular del derecho pueda ejercitar este último, no existe un acto concertado **sub modo**, sino **sub conditione**.

En caso de duda, se juzgará que existe cargo y no condición, pues el "cargo no afecta la existencia de los derechos emanados del acto jurídico, y por consiguiente, está más en armonía con la estabilidad que ellos deben tener" (Salvat). La solución anterior ya estaba formulada en el derecho romano (L.9, D. de E. y L.17).

La obligación en que consiste el cargo tiene un carácter económico; no se trata de una indicación sobre futuro comportamiento del beneficiario de la liberalidad (no casarse con persona determinada, no embriagarse), porque esto significaría una condición resolutoria potestativa. Tampoco es cargo el mero consejo impartido al beneficiado con la liberalidad; por ejemplo, si dono a Juan un fundo y le aconsejo que lo siembre de algodón, pues Juan puede o no seguir mi consejo.

Aunque el Código no lo dice, es necesario que la declaración de voluntad sea gratuita; pues tratándose de actos onerosos, las obligaciones de la otra parte son contraprestaciones; y en consecuencia no pueden ser consideradas como encargos, así pues que si el hecho en que consistiere un encargo, tuviese la calidad de una compensación por el derecho conferido al obligado a aquél, entonces no podría hablarse sino de un contrato bilateral y oneroso.

Como anota Castán: "En los actos onerosos no cabe el modo o no hay necesidad de él". No la hubo ya en el Derecho romano, porque se suplió por los pactos agregados, los cuales formaban parte integrante del contrato principal, lo modificaban y estaban protegidos por la misma acción. La hay mucho menos en el Derecho moderno, que reconoce la libertad de contratación y que, lejos de encerrar los actos de cambio dentro de formas rígidas, da a los tipos todos de los contratos un valor meramente supletorio. Por otra parte la obligación u obligaciones impuestas a cada contratante son el equivalente de las que el otro contratante asume (bilateralidad) y, por eso, nunca son extrañas al contrato, sino una parte orgánica del mismo. En definitiva cualquier efecto puede, tratándose de estos actos onerosos considerarse normal y exigirse por la acción del contrato. Sería inútil e imposible reunir desde un punto de vista general los tipos normales de los actos onerosos".

Puesto que se trata de un acto gratuito, él debe quedar sometido a las reglas generales de las donaciones, especialmente en lo que se refiere a la forma y al derecho de revocación (Staudinger); pero todo esto en tanto no se oponga a los derechos especiales a que se contraen los artículos que determinan la economía propia del instituto del modo.

"Normalmente, el encargo o modo se establece en las donaciones y en las disposiciones de última voluntad; muchas veces, sin embargo, es puesto en los actos de constitución de una dote por parte de tercero, en la promesa de recompensa, en la renuncia, en la cesión de privilegios, etcétera... En los negocios mixtos que comprenden en parte donación y en parte un acto oneroso, habiendo contraprestación, es necesario indagar si la donación es principal o accesoria. En el primer caso, la validez del acto oneroso queda subordinada a la donación; en el segundo caso es la donación que está subordinada al acto oneroso y, por lo tanto, dependiente de su validez. Del predominio de uno u otro acto depende el carácter de

la cláusula: si fuera la donación, vale el encargo o modo; si al contrario, fuera el acto oneroso, valdrá la cláusula como contraprestación" (Espínola).

El modo sirve, como señala Diniz, para hacer la determinación bien del uso que se debe hacer de la cosa donada o legada, bien de la restitución de la cosa después de cierto tiempo, bien de una prestación que se debe hacer como remuneración, siempre que ésta no sea tan grande que transforme el acto gratuito en oneroso.

Es esencial en el acto **cum modo** que el último sea impuesto por el disponente y grave al beneficiario, sea en favor de aquél, de tercero, y aún pueda consistir en una prestación que no interese directamente a ninguna persona. No es modo, la cláusula que tuviera por fin el provecho exclusivo de la persona que debe cumplirlo.

En regla general, antes de la liberalidad de que deriva el cargo no puede exigirse éste, y en caso de que se hubiese ejecutado tal cargo podrá haber lugar a repetición. Sin embargo, por excepción, pueden las partes convenir en una realización del cargo previa a la liberalidad. El autor de la liberalidad, así el cargo no se haya constituído en su provecho, puede exigir el cumplimiento del último. Esta era la regla ya consagrada desde el Derecho romano (D. lib.35, tít.I, fr.40, párrafo 5; fr.71, fr.80), y para garantía de ello podría exigirse caución -la caución Muciana- (D. lib.35, tít. fr.18). Si es establecido en favor de tercero, regirán las reglas de la estipulación en favor de tercero (art. 1345 y s.), (Arts. 1457 y ss, C.C. 1984).

Pero el ejercicio del derecho por tercero, en obediencia a un principio general tratándose del modo, queda sometido a la realización previa de la liberalidad. Por lo demás, el derecho de tercero no excluye la facultad del autor de la liberalidad, para exigir del obligado con el cargo, el cumplimiento del mismo.

En caso de que se trate de un modo establecido en favor de un público interés, ¿quién puede exigir el cumplimiento? El apartado 2 del art.525 del Código alemán dice que tratándose de cargos establecidos en favor de un interés público, compete a la autoridad respectiva poder exigir su cumplimiento, después de la muerte del autor de la liberalidad. Así, resulta que sólo éste puede exigir el cumplimiento durante su vida, y que constantemente puede extinguir la obligación que el cargo importa. Una indicación a hacer, por lo demás, es que el "interés público", en estos casos debe entenderse en amplios términos (Oertmann, Haymann). (*).

(*) *El Código Civil de 1984 ha recogido estas ideas de León Barandiarán y ha legislado sobre la exigibilidad del cargo (Art. 185). (Nota del Editor).*

Es indudable que el modo sólo debe derivar de la voluntad del disponente; pues si derivase de la ley, sería un efecto esencial o natural del acto, y no un cargo, que es un elemento meramente accidental del mismo.

Otro carácter del cargo, es que sea expresamente estipulado. "No puede haber -en principio- encargos tácitos", remarca Beltjens.

"Muchas veces -acota Bevilaqua- el encargo toma el aspecto de un consejo, de una observación. En estos casos, perdiendo el carácter oneroso coercitivo, deja de ser encargo".

El cargo debe establecerse, o sea ser declarado al beneficiado, con el acto gratuito, antes o coetáneamente con este último (Staudinger).

No se contrae el Código a legislar para el caso que el importe del cargo supere al de la liberalidad. No hay sobre el particular uniformidad de opiniones. Unos juzgan que el negocio mantiene entonces su validez, especialmente si el cargo se dirige al propio provecho del obligado en aquél (Oertmann); otros se pronuncian por la inexigibilidad del cargo, en cuanto excede el monto de la liberalidad (Endemann), y hay terceros que están porque el negocio se repute como teniendo un carácter oneroso. (*).

Otro caso a considerar es cuando la cosa donada, por vicio de derecho o por defectos propios de la misma, disminuye de valor, en tal forma que ella no alcance a cubrir los dispendios que la ejecución del modo exige. El punto es el objeto especial del art.526 del Código alemán, que dispone que entonces, el que tiene el cargo puede rehusar su ejecución (frente a cualquiera, con derecho en principio a exigir tal ejecución: autor de la liberalidad o tercero), hasta que no se le iguale la diferencia entre el importe de la liberalidad y el importe de los gastos necesarios para cumplir con el modo. En caso de que el que obtiene la liberalidad ejecute el cargo con desconocimiento de la falta o defecto de que se viene hablando, se le autoriza para solicitar resarcimiento por el autor de la liberalidad, por los gastos causados para la ejecución del cargo, en tanto que ellos, por motivo de la falta o defecto, superen el valor de la liberalidad.

Este derecho sólo es posible si el prestador desconocía el vicio o defecto, pues en otro supuesto se reputará que renunció a todo derecho a indemnización. De todas maneras, el derecho de reparación sólo es incoable frente al autor de la liberalidad, no frente al tercero, beneficiario con el cargo.

(*) *El Código Civil de 1984 considera la inexigibilidad del cargo en cuanto exceda el valor de la liberalidad (Art. 187). (Nota del editor).*

La prueba de la existencia del defecto o vicio de la cosa, así como el desconocimiento de aquéllos por el prestador del cargo corresponde al mismo.

Para que el cargo sea obligatorio, se requiere que haya aceptación de él, expresa o tácita, por el gratificado.

Plazo para el cumplimiento del cargo

El art.1117 (art. 186, C.C. 1984) atiende el caso en que no se hubiera fijado plazo para cumplir el modo. Huelga decir que si se hubiera fijado plazo, el cargo debe cumplirse dentro de él. La regla del art. "perfectamente racional, se funda en que es lógico presumir que al no haberlo señalado, el imponente ha querido que el plazo fuese señalado por el juez. Para fijar el plazo, casi estaría de más agregarlo, el juez deberá tener en cuenta la naturaleza de los cargos por cumplir" (Salvat).

El artículo citado parte del supuesto evidente que el cumplimiento del modo ha de ser posterior a la liberalidad a la que se halla sometido, y que aquél necesariamente ha de cumplirse después de aquélla, dentro de un determinado plazo, de modo que existe uno implícito, que por lo mismo resulta un plazo moral.

Transmisibilidad e intransmisibilidad del cargo

El enunciado de la primera parte del art.1118 (art. 188, C.C. 1984) es obvio, pues no es sino la aplicación de un principio general que el Código formula en su artículo 1232 ("la obligación cuando no es inherente a la persona del deudor, se trasmite a sus herederos") (art. 1218, C.C. 1984).

En cuanto a la regla a que se contrae la segunda parte del artículo, ofrece lugar a ciertas dudas relativas a su alcance y propósito. Dicho artículo sigue literalmente al artículo 562 del Código argentino; y con referencia a éste los tratadistas argentinos consideran que aunque la disposición no lo diga, ella sólo tiene aplicación tratándose de cargos inherentes a la persona del obligado; lo que es de evidencia, tratándose del artículo 1118 de nuestro Código (art. 188, C.C. 1984).

Pero la cuestión discutible estriba en si dicha disposición sólo puede concernir al caso de una condición resolutoria bajo la apariencia de cargo (Rousset), o si se aplica al caso de un verdadero cargo, pero con una excepción respecto a sus efectos comunes, en el sentido que la falta de cumplimiento del cargo hace perder el derecho concedido al beneficiario (Salvat). De atenderse a la letra de la ley, la segunda interpretación es la que debe prevalecer. Es de reputarse que no habiendo cumplido en la vida el obligado al cargo con éste, ha renunciado a la liberalidad. La previsión del art.1118 (art. 188, C.C. 1984) funcionaría prácticamente

así: A instituye heredero a B, pintor, con el cargo de que éste mismo personalmente pinte un cuadro de él, de A; muere B sin haber cumplido con el encargo; C hereda a B y recibe por lo tanto el patrimonio de su causante B, que en este caso es el patrimonio que A dejase a B; por no haber en vida B cumplido con el cargo (pintar el cuadro), debe devolver a A o a su heredero D tal patrimonio; C no podría retener el patrimonio, ofreciendo hacer pintar el cuadro por algún pintor.

Si el cargo no es inherente a la persona, ¿su incumplimiento acarrea la revocación de la liberalidad?

El Código prescinde de una cuestión capital: ¿la falta de cumplimiento del modo sólo da lugar a la acción para exigir el mismo o también para originar la resolución de la liberalidad?

Es esta una cuestión comúnmente no apreciada con la debida claridad de criterio. El Código argentino dedica dos artículos al respecto: el 559, que prescribe que si hubiese condición resolutoria para el incumplimiento del cargo, el beneficiado pierde -previa sentencia judicial- el derecho adquirido; y el 560, que prescribe que si no hubiese condición resolutiva, no se incurrirá en dicha pérdida, y los interesados podrán exigir el cumplimiento del cargo.

En la hipótesis del art. 559, la revocación de la liberalidad sobreviene como efecto natural de una condición resolutiva; la cual en verdad existe, mas no es un cargo. La cuestión que interesa es, pues, la considerada en el art.560, según el cual no procede entonces la resolución de la liberalidad otorgada.

En el derecho alemán se llega sobre el particular a una solución diferente. La inejecución del cargo, puede dar origen a la revocación del derecho trasmitido. Tal revocación solamente corresponde al otorgante del beneficio y únicamente por vía de acción personal de restitución, con la atingencia, si se trata de un encargo establecido en favor de tercero, que éste no tenga el derecho a exigir la ejecución del encargo (art. 527).

La acción de revocación no se confunde con la resolución del acto, que derivaría de una condición resolutoria. Escribe Lévy-Ulmann: "el no cumplimiento del encargo no equivale en forma alguna a lo que se entiende en el derecho francés por inejecución de las condiciones. El encargo no es una condición de existencia o de mantenimiento de la donación, a lo menos en principio y por presunción; en razón de su verdadera naturaleza, si él constituyese verdaderamente una condición de este género en la intención del donante, podría ser siempre asegurado por todos los géneros de prueba. Mas, por falta de esta prueba, él no es tratado como una condición propiamente dicha y aún menos como una causa impulsiva de liberalidad. También el primer proyecto (alemán) se había abstenido de

toda reglamentación relativa al derecho de repetición o de revocación del donante por la inejecución; cabe al donante probar, conforme los casos, que había una verdadera condición resolutoria o una causa impulsiva y proceder, hecha la prueba, según el derecho común en materia de condición resolutoria o en materia de **conditio ob rem**".

La revocación puede proceder, conforme al derecho alemán: primero, cuando la ejecución del cargo se hace imposible, entera o parcialmente imposible, debido a una circunstancia de responsabilidad del donatario; segundo, cuando éste ha sido sentenciado a la ejecución y no la ha efectuado dentro del plazo que se le señaló; tercero, cuando el donatario está en mora y ha omitido tal ejecución o el demandante ya no tiene ningún interés en una realización tardía del cargo (Warneyer).

La revocación se regulará en cuanto a su extensión, conforme al sistema admitido en materia de enriquecimiento sin causa; así, la repetición sólo se admite si la imposibilidad de la ejecución resulta de una falta imputable al donatario; a diferencia de lo que ocurriría en el caso de que se tratase de una condición resolutoria, pues entonces la rescisión ocurriría siempre, aunque la imposibilidad se debiese a caso fortuito. No será revocable la donación íntegramente; sólo la proporción correspondiente al enriquecimiento sin causa deberá ser restituída (Lévy-Ulmann).

En efecto, el pensamiento que domina en este punto al legislador alemán es que el enriquecimiento del favorecido con la liberalidad es lo esencial, siendo el cumplimiento del modo lo secundario. De aquí las restricciones para la revocación de la donación por incumplimiento del modo. "Si conforme a la intención de las partes, se tratase de un cargo para cuya realización debe aplicarse lo donado, en caso de que tal realización no se realice por culpa del donatario o no se verifique dentro de un plazo señalado, debe permitirse al donante el exigir la restitución de lo donado, hasta tanto que lo donado hubiese debido ser empleado para la realización del encargo, a fin de que por su parte pueda realizarlo el donante" (Planck).

El objeto de la restitución es la cosa misma donada o su valor según los casos; pero siempre dentro de la base fundamental de que sólo habrá restitución en la parte de lo donado que debía emplearse para la ejecución del cargo, pues por eso el caso no se confunde con el de una resolución de un contrato sinalagmático (Endemann). Trátase de una **condictio**, que tiene su fundamento en la **condictio causa data causa non secuta**. Así, que si no había necesidad de hacer gasto alguno para la ejecución del cargo, empleando lo donado, no habrá lugar a revocación de la liberalidad, y el donante sólo podrá demandar la verificación del cargo.

Si la liberalidad no debía emplearse para la ejecución del cargo, la posibilidad de la revocación de aquélla por incumplimiento del último, sólo procederá cuando conforme a los principios generales, el donante demuestre que precisamente la realización del cargo era el propósito perseguido con la liberalidad (artículo 2195 del Código alemán).

Si el cargo sólo se ha ejecutado parcialmente, el derecho de restitución procede en tanto la liberalidad hubiera debido emplearse para la ejecución de esa parte; pero si la ejecución parcial no ofrece interés para el autor de la liberalidad, entonces procede tal restitución, siempre que la totalidad de la liberalidad hubiera debido emplearse para el cargo (Planck).

En caso que el cargo no estribe en inversiones pecuniarias, por ejemplo aquel que consistía en una omisión, no cabe entonces la restitución, pero cabe la acción ordinaria de enriquecimiento, cuando el demandante comprueba que la ejecución del cargo era precisamente lo que él pretendía con la liberalidad (Oertmann, Staudinger, Enneccerus), pues es tal acción incoable cuando existen las condiciones que le son propias, independien-temente del derecho de restitución (Planck).

Como se ha dicho anteriormente, el derecho de revocación sólo compete al donante, y si el tercero tiene derecho a exigir la verificación del cargo, el donante no puede demandar la restitución de lo donado, por incumplimiento del modo; pero -esto queremos remarcar- tampoco podrá en esta hipótesis el tercero exigir ambos derechos a la vez (Oertmann).

Por lo demás, el incumplimiento del cargo dentro del derecho alemán no da origen automáticamente al derecho de revocación. El donante puede en todo caso, salvo como es natural en caso de imposibilidad en la prestación, exigir que el donatario ejecute el cargo; sólo que no es permitible que quiera hacer valer ambos derechos a la vez (Oertmann).

Se marca así claramente, por todo lo anteriormente dicho, la diferencia entre el sistema alemán y argentino, pues para este último sólo existe la posibilidad de pedir el cumplimiento del cargo (artículo 560); mientras en el derecho alemán puede pedirse esto o demandarse la revocación de la liberalidad.

Con relación a nuestra legislación es pertinente recordar el art. 1485 (art. 1642, C.C. 1984), que ordena que la donación sujeta a cargo no es revocable. El dispositivo mismo no indica si la no revocación concierne al supuesto de enajenación de la carga, o al supuesto de otras causales de revocación indicados en el art.1480 (art. 1637, C.C. 1984) (por ingratitud). Por la ubicación del art.1485, a continuación del 1480 al 1484, que respectan todos a dicha revocación por ingratitud, debe pensarse que la mente del legislador ha sido referirse a la misma situación, atinente a la

donación con cargo. De otra parte, el artículo tiene como su fuente el art.622 del Código anterior (*), que concernía a la donación llamada onerosa (expresión que también utiliza el Código actual (**) en el numeral 1468) y tal numeral se refería a la no revocación por causa de ingratitud. De esta suerte el problema en cuanto a nuestro C.C. queda en pie, sobre si procede o no la resolución de la liberalidad por incumplimiento del cargo, si éste no es inherente a la persona del obligado a dicho cargo. En el derecho francés la revocación procede en el caso contemplado.

Josserand se refiere a esta revocación de la liberalidad, por incumplimiento en el cargo. Escribe: "Por lo menos es toda carga cuya inejecución supone una sanción, sin distinguir su importancia en relación a la liberalidad a la que está vinculado, ni según que ella haya sido estipulada en provecho del disponente mismo o en beneficio de un tercero. Especialmente el defecto en el servicio de los atrasos de una renta vitalicia, puesto a cargo del gratificado, puede acarrear la revocación de la liberalidad, aun si el acreedor no es otro que el disponente o su heredero; **non obstat** el art.1978 (sup. t. II, Nº 1392) que en la opinión general no se aplica a la renta constituída a título gratuito".

En Italia imperaba dentro del Código anterior, la misma solución, pues como escribió Coviello "el incumplimiento del **modus** no produce la resolución **ipso jure**, sino sólo **officio iudicis**, y con eficacia limitada, por el respeto a los derechos que los terceros hayan adquirido antes de la transcripción correspondiente (art.1080)". En cuanto al Código italiano vigente, en su art.793, al 4a, indica que la resolución por incumplimiento del cargo, si está prevista en el acto de donación, puede ser demandada por el donante o por sus herederos.

La misma solución del Código francés aparece amparada en el español (art.647), aunque habla de condiciones, pero queriendo referirse a donación **cum onere**. Manresa y Navarro, quien recuerda la norma de las Partidas (ley 6, tít.5 V), conforme a la cual establecida la postura, si no se cumple ésta, el donante puede apremiarle que desampare la donación. Dicho autor comenta: "las donaciones a que se refiere el art.647, calificadas de onerosas por Goyena, son eficaces desde luego, aunque pueden revocarse por no cumplir el donatario la obligación que el donante le impuso".

El Código de Obligaciones suizo acoge también la revocación en el caso estudiado (art.249, inc.3). En cuanto al Código brasileño (art.1180),

(*) *La referencia es al Código Civil de 1852. (Nota del editor)*

(**) *La referencia es al Código Civil de 1936. (Nota del editor)*

indica Bevilaqua que "la enajenación del encargo da origen a una **condictio causa data causa non secuta**". La acción -agrega- del donante será para resolver el contrato en virtud de la condición resolutoria, en que se traduce el cargo, cuando se establece en su favor. Resuelto el contrato, la cosa donada será restituída al donante. La acción del tercero y la del Ministerio Público se dirigen al cumplimiento del encargo, que es una obligación como cualquiera otra. La misma finalidad tendrá la acción del donante, cuando él no fuere el beneficiado".

Castán, que se ocupa de este punto de la revocación, la justifica en los siguentes términos: "El fundamento de la revocación por inejecución de cargas, descansa simplemente en el respeto debido a los motivos e intenciones del autor de la liberalidad que son la razón de ser de la misma. En los actos bilaterales, la causa radica en un elemento objetivo, cual es el fin inmediato, resultante de la entidad del acto y único contemplado de modo igual por ambas partes interesadas; la seguridad del comercio correría grave peligro, si la validez de los actos pudiera depender de sus motivos. En los actos unilaterales y gratuitos, por el contrario, en que la causa es puramente subjetiva y en que no hay una contraprestación económica que tutelar, la ley puede con mayor largueza tener en cuenta los fines del disponente y autorizar la destrucción del acto cuando no se realizan las intenciones o supuestos de la voluntad que lo creó".

CARGO JURIDICA Y FISICAMENTE IMPOSIBLE

Art. 189 (C.C. 1984).- Si el hecho que constituye el cargo es ilícito o imposible, o llega a serlo, el acto jurídico subsiste sin cargo alguno.

Art. 1119 (C.C. 1936).- Si el hecho que constituye el cargo fuere jurídicamente imposible o ilícito, no valdrá el acto a que el cargo fué puesto.

Art. 1120 (C.C. 1936).- Si el hecho que constituye el cargo no fuere jurídicamente imposible, pero llegase a serlo después, la adquisición subsistirá y los bienes quedarán adquiridos sin cargo alguno.

Art. 1121 (C.C. 1936).- Si el hecho que constituye el cargo fuere físicamente imposible, nada vale.

Cargo imposible e ilícito

El Derecho romano estableció (Digesto, lib.35, tít.1, f.37; lib.28, tít.7, f.38, N6 y 7; lib.33, tít.1, fr.**in fine**) que si el cargo era imposible, ilegal o inmoral, no sería exigible, sin que se afectara la subsistencia de la liberalidad a la que dicho cargo se refería.

El Código argentino, por el contrario, dispone que en tal caso se invalida el acto en que el modo ha sido impuesto (art.564). Comentando la disposición, escribe Rousset: "Es de aplicación la teoría general de las condiciones imposibles, que antes hemos desarrollado. Se objetará, sin embargo, que la condición difiere del cargo, en que la falta de cumplimiento de éste no hace perder los derechos adquiridos, cosa que ocurre con la condición; y que, en consecuencia, siendo independiente el derecho adquirido del cargo, no debe alterarlo la circunstancia de que éste sea imposible, contra la solución del art. 564. Ciertamente, contestamos, el cargo es independiente del derecho a que se agrega, pero sólo en cuanto a su naturaleza, como pueden ser independientes los derechos distintos creados por un mismo acto jurídico; pero eso no implica que el uno no pueda ser determinado por el otro, ligándolos a una condición de causa a efecto; la mencionada independencia no implica que el que trasmite el derecho no se haya resuelto a trasmitirlo, teniendo en vista el cargo que imponía y que sin él no habría consentido en la trasmisión; y bien, si el cargo es desde un principio imposible, quiere decir que falta la causa en cuya virtud el que lo impuso trasmitía el derecho; desaparecida la causa, desaparece el efecto, es decir, la trasmisión. Tal es el fundamento del artículo 564, por más que no nos parezca rigurosamente ajustado a los principios, y aconsejamos tomarlos con espíritu crítico".

Conforme al Código italiano (arts. 647 y 794), el cargo cuando es imposible o ilícito se considera no puesto; pero hace nulo el acto principal si ha constituído respecto del mismo el único motivo determinante.

Nuestro Código ha discriminado entre el cargo ilegal, es decir jurídicamente imposible e ilícito, de un lado, y el físicamente imposible, del otro, en orden a que el primero compromete la subsistencia de la liberalidad (art.1119) (art. 189, C.C. 1984), en tanto que el segundo es intrascendente frente a la misma (art.1121) (art. 189, C.C. 1984). El criterio en general es que también el encargo ilegal o inmoral sera irrelevante en cuanto al acto gratuito. Así se establece en el Código italiano (arts.647 y 794) tanto para las donaciones como para los testamentos.

En realidad, el efecto del cargo ilícito o ilegal, en cuanto a invalidar el acto de que deriva, sólo puede justificarse si aquél fué puesto como razón determinante del segundo o como condición, siendo entonces de aplicación el art.1084 (art. 205, C.C. 1984). Pero elaborado el art.1119 (art. 189, C.C. 1984) en términos tan amplios, es erróneo, pues el cargo

propiamente tal no influye sobre la eficacia de la liberalidad, por el principio de **accessio cedit principale**. (*).

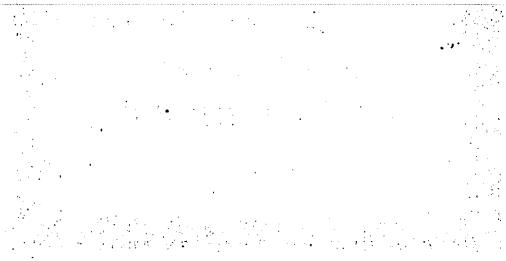
Se advertía que el Código, siguiendo las normas que ha establecido para las condiciones, distingue la imposibilidad jurídica de la física; haciendo que la primera invalide el acto (art.1119), mientras de la segunda se prescinde (art.1121).

La imposibilidad del cargo no debe, pues, malograr la eficacia del acto principal, como acertadamente lo establece el art.1121, dado el carácter accesorio del **modus**. El fin principal que se persigue es enriquecer al donatario o legatario, el fin secundario es imponerle una determinada carga.

El art.1120 (art. 189, C.C. 1984) se inspira en el art.565 del Código argentino, con la diferencia de que aquél se concreta al caso de la imposibilidad jurídica, pues la imposibilidad física no afecta el acto. Rousset justifica así el art.565 del Código argentino: "el cargo era posible al adquirirse el derecho, y si había una eventualidad de que luego se hiciera imposible, ella ha podido y debido entrar en las previsiones del que concedió el derecho, de modo que la causa que lo determina es, no la seguridad de que el cargo se cumplirá, sino una probabilidad más o menos acentuada; concede el derecho, en cambio del cargo que impone; pero tomando sobre sí el riesgo de que el cumplimiento de dicho cargo venga a ser imposible". Por lo demás, la misma solución aparece de las fuentes romanas (Código, Lib.VI, t.45, Ley 1).

(*) *El Código Civil de 1984 ha variado el criterio haciendo subsistir el acto. (Art. 189). (Nota del editor).*

FORMA DEL ACTO JURIDICO



FORMA DEL ACTO JURIDICO

(Arts. 143 y 144, C.C. 1984)
(Art. 1122, C.C. 1936)

LIBERTAD DE FORMA

Art. 143 (C.C. 1984).- Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente.

Art. 1122 (C.C. 1936).- Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente.

Referencias.- Digesto, lib.XXII, tít.4, fr.4; Codex, lib.1, tít.14, cap.5; artículo 1278 del Código español; 974 del argentino; ; 11, primera parte, del suizo; 883, 884, 886 del austríaco; 129 del brasileño; 686 del portugués; 125 del alemán; 109 del polaco; 11 al 1 del turco; 1796, 1832 del mejicano; 29 del soviético.

La forma: noción

"Bajo el término forma -escribe Engelmann- no sólo se entiende el medio que en general expresa el pensamiento, sino especialmente el modo como se da forma determinada al pensamiento, verbalmente o por escrito. Sólo en este último sentido se utiliza dicho término cuando se habla de la "forma" de los negocios jurídicos, pues la manifestación de voluntad está sometida a una forma únicamente cuando está presente para ella un medio de expresión peculiar. Esta disposición puede basarse en una ley o en un negocio jurídico, hablándose por ende de una forma legal y de una convencional".

De manera, pues, que todo acto jurídico requiere que asuma una determinada forma, cualquiera que ella sea, en el sentido de una manifestación comprobable de la voluntad. Sin ella no habría acto jurídico, porque no se habría salido del ámbito de los meros propósitos inconfesados. Por eso se puede hablar con Betti de negocios con forma forzada y libre. Se habla en especial de la formalidad en cuanto el acto debe tener una forma determinada, "forzada", en cuanto debe revestir un continente extrínseco, una configuración presentable determinante señalada; v.g. la escritura pública para donación de inmuebles (art. 1474) (art. 1625, C.C. 1984). Y se habla de forma libre en cuanto debe el acto revestir una forma, aunque no sea una especialmente determinada.

Forma y prueba

La forma y la prueba son requisitos extrínsecos del acto jurídico tan necesarios como los intrínsecos, pues sin aquéllos no podría llegar a ser realizable el derecho. La forma sirve para demostrar su existencia. Uno y otro requisito están tan vinculados, que como muy bien observa Giorgi, "la teoría de la forma se completa con la de la prueba y no puede estimarse expuesta la primera si no se le integra por medio de la segunda".

Como observa Bonnecase, "decir, en efecto, que las reglas del derecho civil son puestas en movimiento en contra o en favor de una persona determinada, por medio o con ocasión de un acto jurídico, decir esto, significa no decir nada prácticamente. Toda la cuestión concierne en demostrar la existencia del acto jurídico o del hecho jurídico, de los cuales se espera prevalerse para beneficiarse de tal o cual disposición del derecho civil. Ciertamente, los juristas exégetas se placen en distinguir la existencia de un derecho de la prueba de este derecho. Insisten sobre la posibilidad de la existencia de un derecho, aun cuando él no pueda ser probado. Nosotros reconocemos que esta tesis se defiende en la pura abstracción; pero prácticamente, la no existencia de un derecho y la imposibilidad de probarlo son una sola y misma cosa, porque se llega en ambos casos al mismo resultado negativo. El derecho civil todo entero, reposa, pues, sobre la noción de la prueba... No es debatido, hoy en día cuando menos, que el derecho civil comporte una teoría general de la prueba, al mismo título que una teoría general sobre el abuso del derecho o la subrogación real, por ejemplo". El Código deja que la materia relativa a la prueba, corresponda al Código de Procedimientos Civiles.

Libertad de forma

El derecho romano tradicional fué formalista. Todo acto jurídico estaba sometido a solemnidades determinadas, de suerte que sin éstas aquél no se consideraba producido. El derecho moderno en principio no es formalista. Si la voluntad es eficiente para generar efectos jurídicos, desde que ella se manifiesta, así no sea mediante forma determinada, basta para que al respecto el acto jurídico se considere producido. **Solus consensus obligat.** El desarrollo y la facilitación del comercio jurídico han impuesto esta solución. En consecuencia, una formalidad sólo será requisito de existencia del acto, cuando así la ley lo preceptúe, sea por la trascendencia de ciertos actos, sea para garantizar derechos de terceros, sea para disipar dudas sobre su existencia; constituyendo los **negotia solemnia**. La libertad en la forma frente a la formalidad impuesta, origina, pues, la distinción entre actos formales (solemnes) y no formales. Estos últimos, impropiamente apodados tales, pues no entrañan el que deban estar carentes de toda formalidad, si no sólo que determinada formalidad no les es necesaria para existir.

Contemporáneamente, los principios de seguridad en materia de negocios jurídicos, esencialmente en mira de salvaguardar derechos de terceros, el principio de la declaración de voluntad, y la vinculación de orden pragmático entre la forma y la prueba, han hecho renacer apreciablemente el formalismo (Barassi).

Naturalmente, como la formalidad en cuanto a requisito constitutivo de la declaración de voluntad es de excepción, no se puede presumir la necesidad de su existencia. La ley debe instituirla expresamente.

La falta de formalidad, cuando la ley la impusiera como requisito, acarrea la nulidad del acto (artículo 1123, inciso 3) (art. 219, inc. 6, C.C. 1984)

Clases de forma

En cuanto a las formalidades que la ley puede imponer, ellas son de diversas clases. Bien pueden consistir en la forma escrita, la forma auténtica, por vía judicial o notarial, la legalización y otras formas legales (Planck).

La expresión formal de la declaración debiendo ser escrita, puede tener lugar o por instrumento público, o por documento privado, o por carta o por telegrama, como lo observan el artículo 978 del Código argentino y la segunda parte del artículo 13 del suizo; pero agregando que no se puede usar documento privado si la ley exige instrumento público como forma exclusiva del acto.

Puede acaecer que el otorgamiento de instrumento público sea señalado disyuntivamente con otras formas igualmente auténticas, en cuyo caso puede usarse indistintamente cualesquiera de las señaladas en la ley. Así, aquí es de citar los artículos 1308, 1012, 687, 689, 694, 676, 463, 354, 326 y 65 (arts. 1304, 1098, 696, 699, 707, 675, 496, 390, 378 y 100, C.C. 1984). En otros casos se expresa únicamente que el acto conste por escrito, y la falta de prueba entonces, hace prácticamente ineficaz el acto, por la imposibilidad de probarse por otros medios admitidos por la ley (Cornejo).

El mismo autor, Cornejo, anota los siguientes casos en que la ley impone formalidad: "a) para constituir una fundación (artículo 65) (art. 100, C.C. 1984); b) para la constitución de la dote (artículo 227; c) para el reconocimiento de un hijo ilegítimo (artículo 354) (art. 390, C.C. 1984); d) para constituir el hogar de familia (artículo 463) (art. 496, C.C. 1984); e) para renunciar una herencia (artículo 676) (art. 675, C.C. 1984); f) para otorgar testamento (artículo 687) (art. 696, C.C. 1984); g) para constituir una anticresis (artículo 1005) (art. 1092, C.C. 1984); h) para constituir una hipoteca (artículo 1012) (art. 1098, C.C. 1984); i) para donar cosas

inmuebles (artículo 1474) (art. 1625, C.C. 1984); j) para el contrato de sociedad (artículo 1689); k) para constituir una renta vitalicia (artículo 1750) (art. 1925, C.C. 1984); l) para otorgar fianza (artículo 1776) (art. 1871, C.C. 1984); m) para emitir bonos hipotecarios (artículo 1807); n) para transigir (artículo 1308) (art. 1304, C.C. 1984). La falta de la forma prescrita por la ley acarrea la nulidad del acto, cuando esta sanción está expresamente establecida, como ocurre en los casos de los artículos 1776, 1750 y 1474 (arts. 1871, 1925 y 1625, C.C. 1984).

Son también actos formales el matrimonio (art.127 C.C.) (art. 269 C.C., 1984), la adopción (art.343) (art. 379, C.C. 1984), la partición cuando uno de los condóminos es incapaz o ausente (art. 918) (art. 987, C.C. 1984), la enajenación de inmuebles de personas de derecho público (arts.41, 1443 y 1444), el arrendamiento de bienes rústicos (art.4 de la ley 10.844), el mutuo que pase de quinientos soles (art.1585), el depósito que exceda de quinientos soles (art.1608), el mandato que contenga facultad de disposición o para gravar un bien (art.1633) (art. 156, C.C. 1984).

Las partes que desean concertar un negocio, pueden pactar que el mismo ha de hacerse llenando ciertas formalidades, que la ley no exige en el caso de que se trata. Entonces, parece superfluo advertirlo, no tiene aplicación la regla del inciso 3 del precepto 1123 (art. 219, inc. 6, C.C. 1984), que se refiere a la nulidad por ausencia de solemnidad, cuando ésta es requerida por la ley misma.

Mas, la formalidad convencional hace que se considere que no exista convenio si no se cumple con producir aquélla. El Código suizo reza sobre el particular: "Las partes que han convenido en dar una forma especial a un contrato, para el cual la ley no la exige, son reputadas que no han entendido obligarse si no a partir de la verificación de dicha forma" (art.16).

Se exige para que el contrato se estime como no obligatorio, que las partes hayan considerado precisamente que la forma sea condición del contrato. "Cuando las partes -escribe Planiol- convienen en otorgar un escrito para constatar su convención, se debe averiguar si su intención ha sido subordinar la conclusión definitiva del contrato a la redacción del escrito. Si ella es constatada, será respetada y cada una de las partes podrá arrepentirse en tanto que no hayan consignado su firma. Pero la convención no deviene por ello en contrato solemne; la firma del acto vale no como solemnidad extrínseca, sino como manifestación de la adhesión definitiva del signatario. El Código alemán presume, en caso de duda, que el contrato no está concluído en tanto que el acto no haya sido firmado (artículo 154). No existe en Francia presunción semejante".

En lo que se refiere a la legislación suiza, Guhl escribe: "el requisito de una formalidad se apoya siempre en un precepto legal, pero en caso de excepción, los contratantes pueden acordar, al empezar los tratos y con anterioridad a la conclusión misma del contrato, que éste deba tener una forma determinada, ya sea por escrito, ya sea mediante un instrumento público. Esta es la forma convencional. En relaciones de cierto tiempo determinado, tales como alquileres, arrendamiento de servicios, contratos de trabajo, tal exigencia puede recomendarse desde el punto de vista de la seguridad jurídica. En tal caso, la forma convencional sirve para asegurar la prueba, pero la validez del contrato no depende de la realización de la forma, por lo que el contrato puede crearse sin tal forma y los contratantes quedan obligados empero. Sin embargo, los contratantes pueden convenir también al comienzo de los tratos, que el contrato deba ser válido sólo al llegarse la formalidad respectiva. En este caso surge una obligación de las partes tan sólo con la observancia de la formalidad. Si los contratantes no se han pronunciado sobre la importancia de la forma convencional, es decir, si debe valer como forma de prueba o de solemnidad, se supone lo último, de suerte que las partes no quedan obligadas antes de que se cumpla la forma".

La prueba de la reserva, consistente en la formalidad convencional, incumbe a quien invoca su existencia, y el del cumplimiento de la formalidad escrituraria corresponde a quien pretende que el acuerdo se ha concluído por haberse producido dicha finalidad.

Como lo tiene decidido la jurisprudencia suiza, se puede renunciar a la reserva convenida, por acto posterior.

La reserva puede concernir sólo a puntos accesorios. El contrato principal es entonces considerado como perfecto antes de la redacción de la escritura.

El art.1352 del Código italiano ordena: "que si las partes han convenido por escrito adoptar una determinada forma para la conclusión de un contrato, se presume que la forma ha sido querida para la validez del acto". Merece considerarse la situación consistente en que existente un contrato formal, también se dé la existencia de pactos no formales.

Ahora bien, si el acuerdo informal es anterior al negocio formal producido, éste supedita a aquél, por el propio ímpetu predominante del requisito exigido por la ley y acatado por las partes. El acuerdo anterior es sin valor en cuanto se opone al acuerdo formal posterior, precisamente porque la ley sólo atribuye valor frente a la declaración de que se trate, a un negocio formal. Como dice Von Tuhr, de otro lado, "de la circunstancia de no repetírselo (el acuerdo informal) en el contrato formal, se deduce que las partes lo dejaran sin efecto". Sin embargo este autor admite que

un contrato informal rija junto con el contrato formal. Nos parece que en esto hay una inconsecuencia. Con ello se abre la vía a la derogatoria **de facto**, de la norma que impone la formalidad, pues ésta se establece en relación y en consideración al contexto de la declaración, y con el acuerdo informal se desnaturaliza tal prevención. Cuando el Código indica que la donación de inmueble se haga por escritura pública (art.1474) (art. 1625, C.C. 1984) y así aparece celebrada la donación sobre el inmueble a), no podría tener valor un acuerdo informal sobre que debe considerarse que la donación es sobre el inmueble b). El valor del acuerdo informal anterior al negocio formal sólo puede tener cierta eficacia en cuanto no oponiéndose a éste, simplemente lo complementa, y en cuanto sirve para precisar la intención de las partes dentro de la **punktation**.

En lo atañadero al acuerdo informal posterior al acto formal, el asunto ha sido contemplado en el art.12 del C. de C. suizo, y en el 12 del Código de Turquía. El primero de los citados dice así: "Cuando la ley exige que un contrato sea hecho en forma escrita, esta regla se aplica igualmente a todas las modificaciones del contrato, salvo las estipulaciones complementarias y accesorias que no están en contradicción con el acto".

Rossel observa que "hubiese sido preferible no estatuir la excepción al principio de la al. 2 del art.11" (que manda que a falta de una disposición distinta sobre la extensión y efectos de la forma prescrita, el contrato no es válido sino cuando esta forma ha sido observada); pues "las palabras estipulaciones complementarias y accesorias no tienen ningún sentido preciso". Demogue se ha pronunciado en el sentido de la necesidad de la formalidad para el negocio modificatorio. Staudinger escribe: "Todo contrato en que al menos una parte de sus objetos (**considerations**), sea ilegal, es completamente nulo; pero si en ese contrato hubiese alguna prestación legal y otras ilegales, las legales pueden ser exigibles, siempre que puedan ser cumplidas con absoluta independencia de las ilegales".

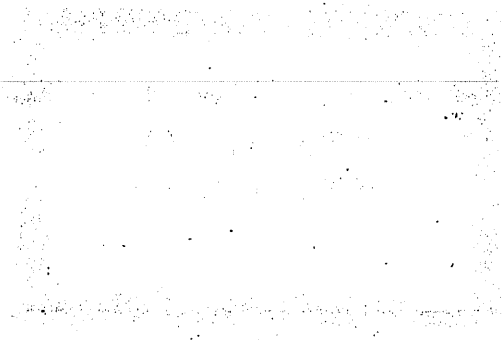
¿Cómo debe juzgarse la situación consistente en que se haya convenido un negocio, en que la ley impone una determinada solemnidad (se trata, pues, de formalidad legal y no meramente convencional), sin haberse aún cumplido con ésta? Parece muy dudoso que en tal supuesto, pudiese demandarse para que se practicara la formalidad ausente, pues precisamente por tratarse de una **ad subs-tantiam actus**, ella es requisito de existencia del acto, de modo que antes de su realización no es posible considerarla.

Si se quiere hacer respetable la imposición de una determinada solemnidad que acompañe al acto para su validez, con su correlato lógico de la nulidad por no haberse empleado tal forma, el acuerdo, así sea sincero, sobre la formación de la relación jurídica no debe tener ningún efecto **inter partes**, si él no reviste la solemnidad requerida por la ley. De

esto se debe colegir que las partes no pueden compelerse a llenar tal formalidad, porque ello sería atribuir eficacia al acto previo informal. No obstante, nuestro C. C. en su art.1340 (art. 1412, C.C. 1984) adopta erróneamente otro criterio, cuando ordena: "Si la ley exige el otorgamiento de escritura pública u otra forma especial, las partes que han celebrado el contrato pueden compelerse recíprocamente a llenar las formalidades requeridas".

Algunos autores distinguen, según que la solemnidad tenga por objeto poner en conocimiento de terceros la existencia del acto o evitar fraudes, o tenga por objeto salvaguardar la libertad de los contratantes; decidiendo que en el primer caso la promesa es obligatoria, y que en el segundo sólo producirá consecuencias muy limitadas, pues las partes no podrán compelerse a llenar la formalidad, sino que sólo habrá derecho a daños y perjuicios, pero sólo por los gastos efectuados en vista del acto a realizar, desde que únicamente se trata de un caso de culpa **in contrahendo**, en que hay que tener en cuenta el **negative Vertragsinteresse**, de que habla Jhering.

NULIDAD DEL ACTO JURIDICO



NULIDAD DEL ACTO JURIDICO

(Arts. 219 al 229, C.C. 1984)
(Arts. 1123 al 1131, C.C. 1936)

CAUSALES DE NULIDAD DEL ACTO JURIDICO

Art. 219 (C.C. 1984).- El acto jurídico es nulo:

1. ***Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.***
2. ***Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358.***
3. ***Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.***
4. ***Cuando su fin sea ilícito.***
5. ***Cuando adolezca de simulación absoluta.***
6. ***Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.***
7. ***Cuando la ley lo declara nulo.***
8. ***En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.***

Art. 1123 (C.C. 1936).- El acto jurídico es nulo:

1. *Cuando se ha practicado por persona absolutamente incapaz;*
2. *Cuando su objeto fuese ilícito o imposible;*
3. *Cuando no revistiere la forma prescrita por la ley, salvo que ésta establezca una sanción diversa;*
4. *Cuando la ley lo declare nulo.*

Referencias.- Digesto, lib.L, tít.XVII, fr.29; lib.I, tít.3, fr.30; Codex, lib.I, tít.4, ley 5, párrafo 1, in fine; Digesto, lib.XVIII, tít.1, fr.57; lib. XXIV, tít.1, fr.11, párrafo 9; Institutas, lib.III, 19, párrafo 4.- Arts.1108, C. de Francia; suizo, 11 y 20; 1300 de España; 1009, 1110, 1038 y s. de Argentina; 125 y 134 de Alemania; 10, 643, 2494 y 2495 de Portugal; 1356 de Holanda; 1681 y 1682 de Chile; 1560 de Uruguay; 2278, Perú; 830 y 145, brasileño; 20, turco; 71, 73, 75, chino; 1795, 2242-4, mejicano; 9, 90 del japonés; austríaco, 879; italiano, 1418 (1104); soviético, 30.

Noción de la nulidad

El negocio jurídico puede estar afectado de causales que conspiren contra su plena validez o su subsistencia posterior. Si esa causal es coetánea al nacimiento del negocio, se habla de nulidad del mismo. La causal puede sobrevenir después, pero entonces ya no cabe insumir la misma dentro de la categoría de las nulidades. Por incumplimiento de determinadas obligaciones los contratos son susceptibles de rescisión o resiliación (sin entrar ahora en distinciones sobre diferencias entre una y otra, bastando indicar que se suele utilizar resiliación en vez de rescisión para los contratos de tracto sucesivo). Con relación a cada contrato y en armonía con su tipicidad, se indica por la ley esas causales rescisorias. Así, en el arrendamiento de cosa la falta de pago de merced conductiva. La lesión es también una causa de rescisión y el Código peruano sólo la admite tratándose de venta de inmuebles (art.1439) (art. 1447 y s.s., C.C. 1984) y en la partición del dominio comunitario (art.791). La condición resolutoria (como **condicio juris**, no como una modalidad convencional, expresa o tácita), es también un caso comprensible dentro de esta situación. En otros casos, por sobrevenir ciertas circunstancias se produce también el deshacimiento del negocio, como ocurre con la indignidad sucesoria para los llamamientos testamentarios, la ingratitud en concernencia con las donaciones. Por producirse el evento puesto como condición resolutoria convencional, el negocio deja de seguir surtiendo sus efectos.

La rescisión, a diferencia de la anulación, como no persigue desconocer el mérito inicial del negocio, sino únicamente detenerle en su futuro funcionamiento, no puede obrar **in retro**.

De otro lado, ciertos negocios pueden disolverse por mutuo disenso, como ocurre en los contratos y también en nuestro Código con el matrimonio. Algunos negocios son revocables; esto es, que por decisión unilateral pueden cesar, como sucede con los esponsales, el mandato, la locación de sobrevenir o conocerse determinadas circunstancias, como ocurre con el artículo 1477 (art. 1634, C.C. 1984) (sobre revocación de la donación si resulta vivo el hijo del donante, que se reputaba muerto), con el artículo 752 (art. 805, C.C. 1984) (sobre caducidad de la institución de heredero, por dejar el testador herederos forzosos que no tenía cuando otorgó el testamento, o por indignidad, renuncia o premorencia del heredero, o por divorcio o separación del cónyuge heredero).

Los artículos 1123 a 1131 se ocupan sólo de la nulidad (arts. 219 á 229, C.C. 1984); es decir, de causales congénitas, o sea, que han surgido isócronamente con la formación del acto. No interesa en atinenecia a tal figura de la nulidad, que el acto haya producido o no sus efectos prácticos; así, en el caso del acto bajo condición suspensiva, del testamento.

El negocio que adolece de nulidad es impugnable y de este modo puede hablarse de una acción de nulidad, tendiente a establecer la situación jurídica respecto al acto impugnado.

El derecho justinianeo distinguió con precisión dos clases de invalidación de los negocios jurídicos; nulidad y anulabilidad. Por la primera el acto se reputaba inexistente; por la segunda se le reputaba existente, pero podía resultar ineficaz.

El derecho francés discriminó entre dos especies de actos imperfectos: inexistentes y nulos, subdistinguiéndose estos últimos en nulos de pleno derecho y anulables. Originó con ello cierta confusión en las ideas, porque aunque apoyable quizá en cuanto a la constitución misma del acto, la distinción entre los inexistentes y los nulos de pleno derecho (el inexistente carece de uno de los elementos esenciales a su formación; el nulo reúne a todos los dichos elementos, pero adolece de un defecto fundamental que le impide producir efectos), ella carece de valor práctico, ya que son idénticas las consecuencias que les son propias a unos y otros. Sólo en un punto la distinción podrá ofrecer utilidad, concerniente a si la ineficacia de los actos nulos de pleno derecho podrá ser pronunciada de oficio, como en el caso de los actos inexistentes, o si se requerirá decisión judicial. Los autores han discrepado sobre el particular.

Nulidad absoluta y nulidad relativa

Modernamente, se reputa que sólo hay dos categorías de actos imperfectos: actos nulos -con nulidad absoluta- y actos anulables -con nulidad relativa-. Los grandes códigos modernos, el alemán, suizo, brasileño, italiano, consagran el anterior sistema, el mismo que inspira acertadamente a nuestro Código.

La Exposición de Motivos dice, tratando del capítulo que ahora nos ocupa: "La teoría de la nulidad se complicó desde el derecho romano, pues si el Pretor no podía anular un acto que el derecho civil consideraba válido, podría acordar, sin embargo, por medio de la restitución y de la excepción de dolo, una especie de reparación. Nacen así la nulidad civil que se operaba de pleno derecho, y la pretoriana, que suponía el ejercicio de la acción y que se realizaba en virtud de sentencia. Como observa Planiol, la teoría de las nulidades se ha embrollado por la incertidumbre del lenguaje, por la necesidad de acudir a la justicia en todo caso en que no exista acuerdo entre las partes, y en nuestros días por la creación de una institución nueva, la de los actos inexistentes. Esta categoría de actos que no producen ningún efecto, aún antes de ser anulados, se debe a Zachariae y ha sido divulgada por Demolombe y Laurent. La nomenclatura tripartita de actos inexistentes, actos nulos y actos anulables, no tiene importancia desde el punto de vista legislativo, y proviene, como escriben

Baudry-Lacantinerie y Barde, de que los autores que la postulan, examinan preferentemente la causa que produce la nulidad. Esos autores ven la inexistencia cuando falta al acto jurídico un elemento esencial para su formación, y ven la nulidad, cuando se trata de actos prohibidos por la ley. Resulta de aquí que la existencia y la nulidad no son instituciones distintas. El acto inexistente se confunde desde el punto de vista de sus efectos con el acto nulo y, por lo mismo, carece de objeto complicar las cosas, introduciendo una nomenclatura que obscurece el campo legislativo. El Proyecto distingue dos clases de nulidad: la que tiene por principio el interés público -nulidad absoluta-; y la que se concede en favor de ciertas personas o intereses -nulidad relativa-. Tan sencillo sistema es el preconizado por el proyecto."

Es de alabar la forma tan atinada como el codificador ha resuelto el problema.

Causales de nulidad absoluta

El artículo 1123 enumera los casos de nulidad absoluta (art. 219, C.C. 1984). Por lo mismo que se trata de una enumeración, ella es restrictiva, o sea, que como advierte el Código argentino (art.1037), no se puede declarar otras nulidades que las decretadas por la ley.

Nulidad por incapacidad absoluta

1) El primer inciso del artículo 1123 (art. 219, inc. 2, C.C. 1984) se refiere al acto practicado por persona absolutamente incapaz.

La incapacidad absoluta es una incapacidad de ejercicio, no de goce, e importa en principio, inhabilitación para el ejercicio por sí de todos los derechos. Tienen tal incapacidad: los menores impúberes (según el Código son los menores de 16 años, salvo casos excepcionales, en que aquéllos pueden practicar determinados actos); los que adolecen de enfermedad mental que les priva del discernimiento; los sordomudos que no saben expresar su voluntad de manera indubitable (art.9) (art. 43, C.C. 1984). Por los incapaces absolutos deben celebrar los actos que les incumban como titulares de la capacidad de derecho, sus padres o curadores. No cabe que sean practicados por el menor u otros incapaces, con incapacidad absoluta, y ratificados por el padre o curador, como en el caso de los incapaces relativos.

El Código sólo habla de nulidad del acto, cuando ha sido practicado por "persona absolutamente incapaz". La cuestión no despierta dificultad, cuando se trata del caso del menor impúber. Pero tratándose del caso de enfermedad mental y del sordomudo, hay algo por dilucidar. Además, es ofrecible el caso en que el agente proceda en un estado tal que no le permita comprender de lo que se trata y actuar con discernimiento.

Tratándose del enfermo mental y del sordomudo, es de distinguir dos situaciones, según que ellos han sido declarados o no interdictos, dentro del respectivo procedimiento judicial. Respecto a lo primero, no hay dificultades; pero en el segundo caso, ¿el acto practicado por uno en estado de incapacidad, aunque no declarada ésta, es nulo? Aquí es de anotar el precepto 573 del Código (art. 582, C.C. 1984) que dice: "Los actos anteriores a la interdicción pueden ser anulados si la causa de ésta existía notoriamente en la época en que se verificaron". De otro lado, en lo que se refiere al caso de enfermedad mental, el Código no admite una capacidad circunstancial en base a intervalos lúcidos en el enfermo, pues en ninguna parte hace mención de esto.

Es menester decir que cuando el artículo 1126 (art. 222, C.C. 1984) concreta la idoneidad para solicitar la nulidad a la parte, comprende al sucesor universal. Pero también comprende al sucesor particular. Éste recibe el derecho trasmitido con todo lo que corresponde, y entre ello yace la facultad de poder solicitar la nulidad. Tal indicación se apoya en autoridad de tratadistas como Giorgi y Demolombe, y ella ha sido consagrada por la jurisprudencia española (Borell y Soler). En cuanto al caso de nulidad absoluta (art. 1124) (art. 220, C.C. 1984), es indudable que la acción corresponde al heredero y al sucesor particular, dentro de la expresión "por los que tengan interés" del artículo 1124.

El Código alemán (artículo 105, segunda parte) preceptúa que también será nula la declaración practicada en estado de inconsciencia o perturbación mental pasajera; lo que ha sido acogido por el Código ruso (art.31), que habla del supuesto de persona que se halla en situación tal, que no comprenda plenamente el alcance de su declaración. Así, el caso de hipnosis, sonambulismo, bajo influencia narcótica, embriaguez excluyente de discernimiento, y otros casos de enfermedades, excluyentes también de discernimiento.

En cuanto a la incapacidad de goce, que como decíamos no cae dentro del inciso 1 del artículo 1123 (art. 219, inc. 2, C.C. 1984), la nulidad del acto por tal causal queda incursa en el inciso 4. Los actos realizados en fraude de la ley quedan incursos en el inciso 4 del artículo 1123 (art. 219, inc. 7, C.C. 1984).

Nulidad por ilicitud o imposibilidad del objeto

2) El segundo inciso se refiere al acto cuyo objeto fuese ilícito o imposible. No requiere explicación el precepto. Si el objeto fuere imposible, faltaría un elemento constitutivo del negocio, y la obligación devendría necesariamente nula: **Impossibilium nulla obligatio est.** La imposibilidad debe ser absoluta (objetiva), pues si fuera sólo relativa, con relación a la persona del deudor (imposibilidad subjetiva), éste debe prestar al acreedor el equivalente en dinero. Sobre esto ya hablamos al comentar el artículo

1075 (art. 140, C.C. 1984); pero queremos ahora agregar una observación, consistente en que si el acto contiene estipulaciones, unas que no son posibles de realización y otras que lo son, el acto entonces, como muy bien lo declara el Proyecto checoeslovaco (art.805), "será válido en cuanto a lo segundo, siempre que no resulte del acto mismo que todo su contenido forme un conjunto indivisible"; lo cual es referible a lo dispuesto en el artículo 1127, primer párrafo, del Código peruano (art. 224, C.C. 1984). Y aquí interesa también una cuestión, que es ésta: ¿la promesa de cosa imposible obliga al promitente por daños y perjuicios? Dernburg se pronuncia así: "A este respecto débese distinguir: a) si la imposibilidad está en la persona del acreedor. En tal caso el deudor, salvo caso de dolo, nada debe prestar. b) Es distinto si la imposibilidad reposa sobre la persona del deudor o su contenido objetivo. Entonces el promitente, conforme al desarrollo del derecho romano, queda por regla, obligado al resarcimiento, salvo que el estipulante conociese de la imposibilidad al tiempo de la conclusión del contrato, o a lo menos debiese haber considerado ella... Esto se produce particularmente en el caso de venta y en otros negocios, en los cuales debe suministrarse alguna cosa, aunque el promitente obre de buena fe y sin culpa"

Nuestro Código tiene idéntico criterio. El artículo 1394 (art. 1539, C.C. 1984), en efecto, indica: "La venta de la cosa ajena es anulable a solicitud del comprador, salvo que éste hubiese sabido que la cosa no pertenecía al vendedor. Puede además demandar al vendedor la restitución del precio y el pago de los daños y perjuicios".

Si el objeto fuera ilícito, la nulidad sobreviene, pues el derecho no puede reconocer valor a actos que son contrarios a sus mandatos o a los de la moral. La ilicitud comprende, pues, tanto la legal como la moral. Queda al criterio del juez apreciar esta última, dentro de lo que se entiende por las "buenas costumbres".

Puede hacerse la siguiente enumeración de las prestaciones que caen dentro de la sanción del inciso segundo del artículo 1123 (art. 219, incs. 3 y 4 C.C. 1984): a) las prohibiciones por disposición expresa de la ley; b) las inmorales; c) las opuestas al orden público; d) las contrarias a la seriedad de la vida jurídica; e) las que no existen ni podrán existir, pero sí se puede contratar sobre cosas futuras; f) las que están fuera del comercio; g) las litigiosas (Espínola).

La tesis que considera que el objeto ilícito comprende tanto al objeto prohibido legalmente contra el objeto contrario a las buenas costumbres, se presta a algunas reflexiones. Hay negocios que la ley veta en cuanto a su contenido mismo; es decir, a su objeto. Así la venta de cosa fuera del comercio jurídico, como un bien del dominio público; el pacto sobre sucesión futura; un convenio por el que se pretendiera poner término a la adopción por contrario disenso. No hay aquí imposibilidad natural, física,

sino sólo legal. Se puede hablar entonces de una imposibilidad, si se entiende que ésta puede comprender tanto la física como la legal.

Pero también se habla de un objeto ilícito. En puridad de principio sólo los hechos humanos son susceptibles de esa calificación estimativa bipolar como ilícitos o lícitos. Pero hay que entender que aquí se está hablando un tanto figuradamente sobre el objeto, no como algo material, sino como un hecho o una abstención. Así si A paga a B para que asesine a C. El objeto es ilícito en cuanto al hecho de B, aunque en rigor de principio no sea la prestación de A, porque el objeto aquí, el dinero que éste paga, como cosa material es ajena a un juicio axiótico de carácter ético. Puede darse otro caso: que los objetos mismos como cosas materiales no puedan ser apreciados como lícitos o ilícitos, pero sí la finalidad que se pretende obtener con el negocio. Así, A compra una carabina a B por un precio que éste recibe, para el efecto de matar a C, sabiendo esto último B. Los objetos mismos del contrato, la carabina y el dinero de compra, no son lícitos ni ilícitos. Pero la finalidad del contrato es reprobable y por eso nulo. Por tal razón se ha hablado de causa ilícita, o podría hablarse (si se quiere mantener la causa sólo como estructura del acto patrimonial, para determinar su categoría entitativa) de fin u objeto ilícito. (*).

No indica el Código que el objeto deba ser determinado o pueda ser determinable. Dicha determinación o determinabilidad es indispensable, pues es obvio que de otro modo no habrá medio de exigir del deudor prestación alguna. (**).

El objeto debe presentar un interés para el acreedor, sin que sea indispensable que él sea en sí de carácter pecuniario. El interés moral merece la protección de la ley y faculta al estipulante para exigir el pago de una cantidad de dinero, que represente a aquél (art.IV del Título Preliminar) (art. VI, T.P., C.C. 1984).

Nulidad por inobservancia de la forma

3) El tercer inciso (art. 219, inc. 6, C.C. 1984) concierne al caso en que fuere preterida alguna solemnidad necesaria para la validez del acto. Explicando el sentido del inciso 4 del artículo 145 del Código del Brasil, escribe Bevilaqua: "El acto puede revestir la forma prescrita por la ley de modo general; pero si a la forma falta una solemnidad esencial, el vicio contamina a todo el acto, y la ley lo declara nulo. Si el instrumento es

(*) *El Código Civil de 1984 ha recogido las ideas de León Barandiarán y en el inc. 3) del Art. 219 sólo se considera la imposibilidad del objeto. (Nota del editor).*

(**) *El Código Civil de 1984 sí considera que el objeto deba ser determinado o determinable. (Art. 219, inc. 3). (Nota del editor).*

hecho por funcionario incompetente, sin fecha y designación de lugar, sin suscripción de las partes y por los testigos; no siendo leído en las partes y testigos antes de la firma". Parece inútil advertir que la nulidad sólo puede tener lugar en el caso a que se contrae el inciso 3, cuando se trata de actos en que la ley exija una formalidad de solemnidad, pues en otro caso es de aplicación el artículo 1131 del Código (art. 225, C.C. 1984).

En el supuesto a que se contrae el inciso 3 del artículo 1123 (art. 219, inc. 6, C.C. 1984), la forma es, pues, un requisito forzoso del acto **-forma dat esse rei-**; se trata de una formalidad de solemnidad y no de prueba. La nulidad sobreviene como consecuencia lógica; ya que "el imperio del derecho es necesariamente coactivo, pues una ley privada de sanción no sería ley. Ahora bien, ¿qué sanción más sencilla y adecuada que la nulidad, cuando falten en el acto los elementos requeridos por la ley?" (Giorgi). De aquí que la nulidad sea declarada como regla, y sólo por excepción funcionará una sanción diversa, cuando la ley la "establezca expresamente".

¿Cómo debe conciliarse el hecho de que un acto carezca de la formalidad impuesta, con el que las partes ejecuten el mismo? ¿Debe pensarse aquí, que el acto ha convalecido? Staudinger desarrolla así el punto: "Es muy discutida la pregunta, si el cumplimiento remedia el defecto formal, prescindiendo de los casos legalmente regulados que acabamos de mencionar. La existencia de tales preceptos particulares parece justificar la conclusión de que, fuera de estos casos, en principio no debe tener lugar una convalidación mediante el cumplimiento". En este sentido se han pronunciado Oertmann y Planck.

La solución anterior sólo es aceptable cuando las partes cumplen lo convenido, con conocimiento de la falta en la formalidad requerida. Si no, habría lugar a la repetición de lo prestado. "El contrato ineficaz por causa de una falta de formalidad no establecerá una llamada obligación natural. La objeción de que el cumplimiento de un negocio que requiere formalidad, pero que se ha celebrado sin ella, es una exigencia impuesta por un principio de proceder correcto y que podría por tanto exigirse la devolución de lo prestado, según el artículo 814; esta objeción no puede hacerse en este caso, porque no se debe reconocer tal deber basado en tal consideración de proceder correcto" (Staudinger).

¿Qué criterio permite distinguir entre la formalidad impuesta **ad solemnitatem** y la impuesta **ad probationem tantum**? Giorgi señala las siguientes reglas indicativas de la existencia de una formalidad de solemnidad: cuando acompañan a la disposición las palabras conminatorias; cuando la disposición está redactada como fórmula prohibitiva de lo contrario; cuando la disposición sea preceptiva o imperativa. Por el contrario se reputará como no substancial la forma,

cuando la ley declara exigirla sólo como prueba, o cuando aunque redactada en forma preceptiva o probatoria contiene una conminación expresa, que refiriéndose sólo a la prueba, restringe a ésta el precepto de la prohibición. (*).

Se prevé en el inciso 3 del artículo 1123 (art. 219, inc. 6, C.C. 1984), que la ley establezca sanción distinta de la nulidad. Tal solución se inspira en el Código alemán (art.134) y en el brasileño (art.130). Comentando esto último Ferreyra Coelho hace su crítica en los siguientes términos: "Es un contrasentido aceptar el acto como válido cuando éste no se constituye como la ley determina. Hay contradicción en la ley, que prescribe la forma del acto y consiente en su efecto sin esta forma, imponiendo otra sanción que no es la nulidad, para el caso de su inobservancia total. El acto para el cual es expresamente instituída una forma, no puede ser hecho sin la observación de esta misma forma; la falta de cumplimiento completo de la ley, inutiliza el acto y por esto le quita valor al principio concretado en la ley, disminuyendo la fuerza substancial del acto".

Parece que en nuestro Código la última parte del inciso 3 del artículo 1123 (art. 219, inc. 6, C.C. 1984) se deba aplicar a los casos de formalidades **ad probationem**, conforme a lo que sobre el particular explica el autor (actas de las sesiones de la Comisión reformadora; IV fascículo; pág.289); pero entonces la regla deviene superflua, pues sábese que si falta una formalidad de simple prueba, no hay nulidad del acto, el derecho no deja de existir; sólo que su efecto queda paralizado, por carencia de constatación : **non ius deficit, sed probatio.** Al exigirse que la declaración de voluntad tenga una determinada solemnidad, ello implica que el acto en que consiste tal solemnidad sea en sí válido. (**).

¿Pero cuál puede ser la sanción diversa de la nulidad, a que se hace referencia en el artículo 1123? (art. 219, C.C. 1984). La ley no lo dice. Sólo puede consistir en la circunstancia de no poder oponerse al acto a tercero.

En realidad, habría de remitirse al precepto respectivo, que indicase cuál es la consecuencia de la carencia de la formalidad. Tal es lo que ocurre, por ejemplo, en el B.G.B., con el artículo 566 conforme al cual el empleo de escritura hace que el contrato de locación de inmuebles se repute de duración indeterminada. En el artículo 441 del C. de Comercio peruano encontramos que si falta alguna formalidad establecida para la cambial, la obligación vinculada a ella produce, empero, sus efectos ordinarios. Se trata entonces de una sanción **minus quam perfecta.**

(*) *Este criterio ha sido recogido por el Código de 1984 en el Art. 144. (Nota del editor).*

(**) *Estas ideas de León Barandiarán también han sido acogidas en el Código vigente cuando precisa que debe tratarse de forma prescrita por la ley bajo sanción de nulidad (Art. 140, inc. 4 y 219, inc. 6). (Nota del editor).*

Debiendo un acto revestir determinada formalidad, ¿la modificación al mismo debe hacerse dentro de idéntica formalidad? Entre los pocos autores que han considerado el punto, Demogue está por la afirmativa. En igual sentido se pronuncian los Códigos de Suiza (art.12) y Turquía (art.12). Staudinger escribe también sobre el particular lo siguiente: "Todas las cláusulas del negocio jurídico, inclusive las modificaciones, necesitan de la forma que está prescrita por la ley, y en la duda también cuando ella en el acto es impuesta. Si para alguna o algunas cláusulas no se cumple con la formalidad, entonces no existe sobre tales cláusulas negocio eficaz; así ocurre, por ejemplo, en caso de seguridad de una propiedad sobre una cosa que se vende mediante un contrato necesariamente formal, en cuyo caso tal seguridad sólo es válida cuando se produce en la misma forma exigida por el contrato de venta".

Es preciso decir que tratándose de un negocio simulado en que se ha respetado la sola solemnidad ordenada, vale el contradocumento que indica la carencia de valor de tal negocio. Es que aquí hay una motivación singular e irrecusable, y ella es que el negocio mismo formal es inexistente. Conforme al artículo 1134 (art. 232, C.C. 1984), la confirmación ha de hacerse con la misma solemnidad que el acto que se confirme.

Tratándose de testamentos, en que se haga declaración por escritura pública, cabe revocarlo por otro testamento místico u ológrafo. También cabe la derogatoria tácita si el testador abre el testamento cerrado.

Y tratándose de poner fin a un acto formal, ¿será preciso recurrir a idéntica formalidad de la exigida para su nacimiento? La contestación debe ser en sentido negativo. "La forma sólo se exige para contraer las obligaciones, y en los contratos extintivos no formales se trata de disolver obligaciones contraídas" (Danz). O como con perfecta claridad enseña Staudinger: "La forma para poner fin a un negocio jurídico no necesita ser correspondiente a la forma para su constitución, salvo que la ley exija expresamente para ponerle fin la misma forma".

Nulidad por imperativo de la ley

4) El inciso 4 respecta al caso en que la ley declare nulo el acto expresamente (art. 219, inc. 6, C.C. 1984). Trátase, pues, de "nulidad manifiesta", como expresa el Código argentino (art.1038). El legislador reúne en una fórmula general todos los casos en que la ley prohiba un acto, siendo, sin embargo, indispensable que en el caso dado ella sancione la prohibición, estableciendo la nulidad del acto. "La condenación del acto -observa sobre el particular Ferreyra Coelho-, por lo mismo que envuelve una penalidad, debe ser pronunciada taxativamente. No se puede inferir ni presumir de los términos vagos o incidentales de la ley, la nulidad del acto".

Desde luego, existe nulidad del acto cuando ella es declarada expresamente por la ley. Así en los casos de los artículos 132 y 133 (art. 274, C.C. 1984) (sobre incapacidades de los contrayentes en el matrimonio o por no intervención del funcionario competente), 232 (enajenación de inmuebles dotales sin licencia judicial), 757 (art. 814, C.C. 1984) (testamento otorgado en común), 1002 y 1024 (arts. 1066 y 1111, C.C. 1984) (sobre **lex commissoria** en prenda o hipoteca), 1321 (art. 1986, C.C. 1984), (irrenunciabilidad de la responsabilidad obligacional por dolo), 1372 (art. 1528, C.C. 1984) (sobre renuncia o saneamiento por hecho personal del enajenante), 1443 (venta no al encante de inmueble del Estado), 1472 (reversión de la donación a favor de tercero), 1474, tercera alínea (art. 1625, C.C. 1984), (donación de muebles no en forma escrita), 1494 (art. 1688, C.C. 1984) (arrendamiento por más de diez años cuando se trata del Estado, corporaciones o personas que no tienen la libre disposición de bienes, en cuanto excede de tal plazo), 1541 (pacto sobre abono de mejoras sin especificación de éstas y del máximo a invertir por el arrendatario), 1503 (renuncia a rebaja en la merced conductiva por casos fortuitos extraordinarios), 1688 (nulidad de cláusulas leoninas en sociedad), 1750 (art. 1925, C.C. 1984)(constitución de renta vitalicia sin escritura pública), 1755 (art. 1932, C.C. 1984) (pacto de no cesión ni embargo de la renta vitalicia por deudas del rentista), 1776 (art. 1871, C.C. 1984)(fianza no constituída por escrito), 1584 (art. 1664, C.C. 1984)(mutuo en que se supone recibida mayor cantidad de la verdaderamente prestada). En otros dispositivos, sin utilizar el término de nulidad la ley mienta la misma con expresiones sinónimas, como "no produce efecto" (arts.668, 669) (art. 688, C.C. 1984), "no surte efecto" (art.983) (art. 1061, C.C. 1984), "deja sin efecto" (1104 , 2da. parte) (art. 171, C.C. 1984), "se prohibe" (1338, 1339) (art. 1405, C.C. 1984), "será inoficiosa" (art.1469) (art. 1629, C.C. 1984), "la ley no concede acción" (1768) (art. 1944, C.C. 1984), "se considera prohibida" (1770) , "no puede exigirse el pago" (1771), "no valdrá el acto" (art.1119) (art. 189, C.C. 1984).

Fuera de los casos de nulidad expresa, también existe nulidad cuando el acto esté en oposición con un precepto legal, así éste no haga mención expresa de aquélla. Se trata entonces de nulidades virtuales. Desde luego, cuando falta capacidad jurídica, como en el artículo 73 (cesión del uso o arriendo de sus tierras por las comunidades de indígenas a propietarios de predios colindantes), 271 (enajenación por el marido de bienes dotales no fungibles, sin consentimiento de la mujer), 1397 (art. 1366, C.C. 1984) (prohibiciones a ciertas personas para comprar ciertos bienes), 1493 (art. 1668, C.C. 1984) (prohibiciones a ciertas personas para arrendar). Asimismo, cuando falta la formalidad requerida; pero este asunto cae dentro de la competencia específica del inciso 3 del artículo 1123 (art. 219, inc. 6, C.C. 1984).

Como escribe Cornejo, "las nulidades textuales son las que la ley ha previsto de una manera expresa; y virtuales, las que se basan, no en un texto expreso, sino en el espíritu de la ley. Las nulidades virtuales se basan o bien en el carácter intrínseco o bien en el objeto especial de ciertas disposiciones legislativas. La violación de los preceptos establecidos por las leyes de orden público, importan, en general, y conforme al carácter mismo de estos preceptos, la nulidad virtual de los actos que los infringen. Cuanto a las leyes de interés privado, cuyo objeto sea proteger a los terceros o a las mismas partes, su contravención entraña nulidad virtual siempre que esta contravención recaiga sobre las condiciones o las formalidades cuyo cumplimiento es indispensable para la completa realización del objeto, que el legislador se propuso alcanzar, y no entrañan tal nulidad sino en este supuesto. Si se trata de nulidad textual, el juez no tiene sino que examinar si el precepto establecido bajo pena de nulidad ha sido o no violado; en cambio, tratándose de nulidad virtual, debe, además de examinar si de hecho la violación se ha producido, apreciar en derecho si la violación del precepto es de tal naturaleza que entrañe la nulidad del acto impugnado, según los motivos ya indicados."

Agrega el mismo Cornejo: "La ley no sanciona esta clase de actos con pena de nulidad: se limita a prohibirlos, pero el objeto de esta prohibición implica por sí mismo, la nulidad del acto otorgado en contravención de la prohibición legal. Se trata de proposiciones jurídicas incompletas, cuyo complemento (la sanción) está invívita en la naturaleza misma del precepto y en el fin que el legislador persigue al formularlo. La sanción deriva de una necesidad esencial del orden jurídico y viene de la fuerza coercitiva implícita y esencial a este orden jurídico."

Como algunos casos en vía parificativa de nulidades tenemos los contemplados en los artículos 823; 705; 714; 179; 471; 673; 1586; 1011; 1150, 2da. parte; 1295; 1396; 1432; 1448; 1633; 1634; 1726; 328 y 329. (Ver arts. 733, 304, 488, 491, 677, 1990, 1991, 1290, 1405, 1588, 1595, 156, 161, 381 y 382, C.C. 1984.). Caen dentro de la prohibición del inciso 4 del artículo 1123 (art. 219, inc. 6, C.C. 1984) todos los casos de incapacidades de goce, pues como éstas no se presumen, la ley ha de establecerlas expresamente.

CARACTERISTICAS DE LA NULIDAD ABSOLUTA

Art. 220 (C.C. 1984).- La nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público.
Puede ser declara de oficio por el juez cuando resulte manifiesta.
No puede subsanarse por la confirmación.

Art. 1124 (C.C. 1936).- La nulidad a que se refiere el artículo anterior puede ser alegada por los que tengan interés y por el Ministerio Público, siempre que le cupiere intervenir.
Puede ser declarada de oficio por el Juez, cuando resulte manifiesta.
No puede subsanarse por la confirmación.

Referencias.- Digesto, lib.XXIII, tít.2, fr.87, párrafo 1; Código de Argentina, art.1047; de Chile, art.1863; de Japón, art.119; de Uruguay, art.1561; de Brasil, art.146; soviético, 36; italiano, 1421, 1423 (1310).

Características de la nulidad absoluta

Planiol y Ripert resumen así las características del acto que padece de nulidad absoluta, por oposición a la relativa: 1) él no tiene necesidad de ser declarado nulo por los tribunales; 2) toda persona puede invocar la nulidad; 3) el acto no produce efecto alguno; 4) la confirmación queda descartada; 5) la prescripción, aún la de treinta años, no es aplicable.

Empero, las anteriores decisiones no imperan todas con tal categórico rigor.

La nulidad absoluta no requiere de pronunciamiento judicial

1) No se requiere pronunciamiento judicial que declare que el acto es nulo. Pero si hubiera disputa entre las partes acerca de si el acto es o no nulo, corresponderá al juez resolver sobre el particular, no pronunciando su nulidad, pero si reconociéndola o constatándola.

Pronunciamiento a instancia de parte

Las partes pueden considerar como eficaz el acto y, por lo tanto, pueden no tener interés en solicitar la declaración judicial de nulidad. Pero como escriben Planiol y Ripert: "A falta de acuerdo, el que desea hacer cesar el estado de hecho resultante del cumplimiento de un acto nulo, tiene que obtener una sentencia judicial. Y ello es así, sea cual

fuere la índole de la nulidad y aún cuando el consentimiento haya faltado totalmente, suponiendo que ello no obstante haya habido cumplimiento del acto. En efecto, la necesidad de una sentencia judicial resulta de la regla que dispone que nadie puede hacerse justicia a sí mismo".

La acción de nulidad puede plantearse cumplido o no el negocio. Como escriben Planiol y Ripert, es preciso "permitir, antes de haber cumplido o de haberse pedido el cumplimiento, el ejercicio de la acción de nulidad a toda persona obligada por un acto cualquiera, no sólo cuando exista un escrito cuya fuerza probatoria pudiera ser más difícil de discutir en lo futuro y que constituya un título susceptible de ser utilizado y alegado para diversos fines, sino igualmente en todo supuesto. Admitiendo el principio de la prohibición de las acciones provocatorias **ad futurum**, esa prohibición debe desecharse en esta materia. Tradicionalmente se estima la acción de nulidad como un género aparte; en esta medida, y aun cuando el derecho moderno no presenta ya los derechos subjetivos bajo la forma de acciones nominadas, sino que estima la acción como el derecho mismo ejercitado ante los Tribunales, es correcto hablar de una acción especial de nulidad. Por otro lado, es obvio que para nosotros existe en iguales condiciones respecto a toda suerte de nulidades".

Pronunciamiento de oficio

El artículo 1124 (art. 220, C.C. 1984) dice que la nulidad se pronunciará de oficio cuando sea manifiesta. Respecto a la misma, explica Rivarola: "Lo que caracteriza la nulidad manifiesta, es que estando declarada expresamente por la ley, no requiere un juicio previo, y el acto se tiene por nulo sin necesidad de seguirse juicio y sentencia que declare la nulidad. Otros actos son también nulos, pero la nulidad debe ser juzgada y declarada".

Personas que pueden alegar la nulidad

2) Según el Código, que sigue en esto al argentino y al brasileño, la nulidad puede ser alegada por todo el que tenga interés en ella. Quiere decir, que no precisa que sea una persona perjudicada, la que alegue la nulidad. "No es preciso que haya perjuicio con el acto, cuya nulidad es patente, para que se le niegue eficacia; basta que haya interés en que él no produzca efectos, para justificar la alegación de su nulidad" (Ferreyra Coelho).

Sólo que cabe hacer esta pregunta: ¿si no hay perjuicio, qué interés puede tener el demandante? Claro está que entendemos por perjuicio tanto el económico como el ideal. Lo cierto es que la acción no está circunscrita únicamente a los sujetos contrayentes del negocio (como ocurre en los casos de nulidad relativa). La nulidad puede ser solicitada por toda persona sobre cuya situación tenga alguna inferencia el acto.

Así, el acreedor frente al acto simulado de su deudor, el hijo en el matrimonio celebrado por su padre sin guardar la forma necesaria.

Esta misma nulidad puede ser declarada de oficio y puede ser alegada por tercero, pues la nulidad absoluta "se funda ya sea en razones de orden público, ya en la falta de un requisito esencial para la validez del acto; es por eso que el artículo 1047 (del Código argentino) reconoce a todos los interesados y al Ministerio Público el derecho de invocarla; es por eso que permite también su declaración de oficio, en los casos en que ella surja manifiestamente del acto". (Salvat).

Existen actos nulos por prohibición de la ley y que, no obstante, no puede ser solicitada su nulidad sino por determinado sujeto. Así ocurre en los siguientes casos que Cornejo recuerda:

A) La del matrimonio del bígamo, que sólo puede ser intentada por su cónyuge actual (art.136) (art. 274, inc. 3, C.C. 1984).

B) La del matrimonio contraído antes de la edad requerida por la ley (art.143) (art. 277, inc. 1, C.C. 1984), que sólo puede ser intentada por el cónyuge menor de edad o por sus ascendientes o por su consejo de familia.

C) La del matrimonio del impotente, que sólo puede ser pedida por el otro cónyuge (art.145) (art. 277, inc. 7, C.C. 1984).

D) La del matrimonio del que está privado del ejercicio de las facultades mentales, o por error sobre la identidad del otro cónyuge o por intimidación (arts. 146, 147 y 148) (art. 277, incs. 4, 5 y 6, C.C. 1984), que sólo puede pedir el cónyuge perjudicado.

E) La de la venta de los bienes dotales, reservada a la mujer o a sus herederos (arts.232 y 234).

F) La de la venta de bienes de menores hecha por sus padres, sin las formalidades de ley (art.413) (art. 447, C.C. 1984), que sólo pueden demandar los hijos, sus herederos o representantes legales (arts.1397 y 1398) (art. 1366, C.C. 1984).

H) La del falso mutuo (art.1582) (art. 1665, C.C. 1984).

I) La de los actos del tutor celebrados sin las formalidades legales, que sólo compete al menor (art.527) (art. 537, C.C. 1984).

K) La del contrato sobre abono de mejoras no especificadas (art.1541), que por naturaleza sólo puede invocar el locador.

La eficacia del acto nulo

3) En cuanto a la regla de **quod nullum est nullum producit**

effectum, no tiene una aplicación inflexible. Los mismos autores Planiol y Ripert, anotan: "En todos los casos en que ha habido un consentimiento, una voluntad expresa, éstos son susceptibles de producir efectos". Se ha hecho notar, por ejemplo, que el matrimonio atacado de un vicio susceptible de ser denunciado por toda persona, produce los efectos de un matrimonio putativo; que una sociedad por acciones, nula por inobservación de formalidades de constitución, produce sus efectos en provecho de terceros, bien que la nulidad puede ser demandada por las personas interesadas, y, de otra parte, puede valer como sociedad de hecho.

Insubsanibilidad de la nulidad absoluta

4) El acto nulo no es confirmable. En efecto, la confirmación tiene por objeto hacer desaparecer el vicio que afecta a un acto; lo que supone que éste puede producir efectos. Ello no tiene lugar tratándose de un acto nulo, o sea, que ante la ley es inexistente. De modo, pues, que característica del acto nulo es que, a diferencia del anulable, reputándose a aquél como inexistente, así como no consiente por ello confirmación, sea expresa o tácita (por ejm, ejecución de su objeto), no se puede considerar que cese la invalidez porque desaparezca después de su gestación la causal de dicha invalidez. El acto celebrado por un incapaz con incapacidad absoluta no deja de ser írrito porque el declarante adquiera capacidad; la donación inoficiosa por exceso en la cuota de disposición libre (art.1469) (art. 1629, C.C. 1984) no deja de ser inoficiosa porque después de la donación el donante acreciente su patrimonio. La nulidad absoluta es inexpiable, y ningún acontecimiento la puede curar de ese mal innato.

5) En cuanto a la imprescriptibilidad de la nulidad absoluta, la cuestión será tratada al comentar el artículo 1169 (art. 2001, inc. 1, C.C. 1984).

Conversión del acto nulo

Con relación al acto nulo puede darse lo que se conoce con el nombre de conversión del acto. Si éste es inválido por carecer de algunas de las cualidades indispensables para su viabilidad, es susceptible, empero, de adecuarse a otro acto, de diferente tipicidad a la que correspondía según su inmediata mostración. Entonces la declaración puede tener eficacia como ese nuevo acto, así tipificado mediante su conversión. El artículo 140 del Código alemán, el 1424 del italiano en vigencia, establecen que entonces no atribuyéndose validez al acto en su original carácter, se le reconoce como eficiente en su nuevo carácter converso. La ley aduce aquí una voluntad presunta. Y es que se supone que el autor o autores de la declaración nula tuvieron una voluntad apta

para generar alguna consecuencia jurídica. Pueden consignarse algunos ejemplos de conversión. El testamento público que no reviste todos los requisitos de forma, puede ser reputado testamento ológrafo; la letra de cambio defectuosa en su forma, puede valer como reconocimiento quirografario de deuda.

No se debe confundir la conversión, que es una consecuencia legal que concierne a la tipificación del negocio, con el simple error **nomen juris** del mismo. Entonces sólo incumbe al juez una constatación en cuanto a la auténtica denominación del acto; pero sin formulación atributiva sobre el carácter sustantivo del mismo.

Como anota Von Tuhr, "la conversión supone que según la intención y opinión de las partes el negocio debía ser válido. No es posible la conversión si las partes conocían la nulidad, porque en ese caso falta la voluntad de los efectos jurídicos y no cabe admitir que habrían querido otro negocio en lugar del nulo. No se puede convertir en legado una promesa de donación en la cual se omitió intencionalmente la forma notarial que exige el art.578. Por el mismo motivo, no se produce conversión cuando el negocio no es nulo, sino incompleto. Por ejemplo, si alguien, luego de haber redactado una promesa de donación, muere antes de expedirla, ella no puede valer como legado, aunque posea los requisitos de las disposiciones testamentarias (art.231, 2). La prenda incompleta por falta de la notificación (art.1280) no puede valer como cesión del crédito".

CAUSALES DE ANULABILIDAD DEL ACTO JURIDICO

Art. 221 (C.C. 1984).- El acto jurídico es anulable:

1. ***Por incapacidad relativa del agente.***
2. ***Por vicio resultante del error, dolo, violencia o intimidación.***
3. ***Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.***
4. ***Cuando la ley lo declara anulable.***

Art. 1125 (C.C. 1936).- El acto jurídico es anulable:

1. Por incapacidad relativa del agente;
2. *Por vicio resultante de error, dolo, violencia, intimidación, simulación, o fraude.*

Referencias.- Digesto, lib.IV, tít.4, fr.1; párrafo 1 fr.11; párrafo 3; lib.XLIV, tít.7, fr.57; lib.IV, tít.3, fr.1; fr.17; Institutas 1; 7; párrafo 2; Digesto, lib.IV, tít.1; fr.1 y 2; lib.IV, tít.2, fr.9, párrafo 7; lib.XVIII, tít.7, fr.3, párrafo 2; lib.XLIII, tít.8, fr.1 y 10;

arts.1117, C. de Francia; 656 de Portugal; 406 y 1079 de Argentina; 1236 de Perú; 147 de Brasil; 1795 de Méjico; 1425(1108) de Italia.

La nulidad relativa: causales

El artículo indica los casos de nulidad relativa. Ésta es, como expresa Barros Errázuriz, "la que tiene lugar respecto de ciertos actos jurídicos que han sido formados con la concurrencia de los elementos esenciales, pero de manera que encierran un vicio que puede traer su nulidad. La relación de derecho creada por ellos no es conforme a la equidad, o las condiciones de capacidad que la ley exige en las personas, y lesiona injustamente el interés privado, que merece la protección de la ley. La nulidad relativa es una medida de protección establecida por la ley en favor de determinadas personas, que, por razón de su incapacidad, no tienen la libre administración de sus bienes, o que han sufrido un error, engaño o violencia en la conclusión de un acto jurídico. Ello se funda en el interés privado de las partes. Siendo esta nulidad relativa una medida de protección para determinadas personas, la ley establece en su favor una acción rescisoria; pero deja al interesado, en libertad de usar o no de esa acción, o sea, en la alternativa de mantener el valor del acto o de pedir su declaración de nulidad".

El artículo 1125 (art. 221, C.C. 1984)no es, pues, sino la consagración del principio, de que el consentimiento debe emanar de agente con discernimiento y en forma no errónea y libre.

Anulabilidad por incapacidad relativa

Los incapaces con capacidad relativa, están enumerados en el artículo 10 (art. 44, C.C. 1984)y su disposición de remisión, el artículo 555 (art. 564, C.C. 1984), o sea, los mayores de dieciséis años y menores de veintiuno, los débiles mentales, los pródigos, los ebrios habituales, los que incurran en mala gestión, los que sufran la pena de interdicción civil, a lo que hay que agregar (ley 1172) los toxicómanos.

Por los menores de edad deben celebrar el negocio de que se trate, sus respectivos tutores (artículo 510) (art. 527, C.C. 1984), o aquéllos, con la autorización o ratificación del respectivo tutor (art.512); lo cual también tiene lugar cuando los menores están sujetos a la patria potestad (artículo 438). Las mismas reglas rigen en principio tratándose de otros sujetos sometidos a incapacidad relativa (artículo 558) (art. 568, C.C. 1984).

Por lo demás el Código en el artículo 1128 (art. 227, C.C. 1984) se refiere de manera especial a obligaciones contraíbles por menores de edad.

Si el acto, pues, no es realizado por el padre, tutor o curador, o no es ratificado por éstos, sobreviene la anulabilidad del acto. La anulabilidad sólo puede ser demandada por aquel a quien favorece, es decir, por el incapaz (artículo 1126 y artículo 1078) (arts. 222 y 226, C.C. 1984) y hasta dos años después de cesada la incapacidad (artículo 1168, inciso 3) (art. 2001, inc. 4, C.C. 1984); correspondiendo la acción al que hizo el negocio cuando él era incapaz o a sus representantes, según los casos.

Sobre el efecto de la incapacidad de uno de los contratantes, es digno de remarcar la original posición adoptada por la jurisprudencia inglesa. Tendiendo a garantizar la seguridad de los negocios jurídicos, sólo acepta la impugnabilidad de los mismos, cuando se presenta un caso de **breach of duty of care**. Fuera de tal caso, no. De allí que el error por sí solo no sea bastante para anular el acto. Y de allí que tampoco lo sea la incapacidad de una de las partes. Precisa que tal incapacidad sea conocida por la otra parte. "El contrato -escribe Strauss- no resulta, pues, anulado en razón de vicio de la voluntad de una de las partes, sino simplemente a causa de faltar al deber de no abusar de la debilidad mental del co-contratante, lo que haría culpable a una parte frente a la otra. Y, consecuencia perfectamente lógica de este principio, no es necesario que el incapaz sea, en el hecho, un alienado, basta que no sea **mentis compos**, que esté, por ejemplo, en estado de ebriedad, para que el contrato sea disuelto, a condición, sin embargo, bien entendido, que la otra parte haya tenido conocimiento de esta situación. Así, un contrato concluído por una persona que, con conocimiento de la otra, está embriagada a punto de no saber lo que hace, es anulable. La jurisprudencia inglesa llega hasta distinguir la simple excitación de la embriaguez, a fin de no admitir sino esta última como causa de nulidad. Notemos que el contrato concluído por una parte en estado de embriaguez puede ser ratificado posteriormente; la nulidad del acuerdo es, pues, relativa. La manera como la jurisprudencia inglesa ha tratado los contratos celebrados por un incapaz, es enteramente conforme a los principios del derecho contractual inglés. La capacidad de la parte lesionada no es casi tomada en consideración. Unicamente el **brech duty** cometido por el contratante, es susceptible de constituir una causa de nulidad".

Las otras causales de anulabilidad

En cuanto al segundo inciso del artículo 1125 (art. 221, incs 2 y 3, C.C. 1984), él no es sino la confirmación de lo previsto en los artículos 1079, 1085, 1089, 1098 (Ver arts. 201, 210, 213, 214 y 195, C.C. 1984), relativos a los vicios del consentimiento, a la revocación por causa de fraude, y de la sanción impuesta en caso de simulación (artículos 1094 y siguientes) (art. 190 y ss., C.C. 1984).

Por simulación

Tratándose de la simulación, la cuestión debe dilucidarse un tanto. El artículo 1125 (art. 219, inc. 5 y 221. inc. 3, C.C. 1984) se refiere a ella sin mayor especificación.

Para proceder convenientemente sobre el asunto, hay que discriminar los siguientes casos: 1) se simula un acto, sin que tras él se encubra ninguno real -simulación absoluta-; 2) se simula un acto, tras el cual se esconde uno real, con fin ilícito -caso de simulación relativa-; 3) para perjudicar a tercero -caso también de simulación relativa-; 4) el acto oculto, disfrazado bajo uno ficticio, no tiene fin ilícito ni perjudica a tercero.

En el caso 1), no hay acto alguno, nada es querido, nada es verdadero, el consentimiento no existe. Falta el elemento primario para el negocio jurídico, así, el acto simulado no puede dejar de ser considerado como uno afectado de nulidad absoluta.

En el caso 2), el acto aparente es nulo, con nulidad absoluta, pues no hay voluntad alguna para crearlo, no hay consentimiento alguno que le infunda vida. En cuanto al acto secreto, también debe ser reputado como-que sufre nulidad absoluta si tiene un fin ilícito. La ilicitud es causal de tal clase de nulidad (art.1123, inciso 2) (art. 219, inc. 4, C.C. 1984); y es regla tratándose de la simulación relativa, que el acto encubierto se juzgará según su naturaleza propia.

En el caso 3), siendo el acto aparente nulo en forma absoluta, por las razones antes indicadas, el acto secreto no lo es, sino sólo anulable, pues no cae dentro de ninguna de las causales enumeradas de nulidad absoluta.

En el caso 4), el acto aparente es nulo absolutamente, pero el secreto es plenamente válido.

Y bien, ¿qué decir en cuanto a lo que el Código indica, respecto a la nulidad por simulación? El art.1125 habla simplemente de simulación, sin mayor especificación (art. 219, incs. 5 y 221, inc. 3, C.C. 1984). Pero tratándose del caso 1), de simulación absoluta, la nulidad ha de ser absoluta, por motivos obvios, que no requieren ser indicados por la ley. Por la misma razón en los casos 2), 3) y 4), de simulación relativa, se impone el carácter de nulo con nulidad absoluta del acto ficticio.

En cuanto al acto secreto, su nulidad se determina según su naturaleza propia. Ya en relación a tal acto no entra en juego la simulación.

Resulta, así, que la simulación absoluta debe ser una causal de nulidad absoluta y no relativa, como la conceptúa el Código (*). Lo simulado no existe, es una sombra, una ficción, carece de toda realidad. Trátase, pues, de una nulidad absoluta. Por eso el Código mismo (art.1096) ha ido hasta declarar imprescriptible la acción de simulación, aun cuando tratándose en general de las nulidad absolutas, ha señalado el plazo de 30 años de prescripción (art.1169) (art. 2001, inc. 1, C.C. 1984).

Puede haber copresentes más de una causal de anulabilidad. Así el acto realizado por un menor de edad y que además actuó por error. La impugnación puede hacerse por cualquiera de las causales, conjuntamente o no. Si se solicitó y se obtuvo la anulabilidad por una causal, ello no empece demandar aquélla por la otra causal concurrente. Así, si se anula el acto por error, puede pedirse la anulación por incapacidad de obrar, para acogerse el actor a la limitación de la restitución del art.1130 (art. 228, C.C. 1984).

En lo que respecta al fraude mentado en el inc.2 del art.1125, debe concordarse con los arts.1098 y sgts. (art. 195 y s.s., C.C. 1984) que tratan de la acción pauliana. En cuanto a los vicios del consentimiento, los numerales de conjugación son 1079 al 1093 (arts. 201 al 218, C.C. 1984).

CARACTERISTICAS DE LA NULIDAD RELATIVA

Art. 222 (C.C. 1984).- El acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare. Esta nulidad se pronunciará a petición de parte y no puede ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio la establece la ley.

Art. 1126 (C.C. 1936).- Los actos a que se refiere el artículo anterior, sólo se tendrán por nulos desde el día en que quede ejecutoriada la sentencia que los invalide. Esta nulidad se pronunciará a petición de parte, y no puede ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio la hubiera establecido la ley.

(*) *El Código ha recogido estas ideas de León Barandiarán. Ahora la simulación absoluta es causal de nulidad absoluta. (Art. 219, inc. 5). (Nota del editor).*

Referencias.- Codex, lib.II, tít.46, leyes 1 y 2; lib.IV; tít.44, ley 10; Digesto, lib.IV, tít.4, fr.3, fr.30; lib.XXI; tít.1; fr.43; párrafo 8; fr.9; artículo 694 del Código de Portugal; 1046 y 1047 de Argentina; 1684 de Chile; 1302 de España; 1743 de Colombia; 1674 de Ecuador; 1533 y 1536 de Uruguay; 1338 de Francia; 141 y 144 de Alemania; 120 de Japón; 1441 de Italia.

Características de la nulidad relativa

Características de la nulidad relativa son: a) ella no obra **ab initio**; b) está reservada a las personas interesadas el que se anule el acto, no pudiendo la nulidad ser declarada de oficio; c) el acto es susceptible de confirmación; d) la acción de nulidad prescribe por el transcurso de cierto tiempo.

Eficacia del acto anulable

a) En cuanto a lo primero, realmente mientras el acto que padece de nulidad absoluta no puede producir efecto alguno, porque él es inexistente, el afectado de nulidad relativa es eficaz mientras no se declare nulo. Como muy bien dice Planiol, "la nulidad (relativa) no es inmediata. El acto podrá ser anulado más tarde, por una sentencia del juez; pero entretanto él existe, produce sus efectos. Él vive, en cierta forma, bajo una amenaza de muerte".

Pero, de otro lado, declarada judicialmente la nulidad del acto, sus efectos se retrotraen a la fecha de su celebración, de suerte que bajo este aspecto sucede aquí la cosa semejante a la que concierne a la nulidad absoluta.

Lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 1126 (art. 222, C.C. 1984) es la concreción de la anterior indicación. Tal disposición tiene interés, por lo demás, en cuanto importa la necesidad en todo caso, de que se produzca sentencia judicial para que el acto devenga anulado. Quiere decir que el Código no presta acogida al sistema implantado en el Código alemán (artículo 143) y así mismo en el japonés (artículo 123), consistente en que la anulación no exige decisión judicial previa, sino que se produce desde que la parte en favor de quien está establecida, se dirige a la otra parte, prevaliéndose de la nulidad, correspondiendo a la última promover la acción judicial para que se declare válido el acto. El sistema del Código alemán es preferible, pues comporta una defensa más eficaz de la parte que es víctima en el negocio impugnable. En último término, el resultado es igual dentro de dicho sistema y dentro del clásico, pues en ambos la solución corresponde al juez; pero dentro del primero, la parte que merece la protección de la ley la obtiene más inmediatamente.

La anulabilidad requiere de ser instada

b) Se explica que la nulidad relativa no puede ser alegada por persona extraña al negocio jurídico, ni declarada de oficio, pues aquélla importa una medida de protección en favor de determinadas personas perjudicadas con el acto, y sólo a éstas compete aprovecharse o no de ella.

Cuando el artículo dice que la nulidad sólo procede a petición "de parte", debe entenderse que la acción también puede corresponder a sus sucesores y subrogados, acreedores y aun a los terceros perjudicados, en la parte en que el acto los perjudicara.

Por lo demás, sábese que la nulidad puede ser invocada tanto por acción, como por excepción.

c) En cuanto a la confirmación del acto anulable, a que se refiere la última parte del apartado 2 del artículo, ella es tratada especialmente en el artículo 1132 (art. 230, C.C. 1984).

d) La acción por nulidad relativa es prescriptible. Al respecto véase los artículos 1168 (incisos 3 y 7), 1169 y 1170, y los respectivos comentarios (art. 2001, inc. 4, C.C. 1984).

NULIDAD PARCIAL

Art. 224 (C.C. 1984).- La nulidad de una o más disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables.
La nulidad de disposiciones singulares no importa la nulidad del acto cuando éstas sean sustituidas por normas imperativas.
La nulidad de la obligación principal conlleva la de las obligaciones accesorias, pero la nulidad de éstas no origina la de la obligación principal.

Art. 1127 (C.C. 1936).- La nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables.
La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de las obligaciones accesorias; pero la nulidad de éstas no induce la de la obligación principal.

Referencias.- Digesto, lib.XXII, tít.1, fr.29; lib.XIII, tít.5; fr.11, párrafo 1; lib.XLV, tít.1, párrafo 5; art.139 del Código de Alemania; 1039 de Argentina; 153 de Brasil; 20 al 2 de Suiza; 111 de China; 1419 de Italia.

La nulidad parcial

La nulidad parcial se presenta cuando dentro de un mismo acto el contenido de él es varío o heterogéneo, resintiéndose aquél de nulidad sólo en lo que respecta a una fracción de ese su contenido. Las circunstancias por las que la nulidad parcial puede presentarse son varias. Así "un elemento del negocio puede ser simulado o carente de seriedad, carecer de la forma necesaria o ser contrario a la ley o las buenas costumbres; el negocio jurídico puede ser parcialmente nulo por ser imposible una parte de la prestación o porque parte del negocio exige la aprobación de otra persona y ella falta; finalmente, la nulidad parcial puede ser causada por impugnación" (Von Tuhr).

Desde luego parece indiscutible que cualquiera que sea la norma en cuanto al vigor de la nulidad parcial sea reconociéndose que **utile per utile non vitiatur** (como ocurre en las Pandectas), o estableciéndose la posición presuntiva de la ineficacia salvo que se repute que se habría celebrado haciéndose omisión de la parte nula (que es la posición del art.139 del B.G.B), hay que reparar en que la disposición del art.1127, primera parte, del Código nacional (art. 224, C.C. 1984), no menciona para nada la intención de los contrayentes. Resultaría por ende que la separabilidad o inseparabilidad de las cláusulas estarían referidas a un dato de consideración estrictamente objetivo. Creemos que ésa no puede ser la interpretación del mandato legal. La vinculación indivisible o no de las cláusulas tiene que hacerse de acuerdo con la voluntad convencional. Mas, indirectamente, en cuanto al artículo 1127 (art. 224, C.C. 1984) se refiere a que no haya nulidad integral, sino fraccional, se colige que la preferencia está por la máxima **utile per utile non vitiatur.** Es la misma solución consagrada en términos elocuentes en el C. C. italiano (art.1419).

En relación a la transacción, el art.1316 (art. 1310, C.C. 1984) dispone: "La transacción es indivisible y cualquiera de sus estipulaciones que fuese nula, o que se anulase, deja sin efecto todo el acto de la transacción".

La primera regla contenida en la disposición, suscita la interrogación de si ella sólo se aplica al caso de nulidad relativa, o también al caso de nulidad absoluta. La regla tiene su fuente doctrinal en las indicaciones de Savigny. Para este autor la regla de **neque vitiatur utilis per hanc inutilem**, sólo funciona en el primer caso. Conforme a la interpretación que se da al artículo 1073 del Código argentino, considerando las críticas que ha merecido la tesis de Savigny y estando al tenor del art.1127 (art. 224, C.C. 1984), debe concluirse que éste abarca tanto a la nulidad absoluta como a la relativa.

Una cuestión subsiguiente, que fluye de la primera parte del art., es la concerniente a si es aconsejable que la disposición sea impuesta en

términos abstractos, como lo hace el Código. ¿Qué criterio debe existir para determinar la separabilidad de una cláusula de un negocio, con respecto al conjunto del mismo? El Código alemán ha previsto el problema, al establecer que la nulidad del acto no sobrevendrá pese a la nulidad de una de sus disposiciones, si se presumiera que aun sin ésta, el acto deba producir sus efectos (art.139). Inspirándose en esta solución, Bibiloni la incorpora a la reforma del Código Civil argentino; y se explica así: " no es la sola idea de separabilidad la que puede dar la regla, librada al criterio eventual del juez, a quien no le suministra base para conocer cuándo es posible. La idea fundamental es la de respetar el derecho establecido por la convención, tal como fué aceptada, que constituye la ley de las partes y que debe ser cumplida de buena fe. Si se hubiera realizado un negocio, una parte del cual es defectuoso, y los contrayentes aun sin esta parte, lo hubieran celebrado, la ley no tiene motivo de no reconocer esta voluntad de las partes. Por consecuencia, es en primer término la voluntad de las partes la que decide si la nulidad parcial tendrá por efecto la total. Tal voluntad puede tender a que una parte del negocio se haya querido realizar solamente en relación con la otra; pero también ella puede tender a que no se considere la parte nula como esencial para el negocio, en sentido de que con su ineficacia todo el negocio queda sin efecto. Lo primero, es decir, la nulidad total pretendida, es la regla y se presume. Quien sostiene la ineficacia de un acto jurídico debe comprobar, en el caso litigioso, que él se habría realizado aun a despecho de tal parte nula. A tal persona corresponde presentar la prueba respecto a los hechos, por los cuales se justifica aquella presunción".

Por su parte con referencia al Código suizo (art.20, apartado 2), se lee en el libro de Func: "el juez debe en tales casos indagar lo que habrían querido las partes si, en el momento de la conclusión del contrato, ellos sabían que algunas de sus cláusulas eran nulas. Él tendrá en cuenta las circunstancias de las que tenía conocimiento en ese momento. La voluntad de cada una de las partes será tomada igualmente en consideración. El juez fallará libremente si en tal caso una reconstrucción parecida es todavía posible y si ello es suficiente para que se admita simplemente la nulidad parcial. Se podrá llegar a un resultado parecido mediante la "conversión"; ella consiste en admitir que, si el contrato concluído es nulo porque no responde a las exigencias de la ley, él satisface sin embargo a los fines perseguidos por otro contrato, en que el fin es semejante. En tales casos, este último es considerado como concluído; será suficiente para ello que se pueda admitir que las partes habrían escogido este género de convenciones si hubieran tenido conocimiento de la nulidad del contrato que habían realizado. Se aplica todavía el párrafo 2 por analogía, cuando resulta de la voluntad claramente manifestada por las partes, que dos o más contratos han estado tan estrechamente ligados entre sí que uno de ellos no ha podido ser querido sin el otro".

El art.1127, primera parte, del Código nacional (art. 224, C.C. 1984) no mencionaba para nada la intención de los contrayentes, resultaría por ende que la separabilidad o inseparabilidad de las cláusulas estarían referidas a un dato de consideración estrictamente objetivo. Creemos que ésa no puede ser la interpretación del mandato legal. La vinculación indivisible o no de las cláusulas tiene que hacerse de acuerdo con la voluntad convencional. Mas, indirectamente, en cuanto al artículo 1127 (art. 224, C.C. 1984) se refiere a que no haya nulidad integral, sino fraccional, se colige que la preferencia está por la máxima **utile per utile non vitiatur.** Es la misma solución consagrada en términos elocuentes en el C. C. italiano (art.1419). En cuanto al precepto del apartado segundo del artículo 1127 (art. 224, C.C. 1984), no es sino manifestación del principio general **accesorium sequitur suum principale.**

Art. 227 (C.C. 1984).- Las obligaciones contraidas por los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho son anulables, cuando resultan de actos practicados sin la autorización necesaria.

Art. 1128 (C.C. 1936).- Las obligaciones contraídas por los mayores de dieciséis y menores de veintiún años son anulables cuando resultan de actos practicados sin la autorización necesaria.

Respecto a este dispositivo nos referimos a lo dicho al tratar del artículo 1125 (inciso 1).

DOLO DEL SUJETO INCAPAZ

Art. 229 (C.C. 1984).- Si el incapaz ha procedido de mala fe ocultando su incapacidad para inducir a la celebración del acto, ni él, ni sus herederos o cesionarios, pueden alegar la nulidad.

Art. 1129 (C.C. 1936).- Si de parte del incapaz ha habido dolo, para inducir a la celebración del acto, ni él ni sus herederos o cesionarios podrán alegar nulidad.

Referencias.- Codex, lib.II, tít.43; leyes 2 y 3, Arts.1307 y 1310, Código de Francia; 299 de Portugal; 411 de Suiza; 1685 de Chile; 1563 de Uruguay; 155 de Brasil; 1166 de Argentina; 83 de China; 1384 de Venezuela; 1426 (1305) de Italia.

Dolo de sujeto incapaz

La impugnación de un acto no nulo **ipso iure**, es un beneficio que la ley otorga a determinadas personas, en mira al interés de las mismas. No es justo que tal beneficio subsista en el caso de que una persona haya usado de procedimientos censurables -el engaño- para hacerse pasar por **sui juris** no siéndolo, y así haya concertado un negocio jurídico. Como dice Lomonaco, "el socorro de la ley no debe servir como instrumento de fraude y de dolo".

Un juicio peyorativo se merece el incapaz por su comportamiento tendencioso, y la protección deja de tener razón pues el agente ha demostrado astucia que no condice con la presunción de inexperiencia, ingenuidad o ligereza de voluntad en que se apoyaría el beneficio del anulamiento.

Tal es la solución impuesta desde el derecho romano y que consignan expresamente varios códigos. El Código, sobre el particular utiliza el art.1129, (art. 229, C.C. 1984) el cual habla de que el incapaz haya empleado dolo para inducir a la otra parte a la celebración del acto; en cuyo supuesto no podrá alegar la nulidad. Pero según lo que enseñan las fuentes romanas y se desprenden de las disposiciones de los Códigos modernos, tal consecuencia tiene lugar cuando el dolo haya consistido en que el incapaz se haya hecho pasar por capaz. Es decir, que el artículo deja de indicar el hecho propio en que debe consistir el dolo, para que tenga lugar la improcedencia de la nulidad. El artículo no se refiere ni podría referirse a nulidad por causa diferente, por dolo como vicio del consentimiento de parte del incapaz, para inducir a la otra parte a la concertación del negocio; porque entonces la nulidad, en el mejor de los casos, sería alegable por la última, no por el **aliena juris**.

No resuelve el Código acerca de si la declaración espontánea del incapaz, que es capaz, es suficiente o no para que se considere que ha habido dolo, y en consecuencia sea improcedente la acción de nulidad. La solución negativa es la generalmente admitida (Códigos de Francia, Italia, Portugal, Chile, Uruguay, Venezuela); pero el Código brasileño se ha decidido por la afirmativa. Sin embargo, hay que admitir que este último Código (art.153) limita la no procedencia de la nulidad al caso del menor. Es fácil relativamente advertir si una persona es mayor o menor de edad. Pero tratándose de otras incapacidades no ocurre lo mismo. Por eso, es preferible en lo que atañe a la interpretación del art.1129 del C. peruano (art. 229, C.C. 1984), que se sostenga que no basta la simple ocultación del **status** del sujeto, sino que es preciso que el incapaz haya desarrollado una determinada actividad maliciosa con **animus decipiendi** característico. Es decir, que bastará aplicar el dolo propiamente tal, por regla dolo positivo y circunstancialmente dolo por abstención, para configurar la situación. Parece preferible la solución negativa, pues el

capaz que concierta el negocio revela inexcusable imprevisión, fiándose simplemente del dicho del incapaz.

El principio de **malitia supplet actatem** no sólo rige para el caso del menor, como era lo indicado en el Codex, sino para todo incapaz, como aparece del texto de nuestro artículo 1129 (art. 229, C.C. 1984). Es la misma solución del Código chileno y fué, de otro lado, auspiciada por Demogue.

Ni el incapaz ni su heredero pueden invocar la nulidad del acto. Pero entiéndase que ha de tratarse de nulidad relativa. La absoluta intolera que se le atribuya subsistencia al acto. No importa que tratándose de una persona que padece incapacidad absoluta, sea más grave la negligencia del capaz al no advertir aquélla, que tratándose de una incapacidad relativa. Lo cierto es que la nulidad relativa sólo puede ser invocada por el incapaz y esta facultad es la inspirante en el caso contemplado en el numeral 1129 (art. 229, C.C. 1984).

La acción de anulamiento no puede ser invocada (ni la excepción) por el incapaz o su heredero, según ordena el artículo citado. Pero tampoco es invocable por su cesionario, por la razón de la regla de **nemo ad aliud**, etc. Por lo demás es obvio que a todo derecho-habiente asiste la facultad de solicitar la anulación del negocio celebrado por su causante. La transferencia del derecho mismo lleva consigo las derivaciones naturales del mismo como algo ajeno. La acción de nulidad no es estrictamente personal. Aunque el art. 1129 (art. 229, C.C. 1984)no lo diga, es indudable que tampoco puede ser alegada la nulidad por el representante del incapaz; de otra manera se frustraría la sanción que contiene dicho precepto.

EFECTOS DEL ACTO ANULADO CELEBRADO CON SUJETO INCAPAZ

Art. 228 (C.C. 1984).- Nadie puede repetir lo que pagó a un incapaz en virtud de una obligación anulada, sino en la parte que se hubiere convertido en su provecho.

Art. 1130 (C.C. 1936).- Ninguno podrá reclamar lo que pagó a un incapaz en virtud de una obligación anulada, sino en la parte que se hubiere convertido en su provecho.

Referencias.- Digesto, lib.XII, tít.6, fr.41; XLIV, tít.7, fr.49; IV, tít.4, fr.24, 27, párrafo 1; Institutas, lib.I, tít.1, pr.; art.1312, Código de Francia; 698 de Portugal; 1304 de España; 1487 de Holanda; 1566 de Uruguay; 1688 de Chile; 1747 de

Colombia; 1678 de Ecuador; 157 de Brasil; 2282 de Perú; 1165 de Argentina 121 de Japón; 1349 de Venezuela; 1443 (1307) de Italia.

Efectos de la nulidad del acto celebrado con sujeto incapaz

La regla a que se contrae el numeral 1130 (art. 228, C.C. 1984) tiene su antecedente en el senado-consulto macedoniano, dictado para prohibir préstamos de dinero a hijos de familia; concediéndose a éstos o a sus padres la **exceptio senatus consulti macedoniani**; indicándose empero algunas circunstancias para apartar la misma, como el enriquecimiento del mutuatario.

Recogida por el derecho moderno en relación al incapaz en general, la norma obedece al propósito de poner el más cuidadoso celo en cuanto a proteger a dicho incapaz.

De otro modo, si es verdad que la protección existe en cuanto se permite al incapaz anular el acto, resultaría frustrada al obligársele a restituir lo que precisamente por tal incapacidad haya disipado sin provecho (Chironi). La ley supone que por razón de su propia incapacidad, el incapaz ha disipado lo que se le pagó. Mas, si se destruye tal presunción, demostrándose que lo pagado se convirtió en provecho del incapaz, correspondiendo la prueba al adversario, tiene este último derecho a la restitución por aplicación de la **actio in rem verso.**

El beneficio del artículo 1130 (art. 228, C.C. 1984) aprovecha a todo el que sufre de incapacidad, sea absoluta o relativa. Aprovecha también al incapaz, aunque la otra parte también lo sea. Sólo se confiere en consideración a la incapacidad; no puede, pues, ser invocado por diferente causa, por ej. por vicio del consentimiento.

ACTO JURIDICO Y DOCUMENTO

Art. 225 (C.C. 1984).- No debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo. Puede subsistir el acto aunque el documento se declare nulo.

Art. 1131 (C.C. 1936).- No debe confundirse el acto con el documento escrito que sirve para probarlo. Puede subsistir el acto aunque el documento se declare nulo por cualquier defecto.

Nulidad del documento

El precepto no concierne al caso en que el documento sea exigido como forma esencial ni como forma testificativa del acto, sino al caso en

que aquél ha sido utilizado como medio de prueba común del último. Efectivamente, si se tratase de una formalidad **ad solemnitatem**, la nulidad del documento significaría la del acto, por aplicación de la regla **forma dat esse rei**. Y si se tratase de una formalidad **ad probationem**, el acto no podría devenir exigible, salvo que por otros medios se pudiera considerar como constatado. "La nulidad del instrumento -escribe Bevilaqua- no acarrea la del acto sino cuando aquél fuera solemnidad substancial. En los otros casos, como el acto puede probarse por otro medio, inutilizado el instrumento, recurre el interesado a los medios que la ley le ofrece". Y en la otra parte agrega el mismo Bevilaqua: "La nulidad del instrumento no induce a suponer la nulidad del acto, cuando el mismo instrumento no es la sustancia de él. Del instrumento debe constar que fué observada la forma que la ley exige para el acto. El instrumento público, aunque nulo, puede valer como privado, si el acto pudo ser realizado mediante esta forma, o como principio de prueba por escrito para los efectos del derecho. El instrumento público o privado, nulo por la falta de alguna solemnidad que la ley exige para constituir acto especial, valdrá como título de deuda".

El artículo concuerda con el 1233 del antiguo Código peruano (Código Civil de 1852) y con el 152, párrafo único, del brasileño.

CUESTIONES COMPLEMENTARIAS

Efectos de la nulidad

El Código no dice propiamente cuál es el efecto de la anulación de un acto. El anteproyecto contenía la siguiente disposición sobre el particular: "Anulado el acto, vuelven las cosas al estado en que se hallaban antes de celebrarlo. La anulación del acto da derecho a la parte perjudicada para ser resarcida" (art.78).

Referencias a un precepto de esta clase se encuentran en el Derecho Romano, Código, lib.IV, tít.44 (de res venditio), ley 10; Digesto, lib.XII, tít.1, fr.8, párrafo 1; lib.IV, tít.4, fr.24, párrafo 4; artículos 1303 a 1307 del Código de España; 1050 a 1057 de Argentina; 158 de Brasil; 1687 y 1688 de Chile; 1565 y 1566 de Uruguay; 1746 de Colombia; 1677 de Ecuador; 122 de Alemania; 26 de Suiza; 147 y siguientes del ruso.

El efecto de la nulidad es retrotraer las cosas al estado anterior a la celebración del acto. Si éste no ha sido aún ejecutado, se comprende, pues, que no se podrá requerir más su verificación. Si se ha ejecutado, la nulidad tiene el resultado de restablecer las cosas a tal estado anterior, mediante la restitución de lo prestado, por inferencia del axioma **quod nullum est, nullum parit effectum.**

Pero hay algunas restricciones. La devolución de frutos consumidos, de intereses de precio abonado, los actos de administración y ciertos efectos adheridos a contratos de tracto sucesivo, se sustraen a la regla de la restitución. Por aplicación de reglas generales, los frutos e intereses no se deberán sino a partir de la respectiva demanda. Los actos de pura administración y otros efectos (los antes aludidos, que se pueden vincular a contratos de tracto sucesivo) quedarán en pie.

Una excepción al deber de restitución es la impuesta en el artículo 1130 (art. 228, C.C. 1984). El fundamento y sentido de la excepción la hemos indicado al tratar dicho artículo.

La nulidad puede originar un deber de resarcir daños y perjuicios en ciertos casos. La doctrina francesa sostiene que el que obtiene la nulidad debe tales daños y perjuicios a la otra parte, si esta última está exenta de culpa o mala fe y si la parte que obtiene la nulidad, está incursa en un error o ignorancia no excusables. Así sólo puede proceder la indemnización en caso de nulidad por error. El caso se halla legislado en tales términos en el artículo 26 del Código suizo. Schneider y Fick ven aquí un caso de aplicación de responsabilidad aquiliana. El Código alemán va más lejos, en su artículo 122, al imponer el deber de reparar daños y perjuicios por parte del que invoca la nulidad, sin hablar de culpa (o mejor de error o ignorancia inexcusable) en la misma. Ese deber desaparece si

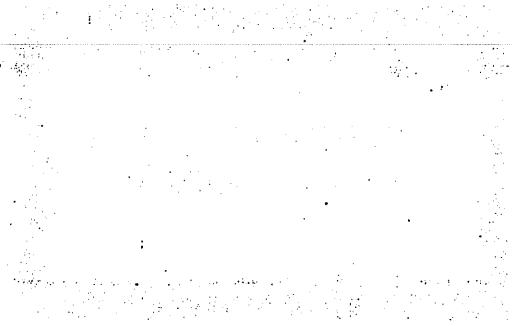
quien sufre la impugnabilidad conocía o debía conocer de la causa de esa impugnabilidad.

El Código soviético ofrece el interés de ocuparse con detención de lo relativo a los efectos incidentes, derivados de la nulidad, con relación a ésta incidiendo en relaciones contractuales (artículos 141 a 148). En caso de nulidad del contrato por causa de ilegalidad o por tener como finalidad lesionar al Estado (a que se contrae la previsión del dispositivo 30), ninguno de los contrayentes puede demandar del otro restitución de lo proporcionado. En caso de nulidad basada en incapacidad de ejercicio, se debe restituir lo que cada parte ha recibido en virtud del contrato, el cocontratante capaz debe indemnizar al incapaz del daño patrimonial sufrido por causa del contrato. En la hipótesis de dolo, violencia o de acción pauliana, el contratante que padece por razón del vicio o que soporta el perjuicio, puede demandar todo lo que prestó, sin que él quede obligado a su vez, a restituir lo que recibió. Tratándose de error y de no cumplimiento con una formalidad impuesta por ley, cada una de las partes está obligada a restituir a la otra todo lo recibido; la parte que sea responsable de la circunstancia que ha provocado el error, queda responsable frente al cocontratante por el daño patrimonial sufrido.

Hasta aquí sólo se ha hablado del efecto de la nulidad entre los contratantes. ¿Qué pasará en lo que concierne a terceros?

Si conforme a **resolutio iure dantis resolvitur et ius accipientis**, la anulación del acto trasciende a terceros adquirentes a título particular, se deben exceptuar las consecuencias que derivan de la prescripción adquisitiva, en cuanto pueda favorecer a dichos terceros. Mas, en algunos casos -fuera de la hipótesis de la prescripción positiva- el tercero, si procedió de buena fe e hizo la adquisición a título oneroso, queda indemne frente a una acción de impugnación. Así lo establece el Código tratándose de la simulación (artículo 1097) (art. 194, C.C. 1984) y de la acción revocatoria (artículo 1100) (art. 197, C.C. 1984). Solución tan plausible es digna, pues, de toda alabanza; pero precisamente por eso, hubiera sido de desear que se hubiera generalizado para todo caso de nulidad relativa. Si el acto fué gratuito, el adquirente obra de **lucro captando**. Si fué oneroso, pero el tercero procedió conociendo la dolencia que afectaba al acto, se reputa que pactó aceptando el riesgo, consistente en la posible anulación del título de su cedente; de modo que no le incumbe derecho a reclamar. Pero si no conocía ni tenía por qué conocer del defecto de que adolecía el título de su cedente, obrando de buena fe, entonces la ley debe proteger ésta, no permitiendo que la anulación comprometa la situación constituída para el tercero.

CONFIRMACION DEL ACTO JURIDICO



CONFIRMACION DEL ACTO JURIDICO

(Arts. 230 al 232, C.C. 1984)
(Arts. 1132 al 1135, C.C. 1936)

CONFIRMACION DEL ACTO ANULABLE

Art. 230 (C.C. 1984).- Salvo el derecho de tercero, el acto anulable puede ser confirmado por la parte a quien corresponda la acción de anulación, mediante instrumento que contenga la mención del acto que se quiere confirmar, la causal de anulabilidad y la manifestación expresa de confirmarlo.

Art. 1132 (C.C. 1936).- El acto anulable puede ser confirmado, salvo el derecho de tercero.

Referencias.- Digesto, lib.IV, tít.4, fr.3, 51; lib.XIV, tít.6, frs.7, 5, 16; Codex, lib.II, tít.20, número 2 y 4; tít.3, número 29; artículos 1388, Código de Francia; 696 de Portugal; 1310 y 1313 de España; 141 y 444 de Alemania; 1059 de Argentina; 1693 de Chile; 1570 de Uruguay; 1677 de Méjico; 2283 de Perú; 148 de Brasil; 31 de Suiza; 31 de Turquía; 115 y 116 de China; 119, 122, 124 de Japón; 1444, 1445 (1309) de Italia; 1351, ap.3, de Venezuela.

Concepto de confirmación

Confirmación o convalidación es el acto por el cual se da validez a otro, que el deudor puede atacar por acción de nulidad.

Difiere de la transacción, pues ésta supone de las partes un abandono recíproco de derechos o pretensiones, en tanto que la confirmación emana de una sola de las partes, que renuncia a su derecho a atacar la convención, sin estipular nada en su provecho.

También difiere del simple reconocimiento. "Lógicamente el simple reconocimiento tiene por fin y por efecto únicamente constatar la existencia de una obligación y ello no implica necesariamente la voluntad de cambiarla, de fortificarla, en tanto que la confirmación, como lo acabamos de decir, tiene por finalidad y por efecto reparar los vicios que pueden afectar a la obligación y hacerlos desaparecer" (Demolombe).

Tampoco es confundible con la novación. "El efecto de la novación es crear una obligación nueva que reemplaza a la antigua; la confirmación,

al contrario, tiene por objeto solamente reparar los vicios de la obligación a la cual ella concierne" (Aubry y Rau).

El término ratificación se suele emplear como sinónimo de convalidación. Pero también es empleable en otra acepción especial, como aprobación que uno presta a un acto celebrado por otro, en nombre del primero; **ratihabitio mandato aequiparatur.**

La confirmación sólo es procedente tratándose de los actos anulables, no de los nulos, **pues quod ab initio vitiosum est, non potest tractu convalescere.** La voluntad de las partes no puede desplazar el régimen legal, que no acepta la validez de un negocio; desplazamiento que se produciría si a aquél se pudiera por una **ratihabitio**, atribuirle eficacia. De lo único que se podría hablar en tal caso, sería del concertamiento de un nuevo negocio.

Características

La confirmación es un acto unilateral de quien podría anular el acto convalidado; es por lo tanto, un acto consecuencial, y él es irrevocable (Carmona).

Es unilateral, pues no requiere la participación del otro agente en el negocio, a quien la confirmación viene a beneficiar. Su intervención sería inocua. Aunque unilateral, es una declaración recepticia enderazada al conocimiento y para el interés de persona determinada, cabalmente la otra persona vinculada por el acto confirmado. El carácter consecuencial del acto confirmativo se presenta obviamente, toda vez que **qui confirmat nihil dat.** El acto confirmante es meramente adyacente al convalidado, no es autónomo, no crea nuevas vinculaciones jurídicas, concretándose sólo a redimir el acto anterior de sus defectos. "Si el acto confirmativo está concebido en términos que otorgan al primer acto un efecto diferente de aquél que primitivamente estaba destinado a producir, no podría ser una confirmación, sino una nueva convención o un nuevo acto, independiente del primero, que se rige por reglas diferentes" (Carmona).

La confirmación es irrevocable, por lo mismo que es una declaración de voluntad de tal naturaleza que emitida ya no está en poder del emitente el recogerla y dejarla sin valor.

Sólo el negocio impugnable, pero no aún declarado nulo, es susceptible de convalidación. Una vez declarado nulo un acto, no puede revivir por una confirmación del mismo; lo único que puede ocurrir entonces, es la producción de una nueva declaración de voluntad.

Si el acto es en virtud de varias causales anulable, y se produce confirmación sólo con respecto a una de ellas, la impugnabilidad de aquél por las otras causales no desaparece.

Así una venta efectuada con dolo y además con violencia, de ser confirmada en cuanto a lo primero, no por ello queda indemne a que sea impugnable por lo segundo. La confirmación obra limitativamente al supuesto considerado en el negocio confirmativo.

Si el negocio es por uno y otro contrayente impugnable, la confirmación hecha por uno de ellos sólo tiene su efecto en lo que a él respecta: el otro contrayente podría incoar la acción de nulidad que le incumbiría.

Requisitos

Para la validez de la confirmación se requiere que ella no contenga el defecto del cual depura al acto; o sea, que haya desaparecido la incapacidad del agente, esté descubierto el error o el dolo, haya cesado la violencia, se tenga conocimiento de la simulación o el fraude, según los casos. Tampoco el acto confirmatorio debe contener otro defecto, considerado como causa de nulidad.

Efectos

El efecto de la confirmación es mantener de modo firme la eficacia del acto, el cual así ya no puede ser atacado. Tal eficacia, por otra parte, se considerará concomitante al nacimiento mismo del acto, por lo que resulta impropio hablar de la retroactividad de los efectos de la confirmación, pues **qui confirmat nihil dat.**

Se comprende, naturalmente, que en lo que se refiere a su contenido, el acto confirmativo prevalecerá para el mejor conocimiento de la voluntad de las partes, sobre el acto confirmado. Los efectos ya producidos se mantienen, por lo tanto.

La confirmación en cuanto acto meramente declarativo, produce efectos retroactivos. Pero esto sólo en cuanto a las partes a que concierne el acto confirmado. Para el tercero la confirmación no es oponible, y esto es lo que indica el art.1132 (art. 230, C.C. 1984).

La confirmación por lo demás no perjudica a terceros, ya que como se enseñaba desde Bartolo, **actus medius interveniens, impedit ratihabitionem trahi retro en praeiudiciumii cui ius intermedio tempore quaesitum fit.**

Véase un clásico ejemplo, consignado por Foignet: un menor ha vendido un inmueble a Primus. Llegado a su mayoría vende ese mismo inmueble a Secundus; después, confirma la primera venta. Esta confirmación no puede perjudicar a Secundus, que habiendo tratado con él que antes era menor, había adquirido un derecho irrevocable a prevalerse de la nulidad de la primera venta. Se trata, en consecuencia,

de proteger a un sucesor a título particular, que adquirió un derecho real sobre la cosa, que se trasmitió por un acto anulable, antes que la confirmación tenga lugar; derecho que resultaría destruído o amenazado si la confirmación le fuera oponible, desde que se consolidaría el derecho del contratante que adquirió la cosa mediante el acto anulable. Así se justifica la regla protectora de los terceros, pues cuando una persona concede un derecho sobre una cosa, sobre la cual ya ha dispuesto en todo o en parte, pero que puede hacer entrar en su patrimonio por el ejercicio de una acción de nulidad o rescisión, renuncia por ello, en provecho del cesionario a tal derecho, a la facultad que tiene por una confirmación de despojarse del beneficio de esta acción; ya que no se puede suponer que había querido reservarse el medio de hacer caer posteriormente el derecho que trasmitía con toda validez: ello significaría imputarle un dolo (Baudry-Lacantinerie y Barde).

Por tercero debe entenderse el adquirente de un derecho a título singular; los sucesores a título universal del renunciante no pueden invocar la calidad de terceros. Sólo el adquirente de un derecho real sobre el objeto goza del beneficio de no serle oponible el efecto de la confirmación; los acreedores quirografarios no gozan de tal beneficio.

El art.1132 (art. 230, C.C. 1984) menciona simplemente al tercero, sin agregar ninguna calificación sobre si la adquisición hecha por éste haya sido de buena fe y a título oneroso. La mala fe consistirá en que el tercero tuviera conocimiento de que el trasferente del derecho ya había dispuesto de él en favor de la persona con quien aquél pactara antes, aunque mediante un acto invalidable. Podría pensarse que la salvaguarda del tercero no puede tener lugar sino cuando él mismo haya procedido de buena fe, pues si tuvo conocimiento de que sobre la cosa ya había dispuesto el cedente, estaría obrando deslealmente contra éste, sin que empeciera que el título del mismo fuera impugnable, pues la definitiva situación del negocio depende sólo de ese transferente, que puede anular el acto. Desde este punto de vista si el tercero quisiera proceder con sagacidad, debería antes asegurarse que el acto primitivo realizado por el transferente no va a ser ratificado, exigiendo el planteamiento de la nulidad o una declaración de renuncia o confirmación. No obstante las anteriores reflexiones, pensamos que la decisión debe ser otra, como diremos después. No creemos que tenga trascendencia el que la adquisición por el tercero sea a título oneroso. No hay un **damno vitando** en el otro contrayente (aquel a que no concierne el negocio que se confirma por uno de los contrayentes) que justifique la protección de la respectiva persona, pues ésta no puede invocar sino un título precario, falible, que estaba expuesto al riesgo de la anulación. El haber dispuesto de la misma cosa que fuera objeto del primer negocio anulable, importa una renuncia de ratificación. Esto nos parece lo fundamental en relación al punto. Por ello juzgamos que aun en el caso de que el tercero sea un

adquirente de mala fe, la confirmación del acto no le perjudica. El tercero en todo caso pudo confiar en que el acto no se iba a confirmar, pues de sobrevenir esto, su autor estaría asumiendo una actitud contradictoria consigo mismo; de un lado trasmitiendo un derecho a dicho tercero y del otro reconociendo ese mismo derecho en distinto sujeto, el conegociante del acto confirmado. Con la cesión al tercero, el transferente trasmitió un derecho a firme, en lo que respecta a la situación de la cosa, en cuanto al cedente y al cesionario y al anterior adquirente por el acto anulable. O lo que vendría importar lo mismo: hay que estimar que con la cesión se comprendería el derecho de impugar el acto por el tercer cesionario, que podía entablar la acción anulatoria a mérito del art.1126 (art. 222, C.C. 1984), **lato sensu**, en concordancia con el art.IV (art. VI, T.P., C.C. 1984).

La cuestión del peso de la prueba no puede suscitar dudas. La existencia de la causal de nulidad corresponde al que reclama esta última; sobre él no recae la prueba de la no existencia de una confirmación (pues la prueba negativa no es exigible), sino que es a la otra parte a quien correspondería demostrar la producción de la confirmación, originante de la desaparición de la causal de impugnación.

REQUISITOS DE LA CONFIRMACION EXPRESA

Art. 230 (C.C. 1984).- Salvo el derecho de tercero, el acto anulable puede ser confirmado por la parte a quien corresponda la acción de anulación, mediante instrumento que contenga la mención del acto que se quiere confirmar, la causal de anulabilidad y la manifestación expresa de confirmarlo.

Art. 1133 (C.C. 1936).- El instrumento de la confirmación debe contener, bajo pena de nulidad:

1. *La sustancia del acto que se quiere confirmar;*
2. *La referencia al vicio de que adolecía;*
3. *La manifestación de la voluntad de repararlo.*

FORMALIDAD DE LA CONFIRMACION EXPRESA

Art. 232 (C.C. 1984).- La forma del instrumento de confirmación debe tener iguales solemnidades a las establecidas para la validez del acto que se confirma.

Art. 1134 (C.C. 1936).- La forma del instrumento de confirmación debe tener iguales solemnidades a las establecidas para la validez del acto que se confirma.

Referencias.- Artículo 1338 del Código de Francia; 144 de Alemania; 123, 124 y 125 de Japón; 1694 de Chile; 1570 de Uruguay; 149 de Brasil; 1061 y 1062 de Argentina; 1444 (1309) de Italia; 1351 de Venezuela.

Confirmación expresa

Los artículos 1133 y 1134 (arts. 230 y 232, C.C. 1984) prevén el caso de confirmación expresa, pues la tácita está apreciada en el artículo 1135 (art. 231, C.C. 1984).

La primera exigencia del art.1133 (art. 230, C.C. 1984) es la nota determinativa de la confirmación: la identificación del acto que se sanea de su defecto, por el referente de la confirmación; y es así que debe identificarse sin hesitación posible el acto confirmado. Esa mención reposa, así, en una razón de dependencia lógica, pues el acto de subsanación es uno que podría llamarse, como se le ha llamado, de segundo grado, que reposa sobre la preexistencia del negocio de primer grado, que es el acto confirmado. Respecto a la segunda exigencia, basta que el confirmante sepa y declare saber el vicio que afecta al acto. El Código del Brasil, por eso, con muy buen criterio, no exige que se mencione específicamente el vicio. "No es necesario que se declare el motivo de la convalidación ni se mencione el vicio, que afecta la declaración de voluntad, manifestada en el acto que se quiere ratificar. El agente de la convalidación puede no querer divulgar el vicio de que fué víctima, conformándose entre tanto con el acto por él afectado y que ahora confirma, dándole consistencia legal" (Ferreyra Coelho).

En cuanto a la declaración de la voluntad sobre la convalidación del acto, si se trata de acto no solemne puede hacerse en cualquiera forma, siempre que revele tal voluntad de una manera indubitable. En el caso del acto solemne, hay la exigencia del art.1134 (art. 232, C.C. 1984); pero de todos modos no precisan expresiones sacramentales.

En términos generales, la confirmación no está sometida a la formalidad. Pero si el acto que se ratifica es solemne, ¿la confirmación puede hacerse bajo cualquier forma o ha de hacerse con la misma solemnidad del acto?

La mayoría de los códigos no indican, en tal caso, que la confirmación deba asumir la solemnidad del acto confirmado, y la mayoría de los autores se pronuncian también en tal sentido. El Código alemán expresamente dice: "esta ratificación no tiene necesidad de ser hecha en la misma forma prescrita para el acto jurídico ratificado".

Dernburg, en su tratado "Pandekten", ya había indicado lo siguiente sobre el particular: "La convalidación es en sí misma una declaración autónoma, de modo que no está ligada a la formalidad que debía tener el negocio confirmado, puesto que este último ha cumplido con la misma, y ello es bastante".

La confirmación, a mayor abundamiento, no importa un reconocimiento de obligación (art.1231) (art. 1205, C.C. 1984), en que sí cabe hablar de una formalidad que acompaña al acto. No es tampoco una novación. Simplemente es una declaración de voluntad, que viene a anexarse a un acto ya existente.

Empero, el Código nacional siguiendo al argentino (art.1062) y al chileno (art.1694), impone que la convalidación se haga con la misma solemnidad del acto que se ratifica.

Carmona por su parte justifica la regla del 1694 del Código chileno, cuando escribe: "Esta regla es natural y lógica, porque los actos solemnes según su naturaleza, sólo se pueden probar por medio de la misma solemnidad, y para probar la validez de la obligación o de los efectos que ellos generan, es preciso que se acompañe un medio de prueba útil".

CONFIRMACION TACITA

Art. 231 (C.C. 1984).- El acto queda también confirmado si la parte a quien correspondía la acción de anulación, conociendo la causal, lo hubiese ejecutado en forma total o parcial, o si existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar a la acción de anulabilidad.

Art. 1135 (C.C. 1936).- La confirmación que resulta de la ejecución deliberada, total o parcial, del acto sujeto a la acción de nulidad, excluye el ejercicio de esta acción.

Referencias.- Digesto, lib.L, tít.17, fr.145; arts.1338, C. de Francia; 1311 de España; 125 de Japón; 1063 de Argentina; 1678 de Méjico; 150 de Brasil; 2283 de Perú; 1351, 2a parte, de Venezuela; 144, 2a parte (1309), de Italia.

Confirmación tácita

"La confirmación es tácita cuando la obligación es ejecutada voluntariamente, siendo quien la ejecuta capaz y conocedor del vicio, y cuando la ejecución haya sido en época en que la obligación pudiese ser válidamente confirmada" (Beltjens).

La razón por la cual la ley reputa que el acto ha sanado del mal que le aquejaba en la hipótesis de la ratificación indirecta que disciplina el art.1135 (art. 231, C.C. 1984), estriba en que con un comportamiento unívoco y concluyente como el considerado, se impone la eliminación automática de la impugnación, "por aquel principio de coherencia e incompatibilidad que impide a cada uno en las relaciones entre los miembros sociales, ir contra el acto propio" (Betti).

El carácter voluntario en la ejecución es esencial, para que exista realmente el propósito deliberado de renunciar a la nulidad. Es decir, que el deudor debe tener conocimiento del vicio de que adolecía el acto. Es obvio que para que la confirmación tácita se repute eficaz, ella no debe contener el propio vicio del acto que se confirma, ni ninguno otro que sea causal de nulidad; la exigencia de que la confirmación sea un acto intachable, vale tanto tratándose de la expresa como de la tácita.

Y es necesario también que la ejecución haya sido efectuada voluntariamente, es decir, no de modo forzado. Por lo tanto no se presentaría la figura, si el deudor cumple su obligación únicamente para sustraerse a los efectos de la persecución del acreedor. Y no es de importancia que el deudor haga entonces protesta o reserva (Toullier).

Como muy bien lo dice el artículo, no precisa que el cumplimiento sea total. La convalidación tácita es una cuestión de hecho, consistente en que resulta demostrada la voluntad de renunciar al derecho de anular el acto. No se trata, pues, de una cuestión cuantitativa, sino apreciativa, y por lo tanto una ejecución parcial puede ser bastante para que haya ratificación tácita. La apreciación misma del hecho que comporta tal ratificación, corresponde al juez. "Es imposible -dice Huc- indicar en una fórmula general cuáles son los actos de ejecución que implican renuncia al derecho de accionar por causa de nulidad. Todo lo que se puede decir es que estos hechos deben ser inequívocos y suponer necesariamente la voluntad de mantener la obligación".

Giorgi sobre el particular manifiesta: "La confirmación por acto de cumplimiento de la obligación exige rigurosamente la prueba de voluntad y capacidad de confirmar. En efecto, si bastase cualquier acto de cumplimiento para confirmar la obligación invalidada, el remedio que ofrece la acción rescisoria sería una promesa vana, porque el ejercicio de la acción hace suponer un contrato cumplido. De donde, bajo el aspecto de los requisitos intrínsecos, la confirmación por cumplimiento no difiere

en nada de la expresa. Cumple la obligación quien entrega o hace la prestación, paga, consigna, hace lo que promete, recibe la cosa o la suma debida; trasmite a otros los derechos provenientes del contrato, mejora o transforma la cosa recibida, la consume o la destruye. Por el contrario, no siempre se puede decir que cumpla, quien se ofrece a cumplir, o quien sufre la ejecución o el cumplimiento; quien pide o concede una dilación; quien da una garantía fiduciaria o real. Semejantes casos pueden considerarse como cumplimiento dirigido a confirmar, sólo excepcionalmente, cuando las circunstancias de que van acompañados tengan relación única con la intención de cumplir el contrato".

El transcurso del tiempo para entablar la acción rescisoria contra el acto anulable, no debe considerarse como una confirmación tácita del mismo, desde que se permite que en cualquiera época el obligado se oponga a la acción que ejerza el pretensor para la ejecución del acto, por aplicación de la regla de **temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum.** La opinión que se sustenta en tal sentido, que el transcurso del tiempo para incoar la acción de nulidad sin haberla incoado, importa la confirmación del acto, nos parece así sostenible. ¿Cómo compatibilizar la presunta voluntad del deudor, de dar validez al acto, con el medio que le franquea la ley, de oponerse a la ejecución del mismo?

La cuestión en sí, por lo demás, resulta superada por el Código, que declara que la excepción de nulidad prescribe dentro del plazo señalado para la acción de nulidad (art.1170).

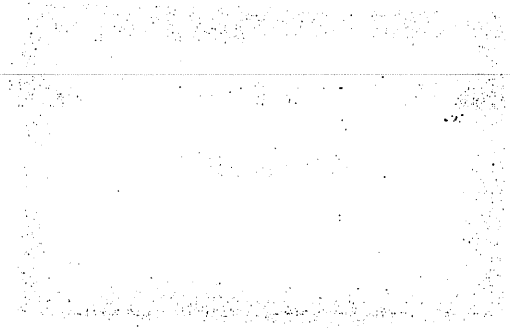
¿Sólo la ejecución deliberada, será prueba de confirmación del acto? La fórmula del art.1135 (art. 231, C.C. 1984) es restrictiva. ¿Y si un contrayente con conocimiento del vicio, demanda del otro el cumplimiento de lo convenido? Aquí habría indudablemente el propósito de una confirmación del acto; pero no se acomodaría a la fórmula limitativa del art.1135 (art. 231, C.C. 1984). Habría, empero, que hacer la interpretación en el sentido que el acto había sido confirmado.

Un caso especialmente mencionado de confirmación es el del art.1292 (art. 1286, C.C. 1984), que dice que la obligación anulable puede ser confirmada por novación.

La confirmación, sea expresa o tácita, no exige el concurso de la parte en cuyo favor se hace. Es lo que prevé el art.1064 del Código argentino. "La razón es -dice el codificador argentino, inspirándose en Aubry y Rau- porque se presume que esta parte hubiese ya dado con anticipación su adhesión a la confirmación, en el momento en que el acto fué celebrado". La ratificación, siendo renuncia a un derecho, es efectivamente un acto unilateral. Perjudica a quien hace la renuncia y favorece a la otra parte; es, pues, indiferente a la voluntad de la última.

De tal carácter abdicativo de la convalidación desciende que ella es irretractable.

APENDICE



DIMENSION TEMPORAL DEL NEGOCIO JURIDICO (*)

Todo negocio jurídico está sujeto necesariamente al tiempo, en cuanto dentro de este último acaece el hecho de la producción del primero y de su acabamiento. No hay negocio jurídico, inconcreto, que no tenga un día como propio de su nacimiento y un día como propio de su conclusión.

En efecto si consideramos al negocio jurídico como un ente, su existencia misma se produce en un momento dado, y antes aun él no era. Como el negocio jurídico representa una declaración de voluntad, éste mismo en cuanto es un hecho que de algún modo se patentiza, señala el punto en el tiempo entre lo que aun no era como dicho ente jurídico, y éste mismo, en cuanto ya es, en tanto adquiere su propio rango entitativo. Los meros tratos se hallan todavía en el ámbito de lo que antecede a ese momento de surgimiento del negocio jurídico. Por lo tanto, siempre cabe hablar de un momento inicial del negocio jurídico.

También cabe hablar de un momento final del mismo, pues todo negocio jurídico tiene una vida limitada, es susceptible de ser reemplazado por otro, de recibir alguna vicisitud que lo haga desaparecer (aunque algunos de sus efectos pueden perdurar, pero indirectamente y no en cuanto integrantes del mismo negocio, el cual ha concluído), debido a que la **dynamis** de la vida jurídica se desarrolla, en lo que hace a las relaciones convencionales entre las personas, **sub specie novitatis**.

Ciertamente el derecho pertenece al mundo que corresponde ónticamente al hombre, ya que **sub specie aeternitatis** tiene el hombre esencialmente una manera de ser que lo coloca dentro del mundo del derecho y en carácter tal es que el derecho resulta fundado en el ser mismo del hombre. Pero en cuanto a algunas de las manifestaciones concretas del derecho, como son los negocios jurídicos, no pretenden ellas valer para siempre (sí pretende valer él, el derecho en abstracto, pero no sus manifestaciones concretas), sino que esas manifestaciones se temporalizan, en cuanto estructuralmente ocupan una limitada duración, un tramo en el decurso cronológico. Por eso, pues, el negocio jurídico no se comprende que pueda darse sino es en vinculación al tiempo, a esa temporalización que es inherente a su ser. El tiempo, podría así decirse, que es para el negocio jurídico su **ratio essendi** y su **ratio cognoscendi**.

(*) *Artículo publicado en la Revista de Derecho y Ciencias Políticas de la UNMSM. Tomo XX, N. I, II, III. Lima 1956 (Nota del editor)*

Entre el momento inicial y el momento final del negocio jurídico tiene que mediar un determinado lapso, por breve que pueda ser. De otra manera no habría nota lógica para diferenciar uno y otro momento. Cuando menos, ello se impone como necesidad natural inexcusable y como consideración intelectual para entender que un negocio jurídico tiene una determinada existencia; es decir, una determinada duración. Ello así es pese a que aparentemente se puedan presentar los dos momentos tan contiguos, que sea difícil distinguirlos: así, en los llamados negocios de ejecución instantánea puros. En cambio, en los de tracto sucesivo, como su ejecución se prolonga durante cierto tiempo, están notoriamente distanciados los dos momentos.

Mas, como es sabido, una cosa es la concertación del negocio (declaración de voluntad idónea para crear tal negocio, para hacerlo surgir con carácter ya definitivo, prescindiendo ahora del caso de un contrato preliminar) y otra cosa la ejecución del mismo. En los actos de ejecución instantánea, las dos situaciones pueden presentarse aparentemente coincidiendo coetáneamente, si cabe hablar así (aunque, por lo dicho antes, tiene que mediar un intervalo, por breve que sea, analizado el asunto en su última esencia). Así, si se adquiere una cosa que se vende en el llamado sistema de las ventas automáticas y, por ejemplo, en una compraventa en que al convenirse en la misma, o sea en lo que hace al precio y a la cosa, se procede inmediatamente a entregar una y otra prestación.

En otros casos de negocios de tracto sucesivo la ejecución se aparta de su concertación, porque cabalmente aquélla va teniendo lugar dentro de hitos sucesivos en el tiempo, después de pactado el negocio. En el supuesto de negocios de ejecución instantánea, puede darse la posibilidad de que la concertación no coincida con la ejecución, si la prestación está sometida a un plazo suspensivo; por ejemplo, una venta al crédito, en lo que hace a las épocas del pago del precio.

Cuando se habla del plazo en función del negocio jurídico, hay que entender varias circunstancias relacionadas con aquél. Hay que considerar el tiempo en cuanto a la duración vital del acto (desde que se concerta hasta que concluye su existencia). En cuanto al tiempo en referencia al momento de la concertación del negocio no hay, en general, si el acto es puro, ninguna complicación en lo que hace a tal término inicial. El término inicial del acto mismo es inequívoco. Esto cabe afirmarlo tanto en lo que respecta a un acto definitivo como a un acto preliminar; es decir, de un **pactum de ineundu contratu** (tal contrato se inicia desde que se otorga la promesa). Mas en lo que respecta al término final (entendiendo que nos referimos al término en cuanto a la existencia del acto) hay lugar a considerar dos situaciones; primero, que coincida (cuando menos aparentemente) el término final con el inicial (en los negocios de ejecución

instantánea, **sine die**), o segundo, que uno y otro no coincidan, pues la ejecución está diferida. Esto es lo que ocurre, precisamente con la modalidad llamada del plazo (**ex die**), que hace del acto uno no puro, sino modal. El plazo final es el de la ejecución (así, en un negocio de compraventa en que se hubiese estipulado que el precio se pagaría después), y cuando se trata de prestaciones periódicas el plazo final viene a ser el del pago de la última (por ejemplo en el arrendamiento).

El término de ejecución, de un cumplimiento, que no se confunde en principio con el término inicial de la concertación del negocio ni con el término final (pues estos dos últimos respectan a la duración existencial del negocio), se puede confundir empero, prácticamente con el término final de existencia, cuando se trata de un término de cumplimiento, **dies ad quem**, pues entonces con ese cumplimiento acaba la existencia del acto. Así, el pago del precio diferido, en que tal pago sea por la totalidad de su importe. Mas, si la obligación ha de ejecutarse en prestaciones periódicas, sólo la última y su término coincidirán con el término final de existencia del acto.

Nuestro Código Civil se refiere al plazo en los artículos 1112 y 1116 **(arts. 178 al 184, C.C. 1984)**, dentro de "las modalidades de los actos jurídicos". Las referencias al plazo en dichos artículos, del 1112 al 1116, propiamente conciernen al plazo de cumplimiento. La modalidad del negocio jurídico con plazo, en cuanto diferencia a aquél de un acto puro reside en que funcione un plazo suspensivo para el cumplimiento (ejemplo, venta al crédito), contra la regla de que la obligación ha de ejecutarse **sine diebus**. En lo que respecta a un plazo de cumplimiento, la modalidad consiste en que se fije cuándo deba realizarse la respectiva prestación derivante de una obligación contraída. El interés, por eso, reside entonces en el plazo entendido como plazo de cumplimiento, con los efectos acerca de la presunción de que en cuanto a un plazo suspensivo él es establecido en favor del deudor (art. 1112) **(art. 179, C.C. 1984)**, sobre la repetición por pago anticipado (art. 1113) **(art. 180, C.C. 1984)** y sobre caducidad del plazo (art. 1114) **(art. 181, C.C. 1984)**.

Hay otra característica que se refiere al plazo y que es ajena al mismo considerado sólo como una modalidad del negocio jurídico, en cuanto tal característica interesa a otras situaciones jurídicas, como los plazos de usucapión, de prescripción extintiva, de caducidad, de la edad para la capacidad civil de ejercicio, la producción de ciertas consecuencias jurídicas por transcurso de ciertos lapsos (así en el caso de los arts. 22, 301, 611, 1049, 1536, 1556, 1508) **(Ver arts. 363, 616 y 1784, C.C. 1984)**, fijación de una determinada edad para ciertas capacidades de derecho (arts. 82, 549) **(arts. 241 y 559, C.C. 1984)** o ciertas incapacidades (art. 85) **(art. 243, inc. 3, C.C. 1984)**, o para ciertos efectos en la vida familiar (art. 258), el tiempo máximo para contratar (arts. 522

inc. 3o., 405, 528 inc. 3o., 528 inc. 4o., 950, 959, 1393, 1428, 1432, 1435, 1494, 1549) **(Ver arts. 532, 440, 538 incs. 3 y 4, 1001, 1416, 1582 incs. 1 y 2, 1588, 1688 y 1768, C.C. 1984)**, la fijación de un **maximum** legal para ciertos aspectos (art. 1508), efectos rescisorios (art. 1529 inc. 4o. y 5o., art. 1414) **(arts. 1697 y 1559, C.C. 1984).**

Lo fundamental con respecto a estos plazos es su computación, para poder determinar el **quando** en que tenga lugar la verificación de la situación jurídica respectiva, y a tal computación atiende el art. 1116 **(art. 183, C.C. 1984)**. Las reglas contenidas en este numeral también se aplican, naturalmente, al plazo de cumplimiento inicial o final, en cuanto el plazo en esta hipótesis pueda representar una modalidad del negocio jurídico. Pero como el art. 1116 abarca aplicaciones a otras situaciones jurídicas (algunas antes aludidas) resulta error técnico en nuestro Código Civil que dicho art. 1116 haya sido instalado dentro del título que lleva por epígrafe "de las modalidades de los actos jurídicos". El Código Civil alemán destina un título especial a los plazos y términos (Fiesten und Terminen), el de los arts. 186 y siguientes, donde se ha tratado de la computación del plazo.

EL NOMEN JURIS EN RELACION CON LAS CAUSALES DE INVALIDEZ DEL NEGOCIO JURIDICO (*)

Un negocio jurídico produce los efectos que le son propios, pudiendo concluir de un modo que cabe ser llamado como normal. Así en el caso del cumplimiento del negocio. Pero otras veces el negocio jurídico puede resultar que deja de surtir efectos, por ciertas causales que no representan su conclusión normal. Son causales que importan que el negocio venga a ser ineficaz, que pierde, pues, vigencia, o que pueda sufrir modificaciones importantes sobre sus resultados.

Tratándose de negocios jurídicos obligacionales, además del pago propiamente dicho, que significa una conclusión normal, hay también otras causales que análogamente representan tal conclusión extintiva, si consideramos éstas en cuanto a como se producen, es decir, por voluntad de la persona o personas interesadas adquiriendo, así, lo que antológicamente se llama el primer análogo (en buena cuenta el elemento analogante). Así, la dación en pago, la compensación, la novación, la transacción, la condonación. En lo que respecta a la imposibilidad de la prestación, también el resultado es la extinción de la obligación si ello se debe a caso fortuito o fuerza mayor, o si se presenta el efecto sustitutorio del pago por lo equivalente, ya sea en forma natural, ya por resarcimiento de daños y perjuicios. En cuanto al caso fortuito o fuerza mayor, viene a representar una ineficacia (por lo que llamamos resolución del negocio, según nuestra explicación **ut infra**) mas el pago de daños y perjuicios no es un caso de ineficacia.

Todos los anteriores supuestos no los consideramos en conexión con las causales de afectación contra el negocio jurídico de que ahora tratamos.

Nuestra atención se refiere a otras causales que afectan el negocio jurídico, dirigiendo nuestra atención a los nombres que, como indicación significantes de ellas se formulan.

Estas causales son varias y no hay, en verdad, una precisión o pulcritud terminológica en lo que respecta. Ya en el derecho romano se delata equivocidad en cuanto al nomen juris en el aspecto que ahora nos

(*) *Artículo publicado en la Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica. Nº 32, Lima 1974.*

preocupa. Se hablaba sobre el particular de negocio inoficioso, **inanis nullum, inutilis, vitiosum, infectus, inofficiosus.** Si nos atenemos a nuestro Código Civil hay un empleo nominico definido en cuanto a ciertas causales: nulidad y anulación. De ahí que existe un título sobre esta materia (art. 1123 y siguientes) **(art. 219 y ss, C.C. 1984).** Entre las causales de nulidades no se habla en dicho título de la carencia de consentimiento propiamente tal que, empero, debía ser considerado, fuera del caso de simulación absoluta, o cuando haya mediado violencia absoluta (art. 1089) **(art. 214, C.C. 1984),** hablándose en esta última hipótesis impropiamente de consentimiento ineficaz, cuando sólo existe un aparente consentimiento, ocurriendo esa carencia de consentimiento cuando la declaración de voluntad se hace en un estado de obnubilación de la conciencia que no permita considerar que el agente obró con libertad y con discernimiento (lo que se halla consagrado, por ejemplo, en el art. 249 del Código de Portugal).

Decimos que el término "ineficaz" utilizado en el art. 1089 **(art. 214, C.C. 1984)** es impropio, debido a que en verdad no cabe hablar de consentimiento eficaz o ineficaz respecto a las nulidades o anulaciones del negocio jurídico, como tampoco respecto a los supuestos de revocación, resolución, rescisión, o resciliación de él. La eficacia o ineficacia debe ser apreciada por el resultado, no por la causa de la situación negocional producida. Al respecto Pontes de Miranda en su "Tratado de Derecho Privado" escribe: "Cuando se excluye todo efecto al acto jurídico **strictu sensu,** dícese que él es ineficaz. Puede también ser ineficaz para ciertas personas, tiempo o lugar, o en lo tocante a otros datos de la realidad de la vida. Es la ineficacia relativa". (tomo V, p. 169).

El negocio viene a ser ineficaz cuando adolece de ciertas deficiencias, o faltas de exigencia en su aparición, ya concernientes ellas al consentimiento, como también a otras causales que den lugar a ineficacia: por ejemplo, incapacidad de goce en el agente, ilicitud del fin, no acatamiento a las formalidades necesarias, objeto físicamente imposible, no determinado o indeterminable.

De modo que hay, pues, determinativamente a nuestro Código enunciación en cuanto a las causales de nulidad o la anulación del negocio. Las primeras son las antes recordadas. Las segundas conciernen a la incapacidad relativa de ejercicio del agente y a los vicios de voluntad. Así, pues, nosotros consideramos la ineficacia en cuanto ella representa una no producción de los efectos del negocio por diferentes causales, entre las cuales están las antes expresadas sobre nulidad y anulación.

El art. 1125 **(art. 221, C.C. 1984)** mienta el fraude en los negocios contra los acreedores. Se refiere al remedio pauliano. En verdad, no cabe hablar aquí de anulación para dejar sin efecto el negocio, para producir como resultado su ineficacia. El art. 1098 **(art. 195, C.C. 1984)** habla de

revocación (lo que nos parece inadecuado). Pero el art. 1099 **(art. 195, C.C. 1984)** habla de acción de anulación, de modo que promiscuamente se hace referencia a dos denominaciones. La acción también puede ser llamada, con propiedad, impugnatoria o fraudatoria. La consecuencia es que queda sin efecto, que viene a ser ineficaz, pues, el negocio jurídico celebrado entre el deudor y un tercero **in fraudem creditoris**.

La simulación puede merecer una atención especial, aunque muy sumaria ahora. Si aquélla es absoluta el resultado es la nulidad absoluta del negocio, la ineficacia completa. No se puede hablar, claro está, de que el consentimiento sea ineficaz (a semejanza de lo que tan desusadamente se dice en cuanto a la violencia en el art. 1089) **(art. 214, C.C. 1984)**, ya que como se ha expresado antes, no hay consentimiento eficaz o ineficaz, sino el que sobrevenga una ineficacia a un negocio jurídico es porque de alguna manera deja de producir sus efectos. Lo que ocurre en la simulación absoluta es que el consentimiento es ficticio, aparente, no es real. En relación a la simulación relativa lo mismo pasa en lo que concierne al acto ostensible, mientras que en el acto oculto el consentimiento existe, sólo que él puede llegar a ser ineficaz si se perjudica a un tercero o tiene un fin ilegal o ilícito.

Hay algo más que decir sobre el consentimiento en cuanto él no puede ser calificable como ineficaz, ya que, aún en los casos en que no ha habido consentimiento idóneo para la realización de un negocio jurídico (falta de conciencia libre e inteligente, violencia física) el negocio puede llegar a ser ineficaz, si recordamos que el art. 1169 **(art. 2001, inc. 1, C.C. 1984)** dice que la acción para entablar una nulidad absoluta prescribe a los 30 años, salvo en caso de simulación absoluta (dentro de lo indicado en el art. 1096). Pero aún aquí, desde otro punto de vista, cabe que se oponga a la nulidad determinados recursos o excepciones que impiden que se despoje al negocio de toda eficacia; así típicamente el supuesto de usucapión. Si aún tratándose de nulidad absoluta no cabe pensar en consentimiento eficaz, menos se puede pensar en cuanto a causales de anulación o en otros casos en que el negocio llegue a dejar de tener efectos como ocurre con la acción pauliana.

Fuera de las causales de nulidad y anulación y de la causal consistente en la acción revocatoria, hay otras causales que pueden dejar sin efecto, hacer por tanto ineficaz el negocio; de lo cual nos ocuparemos brevemente.

Pero antes digamos algo que tiene que ver con las causales de anulación antes aludidas. La primera cosa es que no siempre hacen ineficaz el negocio, sino que lo modifican. Eso ocurre con el error de cuenta (art. 1083) **(art. 204, C.C. 1984)**, y con el dolo incidental (art. 1086) **(art. 211, C.C. 1984)**. La segunda cosa es que se incluye entre las causales de anulación algunas que deberían ser de nulidad, como ocurre

con el error obstativo y con la violencia física. En cuanto a esta última es evidente que no simplemente existe un consentimiento imperfecto, sino que no hay consentimiento propiamente tal aportado por la persona que aparece como autora de la declaración. Luego, no debe hablarse de vicio del consentimiento, pues esto último, en verdad no existe. En cuanto al error obstativo, es también más que un vicio del consentimiento; es que no ha habido consentimiento, sino disentimiento, pues las dos voluntades no se han juntado. Como se comprende, este error bilateral no permite considerar que haya surgido realmente una declaración jurídica; se está más allá de un vicio del consentimiento, a diferencia de lo que ocurre en el error recayente en una cualidad sustancial, pues aquí de todos modos hay consentimiento, sólo que se ha incurrido en un defecto gnoseológico recayendo en una cualidad esencial. No importa cómo se caracterice a ese error sustancial; nunca es tan grave hasta el punto que **consensus non est**, como ocurre en el error obstativo.

Ahora queremos decir que aunque el art. 1123 y siguientes **(art. 219 y ss, C.C. 1984)** se refieren a nulidades absolutas o relativas, de manera general, el Código contiene preceptos en que habla de nulidad para ciertos negocios específicamente. Se trata en unos casos de incapacidad de goce, o de imposibilidad en el objeto jurídico, o carencia de formalidad sustancial, o de algún requisito para la constitución del acto, recayéndose en buena cuenta dentro de la ubicación general del inciso 4 del art. 1123 **(art. 219, inc. 7, C.C. 1984)**.

Por otra parte, no siempre el Código emplea la palabra nulidad para hacer del negocio uno ineficaz, sino otras expresiones, pero que sólo pueden significar la nulidad; así cuando habla de que para la constitución de un acto "se necesita" (arts. 1633, 1701) **(Ver. art. 156, C.C. 1984)**, "se requiere" (arts. 1628, 1013, 981, 1726, 1574, 1131) **(Ver arts. 1099, 1058 y 225, C.C. 1984)**, "se hará por escritura pública" (art. 1308) **(art. 1304, C.C. 1984)**, "se debe hacer" (art. 1608, 1689, 1711, 65), "debe constar" (art. 1776) **(art. 1871, C.C. 1984)**, "debe celebrarse" (art. 1689).

En cuanto a la anulación, el Código ha destinado esta expresión para algunos preceptos. Así, en los arts. 1394, 1314 **(Ver. art. 1539, C.C. 1984)**.

Fuera de las causales que conducen a ineficacia del negocio que se insumen dentro de la llamada nulidad y anulación de aquél, hay otras causales que llevan el mismo resultado **in nuce**, pero que no se confunden con las primeras. Son esas otras causales de ineficacia. Unas son congénitas al negocio; otras son sobrevinientes.

En las congénitas hay algunas deficiencias o irregularidades en la celebración del negocio (de no ser así, no se podría pensar en que éste dejara de surtir efectos), pero no están asimiladas a las causales de

nulidad y anulación, porque no son genéricas como éstas, es decir, para toda clase de negocios, sino que sólo funcionan en cuanto a ciertas relaciones de negocios. Nuestro Código utiliza una variada terminología sobre el particular. Habla de rescisión; así tratándose de la acción redhibitoria (arts. 1341, 1358, 1361) **(Ver arts. 1514 y 1510, C.C. 1984)**, de la lesión (arts. 391, 1439) **(art. 1447 y ss, C.C. 1984)**, no entrega de la cosa en la compraventa (arts. 1401, 1402, 1405) **(Ver arts. 1554 y 1556, C.C. 1984)**, por no pago del precio (arts. 1414, 1416, 1418) **(Ver. art. 1559, C.C. 1984)**, con relación a diferencia en la cabida del inmueble vendido **ad corpus** (art. 1421) **(art. 1575, C.C. 1984)**, de causales para poner fin a una locación y conducción (arts. 1529, 1535) **(Ver Art. 1697, C.C. 1984)**, de causales para que termine parcialmente la sociedad.

Nuestro codificador incluye la palabra resolución como otra expresión que emplea para causales que haga ineficaz, que dejen sin efecto, el negocio; así encontramos la llamada condición resolutoria tácita, instalada en el art. 1341. También existe la llamada condición resolutoria como elemento modal de los negocios y entonces, a diferencia de la anterior, no se trata de un incumplimiento imputable a alguna parte obligada.

El Código utiliza el término revocación para referirse a ciertos casos en que el negocio deja de seguir produciendo sus efectos. Se trata de circunstancias sobrevinientes o de una decisión unilateral. Así ocurre en los casos de los arts. 342, 1480 **(arts. 380 y 1637, C.C. 1984)**; en otros casos como el contemplado en el art. 1477 y en el 717 **(arts. 1634 y 753, C.C. 1984)**se produce la revocación **ipso jure**, si acaece la respectiva causal que se indica. Por lo demás, el codificador también ha empleado la expresión "revocación" relativa a la acción pauliana (art. 1098, 1102) **(Ver art. 195, C.C. 1984)** lo que en realidad es inadecuado como se dijo antes. Como decisión unilateral realizable **ad libitum**, se habla de revocación en los arts. 748, 749, 750, 751 **(Ver Arts. 801 y 802, C.C. 1984)**, sobre testamento, y análogamente en atinencia al mandato (art. 1641, 1649 primer inciso) **(art. 159 y 1808, C.C. 1984)**. En algunos casos se utiliza como sinónimo en cierta manera de revocación, el término de remoción: art. 743 ("pueden ser removidos") **(art. 796 inc. 5, C.C. 1984)**.

La palabra disolución se ofrece en varios dispositivos legales. Se la emplea para indicar que el negocio concluye por diversas circunstancias que no hace posible su subsistencia. Así, en cuanto a la asociación (art. 60) **(art. 94, C.C. 1984)**, la fundación (art. 68) **(art. 109, C.C. 1984)**, los esponsales (art. 80) **(art. 240, C.C. 1984)**, el matrimonio en que adviene el divorcio (art. 253, 276) **(arts. 348 y 354, C.C. 1984)**, contrato de empresa (art. 1565) **(art. 1787, C.C. 1984)** con respecto a la sociedad (arts. 1714, 1715, 1734). Como hemos anotado, son causales por diferentes circunstancias. Algunas pueden no depender de la voluntad del agente; otras sí, unas representan no una causal propiamente tal para que

concluya el negocio, sino que es el efecto de una causal que viene a generar dicha consecuencia. Se puede comprender que existen algunos preceptos que importan el que se produzca la disolución del negocio, sin que se mienta a ésta, **ad exemplum** los arts. 1593, 1594, 1609, 1623, 1653 **(Ver arts. 1736, 1737, 1819, 1820, 1825, 1830, 1837, 1833 y 154, C.C. 1984).**

El Código emplea la palabra impugnación en algunos artículos. La impugnación hace ineficaz, deja sin efecto un acto o hecho pasado; así se ve en los dispositivos que corresponden a los números 58, 324, 580, 138, 363, 365 **(Ver arts. 92, 593, 399 y 401, C.C. 1984).** Se estima que el hecho o el acto adolecen de un defecto legal congénito, sin que sea insumible dentro de la figura de la nulidad o anulación propiamente dichas. La impugnación parece ser un término muy aprovechable para significar una causal invocable a fin de dejar sin efecto el negocio por defecto que se presenta originariamente. Esto es muy propio con relación al remedio pauliano. Una causal que puede producir ineficacia del negocio es la llamada resciliación, aunque en nuestro Código no aparece esta palabra. Ocurre cuando por mutuo disenso se deja sin efecto el negocio, que es el caso contemplado en el art. 1317 **(art. 1313, C.C. 1984).** Podría aplicarse al supuesto del divorcio por mutuo disenso. Falta decir algo en cuanto a la terminología del Código en ciertas hipótesis sobre el acabamiento del negocio jurídico. Se halla la expresión "se acaba" (arts. 1531, 1649, 1551, 1591) **(Ver arts. 1697, 1699, 1801 y 1763, C.C. 1984),** "se extingue" (art. 1761, 1796) **(arts. 1937 y 1901, C.C. 1984),** "caduca" (arts. 752, 1549) **(Ver art. 805, C.C. 1984),** "cesa" (art. 150 in fine). Siempre se trata de causales sobrevinientes que vienen a producir la ineficacia del acto, ya sean imputables o no lo sean a algún agente, y puede acá considerarse el vencimiento normal de un negocio cum dies. No se puede confundir estas causales con las de impugnación, pues estas últimas respectan a defectos concomitantes a la producción del negocio.

Si se quisiera dentro de este léxico un poco complicado, que delata cierta falta de perspicuidad, poner como un "poco de orden en la casa" se podría asignar a las diferentes causales que conducen de alguna manera a la ineficacia del negocio, un determinado carácter informante, para atribuir las denominaciones adecuadas o que pueden llegar a considerarse como adecuables a las diferentes causales de ineficacia.

Desde luego, cabe hablar de causales de nulidad absoluta y relativa, y no hay por qué no aceptar que sean utilizadas indicaciones nominativas, que representan estas causales, como ocurre en nuestro Código con preceptos de que hemos hecho mención **ut supra.** Las causales de nulidad y de anulación respectan siempre como lo hemos anotado, a carencia de requisitos o a ciertas deficiencias en la constitución misma del negocio. Al respecto no hay duda en cuanto al carácter informante respectivo.

En lo que atañe a la impugnación podría ser utilizada ésta para causales basadas en defectos también congénitos en el negocio y que sean tratados particularmente para ciertas situaciones (de modo que no queden comprendidos dentro de la denominación de nulidad y anulación). Así, la impugnación está bien utilizada en los artículos que anteriormente fueron citados. Además, también podría hablarse de acción impugnatoria atinente a la lesión (los artículos 1439 y 1430 hablan de rescisión) **(art. 1447 y ss, C.C. 1984)**. La acción mencionada con propiedad, como redhibitoria en el art. 1358 **(arts. 1511 y 1514, C.C. 1984)**, es una en el fondo impugnatoria. Otro caso de impugnación es el referente al remedio pauliano. Otro caso es el que deriva del art. 1394 **(art. 1539, C.C. 1984)**(el Código habla de acción de anulación).

En lo que hace a la rescisión, debe ser reservada para causales que sobrevienen con posterioridad al negocio, y que sean imputables al agente respectivo. Por lo tanto, la expresión de condición resolutoria tácita del art. 1341 sería mejor que fuese llamada condición rescisoria tácita. En el contrato de sociedad los supuestos del art. 1713 representan casos de rescisión, y este es el término que precisamente utiliza este artículo.

En cuanto al término de resolución, sería recomendable servirse de él para causales sobrevinientes que hagan ineficaz el negocio y que no sean imputables a algún agente. Así, por vencimiento del plazo resolutorio, por operancia de la condición resolutoria puesta como modalidad, por el hecho fortuito o de fuerza mayor, por muerte de una persona (en ciertos casos, como tratándose del comodato, de la renta vitalicia, del usufructo, de locación de servicios, del contrato de empresa), por llegar a cierta edad una persona (art. 944) o en el supuesto del art. 1169 **(art. 2001, inc. 1, C.C. 1984)**, en la extinción de una obligación por prescripción extintiva como también en los casos del inciso primero, tercero, sexto y sétimo del art. 1531 **(arts. 1697 y 1699, C.C. 1984)** (los incisos 2, 4 y 5 serían causales de rescisión). La disolución puede quedar reservada a las causales que dejan sin efecto el negocio jurídico por rescisión del agente respectivo; así se puede comprender en tal supuesto los casos en que hay revocación, remoción, renuncia, para poner fin a una situación negocional. En el caso de que tenga lugar el llamado mutuo disenso se estaría en el supuesto de disolución, aunque se habla aquí por algunos de resciliación, sin embargo de que este vocablo no es castizo.

Desde luego, ha de reconocerse que tiene que haber un criterio discrecional para la asignación de denominaciones a ciertas causales que hagan ineficaz a un negocio jurídico dentro de ciertos tipos informantes, como ocurre con la rescisión, la revocación, la disolución. Además, si se observa que hay equivocidad al respecto en la utilización de este término en conexión a las causales de que se viene hablando, es deseable que exista un poco de mayor precisión terminológica sobre

este asunto. La dificultad reside en la variedad de causales que se vinculan a la ineficacia del negocio jurídico, conformándose así lo que expresara el Digesto, de **natura rerum conditurum est ut plura sint negotia quam vocabular.**

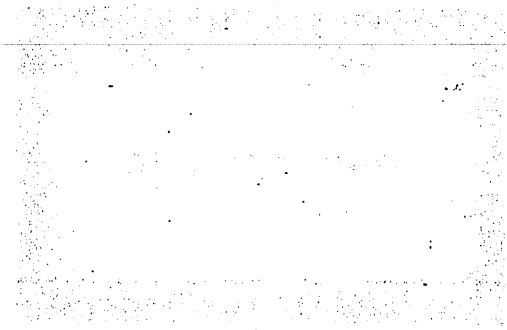
En lo atinente a la nulidad y anulación no hay dificultad, ya que se usa esta palabra de un modo suficientemente connotativo dentro del lenguaje civilístico. En lo que atañe a la impugnación también se puede utilizar y se utiliza dentro de la significación de que antes se ha hablado. En lo que respecta a la rescisión también en general se emplea para la ineficacia que proviene de causales imputables a agentes del negocio. Pero hay vacilación en cuanto a servirse de los términos de disolución y resolución, pues a veces uno y otro importan el resultado de ineficacia del negocio, indistintamente tomadas para hacer referencia a causales de tal ineficacia, ya proveniente o no proveniente del agente; y de ahí que nosotros hemos preferido el reservar una u otra denominación según que se trate de una clase y otra clase de causales de ineficacia en un esfuerzo, a derechas o a tuertas, para superar la equivocidad en este punto tratado, ya que al **verbum mentis** le debe corresponder un respectivo **verbum manifiestatus.**

Puede presentarse siempre una tensión funcional entre derecho y lenguaje, como ha escrito Hanckel, en su "Tratado de Filosofía del Derecho": "La dificultad se pone ya de manifiesto en que el lenguaje con su vocabulario y su aservo de reglas gramaticales representa un producto enormemente complejo, cuya vinculación con otras estructuras, asimismo complejas, de contenido de sentido espiritual, los preceptos jurídicos, presenta multitud de posibilidades de fricción. A esto hay que añadir que esta tarea lingüística no tiene una existencia simple y estática, sino que se desenvuelve y su desarrollo ulterior está en que se halla en continuo movimiento".

Pero, de todos modos, y precisamente por razones de las anteriores circunstancias, conviene hacer esfuerzos en procurar el conseguir precisiones dentro de la terminología jurídica. La palabra es la manifestación del concepto exteriorizado. Como dijo Goethe en Fausto, "toda palabra debe contener siempre una idea". En lo posible es conveniente tender a que palabras distintas correspondan a conceptos distintos.

El presente trabajo, aunque modesto, se inspira en el propósito de ayudar a una mayor precisión lingüística sobre el tema tratado, y puédese acaso estimar que acerca de un asunto que en general ha sido, desde luego, tratado sobre ineficacia del negocio jurídico, cabría siempre añadir algo a lo analizado, pudiendo, al respecto, recordarse el verso de Hesiodo, citado en el Crátilo de Platón sobre que "añadir un poco a otro poco no es trabajo perdido".

BIBLIOGRAFIA



BIBLIOGRAFIA

1. **Acuña Anzorena:** "Revocación de los actos de beneficiencia por incumplimiento de los cargos". (Revista de Jurisprudencia Argentina) 1937.
2. **Acher:** "Essai sur la nature de l'action paulienne". (Revue Trimestrielle de Droit Civil, T. V) París, 1906.
3. **Aguiar:** "Hechos y actos jurídicos". Buenos Aires, 1936.
4. **Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga:** "Curso de Derecho Civil". Santiago, 1945.
5. **Almada:** "La simulación". Montevideo, 1937.
6. **Alsina Atienza:** "Retroactividad de la anulación de los actos jurídicos". (Rev. de Jurisprudencia Argentina II).Buenos Aires, 1950.
7. **Alvez:** "Código Civil dos Estados Unidos do Brasil". Río de Janeiro, 1917.
8. **Alzamora Silva:** "El dolo en nuestra legislación civil". Lima, 1926.
9. **Americano:** "Da accao pauliana". Sao Paulo, 1932.
10. **Anson:** "Principles of the english law of contracts". Oxford, 1923.
11. **Aubry, Rau y Bartin:** "Cours de droit civil d'aprés la méthode de Zachariae". París, 1936.
12. **Austin:** "Lectures on jurisprudence". London, 1885.
13. **Barassi:** "Istituzioni di diritto civile". Milano, 1914.
14. **Bartin:** "Théorie des conditions impossibles, ilicites ou contraires aux moeurs". París, 1887.
15. **Barrault:** "Essai sur le róle du silence créatur d'obligations". Dijón, 1912.
16. **Barros Errazuris:** "Curso de Derecho Civil". Santiago, 1930.
17. **Baudry-Lacantinerie:** "Précis de droit civil". París, 1894.
18. **Baudry-Lacantinerie y otros:** "Traité théorique et pratique de droit civil". París, 1907.
19. **Bayard Rives:** "La simulación y algunos conceptos análogos en el derecho anglosajón". (Estudio de derecho comparado) (Revista del Colegio de Abogados, tomo XV). Buenos Aires, 1937.

20. **Bédarride:** "Traité du dol et de la fraude en matiére civile et commerciale". París, 1887.

21. **Beltjens:** "Encyclopédie du droit belge". Bruxelles, 1891-1897.

22. **Bellocq:** "Teoría de las nulidades". (Revista de la Universidad de Buenos Aires) 1906.

23. **Benettini:** "Compendio di diritto civile secondo il nuovo Codice". Milano, 1943.

24. **Betti:** "Teoría general del negocio jurídico". Madrid.

25. **Beudant y Lerebours-Pigeonniére:** "Cours de droit civil francais". París, 1934.

26. **Bevilaqua:** "Código Civil dos Estados Unidos do Brasil". Río de Janeiro, 1944.

27. **Bevilaqua:** "Theoria geral de direito civil". Río de Janeiro, 1908.

28. **Bibiloni:** "Anteproyecto de reformas al Código Civil argentino". Buenos Aires, 1929.

29. **Blanco:** "Curso de las obligaciones". La Habana, 1930.

30. **Boissonade:** "Projet de code civil pour l'Empire du Japón". Tokio, 1890.

31. **Bonnecase:** "Elementos de Derecho Civil". México, 1945.

32. **Bonnecase:** "Supplément au traité théorique et pratique du droit civil de G. Baudry-Lacantinerie". París, 1904.

33. **Borda:** "El error de hecho y de derecho". Buenos Aires, 1946.

34. **Borel y Soler:** "Nulidad de los actos jurídicos según el Código Civil español". Barcelona, 1947.

35. **Bosari:** "Comentario del Codice Civile italiano". Roma, 1871.

36. **Bresolles:** "De l'erreur de droit". (Revue de legislation, T. 17 y 18).

37. **Busso:** "Código Civil anotado". Buenos Aires, 1949.

38. **Calatay:** "Etudes sur l'interprétation des conventions". Bruxelles, 1947.

39. **Cámara:** "La simulación en los actos jurídicos". Buenos Aires, 1944.

40. **Campoamor:** "Del silencio como tácita manifestación de voluntad". (Rev. de Jurisprudencia Argentina. I). Buenos Aires, 1947

41. **Capitant:** "Introduction á l'etude du droit civil". París, 1904.

42. **Capitant:** "De la cause des obligations".

43. **Cariota Ferrara:** "Volontá, manifestazione, negozio giuridico. Un problema nuovo". (Annuario di diritto comparato e di studi legislativi, vól. XV. 2da. ser). Roma, 1941.

44. **Cariota Ferrara:** "Sulla simulazione nei negozi giuridici". (Revista del diritto commerciale vol. XXXI. Parte Prima).

45. **Carmona:** "La confirmación y ratificación de los actos jurídicos". Santiago.

46. **Carnelutti:** "Documento y negocio jurídico". (La Justicia Año XIV, T. XIV No. 199). México.

47. **Carter:** "Elements of the law of contracts". London, 1931.

48. **Carranza Martínez:** "Ensayo sobre clasificación de las nulidades". (Crítica al proyecto de reformas al C.C. argentino) (Boletín del Instituto de Derecho Civil. Universidad Nacional de Córdoba. No. 4). Córdoba, 1937.

49. **Carrara:** "Il negozio in frode alla legge". Padova, 1943.

50. **Castán Tobeñas:** "Derecho Civil español, común y foral". Madrid, 1943.

51. **Castán Tobeñas:** "El modo en los actos jurídicos". (Revista de Derecho Privado, T. VI No. 67 y Revista de Derecho Privado T. VIII Nos. 94 y 95). Madrid, 1919 y 1921.

52. **Castán Tobeñas:** "El modo de los actos jurídicos (función del modo en la técnica del Derecho Civil)". (Revista de Derecho Privado T. V. No. 54). Madrid, 1918.

53. **Castiglione-Humani:** "Natura giuridica del negozio in frode ai creditori e limite dell'azione revocatoria". (Annuario de diritto comparato e studi legislativi, vól XXII, F. 2). Roma, 1947.

54. **Castrillo Santo:** "Autonomía y heteronomía de la voluntad". (Anuario de derecho civil, T. II, Fase II). Madrid, 1949.

55. **Célice:** "L'erreur dans le contrats". París, 1922.

56. **Coelho de Rocha:** "Instituicoes de direito civil portuguez". Lisboa, 1917.

57. **Cohendy:** "Des intéréts de la distinction entre l' inexistence et la nullité d'ordre public". (Revue Trimestrielle de Droit Civil T. XIII). París, 1914.

58. **Cohin:** "La abstention fautive en droit civil et pénal".

59. **Colín y Capitant:** "Curso elemental de Derecho Civil francés". Madrid, 1941.

60. **Colmo:** "De las obligaciones en general". Buenos Aires, 1928.

61. **Cornejo:** "Código Civil. Explicación sistemática y comentario". Lima, 1937.

62. **Cosack-Mitteis:** "Lehrbuch des bürgerlichen rechts". Jena, 1927.

63. **Couture:** "La acción revocatoria de la cosa juzgada fraudulenta". (La Ley). 1939.

64. **Coviello:** "Doctrina general del Derecho Civil". Mexico, 1938.

65. **Crome:** "System des deutschen bürgerlichen rechts". Leipzig, 1912.

66. **Chardon:** "Traité du dol et de la fraude en matiére civile et commerciale". Avallon, 1928.

67. **Chaumat:** "Etude sur l'erreur dans les contrats en droit romain et en droit francais". París, 1867.

68. **Chavas:** "De la déclaration de volonté".

69. **Chironi:** "Istituzioni di diritto civile italiano". Torino, 1880.

70. **Dabin:** "La teoría de la causa". Madrid, 1926.

71. **Dalloz:** "Répertoire". París, 1910-1926.

72. **Dalloz, Griolet y Vergé:** "Codes annotés". París, 1900-1905.

73. **Danz:** "La interpretación de los negocios jurídicos". Madrid, 1926.

74. **De Castro:** "La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial". (Revista de Derecho Privado T. XIX No. 226 y 227). Madrid, 1932.

75. **De Cupis:** "La scusabilitá del errore". Padova, 1936.

76. **De Diego:** "Instituciones de Derecho Civil español". Madrid, 1941.

77. **De Gasperi:** "Tratado de las obligaciones en el Derecho Civil paraguayo y argentino". Buenos Aires, 1945.

78. **De Simone:** "La sanatoria del negozio giuridico nullo" Nápoli, 1946.

79. **Deiny:** "Alguni chiarimenti sulla causa del negozio e del obligazione". (Rivista di diritto civile. Anno XXX, No. I - II). Milano, 1938.

80. **Demante y Colmet de Santerré:** "Cours analytique de Code Civil". París, 1883.

81. **Demogue:** "Traité des obligations". París, 1923.

82. **Demolombe:** "Cours de Code Civil". París, 1880.

83. **Dereux:** "Etude critique de l'adage nul est censé de ignorer la loi". (Revue Trimestrielle de Droit Civil). 1907.

84. **Dereux:** "De la interprétation des actes juridiques privés". París, 1905.

85. **Dernburg:** "Pandekten". Berlín, 1894.

86. **Díaz:** "El ejercicio simultáneo, en forma subsidiaria, de las acciones de simulación y fraude". (Rev. de Jurisprudencia Argentina T. 54). Buenos Aires, 1936.

87. **Díaz Ferreira:** "Código Civil portuguez annotado".

88. **Dikoff:** "Les actes juridiques abstraits et le Code Civil francais". (Revue de Droit Civil). 1927 y 1932.

89. **Diniz:** "Introduccao e parte geral" (Código Civil de 1919). Río de Janeiro, 1921.

90. **Dualde:** "Concepto de la causa de los contratos". Barcelona, 1949.

91. **Duranton:** "Cours de droit civil francais suivant le code francais". París, 1844.

92. **Ehrenzweig:** "System des oesterreichen allgemeinen privatrecht". Wein, 1913.

93. **Endemann:** "Lehrbuch des bürgerlichen rechts". Berlín, 1905.

94. **Engelmann:** "Das bürgerliche recht Deutschlands". Berlín, 1909.

95. **Enneccerus, Kipp y Wolff:** "Tratado de Derecho Civil". Barcelona, 1935.

96. **Espínola:** "Systema do direito civil brasileiro". Río de Janeiro, 1938.

97. **Ferrara:** "La simulación en los negocios jurídicos". Madrid, 1926.

98. **Ferreyra Coelho:** "Código Civil dos Estados Unidos do Brasil". Río de Janeiro, 1930.

99. **Foignet:** "Manuel èlémentaire de droit civil". París, 1903.

100. **Fonseca:** "O problema da causa nas obrigacoes". (Revista Forense Vol. CX, Año XLIV, Fasc. 525). Río de Janeiro, 1947.

101. **Freitas Texeira:** "Código Civil". Buenos Aires, 1909.

102. **Fubini:** "Contribution à la théorie de l'erreur sur la substance et sur les qualités substantialles". (Revue Trimestrielle de Droit Civil). 1902.

103. **Fubini:** "La drottina del errore in diritto civile italiano". Torino, 1902.

104. **Func:** "Commentaire du Code féderal des obligations" Neufchatel, 1930.

105. **Fuzier-Herman:** "Code Civil annoté". París, 1936.

106. **Gabba:** "Nuove questioni di diritto civile". Torino, 1905.

107. **Galli:** "Fraude en materia civil". (Revista de Derecho Civil T. I). Buenos Aires.

108. **Galli:** "Excusabilidad o inexcusabilidad del error de derecho". (Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata). 1928.

109. **Galli:** "Valor jurídico del silencio". (Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata). 1937.

110. **García Goyena:** "Concordancias, motivos y comentarios del C.C. español". Madrid, 1852.

111. **Giorgi:** "Teoría de las obligaciones en el Derecho Civil moderno". Madrid, 1905.

112. **Gorostiaga:** "La causa en las obligaciones".

113. **Gorphe:** "Le principe de la bonne foi". París, 1908.

114. **Groppali:** "Le rolé de la volonté dans la formation des actes juridiques". (Archives de Philosophic du Droit et de Sociologie Juridique). París, 1940.

115. **Guillouard:** "Droit civil". París, 1888.

116. **Guimaraes:** "Atos nulos e anulaveis contraidos de boa fe". (Revista de la Facultade de Direito. Vol. XL). Sao Paulo, 1945.

117. **Guhl:** "Das schweizerische obligationrecht". Zürich, 1936.

118. **Heilfron:** "Grundiss des bürgerlichen rechts". Berlín, 1927.

119. **Holland:** "The elements of jurisprudence". New York, 1906.

120. **Huc:** "Commentaire théorique et pratique du Code Civil". París, 1892.

121. **Hupka:** "La representación voluntaria en los negocios jurídicos". Madrid, 1930.

122. **Ionosco:** "La voluntad en las formaciones de los contratos". (La Ley) 1936.

123. **Ionasco:** "Les régents destinées de la théorie de la cause dans les obligations" (Revue Trimestrielle de Droit Civil. T. XXX) París, 1931.

124. **Isabal:** "La doctrina de las condiciones en los artículos 759 y 799 del Código Civil". (Revista de Derecho Privado) 1926.

125. **Iuca:** "La violence comme vice du contrat et du consentiment". París, 1930.

126. **Jack:** "Las convenciones relativas a las personas físicas". (Revista crítica de jurisprudencia) 1924.

127. **Jardi:** "La nulidad de los actos". (Revista de Derecho Privado. T. XXIV y No. 282 - 283) Madrid, 1940.

128. **Jenks:** "El Derecho inglés". Madrid, 1930.

129. **Josserand:** "Los móviles en los actos jurídicos de Derecho privado". México, 1946.

130. **Josserand:** "Cours de droit civil positif francais". París, 1938.

131. **Kayser:** "Les nullités d'ordre public". (Revue Trimestrielle de Droit Civil. T. XXXII) París, 1933.

132. **Kipp:** "Impugnación de los actos in fraudem creditori en el Derecho Romano y en el moderno Derecho alemán, con referencia al Derecho español". (Revista de Derecho Privado. T. XI).

133. **Kholer:** "Lehrbuch des bürgerlichen recht". Berlín, 1904.

134. **Lacerda de Almeida:** "Obligaçoes". Porto Alegre, 1897.

135. **Lafaille:** "La causa de las obligaciones en el Código Civil y en la reforma".

136. **Lafaille:** "Curso de las obligaciones". Buenos Aires, 1926.

137. **Larombiére:** "Theórie et pratique des obligations". París, 1885.

138. **Laurent:** "Principes de droit civil francais". París, 1887.

139. **Lavandera:** "Nulidad, anulabilidad y rescindibilidad en el Código Civil". (Revista de Derecho Privado. T. I, No. 6) Madrid, 1914.

140. **Lazo Fernández:** "Teoría general de las modalidades". (Revista de Derecho. Año XIV, No. 58) Concepción, 1946.

141. **Legeropou:** "La defensa del derecho contra el fraude". (Revista de Derecho Privado. T. XVII, No. 196) Madrid, 1930.

142. **Leloutre:** "Etude sur la retroactivité de la condition". (Revue de Droit Civil) 1907.

143. **Lenel:** "El error in substantia". (Revista de Derecho Privado. T. XI).

144. **Lesoudier**: "De la responsabilité de l'action paulienne". (Revue de Droit Civil) 1906.

145. **Leven**: "De l'exercice de l'action civile par le ministére public". (Revue de Droit Civil) 1928.

146. **Loewenwater**: "Derecho Civil alemán". Santiago, 1935.

147. **Lomonaco**: "Delle obligazione e dei contratti in genere". Nápoli, 1906.

148. **Longo**: "L'erreur in substantia con riguardo alle opere d'arte". (Rivista di Diritto Civile) 1935.

149. **Lutzesco**: "Teoría y práctica de las nulidades". México, 1945.

150. **Llerena**: "Concordancias y comentarios al Código Civil argentino". Buenos Aires, 1899.

151. **Machado**: "Exposición y comentario del Código civil argentino". Buenos Aires, 1899.

152. **Madray**: "De la représentation en droit privé".

153. **Malvagna**: "La teoría del negozio astratto". (Rivista di Diritto Civile. Anno XXVII, No. 1) Milano, 1935.

154. **Malvagna**: "Recenti tendenze in tema di negozio condizionato". (Rivista di Diritto Civile. Anno XXVII, No. V).

155. **Manresa Navarro**: "Comentario al Código Civil español". Madrid, 1890.

156. **Marcadé y Pont**: "Explication théorique et pratique du Code Civil". París, 1884.

157. **Martínez Carranza**: "La forma en los actos jurídicos". (Boletín del Instituto de Derecho Civil de la Universidad de Córdoba) 1945.

158. **Mazeaud**: "La maxime error communis facit jus". (Revue Trimestrielle de Droit Civil. T. XXIII) París, 1924.

159. **Messina**: "La simulazione assoluta". (Rivista del Diritto Commerciale. Vol. V, Parte Prima) Milano, 1907.

160. **Meynial**: "La déclaration de volonté". (Revue Trimestrielle de Droit Civil. T. I) París, 1902.

161. **Miguel Teviesas**: "Los negocios jurídicos y su interpretación". (Revista de Derecho Privado. T. XII, No. 137). Madrid, 1925.

162. **Millan**: "De la evolución conceptual de la causa". (La Justicia, Año XVII, T. XVII) México, 1947.

163. **Moreira Guimaraes:** "Efeitos dos atos nulos e anulaives realizados de boa-fe". (Revista Forense. Vol. CVIII, Año XLII, Fasc. 521) Río de Janeiro, 1946.

164. **Novillo Saravia:** "El silencio en la formación de los actos jurídicos". (Boletín de Derecho y Ciencias Sociales. Años IV y V, No. 4 y 5) Córdoba, 1940 - 1941.

165. **Nutti:** "L'azioni pauliana ed il diritto alla proprietá". (Annuario di Diritto Comparato e di studi legislativi, Vol. XXII, Fasc. 2, Terza Serie) Roma, 1947.

166. **Oertmann:** "Kommentar zum bürgerlichen gesetzbuch". Berlín, 1927.

167. **Oertmann:** "Invalidez e ineficacia de los negocios jurídicos". (Revista de Derecho Privado, T. XVI, No. 186) Madrid, 1929.

168. **Orosimbo:** "A coaccáo como defeito do acto jurídico". (Revista Forense. Vol. LXIX. Anno XXXIV). Río de Janeiro, 1937.

169. **Oser:** "Schweizerisches obligationrecht". Zurich, 1929.

170. **Osías:** "L'acte abstrait en droit comparé". París, 1924.

171. **Pacchioni:** "Diritto civile italiano". Milano, 1937.

172. **Pacifici-Mazzoni:** "Istituzioni di diritto civile italiano". Firenze, 1887.

173. **Pandolfelli:** "Codice Civile". Milano, 1940.

174. **Pavón:** "Forma de los contratos". (Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires) 1927.

175. **Pelizzi:** "Teoría dell'errore ostativo". (Rivista del Diritto Commerciale. Vol XIV, Parte Prima) Milano, 1916.

176. **Pestalozza:** "Appunti in tema di simulazione relativa". (Rivista del Diritto Commerciale, Vol. XV, Parte Prima) Milano, 1917.

177. **Planck:** "Bürgerlichen gesetzbuch". Berlín, 1903.

178. **Planiol:** "Traité èlémentaire de droit civil". París, 1922.

179. **Planiol y Ripert:** "Tratado teórico y práctico de derecho civil francés". La Habana, 1927.

180. **Pollock:** "Principles of contracts". London, 1921.

181. **Popesco Ramniceano:** "Le silence créatur d'obligations el l'abus du droit". (Revue de Droit Civil) 1930.

182. **Presa:** "La simulación". (Revista de Legislación y Jurisprudencia. T. 157).

183. **Pugliatti:** "La volontá, elemento essenziale del negozio giuridico". (Rivista di Diritto Commerciale. Vol. XXXVIII, Parte Prima) Milano, 1940.

184. **Puig Peña:** "Teoría de la acción pauliana". (Revista de Derecho privado. T. XXIX, No. 342) Madrid, 1945.

185. **Rayces:** "La teoría de la causa". (Revista de Jurisprudencia Argentina. IV) Buenos Aires, 1944.

186. **Rayces:** "De la nulidad de los actos jurídicos". (Revista del Colegio de Abogados. T. XV) Buenos Aires, 1937.

187. **Raynal:** "Etude sur les conventions inmorales". París, 1900.

188. **Rojina Villegas:** "Derecho Civil". México, 1944.

189. **Restatement of the American Law** - American Law Institute publischers, St. Paul.

190. **Ricci:** "Derecho Civil, teórico y práctico". Madrid.

191. **Ripert:** "Le régle morale dans les obligations civiles". París, 1925.

192. **Rivarola:** "Instituciones de Derecho Civil argentino". Buenos Aires, 1941.

193. **Riviére, Weiss y Frenelet:** "Pandectes francaises". París, 1893.

194. **Romero Sánchez:** "La revocación de los actos realizados en fraude de acreedores". México, 1941.

195. **Rossel:** "Manuel de droit féféral des obligations". Lausanne, Genéva, 1920.

196. **Roth:** "La nulidad de los actos jurídicos en el Código Civil alemán". (Boletín del Instituto de Derecho Civil, Año 6, No. 1) Argentina, 1941.

197. **Rousset:** "Apuntes de Derecho Civil". Buenos Aires, 1906.

198. **Ruggiero:** "Istituzioni di diritto civile". Mesina, 1929.

199. **Ruggiero y Maroi:** "Istituzioni di diritto privado". Milano, 1941.

200. **Sacco:** "Riconoscibilitá e scusabilitá dell'errore". (Rivista del Diritto Commerciale, Vol. XLVI. P. II) Milano, 1948.

201. **Saleilles:** "De la déclaration de volonté". París, 1929.

202. **Salmond:** "Principles of the law of contracts". Toronto, 1927.

203. **Salvat:** "Tratado de Derecho Civil argentino". Buenos Aires, 1947.

204. **Sánchez Román:** "Estudios de Derecho Civil". Madrid, 1899.

205. **Savigny:** "Le droit les obligations". París, 1873.

206. **Scaevola:** "Código Civil comentado y concordado". Madrid, 1893.

207. **Scognamiglio:** "Contributo alla teoría del negozio giuridico". Napoli, 1950.

208. **Shaeffer y Wiefels:** "Bürgerlichen gesetzbuch". Leipzig, 1930.

209. **Schkaff:** "Influence de l'erreur, du dol et de la violence sur l'acte juridique". Lausanne, 1902.

210. **Schneider y Fick:** "Commentaire du Code fédéral des obligations". Neuchátel, 1915.

211. **Schumann:** "La théorie des obligations dans le projet de Code Civil tchécoslovaque". París.

212. **Smith:** "A manual of common law. London, 1898.

213. **Soergel:** "Bürgerlichen gesetzbuch". Stuttgart, 1931.

214. **Solon:** "Théorie sur la nullité des conventions et des actes de tout genre en matiére civile". París, 1835.

215. **Spencer Vampré:** "Código Civil brasileiro". Río de Janeiro, 1920.

216. **Staudinger:** "Kommentar zur bürgerlichen gesetzbuch". Berlín, 1912.

217. **Stolfi:** "Teoría del negozio giuridico". Milano, 1947.

218. **Stolfi:** "Simulazione e conflitto tra terzi acquirenti". (Rivista di Diritto Civile. Anno XXVII, No. II) Milano, 1935.

219. **Strauss:** "L'esprit du contrat anglais". París, 1931.

220. **Sutton y Shannon:** "On contracts". London, 1937.

221. **Taborda Ferreira:** "Do conceito da causa dos actos jurídicos". Lisboa, 1946.

222. **Tesauro:** "Atti e negozi giuridici". Perugia, 1932.

223. **Titze:** "Recht der schuldverhälnisse". Berlín, 1923.

224. **Toullier y Duvergier:** "Le droit civil francais". París.

225. **Traviesas:** "La acción pauliana". (Revista General de Legislación y Jurisprudencia) 1920.

226. **Trimarchi:** "Atto giuridico e negozio giuridico" Milano, 1940.

227. **Valverde Valverde:** "Tratado de Derecho Civil español". Valladolid, 1935.

228. **Venezian:** "La causa nei contratti". Roma, 1892.

229. **Verga:** "Errore e responsabilitá nei contratti". Padova, 1941.

230. **Viforeanu:** "Contribution á l'etude du contrat dans le projet franco-italien et en droit comparé". París, 1931.

231. **Von Tuhr:** "Tratado de las obligaciones". Madrid, 1934.

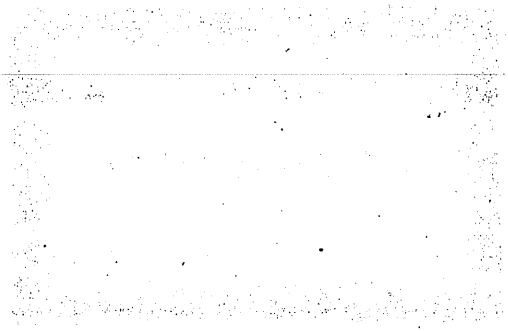
232. **Von Tuhr:** "Teoría general del Derecho Civil alemán". Buenos Aires, 1946.

233. **Walton:** "Cause et consideration dans le Droit Anglais des obligations". (Revue Trimestrielle de Droit Civil. T. XVIII) París, 1919.

234. **Warneyer:** "Kommentar zum bürgerlichen gesetzbuch des Deutschen Reich". Tübingen, 1930.

235. **Windscheid, Fadda y Bensa:** "Diritto delle Pandette". Torino, 1925.

INDICE GENERAL



INDICE GENERAL

PRESENTACION 5
PROLOGO 7

ACTO JURIDICO
DISPOSICIONES GENERALES

Elementos de validez del acto jurídico 25
El hecho jurídico: concepto 25
Distinción del hecho jurídico 27
Hecho jurídico 35
El acto jurídico: concepto 36
La voluntad privada 37
Clasificación de los actos jurídicos 42
- Unilaterales y bilaterales 42
- Formales y no formales 42
- Nominados e innominados 42
- Principales y accesorios 43
- De ejercución instantanea o sucesiva 43
- Constitutivos y declarativos 44
- Simples y compuestos 44
- De administración y de disposición 44
- Abstracto y causal 45
- Patrimoniales y extra patrimoniales 45
- Subdivisión de los actos patrimoniales 45

- Inter vivos o mortis causa 46
- Onerosos y gratuitos 46
- Conmutativos y aleatorios 46
- De disposición y de obligación 47
Actos fiduciarios 49
Los requisitos de validez 49
- La capacidad 49
- El objeto 51
- La forma 52
- La causa 52
- Manifestación de la voluntad 61
Manifestacion de la voluntad 64
- Maneras de manifestarse la voluntad 65
- Manifestación expresa 66
- Manifestación tácita 66
- Voluntad presumida por la Ley 68
El silencio como manifestación de voluntad 71
El silencio 71
Incapacidad relativa de una de las partes 74
Cuestiones complementarias 76
- La representación: concepto 76
Teorías que explican la representación 77
Unilateralidad del acto representativo 79
Requisitos de la representación 79
Representación anómala 80

Extinción de la representación 81
- La interpretación 82
Concepto 82
Interpretación judicial 82
Interpretación auténtica 82
El criterio imperativo 83

VICIOS DE LA VOLUNTAD

Error substancial 93
Los vicios de la voluntad 94
El error: concepto 94
- Error de derecho 95
- Error de hecho 99
- Error esencial en la naturaleza del acto 99
- Error sobre el objeto principal de la declaración 100
- Error en las cualidades esenciales del objeto 101
- Error en la persona 105
- Error indiferente 108
- Error de cuenta 110
- Error en el motivo 111
Dolo determinante y dolo recíproco: efectos 113
El dolo 113
- Dolo determinante 114

- Dolo recíproco: efectos 116
- Dolo incidental 117
- Dolo de tercero 118
Omisión dolosa 121
Violencia e intimidación 123
Elementos de la intimidación 123
La violencia 123
Clases de violencia 124
- Violencia física 124
- Violencia moral o intimidación 125
Elementos de la intimidación 125
Calificación de la violencia y de la intimidación 131
Supuestos que no constituyen intimidación 132
- La amenaza del ejercicio regular de un derecho 132
- El temor reverencial 134
Violencia e intimidación de tercero 135
Cuestiones complementarias 137

SIMULACION DEL ACTO JURIDICO

Simulación inocente 143
Delimitación del concepto de acto simulado 143
Clases de simulación 145
- Simulación absoluta 146
- Simulación relativa 147

- Simulación por interposición de persona 153
Efectos de la simulación inocente 155
Simulación maliciosa 157
Efectos de la simulación maliciosa 157
Acción de simulación 160
Acción de simulación frente a terceros 164
Oponibilidad e inoponibilidad de la simulación . 164

FRAUDE DEL ACTO JURIDICO

Acción paulatina o revocatoria 171
El fraude: concepto. La acción pauliana 172
Acción pauliana o revocatoria frente a terceros 181
Oponibilidad e inoponibilidad del fraude 181
Efectos de la acción pauliana o revocatoria 184
El requisito del crédito 186
Cuestiones complementarias 190

MODALIDADES DEL ACTO JURIDICO

Condición lícita 195
Condición física y jurídicamente imposible 195
Elementos del acto jurídico 196
Las modalidades del acto jurídico 196
La condición 197
Características de la condición 197

Clasificación de las condiciones 200
- Expresas y tácitas 200
- Suspensivas y resolutorias 200
- Afirmatorias y negativas 201
- Potestativas, causales y mixtas 201
- Propias e impropias 202
Efectos de las condiciones impropias 203
Efectos de las condiciones potestativas 204
Condición negativa 210
Verificación de la condición por vencimiento del plazo o por irrelizable 210
Efectos durante la pendencia de la condición ... 212
Indivisibilidad de la condición 214
Condición suspensiva 216
Efectos de la condición suspensiva 216
Efectos de la condición resolutoria 218
Condición resolutoria expresa 219
Efectos de la condición resolutoria expresa 219
Irretroactividad de la condición 221
Cumplimiento e incumplimiento malicioso de la condición 232
Verificación de la condición como sanción a la mala fe 232
Beneficio del plazo 236
El plazo: noción 236
Características 237

Clases: determinado e indeterminado 238
Suspensivo y resolutorio 238
Presunción del beneficio del plazo 240
Pago antes del vencimiento del plazo 241
Caducidad del plazo 243
Caducidad del plazo: causales 244
Plazo judicial 248
Clases de plazos: plazo convencional 249
Plazo Judicial 249
Determinación de la duración del plazo 250
Cómputo del plazo 254
Cómputo del plazo: reglas 255
Plazo para el cumplimiento del cargo 256
Transmisibilidad e intransmisibilidad del cargo 256
El cargo 257
Plazo para el cumplimiento del cargo 262
Transmisibilidad del cargo 262
Cargo jurídica y físicamente imposible 267
Cargo imposible e ilícito 268

FORMA DEL ACTO JURIDICO

Libertad de forma 273
La forma: noción 273
Forma y prueba 274

Libertad de forma 274
Clases de forma 275

NULIDAD DEL ACTO JURIDICO

Causales de nulidad del acto jurídico 283
Noción de la nulidad 284
Nulidad absoluta y nulidad relativa 284
Causales de nulidad absoluta 286
- Nulidad por incapacidad absoluta 286
- Nulidad por ilicitud o imposibilidad del objeto 287
- Nulidad por inobservancia de la forma 289
- Nulidad por imperativo de la ley 292

Características de la nulidad absoluta 295
La nulidad absoluta no requiere de pronunciamiento judicial 295
Pronunciamiento a instancia de parte 295
Pronunciamiento de oficio 296
Personas que pueden alegar la nulidad 296
La eficacia del acto nulo 297
Insubsanibilidad de la nulidad absoluta 298
Conversión del acto nulo 298
Causales de anulabilidad del acto jurídico 299
La nulidad relativa: causales 300
Anulabilidad por incapacidad relativa 300

Las otras causales de anulabilidad 301
Por simulación 302
Características de la nulidad relativa 303
Eficacia del acto anulable 304
La anulabilidad requiere de ser instada 305
Nulidad parcial 305
Dolo del sujeto incapaz 308
Efectos del acto anulado celebrado con sujeto incapaz 310
Acto jurídico y documento 311
Nulidad del documento 311
Cuestiones complementarias 313
- Efectos de la nulidad 313

CONFIRMACION DEL ACTO JURIDICO

Confirmación del acto anulable 317
Concepto de confirmación 317
Características 318
Requisitos 319
Efectos 319
Requisitos de la confirmación expresa 321
Formalidad de la confirmación expresa 322
Confirmación expresa 322
Confirmación tácita 323

APENDICE

- Dimensión temporal del negocio jurídico 329
- El nomen juris en relación con las causales de invalidez del negocio jurídico 333

BIBLIOGRAFIA 343