

Comentarios al Código Civil Peruano

(DERECHO DE OBLIGACIONES)

INTRODUCCION

S E inicia ahora la publicación de estos "Comentarios al Código Civil Peruano". Se trata del Código promulgado el 30 de agosto de 1936, es decir, del que rige y que vino a substituir al expedido en 1852.

El actual Código consta de un Título Preliminar y de cinco libros: I) Derecho de las Personas; II) Derecho de Familia; III) Derecho de Sucesión; IV) Derechos Reales; V) Derecho de Obligaciones.

Este trabajo concierne sólo al libro quinto (Arts. 1075 a 1822). Dicho libro comprende las siguientes secciones: Primera, de los Actos Jurídicos; segunda, de las Obligaciones y sus Modalidades; tercera, de los Efectos de las Obligaciones; cuarta, de los Contratos; quinta, de los diversos contratos; sexta, de las obligaciones provenientes de la voluntad unilateral.

Se inserta el texto de cada artículo. En seguida, bajo el epígrafe "referencias", se menciona las fuentes del derecho romano y los preceptos de otras legislaciones civiles, que se ocupan del punto. Cuando en tales referencias se hace mención del Código Peruano, debe entenderse que se trata del Código de 1852.

En seguida viene el comentario respectivo. Al hablarse en él del Código, sin otra especificación, se entiende que es aquél al que concierne al comentario. Asimismo, cuando se habla del Proyecto o del Anteproyecto, de la Comisión y sus sesiones, de las Actas de ésta, de la Exposición de Motivos, se entiende que se trata de los antecedentes que precedieron a la elaboración del Código que ahora se comenta. Igualmente, cuando se cita un artículo, sin otra indicación se trata de uno de dicho Código.

Este trabajo está dedicado a la Universidad Mayor de San Marcos, con el objeto de auspiciar, dentro del modesto esfuerzo del autor, el interés por los estudios jurídicos en el primer centro cultural peruano, y también a la Alexander Humboldt Stiftung, como reconocimiento por la ayuda que esta Institución proporcionó al autor, para su estada en Alemania, permitiéndole familiarizarse con la cultura jurídica de ese país.

El autor quiere expresar su sentimiento de admiración por los que hicieron el Código Peruano, al que conciernen estos comentarios, quienes pusieron las luces de su talento y sus esfuerzos al servicio de un trascendental trabajo, dotando al Perú de un monumento legal que honra al País.

Sin que se pueda pretender que sea obra sin imperfecciones, que siempre acompañan a toda producción humana, sus méritos son tan relevantes que no se debe escatimar los elogios que se merece. Es deber sólo del que hace su estudio, juzgarlo sin tendencia y procurar que mediante su inteligente interpretación, rinda el mayor provecho posible al ser utilizado.

Su carácter sintético, su depurada técnica, la introducción de institutos y principios recomendados por la ciencia jurídica

actual, la ausencia de casuismos y otras notas más de indiscutible valimento, hacen que los ilustres nombres de los autores del Código, doctores: Manuel Augusto Olaechea, Pedro M. Oliveira, Alfredo Solf y Muro y de los extintos Juan José Calle y Hermilio Valdizán, sean acreedores a la gratitud nacional.

TITULO I

DISPOSICIONES GENERALES

(Arts. 1075 a 1078).

Art. 1075.—“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. 1, tit. 3, fr. 41; Código francés, art. 1108; italiano, 1104; portugués, 643; argentino, 953, 898, y 994; uruguayo, 1261; suizo, 17; venezolano, 1179; brasileño, 81 y 82; mejicano, 1794; peruano, 1235.

Hecho jurídico es el capaz de generar actos de derecho, sea haciéndolos nacer, transmitirse, conservarse, modificarse o extinguirse. Necesariamente, al expresarse el concepto del hecho jurídico ha de incurrirse en el defecto literal de hacer entrar lo definido en la definición. Y es que como indica Endemann, “bajo hecho jurídico se debe comprender la totalidad de las suposiciones jurídicas materiales necesarias para la producción de un efecto jurídico”. Y agrega que con exclusión de las suposiciones 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, es-

to es, apreciaciones y comportamientos de orden espiritual de que el derecho no prescinde, por ejemplo, la buena y mala fé, 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.

No hay, pues, un concepto *a priori*, que permita distinguir el hecho en jurídico o no jurídico. La distinción sólo puede establecerse *a posteriori*, por sus consecuencias. Por eso sería más apropiado hablar de hechos jurígenos que de hechos jurídicos.

Hay hechos que no generan ninguna consecuencia jurídica; la marcha de los astros, por ejemplo, según la indicación de Demogüe. 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.

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 (b) 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, accesión natural, caso fortuito y fuerza mayor.

En cuanto a los hechos causados por la voluntad del hombre (a), cabe subdistinguirlos a su vez (c) según que el efecto del hecho sea querido, de tal modo que esta circunstancia sea determinativa, o según (d) que sea indiferente el que el efecto sea o no querido por la voluntad del que resulta sujeto a una relación jurídica.

Y esta última clase (d) de hechos pueden ser (e) lícitos o (f) ilícitos.

La última subclase (f) está constituida por los delitos y cuasi delitos, por los actos ilícitos. La primera subclase (e) comprende actos como por ejemplo el hallazgo y la invención, la ocupación, la especificación, la constitución y abandono de domicilio, la edificación y plantación, la gestión de negocios, la posesión bajo ciertas condiciones, y creemos que también debe comprenderse

aquí el enriquecimiento sin causa, pues éste, siendo un hecho causado por la voluntad humana, no acarrea un efecto que sea querido por el agente (por lo que no puede reputarse como un acto jurídico, que tiene esta última característica).

En todos estos casos, la subclase (e) de la clasificación antes dada, el hecho es lícito, pero como el efecto no es querido por el autor de él, se distinguen así por esto último de los casos que comprenden los actos jurídicos, que caen dentro de la clase (c) de nuestra clasificación.

En cuanto a los hechos voluntarios cuyo efecto es querido por el agente (c), trátase entonces de lo que se denomina acto jurídico. Este es pues un hecho voluntario, cuyo efecto es querido por el agente.

Efecto querido por el agente; pero capaz de devenir eficaz sólo en virtud de lo dispuesto en la norma del 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 al acto jurídico. Y el carácter propio del mismo es su licitud. El acto jurídico puede estar constituido 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, matrimonios, 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 arts. 928 y 959 del Código alemán).

En los actos jurídicos hay una adquisición, transferencia, modificación o extinción de derechos. Pero también pueden com-

portar sólo la conservación de un derecho, por ejemplo, los actos de procedimiento, la constitución en mora.

Es propio de todo acto jurídico que se produzca una manifestación consciente de la voluntad del agente. Por esta circunstancia también se distingue el acto jurídico de otros hechos jurídicos, lícitos y causados por la voluntad del hombre, que son los comprendidos dentro de la clase (e) de la clasificación antes dada, en todos los cuales no hay esa manifestación consciente de la voluntad del agente. (Este criterio de distinción, por lo demás es en cierto modo dependiente del antes expresado, relativo a si es necesario que el efecto sea querido por el agente o si esto último es indiferente).

Bonniecasse, que se ocupa con detención de esta materia relativa al acto y al hecho jurídico, dá las nociones que en seguida repetimos sobre el particular, y que reputamos de interés conocer por la circunstancia aludida, de la detención 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, sea comportamiento 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 voluntarios 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, transmitirlos 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 proceder, 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". Mas, declaración de voluntad por sí sola no basta para identificar el 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 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).

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 una otra clase distinta de hechos jurídicos, cuales son los actos ilícitos.

El fin del acto jurídico es crear, modificar, trasferir, 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 transmitirlo 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).

De acuerdo al artículo 1075, en que están ínsitos como notas del acto jurídico su voluntariedad y licitud, concluimos que las excepciones consideradas por Crome y por Coviello son pertinentes en relación al concepto que el artículo formula acerca del acto jurídico.

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, accesorios, de familia e inherentes a la personalidad. Tanto, pues,

el hecho jurídico en sentido restricto, como el acto jurídico tienen tal interferencia general.

Hechos jurídicos determinan situaciones y efectos jurídicos en los derechos creditorios; así, la presuposición extintiva de obligaciones, la pérdida de la prestación debida por caso fortuito o fuerza mayor, las obligaciones provenientes de enriquecimiento sin causa o de gestión de negocios, de actos ilícitos. Igualmente en los derechos reales; tales 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.

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 por último, hasta en los derechos inherentes a la personalidad, pues puede haber convenciones, eficaces ante el criterio legal, que respectan a la persona física.

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 Andre Jack, debemos observar en primer lugar si a tales convenciones debe considerárseles o nó sujetas a prohibición, porque su objeto es uno que no está en el comercio de los hombres (Sin embargo un autor—Lacheze—ha 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”, *dominium 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 inadmisibles 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, derecho 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 nó de tales convenciones no puede considerarse, pues, en relación a si el objeto de ellas mismas está o nó 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 nó 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 (Rippert); es decir, conformándola al criterio con que la trata el artículo 1084 del Código.

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 atacan 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 necesario la subsistencia de aquél hasta el momento de la ejecución de la convención (o sea, que hasta entonces es revocable), pudiendo pensarse que está sujeto a una condición suspensiva potestativa. En tales convenciones debe intervenir el consentimiento de la persona a cuya vida, salud

o cuerpo aquellos conciernen, así no tenga capacidad legal; basando 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 someterlas a obligaciones pura-

mente 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”.

Hay diferentes clases de actos jurídicos.

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 necesario la conjunción de las declaraciones de voluntad de una pluralidad de sujetos. Lo segundo constituye el acto jurídico bilateral, el tipo del contrato; lo primero el acto jurídico unilateral, como son el testamento, la promesa pública, el título al portador (declaraciones de voluntad unilateral), la ocupación, la derelicción.

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). 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 una forma especial.

En el derecho romano existía los *stricti iuris negotia* y los *bonae 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.

Los actos pueden ser considerados como nominados o innominados. Los tipos de contratación previstos por la ley nunca pueden abarcar totalmente las variadísimas formas que pueden 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 estatuido por las par-

tes, y subsidiariamente al régimen de la convención nominada, a la cual más se asemejen.

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. El Código hace referencia a los convenios de *do ut fascias* y de *fascio ut des* en su artículo 1569.

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.

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 *intuitu 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 mejor 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 u aleatorio, material o moral; un equivalente impreciso procedente de tercero, obtenido a base de entrega sin contraprestación co-

rrespondiente 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.

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*.

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, sobrevinidas posteriormente a su constitución (teoría del riesgo imprevisto), sólo se considera funcional con respecto a negocios de ejecución sucesiva.

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 inmediata finalidad jurídica 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, del 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.

Según el campo de aplicación del acto jurídico, éste es calificable como de carácter obligacional o real. El primero concierne a una prestación de carácter personal de un sujeto a otro; el segundo tiene por objeto inmediato la constitución, trasmisión o extinción de un derecho a una cosa.

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.

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 determina las reglas de la capacidad civil; y en los artículos 1123, inciso 1.º y 1125, inciso 1.º, declara la nulidad, absoluta o relativa, por razón de incapacidad. Además, el artículo 1078 contiene un precepto respecto a la incapacidad.

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 de-

recho mismo. De aquí que en esto vá implícito que el objeto no puede consistir en nada que la ley prohíba. Como explica Coelho Ferreyra, "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.º, existir, o tener la posibilidad de existir, porque las cosas futuras pueden formar el objeto de una obligación; 2.º, ser determinado o determinable; 3.º ser posible (se refiere a la imposibilidad absoluta, pues la imposibilidad relativa se resuelve en daños y perjuicios); 4.º 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.º, o aquél que la ley declarase nulo, en el inciso 4.º, del mismo.

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 artículo 1122 se ocupa en especial de la forma de los actos jurídicos, y el artículo 1123, inciso 3.º, declara la nulidad del acto por no revestir la forma prescrita por la ley. Remitimos al lector a los comentarios pertinentes a dichas disposiciones.

El Código no considera la causa como requisito del acto. El anterior Código (artículo 1235, 1253) sí exigía la existencia de causa y que ella no fuera falsa o ilícita. 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 contratante. Tal construcción de la causa ha sido tachada de falsa e inútil (Planiol).

Es falsa. 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 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 nó, 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 psicológico, 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 extra-patrimonial; por ejemplo: matrimonio, reconocimiento de hijos.

Tratándose de los patrimoniales, o más precisamente de los actos que signifiquen una traslación patrimonial de individuo a individuo, 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 psicológico, 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 nó.

En relación a actos onerosos debe funcionar la causa, en cuanto a explicar el porqué de la obligación, desde que aquella 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 yá, 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, en que ésta se efectúe 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 ello, 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, psicológico), 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, más sí a los onerosos. Pero aún en estos, 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 *condictions*, 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, aún 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 gratuitos para caer en los onerosos. Además, fácilmente se cae dentro de la figura del acto *sub condicione*, siendo ésta ilícita, en cuyo caso el acto no tiene valor (artículo 1104), y aún más fácilmente dentro de la figura del cargo ilícito, en cuyo caso también el acto es nulo (artículo 1119), sin que sea preciso recurrir en los casos indicados, al expediente de la causa.

Resulta que ni causalistas ni anti causalistas tienen plenamente la razón. La crítica a la causa es fundada en cuanto se quisiera sostener que en todo acto jurídico precisa de aquel requisito. Se ve que ella no tiene sentido en actos que no importan modificaciones en la situación patrimonial de las partes. Aún en los que conllevan tales modificaciones, no es de necesidad que la causa entre en consideración como requisito para la formación del acto, pues se acepta que hay actos abstractos. Pero entonces puede juzgarse que tales casos de actos abstractos, además de que son de excepción (para facilidad del tráfico jurídico, principalmente) 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 transitoriamente, 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 atendida por la ley, es decir, si ha existido una justificación, una causa en tal sentido, para tal cambio. Por eso, aún 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.

La crítica es infundada cuando vé 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 nó, como es en los actos gratuitos; pero ello no importa).

Los anticausalistas han visto en la causa, además, una elaboración inútil. Sin ella se puede llegar a los mismos resultados. En parte, pero no en todo, ello es cierto. Tratándose de la causa ausente, falsa o simulada, ella no puede presentarse en los actos gratuitos, es decir, que sólo es de interés en relación a los actos onerosos y en éstos pueden funcionar otros remedios que invaliden el acto de que se trata, o sus resultados. Tratándose de

la causa ilícita, el interés de la causa sólo está en referencia a los actos onerosos.

Es, pues, propiamente así, por las anteriores consideraciones y con las susodichas limitaciones, que es defendible el principio de la causa.

El artículo 1075 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 jurídico. Por eso tratándose de la simulación absoluta no hay acto jurídico. (De la simulación se ocupa el artículo 1094 y siguientes). 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 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 aquel 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 invocarse derecho a un “interés negativo”. Quien invoque la nulidad deberá probar tanto que existió la reserva, cuanto que ésta fue conocida por el destinatario de la declaración.

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, etc., no acarrear consecuencia alguna, salvo eventualmente la reparación de los llamados intereses negativos, si el tercero no tenía porqué estimar como falta de seriedad la declaración producida (artículo 122 del Código alemán). Es un caso de aplicación de *culpa in contrahendo*.

El artículo 118 del Código alemán se refiere a las declaraciones en broma. El Proyecto checo-eslovaco (artículo 796) habla de voluntad seria, como requisito de validez de la declaración. El Código polaco (artículo 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”. Y el Código ruso (artículo 34), dice: “es nulo el acto jurídico

que de acuerdo entre las partes no ha tenido lugar sino en apariencia y sin la intención de engendrar consecuencias jurídicas”.

Artículo 1076. — 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, tit. 7, gr. 38; Código argentino, artículos 913 y siguientes; austriaco, artículo 863; suizo, artículo 1; mejicano, artículo 1803; brasileño, artículo 1079; polaco, artículo 29; ruso, artículos 27 y 28; turco, artículo 1º.

Ningún acto puede tener el carácter de voluntario sin un hecho exterior en que la voluntad se manifieste. 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 conduc-

ta 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 la gente 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 de las gentes 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”.

La primera distinción que debe hacerse, conforme al art. 1076, 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.

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 aquella (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.

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.

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 aquellos deben ser, como dicen los autores *facta concludencia*. 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 meramente tácita. (Así por ejemplo, la no prórroga tácita del contrato de sociedad). La razón de es-

te "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 dá a los negocios jurídicos (Demogue). La protesta o reservas 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 sólo 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 de todo punto 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 aquellas 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 inadmisibles: *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, aún cuando proteste contra la interpretación de su voluntad. Y es que en verdad, pensamos no-

sotros, 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 expresión 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).

La expresión de voluntad puede resultar también de presunción de la ley en los casos en que expresamente 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, aquella 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 tácita. Según la regla una manifestación de voluntad expresa, es decir, una protesta puede sólo destruir la ficción. Reconócese esto 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 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 dá 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.....”.

Art. 1077.—“El silencio opuesto a actos, o a una interrogación, no se considerará como una manifestación de voluntad conforme al acto o a la interrogación sino en los casos en que exista obligación de explicarse”.

Referencias: Digesto, ley 142, “De reg. juris”; Código argentino, artículo 919.

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 puede reputarse como manifestación de voluntad de obligarse, lo que también ha sido aceptado por Perozzi. 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). 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.

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), 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 concurren 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 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 forzar-me 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 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 un 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 dá 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 dá 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 vé 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 que *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.

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.

Art. 1078.—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; italiano, 107; alemán, 109; español, 1302; portugués, 99, 695 y 700; mejicano, artículo 1799.

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 art. no se aplica, por lo mismo, únicamente al caso de incapacidad como causa de nulidad relativa (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 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. 2), sancionando que la primera importa nulidad *ipso jure* (Art. 1124) y la segunda nulidad que sólo puede ser demandada por las personas "en cuyo beneficio la ha establecido la ley" (Art. 1126). Existente el art. 1126, es inútil el art. 1078.

El art. 1078 ha sido tomado del 83 del Código del Brasil. Por los defectos textuales que presenta éste último, la doctrina ha debido ser solícita para disiparlos. Spencer Vampré expresa que dicho artículo, estrictamente entendido, debería comprender también la incapacidad absoluta; pero que sólo puede aplicarse a la relativa. Spinola 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 Spinola contra Bevilaqua, es infundado.

La regla del art. 1078 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 aprovechan exclusivamente a los que las alegaran, 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) 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; lo que es inadmisibile.

Por lo demás, la expresión empleada en el art. 1078: "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 art. 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 o 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".

Demás 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

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". No se explica el porqué de esta supresión. La disposición es imprescindible. En otros Códigos y Proyectos se hallan disposiciones expresas sobre el particular.

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 literal, sobre ésta prevalecerá aquélla, porque como observa Titze, en este caso no hay lugar propiamente a interpretación, desde que hay conformidad *inter partes*, pues aquella sólo obra cuando hay discusión sobre el sentido de la declaración.

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 comprender el sentido de su declaración de este u otro modo, es decir, 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 aquella, 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.

Por lo demás, las anteriores consideraciones sobre la interpretación, no debe 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 autonomía de la voluntad. Esta, reflejo de concepciones individualistas, está supeditada por 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 (Cosak); y presentar en la práctica inconvenientes insuperables—dada la dificultad de probar el hecho psicológico 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 Cosak, 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 declara-

do—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 aquellos. 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 tenido 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 aquella 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 le 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 exis-

ten 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 que 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 fé y de la lealtad de comercio, y siempre, es obvio advertirlo, que se pueda demostrar que hubo tal conocimiento), el juez “no tiene para que investigar si existe o no una voluntad interna de las partes, no exteriorizada, ni lo que cada una de ellas pensase para si 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 aquellos 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 hubie-

ran 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 substituyen 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 tomará 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 del 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, constituida 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 cual 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 pignora-

ción 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 adquieran 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 en general, ha de tenerse en cuenta que los mismos deben interpretarse conforme a los principios de la equidad y la buena fé (art. 1328). 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 de nuestro Código.

La materia de la interpretación de las declaraciones de vo-

luntad 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 estos 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 aún 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 artículo 1192, 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 cual fue 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)

TITULO II

DE LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD

(Arts. 1079 a 1093) *

Art. 1079.—Es anulable el acto jurídico cuando la declaración de voluntad emane de error sustancial.

Art. 1080.—Considérase error sustancial el que se refiere a la naturaleza del acto, o al objeto principal de la declaración, o a alguna de sus cualidades esenciales.

Referencias: Digesto lib. 5.º tit. 17. fs. 116 n.º 2; Cod. lib. 1, tit. 18, fs. 8 y 9. Partidas, lib. V. tit. 5, leyes 20 y 21; lib. IV, tit. 2, ley 10; arts. 1109 y s. del C. francés; 1108 y s. del italiano; 1265 y s. del español; 958 y s. del argentino; 1269 y s. del uruguayo; 1453 y s. del chileno; 1183 y s. del venezolano; 700 y s. del boliviano; 656 y s. del portugués; 1358 del holandés; 871 del austriaco; 95 del japonés; 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.

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 conjun-

(*) 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.

tamente 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.

El art. 1079 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 nó. 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 artículo 1109 del Código italiano declara, por ejemplo, que “se disculpa el error de derecho cuando es la causa única y principal del acto”. Bosari, 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 sino 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 artículo 1109 del *Codice Civile* antes citado, como que éste era la fuente de aquél. Excusan expresamente el error de derecho el Código de Venezuela: artículo 1184 y el Proyecto de Código de obligaciones y contratos para Italia y Francia (art. 16). La jurisprudencia ingle-

sa 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 si 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".

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 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:

1). 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).

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

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

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

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

6). 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. (Dreux).

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

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

9). 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).

10). No es disculpable el desconocimiento de una disposición de orden público, no porque se le repunte 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, Larombiere, Demogue, Ricci).

11). Conforme a la opinión de Bresolles, el error de dere-

cho no es aceptable para sustraerse a una obligación o a una pena y lo es cuando se invoca un derecho ignorado.

12). 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).

13). 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 et Duvergier, Celice).

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

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

16). 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 et Barde).

17). La excusa es inadmisibles cuando se refiere a una norma de orden público. Parece pues que no debe exagerarse la severidad de *ignorantia excusateur 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 posibilidad 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 a norma de orden público (4.º fasc. p. 256; 5.º fasc. 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, al tratar del pago indebido, permite la repetición, trátase de error de derecho o 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 Potheir 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 supe-
ditada 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 enumeración 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, al error *in corpore* y al error *in negatio*, se afilia también al nuevo sistema.

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 se invoca su error entendía hacer un contrato distinto de aquél que ha declarado consentir. (C. 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.

El error *in ipso corpore rei* sobreviene cuando el declarante "ha tenido en mira otra cosa distinta que aquélla 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 distinguirse 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; tit. I; No. 1; párr. 4.º); en el segundo, se impone la regla de *si descem tibi locem fundum, tu autem existimis quinq; te conducere, nihil agitur. Sed et si ego minoris me locare censerō tu pluris te, conducere, utique non 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). Scheineder 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", permite considerarse 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*.

El tercer caso que contempla el Art. 1080 es el concerniente a "algunas de sus cualidades esenciales". Estas han de referirse no a la declaración misma, pues entonces la regla no **tendría sentido**, sino al objeto que comprende aquélla.

En este caso, tratase del llamado *error in substantia*, cuya

determinación ha preocupado hondamente a los civilistas. El Digesto estableció que: *in ceteris antem nulla, esse venditionem puto, quotiens in materia erratur* (Ulpiano; lib. 18; tít. 1; No. 9; párrafo 2).

Las Partidas se ocuparon del punto (V; tít. 5.º; 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 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 et 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 et Rau, Touiller, 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".

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

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

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 otras personas 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. 2º (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 fé 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 a 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 cuándo 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 indesición 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 (Beseber). 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, tit 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, tit 1 No. 45). El pasaje tomado de los comentarios al Edicto de Paulo (D. lib 19, tit 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 austriaco (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 afecte 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 checoslovaco (art. 798) regla el problema en forma análoga al artículo 871 del Código de Austria.

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".

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 cuando hay error *in substantia*.

Art. 1081.—"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, tit. 1; párr. 32; lib. XVIII, tit. 5; párr. 9; arts. 1110, apart. 2.º del C. francés; 1110, apart. 2.º del C. italiano; 1226, apart. 2.º del español; 657, inc. 3.º del portugués; 959, del argentino; 1455, del chileno; 24, inc. 2.º del suizo; 88 del brasileño; alemán, art. 119, 2.º apartado.

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 (Art. 1119; apart. 2.º).

El error sobre la persona puede presentarse bien sobre su identidad misma, bien sobre sus cualidades. En uno y otro caso, se anula el acto si se hizo *intuitus personae*. Este último carácter es el necesario para que el error sea sustancial, o sea, la norma esté concebida restrictivamente. Se reputa que la declaración se hace *intuitus personae*, tratándose de los actos gratuitos (pues es obvio que se realizan en atención a persona determinada); 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 *intuitus personae*, que los actos a título oneroso, pierde mucho de su interés. La consideración de la persona está incluida, 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 *intuitus personae*. Esta cuestión es por excelencia, una de hecho".

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 cuándo él sea legalmente atendible, la misma disputa entre los dos criterios renace. Ha habido el prejuicio de sostener *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 compra venta 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 compra venta carecía de significación, puede tenerla y 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.

Art. 1082.—“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”.

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, el error de cuenta en el 1083, y el recayente en los motivos en el 1084 (indicando el supuesto de excepción, que puede hacer impugnabile 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 et Rippert,—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 inadmisibles 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 incorpóreas, 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 a aquéllas 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, 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 1) 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?..... ¿Como 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”.

Art. 1083.—“El error de cuenta sólo dará lugar a su corrección”.

Referencias: Digesto, lib. IV, tit. 17, ley 92; Código portugués, 665, apartado 3; uruguayo, art. 1270, apartado 2; mejicano, 1813.

Esta regla ha sido unánimemente admitida, ya que tal error tiene carácter accidental, de suerte que no ha influido en la decisión del declarante. Ya había sido formulada en el Digesto (lib. IV, tit. XVIII, ley 92) y está sancionada expresamente en el Código portugués (art. 665, aprt. 30), uruguayo (art. 1270, aprt. 2.º). Propiamente no corresponde 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 lo contemplase en el Proyecto brasileño, se optó por suprimirlo. Los Códigos alemán y suizo no lo mencionan, ni tampoco el Proyecto franco italiano.

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 la admite (art. 1439 y siguientes).

Art. 1084.—La falsa causa solo 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.º; Digesto, leyes 1 y 65, párrafo 2.º del título 6 del libro XII; Código brasileño, artículo 90; argentino, artículo 960; austriaco, artículo 901; portugués, artículo 660. También se vincula a los artículos 119 y 821 del Código alemán.

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 1078, no aparece en el Código. Este no estima, pues, a la causa a que se refiere el artículo 1084, 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 aliquo 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 influido 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 el artículo 1084 la causa significa el móvil decisivo de la voluntad de obligarse. Sin embargo, es regla inconcusa que el error en los motivos no se toma 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 conocido 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, sino también cuando puede inducirse tal conocimiento 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, el cual admite la expresión tácita de la voluntad. En consecuencia, la disposición contenida en el artículo 1084 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.

Art. 1085.—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, tit. 3, fr. 2, N.º 7, fr. 36; Código francés, artículo 1116 y 1117; italiano, artículo 1115; español, 1269 y 1270; ortugués, 663; japonés, 96; holandés, 1634; argentino 932, inc. 4.º; chileno, 1468; uruguayo, 1275; boliviano, 707; venezolano, 1190; alemán, 123; suizo, 28; brasileño, 97; turco, 28; chino, 92; ruso, 32; mejicano, 1812, 1815; peruano, 1238 y 1239; polaco, 39.

La distinción del dolo en bueno y malo—el primer disculpable y el segundo, nó,—está superada actualmente (Ferreyra

Coehlo), 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.

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 reprobable en sí, atentatorio de la buena fe, que impone reprobación, 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 Lecantinerie et 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: (art. 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 de 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. (Endeman). 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.

En todo caso, el dolo debe ser grave. "Los hechos constituti-

vos 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. (Pacific-Mazzoni).

El Código acierta al dar 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 al respecto se tratará en el capítulo relativo a la nulidad de los actos jurídicos. (Art. 1123 y sigts.)

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

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

Conforme al Art. 1085 no se puede amparar a una parte por dolo, si a su vez, la otra está incurso en igual responsabilidad. Sería violar el principio de la buena fé, sobre el 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, porqué 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 habla de dolo recíproco “cuando se trata de actos bilaterales”. Los Códigos español (Art. 1270), argentino (Art. 966, inc. 4.º) 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 aun no han tenido lugar. En el primer caso, ninguno de los contrayentes puede exigir del otro la ejecución de las obligaciones que le respectan. En el caso segundo, ninguno puede exigir la rescisión de los efectos producidos o el resarcimiento (Ferrini).

Art. 1086.—El dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios.

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

El Código mantiene, pues, la distinción del dolo en *casum dans e incidens*. Se ha atribuido su procedencia al derecho romano y se constata en las Partidas (V. tit. V, ley 57), habiendo sido acogida por algunos 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 (Endenman), lo mismo que el suizo. Pero el Código del Brasil (Endenman), 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" (Viforenu).

La diferencia entre dolo causante e incidental estriba, como se ha visto, en que el primero determina la declaración y el segundo nó, hociendo 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 nó, y sólo dá lugar a reparación. Pero el dolo causante puede acarrear también 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).

Art. 1087.—"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.

Para los romanos el dolo era únicamente causa de nulidad cuando proceda 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 estatuido para la violencia (Digesto, N° 2; párrafo 1; lib. XLIV; tit. 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, Larombiere, Laurent, Huc, se revelaron contra el sistema tradicional. El Código argentino hizo del dolo de tercero. causa de nuli-

dad del acto. Ninguna de las razones alegadas para dispensarlo (a diferencia de lo que ocurre con la violencia) puede considerarse decisiva (Crome, Coviello, Zittelmann). 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 revelarse del todo contra el sistema clásico; pero tampoco lo mantuvo en todo su rigor, y establece que hay nulidad no sólo si la parte conocía el dolo de tercero, sino también si debía conocerlo. Saleilles, explicando el progreso que esta última forma 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. Plank 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 de 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 (Russel).

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 elegada 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 nó afectar una declaración, sólo interesa respecto a una declaración recepti-

cia. 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 Pacific, 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 aquél 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 ejercido 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, tit 3, n° 15), el moderno la acepta completamente (Bedarride).

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 aquel, aplicándose las reglas generales del dolo, sea *dans causam contractiu* 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, sobrentendiéndolas.

Art. 1088.—“La omisión dolosa produce los mismos efectos que la acción dolosa”.

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

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, 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 practiquées*. 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 Código Italiano, ha divergido un tanto de la de los autores franceses. Para Lomonaco y 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 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. Plank manifiesta que la reticencia se reputará dolosa cuando la lealtad y buena fé en el comercio jurídico exijan explicarse. Saleilles indica que en tal caso 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 Cosak 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, “probiéndose 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 po-

sitivo? ¿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); no obstante, el Art. 1088 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) 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.

Art. 1089.—Será ineficaz el consentimiento prestado por violencia o intimidación.

Art. 1090. — 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 descendientes. Tratándose de otras personas, corresponderá al Juez decidir sobre la nulidad, según las circunstancias.

Referencias: Derecho romano, D; lib. IV, tit. 2 y 6,—Const., lib. 2.º, tit. 19; tit. 4, N.º 13, lib. IV, tit. 44 (N.º 1 y 8) y las partidas (V; tit. 2 ley 15; tit. 5 ley 56; tit. 14, ley 49; VII, tit. 16, ley 4; tit. 33, ley 7). Las normas los arts. 1111 y 1113 del Código francés; 1111 y 1113 del Italiano; 1267 del español; 908 y s. del montenegrino; 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; 1187 y 1188 del venezolano; y 123 del alemán; 29 y 30 del suizo; 98 y s. del brasileño; 1241 y 1242 del peruano; 29 y 30 del turco; 32 del ruso; mejicano 1812, 1818, 1819; chino, 92 japonés, 96, polaco, 41.

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).

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. Así 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), 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).

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. Scavola: "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 im-

pide hacer lo que quiere: verdadera fuerza mayor, que no se le puede contrarrestar”.

Para que exista intimidación se requiere, según el artículo 1090, 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 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 el temor. Ese mal, 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 puede 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). Puede también consistir la amenaza en la prolongación de un mal ya existente.

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). 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 quien 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 éste 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 al mal como carácter integrante de éste, para que constituya amenaza. En cada caso concreto se apreciará si el mal fué reputado o nó grave por el declarante, y en consecuencia, si perturbando o nó 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 nó 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 temiesse 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.º,—a la violencia capaz de impresionar a una persona *raisonable*, 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. Larombiere 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 esencialmen-

te es considerar la condición personal del coactado. Según Baudry Lecantinerie et Barde, entre el aparte 1.º del Art. 1111 del *Code civil*, y el aparte 2.º 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 Potier. 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 ésta relación es presupuesta *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 influenciado 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 aún cuando se trate de amenaza con un mal

insignificante o difícilmente realizable. Naturalmente por tratarse de un proceso anterior, 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), y ella ha de salvarse en el sentido antes enunciado.

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 antijuridicidad del medio empleado como intimidatorio (Warneyer).

Referente a aquello en que el mal ha de recaer, el artículo 1090 establece: 1.º, la persona o bienes del declarante; 2.º, la persona o bienes de su cónyuge, ascendientes o descendientes; 3.º, 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 dirigidos contra el tercero. 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 Viforenau—, 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 Viforenau: “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”.

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, cuan-

do 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 (Thur, 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 (Artículo 1123 y siguientes), sobre nulidad de los actos jurídicos.

Art. 1091.—“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.º; italiano, art. 1112; español, art. 1267, aparte 3.º; holandés, 1360, aparte 2.º; argentino, 938; uruguayo, 1273; venezolano, 704; chileno, 1456; brasileño, 99; boliviano, 938.

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, p. e., 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, (artículo 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, tit. 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”.

Art. 1092.—“La amenaza del ejercicio regular de un derecho y el simple temor reverencial no anularán el acto”.

Referencias: Digesto, lib. IV, tit. 2, N.º 3, párrafo 1; lib. 23, tit. 2, fr. 22; lib. 4, tit. 2, fr. 8 párrafo 3; Código francés, art. 1114; italiano, 1114; español, 1267 parte 4.º; argentino, 939 y 940; boliviano, 705; chileno, 1456, segunda parte; uruguayo, 1237, segunda parte; venezolano, 1189; brasileño, 100; alemán, 123; peruano, 1243; mejicano, 1820.

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, neminen 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 et Barde).

La amenaza puede ser injusta en cuanto a su fin—obtención de algo a lo que no se 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 recourir, por exemple l’exercice regulier d’une action en justice, ne peut, en principie, entreiner la nullité des conventions faites sous son influence” (Baudry Lacantinerie et 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 artículo 1092.

Empero la cuestión no es tan simple de decidir, como podría suponerse a primera vista. Ciertamente, el ejercicio abusivo de un derecho, reprochable en sí, debiera merecer una

sanción como la de anular la declaración obtenida por ese medio, así respecto 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 impugnar 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.

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 violen-

cia 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 esta—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 de 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*” (Jenk and Stephen).

Art. 1093.—“La violencia o intimidación anulará el acto aunque se hubiesen empleado por un tercero que no intervenga en él”.

Referencias: Digesto, lib. 4, tit. 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, 1186; argentino, 941 a 943; brasileño, 101; peruano, 1241; turca, 29, segunda parte; peruano, 1241, IN FINE.

En Roma ya se había estatuido 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 austriaco. Siendo indiferente que la amenaza proceda de un con-

trayente o de tercero, tampoco es de necesidad que el mal en que consista aquella provenga del intimidador (Planck). El Código nada dispone en relación a si la parte a quien aprovecha la violencia o intimidación conoció o nó de ésta, y en consecuencia si tiene o nó 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 de 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, tit. 3. Nos. 6, 95).

Basta que el error sea unilateral, tratándose de cualesquiera de los participantes en la declaración. A este respecto, la doctrina yo no tiene vacilaciones, salvo el criterio rectificatorio sobre el error *in substantic*, que se indicó con referencia al artículo 1080.

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 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 transmisión 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); recogida por el Proyecto argentino y el checo-eslovaco, que cuenta con el favor de la doctrina moderna (Saleilles, Planck, Endemann, Bevilacqua, Spencer Vampre, Ferreyra Coelho), ha sido intencio-

nalmente 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 transmisión. 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 transmisión 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 deba 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 un caso de culpa *in iligiendo*, pues ésta funciona específicamente tratándose de los actos ilícitos; y no existen los mismos motivos para aplicarla extensivamente al caso de error por transmisión inexacta en la declaración de voluntad.

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 vé 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, 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 sólo 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 (Schkaff). 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 es 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.

Acerca de la violencia conviene decir que ella, como el dolo, no se presupone. Deberá pues ser probada, naturalmente por aquél 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 et Rippert).

TITULO III

DE LA SIMULACION

(Arts. 1094 a 1097).

Art. 1094.—“La simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica, ni tiene un fin ilícito”.

Referencias: Derecho romano, Digesto, Lib. XLIV, tit. 7, n.º 3, párrafo 2, lib. XVIII, tit. 1, n.º 55; Código, lib. IV, tit. 22, n.º 1, 2, 3 y 5; lib. II, tit. 4, n.º 21; Digesto 1, lib. 2, tit. 4; párrafo 7; lib. 29, tit. 1, fr. 5, párrafo 5; fr. 7, párrafo 6; fr. 32; párrafos 24 y 25; Código argentino, artículos 955 y siguientes; alemán, 117; brasileño 112 y siguientes; portugués, 1030; ruso, 35; austriaco, 916; chino, 86; turco, 18; japonés, 94; mejicano, 2180-2181-2182; polaco, 34.

La ley se preocupa de la simulación, por cuanto la declaración que adolece de ella no responde a una voluntad seria. Las notas lógicas según Ferrara para que exista simulación son: 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 descende de las notas lógicas antes indicadas. Heilfron dice concisamente que existe simulación, “cuando una declaración receptiva de voluntad es emitida, 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 este 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 sólo 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, difundida 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".

La simulación puede ser absoluta o relativa. Es absoluta cuando el acto celebrado no contiene tras si ninguna declaración realmente querida; es relativa cuando tras un acto falso se es-

conde una declaración distinta, realmente querida. Hagamos, primero, algunas breves reflexiones sobre la 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 aquí que aún el hecho mediante una formalidad *ab solennitaten*, 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, o 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), aún cuando el negocio basado en tal declaración de voluntad esté fijado notarialmente o judicialmente".

Pero en ciertos actos 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. Trátándose 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 un temporizante, Oertman.

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.

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.

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 alguna 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 es 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".

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 transmisión 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 solo 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". (Staundinger).

En cuanto al acto aparente, falta en éste el propósito de engañar, que es esencial en la simulación. Aquel 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 *imaginaria venditio*; en el *testamentum 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 un 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 mortuum* 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^o con perfecto conocimiento de causa, como en la *in iure cessio* romana. El acto aparente no persigue sino una finalidad puramente técnica, el 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 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 no borra la distinción entre las costumbres y el 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 histórica. Correspondieron a una necesidad análoga a la que engendrarse 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*, que más tarde por el uso y por el reconocimiento tácito de la jurisprudencia, se transformaron en categoría 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 nó, según esté 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 emitida como una mera ficción". Y Planiol et Rippert 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 dá 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 prohíba algo, sea análogamente aplicable a los actos destinados a defraudarla, excediendo el sentido que resulta de una estricta 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). Respecto del *agere in fraudem legis*, no cabría sino recurrir al artículo 1123, inciso 4, que fulmina con nulidad absoluta el acto hecho “cuando la ley lo declara nulo”. Es, pues, algo parecido a o 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, de 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 ello 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 permi-

te 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 dá 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 psicológico 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 fé, 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 descende 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 conveni- ción; 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".

Ocupémonos ahora del tercer caso de simulación relativa: la interposición de persona. Es, singularmente, la doctrina francesa la que ha construido el sistema referente al *mandataire pretenom*, o sea al 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 testafierro, 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 (Guilloard) o sea, fundamentalmente, que el testafierro 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 testafarro. 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 Lacantonerie et 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 et Rau). El mandante podría oponerse a soportar las consecuencias del acto celebrado entre el presta-nombre y el tercero, si éste obró de mala fé (Dalloz). El tercero podría obrar contra el mandante, sólo en el caso que el acuerdo secreto entre el último y el testafarro encubra un fraude a la ley.

Así construída la figura, la interposición de persona, ¿qué vinculación tiene con respecto a la simulación?. En aquella hay dos actos distintos, aunque vinculados (por la intervención común del testafarro): 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 testafarro, como tal. Dice por eso Enneccerus: "el hombre de paja o testafarro 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 conforme al § 771 LPC, cf. supra § 139, nota 8. Por su carácter singular no es aplicable el § 392 ap. 2 C. com. Ahora bien, si el otro contratante está de acuerdo en que no es el testafarro 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”.

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

En lo que respecta al artículo 1094, 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 reprochable, porque no tiene fin ilícito ni perjudica a tercero, dicho acto real debe valer. Tratándose de la simulación absoluta, no se dá la anterior posibilidad, pues el acto absolutamente simulado no responde a determinación alguna de voluntad y en consecuencia no genera, no puede generar, efecto jurídico. Como dice Spínola: “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. “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 dá un carácter inmoral a la simulación, cae

dentro de la censura del derecho el acto que la simulación pretende ocultar”.

El artículo 1094, 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.º 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 artículo 1094, no es demás 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 porqué reunir los requisitos propios de aquel cuya apariencia adopta.

Art. 1095.—“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.

El artículo sólo interesa en relación a la simulación relativa, pues tratándose de la absoluta el acto es inexistente; no se dá, pues, posibilidad de acción a ejercer para su cumplimiento, pues él no produce efecto alguno. Sólo podría solicitarse que se pronunciara el que ninguna 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 *propiam 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 *turpitud* 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 opuesta 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 et 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. Biliboni, 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 oscura.

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 *turpido*, 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, 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.

Art. 1096.—“La acción de simulación es imprescriptible entre las partes; pero se aplicará a los herederos de ellas las reglas del artículo 874”.

El Código califica el acto con simulación como afectado de una nulidad relativa (artículo 1125, inciso 2.º. Ahora bien, la acción por nulidad relativa es siempre prescriptible. Por eso el Código brasileño (que consigna el inciso 22.º, del artículo 147, idéntico al inciso 2.º 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.º del artículo 1147, el de cuatro años.

Ni siquiera la acción de nulidad absoluta es, dentro de la economía del Código peruano, imprescriptible, pues el artículo 1169 señala que tal acción perece a los 30 años.

La regla del artículo 1096, ha sido tomada del dispositivo 1031 del Código portugués. No hay otro Código o Proyecto que la contenga. No hay tampoco 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 porqué en el primer

caso, la acción de nulidad ha de prescribir (a los 30 años según el artículo 1169), y en el segundo caso nó.

La opinión de Ferrara para prohiar 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, según el cual 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 vé porqué 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 adquirente 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, 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 fue

objeto del acto simulado, y cuando ha mantenido su posesión durante veinte años (art. 874).

¿Pero porqué todo esto? El legislador ha sentido escrúpulos frente a la imprescriptibilidad pronunciada y decidió por esto poner una cortapiza al principio formulado. Tratándose de terceros, existe lo que resulta del art. 1097. 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. ¿Porqué?. 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 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 transferendum 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), en favor del adquirente ni en favor del heredero del mismo, por un plazo menor del señalado en la última parte del artículo 871.

Con referencia al artículo 1125 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.º del artículo 1125; 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 et Rippert—no puede 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”.

“Art. 1097.—“Si la persona favorecida por la simulación ha transferido a otro sus derechos, la acción contra el tercero será admisible si la transmisión tuvo lugar a título gratuito. Si la transmisión se operó a título oneroso, la revocación sólo será posible si el subadquirente obró de mala fé”.

Lo referente al efecto de la acción por simulación frente a tercero puede estudiarse ampliamente en Ferrara, que concluye así el minucioso análisis que sobre el particular emprende: “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". Tal la irreprochable solución del artículo 1097. 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, es el sucesor a título particular del bien o derecho de que se trate.

CUESTIONES COMPLEMENTARIAS

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 sería 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 valeat 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 yace hoy

abandonado. Tratándose de terceros, singularmente, 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 ella 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 inducción. Inducciones que habrá de admitir el juez cuando sean graves, precisas y concordantes, decidiendo según el número (aunque una sola pueda ser decisiva) e importancia de las mismas, a su prudente arbitrio. Resultaría imposible determinar *apriori* las presunciones de simulación, porque su examen sólo puede realizarse con relación a un acto o contrato determinados y a un móvil también concreto; pues, por lo demás, las condiciones de hecho y los múltiples intereses de las partes llevan consigo una variación incesante de elementos presuntivos. Así, pues, la investigación debe quedar reservada más al criterio práctico y experimental del juez que al análisis del jurisconsulto”. (Ferrara.)

Se puede, empero, 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, que demuestran la inverosimilitud del mismo; falta de ejecución 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.

TITULO IV

DEL FRAUDE DE LOS ACTOS JURIDICOS

(Arts. 1098 a 1102)

Art. 1098.—“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.—“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, N.º 6; Digesto, libro XLII, tit., VIII, Nos. 1 y 10; libro XXII, tit., I, N.º 34, párrafo 4; libro XXXIV, tit., 1, N.º 67 párrafos 1 y 2; libro XLIV, tit., 3, N.º 96; Art. 1167 del Código Francés; Art. 1235 del Italiano; 1291, inc. 3.º del español; 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; 1299 y siguientes del venezolano, 1291 inc. 3.º y 1297-1298 del español; 1296 del uruguayo; 2163 a 2165 del mejicano; polaco, 288, 289.

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. Estas 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. (De Quadros).

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 (Planio). 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).

Se disputa acerca de si el acto que no comporta empobrecimiento, sino renuncia a enriquecerse, pueda ser o no impugnabile. 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 estar 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 a enriquecimiento es susceptible de revocación, si con aquella 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.

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 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 el 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 de 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. 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 requerido en absoluto. Salvata 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, aparte 1); sólo que la presunción es *iuris tantum*.

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.

El Código indica como condición de la revocación, el perjuicio del acreedor, es decir la insolvencia del deudor. Esta es nece-

saría tanto en el acto gratuito (Art. 1098), como en el oneroso (Art. 1099), con la sola diferencia de que en el último, el deudor ha de estar ya en insolvencia cuando lo practica, mientras que en el primero puede estarlo o basta que caiga en ella con la realización del acto. A lo menos así resulta de la indicación literal de los preceptos. Sin embargo, tal diferencia carece de razón de ser. Precisamente es más necesario el remedio pauliano cuando se trata de un acto que reduce al deudor a insolvencia; es decir, en el caso que el Art. 1099 niega su procedencia.

El Código no indica precisamente que el fraude entre como elemento característico de la acción pauliana. Tratándose de los actos gratuitos no es necesario, en efecto, su existencia, sea porque por razón natural ha de preferirse al acreedor que obra de *damno vitando* sobre el tercero que obra de *lucro captando*; sea porque se presume por la ley, fraude en el tercero. Mas, tratándose de acto oneroso el fraude es necesario, de parte del deudor y del tercero. De los términos implícitos de los Arts. 1098 y 1099 del Código se induce con respecto al requisito del fraude, que tratándose de actos gratuitos, él no es necesario; que tratándose de actos onerosos, precisa que exista, de parte del deudor y del tercero; induciéndose su existencia en cuanto al tercero, si la insolvencia del deudor fuere notoria o hubiere fundado motivo para ser conocida por el otro contratante. Se sigue en este punto la inspiración del Código brasileño.

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 él 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 et 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. ¿Por qué 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.

Art. 1100.—“Si la persona a favor de la cual el deudor hubiere otorgado un acto perjudicial a sus acreedores, ha trasferido 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 transmisión tuvo lugar a título oneroso, la revocación sólo será posible, si el subadquirente obró con mala fé”.

Referencias: Digesto: lib., 42, tit., 8, fr., 6, Ulpianus; lib. LXVI, No. 2; Paulus lib., LXII, fr., 1 y los Códigos italianos art. 1235; español 1298; argentino art. 970; suizo 290; brasileño art. 109; portugués, Art. 1037; mejicano 2167 a 2169; polaco, 290.

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 sólo menciona el primero, al hablar de un acto “perjudicial”, concordando con los términos generales de los Arts. 1098 y 1099, que sólo indican expresamente este requisito. En cuanto al fraude, se aplican los principios generales indicados con referencia a dichos artículos 1098 y 1099: concernientemente a acto gratuito, él no es necesario; concernientemente a acto oneroso precisa su existencia en el tercero, primer adquirente.

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, o sea que relativamente actos a título lucrativo basta el perjuicio del acreedor, y concernientemente a actos a título de beneficencia, ha de haber participación del cesionario en la ilicitud de la operación, o como dice el dispositivo, "mala fé".

Así, tratándose del subadquirente rige el mismo criterio que con respecto al primer adquirente: en caso de un acto gratuito, la transmisión al subadquirente es revocable, porque éste obra de *lucro captando* y el acreedor de *damno vitando*; en caso de uno oneroso, con mala fé del subadquirente, es revocable por aplicación de la regla *propiam turpitudinem allegans, non est audiendus*.

Sin embargo, si en tal virtud se fundamenta 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 censurado expresamente que: "el primer comprador no tiene sino un derecho sujeto a anulación, de modo que no puede transmitir 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 transmitir 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 aquél 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”.

Es incuestionable la agudeza de los argumentos de Laurent, estrictamente apreciada la cuestión: la acción pauliana debe valer contra el subadquirente a título oneroso, así esté exento de mala fe. Sólo que 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, consagrada por las legislaciones y casi toda la doctrina.

Art. 1101.—“Anulados los actos del deudor, las ventajas aprovecharán a todos los acreedores”

Art. 1102.—“Sólo los acreedores cuyos créditos sean de fecha anterior al acto impugnado, podrán ejercitar la acción revocatoria”.

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, por el cual la decisión judicial sólo podría 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 despojarse 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, excluido 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 jui-

cio de revocación. Esta 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. 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*. Nó. 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 éste 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 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; este 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.

El artículo 1102 del Código sólo exige, pues, para que la acción prospere, que emane de acreedor por crédito anterior al acto fraudatorio. Tal anterioridad ha de demostrarse por el de-

mandante de la acción. Pero hay que advertir que "el acto de enajenación aunque sea anterior al crédito, podrá aún 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 et 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 et 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 términos 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 ¿porqué crear para ellos una excepción?. Pero se dá 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, ¿porqué la acción revocatoria no es solamente una acción conservatoria?. ¿Porqué 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. No. 14, id.;—L. 14 No. 2, id. (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 recusa 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 de 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, ¿porqué la acción pauliana no es conservatoria, como lo era en el derecho romano?. Si hay alguna razón para decidirlo, está bien oculta. Nadie la vé. Por lo menos nadie la expone, y si no se 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 obstinaba 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 todos sus causahabientes. En tal concepto, se comprende su motivo. ¿Porqué, antes de saber si hay crédito firme, ha de permitírsele que discu-

ta los actos de su deudor?. Ya podrá después hacerlo: tendrá derecho efectivo”.

“Felizmente las ideas de Laurent no han prevalecido. No hay reipersecusión. Si se niega al acreedor, a término o condicional, la acción pauliana, ¿quién no vé 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 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. ¿Porqué 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?”.

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 impugnado, 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, abo-

liéndose 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 (Cuj), y el mismo carácter tiene para el derecho moderno (Planiol).

La acción Pauliana prescribe en el plazo de dos años (artículo 1168; inciso 3.º).

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.—Griole et Verge). 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 de 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 fraudatario; 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.

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—*el fraudator* y el que contrató con éste—; la de simulación puede ser invocada por las partes y sus herederos (Salvat).

TITULO V

DE LAS MODALIDADES DE LOS ACTOS JURIDICOS

(Arts. 1103 a 1121)

Art. 1103. — “Se puede poner cualesquiera condiciones que no sean contrarias a las leyes ni a la moral”.

Art. 1104.—“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, tit. 1, fr. 123; lib. 3, tit. 4 fr. 2; lib. 44, tit. 7, fr. 8, 17; 46, párrafo 2; lib. 45, tit 1, fr. 17 y 46, párrafo 2; lib. 44, tit, 7, fr. 31; lib. 44, tit. 7, fr. 1, párrafo 11 y fr. 31; lib. 45, tit. 1, fr. 137, párrafos 5 y 6; lib. 46, tit. 1, fr. 29; *Institutos* lib. 3, tit. 44, fr. 11, lib. 3, tit. 19, fr. 11, lib. 2, tit. 14, fr. 10.—*Código francés* artículos 1168, 1272, 1274, 1172, 900, 1174; *italiano*, 1157, 1160, 1262, 1165, 840, 1162; *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; *venezolano*, 1223, 1226, 1228, 903; *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.

“Todo negocio jurídico—escribe Jung—tiene determinadas propiedades que caracterizan su naturaleza (*essentialia negotii*), es decir, que sin ellas el negocio no existe; por ej.: 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 debe 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.

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 e Abello).

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.

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 si sólo 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.

El art. 1181 del C. 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 volun-

tad de las partes y no en la necesidad jurídica, pues *condiciones iuris sine tacit.* (Art. 117 del C. brasileño).

Así que los preceptos propios de la figura de la condición, no podrán reputarse como aplicables a las *condiciones iuris*, 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 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".

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 ver 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 a derecho de familia, algunos de orden sucesorio y algunos otros especiales). "Siempre que la ley directamente prohíba 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, aquel será nulo, salvo caso de nulidad parcial aplicable, de acuerdo con la aceptada tesis sobre este punto de Kipp.

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 con-

certarse el acto, la causa impulsiva que lo llevó a celebrarlo, no por esto ha de ser 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).

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).

La condición se distingue en suspensiva y resolutoria; 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 solución 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 aquella hasta el pago del precio, se entenderá, en la duda, que la transmisión 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).

También se distingue la condición en afirmativa o negativa, según que aquella se haga depender de la verificación o no del suceso respectivo. Esta distinción, más que todo, tiene un interés meramente teórico. En el art. 1105 se encontrará una previsión relativa a una condición de carácter negativo.

Puede ser la condición potestativa, causal 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.

Se puede hacer depender un negocio de un suceso de necesaria realización; es el caso de las condiciones necesarias. Pero entonces 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 resolutive).

Precisa determinar el efecto que sobre el acto jurídico tienen las condiciones ilícitas, las imposibles y las potestativas que dependen del promitente (art. 1103 y 1104).

Respecto a las condiciones ilícitas (*turpes*), el derecho romano sancionó que acarrearán 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 causal con referencia a las partes, puesto que, a tenor de los términos del artículo 1169 del Código Civil (francés), no 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 causal; 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 condiciones 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.

En cuanto a las condiciones potestativas dependientes del promitente, la nulidad del acto 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). No es inútil advertir, por lo demás que sólo la condición que depende de la voluntad del deudor hace ineficaz a la declaración de voluntad, o sea, que de la sanción queda excluída la condición potestativa dependiente de la voluntad del acreedor o de un tercero. También es útil recordar que sólo la condición absolutamente potestativa *a parte debitoris* cae dentro de la sanción antes referida, o sea que una condición mixta, dependiente en parte de la voluntad del obligado y en parte de circunstancias ajenas a él, es válida.

En el derecho moderno no ha sufrido alteración la sanción de nulidad impuesta por causa de las condiciones ilícitas y de las puramente potestativas *a parte debitoris*. El Código sanciona dicha nulidad respecto a las primeras (art. 1103), más 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 justifi-

ca; y por eso predomina actualmente el criterio que somete a la misma regla a unos y otros.

El Código (art. 1104 1a. parte), 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.º, 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 de la nulidad 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 imposi-

ble acusa una voluntad de que el efecto jurídico no se produzca nunca: la resolutoria 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 de 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 (art. III). 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, pág. 265 y siguientes, 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”.

Y ahora, una palabra sobre las condiciones necesarias. Estas son también, como las imposibles, condiciones impropias,

pues falta el elemento de incertidumbre. Los autores alemanes, que se han ocupado de ellas, juzgan que un acto 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 debe-se siempre examinar si la condición aparente no contiene más bien, un *dies a quo*; interpretación que por regla general corresponderá a la auténtica voluntad de las partes.

Si se trata de una condición resolutoria, se considera el negocio como inválido, pues aquella 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.

Art. 1105.—“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, tit. 1, 10; 27 N° 1; 115; arts. 1176, 1177 del Código francés; 1166 y 1167 del Código italiano; 1117 y 1118 del español; 539 a 541 del argentino; 1453 del guatemalteco; 1355 del mejicano; 1482 del chileno; 1539 del colombiano; 767 y 768 del boliviano; 1282 del peruano; mejicano, 1946, 1947.

El Código contiene un enunciado obvio.—Como lo expresa Demolombe, “la fijación del tiempo, forma en este caso uno de los elementos constitutivos y como una parte integrante del suceso mismo”.—Es evidente, por lo demás, que el plazo corre sin excepción de personas.

Si se cumple la condición, por lo demás, su efecto es irrevocable.

cable; pero si ella no se cumple no puede revivir por acontecimientos ulteriores (Aubry et 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 considere como realizada. 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 prohibida por el art. 541 del Código argentino.

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 de 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.

Art. 1106.—“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”.

Referencias: Digesto, lib. V; tit. 1; f. 41; lib. XXVI; tit. 4; f. 13; art. 1180 del Código de Francia; 1171 de Italia; 682 del de Portugal; 1121 de España; 1298 de Holanda; 129 de Japón; 152 de Suiza; 771 de Bolivia; 1121 de Cuba; 1338 de Méjico; 1423 de Uruguay; 1237 de Venezuela; 121 del Brasil; 152 de Suiza; 546 y 547 de Argentina; 150 de Turquía; 1942 de Méjico, 47 de Polonia.

El artículo 1106 del Código puede comprender tanto el caso de una condición suspensiva como resolutoria. No existe, en efecto, razón para solo 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 transmisión hereditaria; el derecho puede ser garantizado y dá 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 transmisión 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 transmisión 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.

En cuanto al segundo apartado del artículo 1106 del Código, 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 haya por error, pues esta es una de los requisitos para que proceda la *conditio indebiti*. La repetición comprende también los frutos de la cosa, en su caso.

Art. 1107.—“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, tit. 1; f. 33; lib. XLV, tit. 1, f. 58; f. 85 § 6; los arts. 534 y 535 del C. Argentino; 1465 del chileno; 1452 del Colombiano; 1175 del ecuatoriano.

“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.*).

Cornejo dice comentando la disposición 1107 de esta manera: “el artículo está tomado del 535 del Código 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 artículo 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 esta) sea divisible, vale decir, que conste de partes que pueda 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 condi-

ción significaría en este caso que sólo puede dársele 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 dá al artículo 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 refiera ya a la manera como ha de realizarse la condición, sino a la forma en que deba ejecutarse la prestación de aquella 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 impropio 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 par-

te 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 constituido 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 Dig. 35. I. L. 85 N.º 6. Dig. 45. I. Stolfi-V. I Parte 2da., pág. 737".

Art. 1108.—"No podrá pedirse el cumplimiento de una obligación contraída bajo condición suspensiva, hasta que ésta se realice".

Referencias: Institutas, lib. III; tit. 15; 4; leyes 10 y 16 del Digesto: De condiciti indebiti; art. 1181 y 1182 del c. 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, 1.ª parte del chileno; 1424 del uruguayo; alemán, 160; chino, 99; mejicano, 1939.

Conviene tratar el efecto de la condición suspensiva y el de la condición resolutive. El art. 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.

a) 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: la repetición de lo pagado antes de la verificación de la condición. El acreedor puede ejercer los derechos eventuales, en su carácter propio de acreedor *sub conditione*, conforme a lo que se indica en el artículo 1106 y al comentario respectivo que allí se incluye.

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 ar-

título IIIO. 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.

Tratándose de la donación resolutoria, 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 resolutoria 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 transmitir 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; al 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 artículo IIIO, donde trataremos el asunto.

c) Si la condición no se produce, el acto deviene puro, manteniéndose sus efectos de modo firme.

Art. 1109.—“La condición resolutoria expresa opera de pleno derecho”.

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 constituido por los arts. 1328 a 1344). El Código ha fraccionado la disposición primitiva del Anteproyecto—mante-

niendo 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 (trátase 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.

“Se llama comúnmente pacto comisorio (de la expresión romana *lex commisoria*) la cláusula por la cual las partes reglan ellas mismas, dentro de su contrato, la forma como se resolverá, en caso de inejecución, por una u otra, de sus obligaciones”. (Rivière.—Weis et Frennelet).

La condición resolutoria expresa obra de pleno derecho, es to 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 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 inexecutar la obligación, aunque pagando daños y perjuicios.

Art. 1110.—“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, tit. 4, f. 3, § 11; lib. XVIII, tit. 6, f. 3; lib. XLVI, tit. 3, f. 69, § 1; de lagatis; 1 (XXX); lib. XLV, tit. 1, f. 78; Pomponius f. 18; de reg ius L. 17) o resolutoria (Digesto XVIII, 2, f. 4, § 3; lib. VI, tit. 1, f. 41; lib. XXXIX, tit. 3, f. 46; lib. XX, tit. 6, f. 3).

La tesis de la retroacción hizo fortuna entre los códigos modernos. La sancionan el francés (art. 1179), el italiano (1170), el argentino (543-555), el español (1120), el boliviano (770), el guatemalteco (1754), el peruano (arts. 1283 y 1285).

Modernamente 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 (art. 151 y 154) y el alemán (art. 159). Así también dispone el turco (arts. 152 y 149, al 2.º) y el polaco (art. 46, al 2.º).

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 Larombiere y Marcadé, pues no se puede demostrar que el acto condicional dé, desde el principio, nacimiento a un derecho. (Planiol et 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 atribuye 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: I) la condición suspensiva, para después tratarla en relación al caso de II) la condición resolutive.

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.

I) 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.º), 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, 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 porqué 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 (según el propio código no obra retroactivamente: art. 1110). La razón determinante del art. 1175 es establecer ésto: que sólo a partir de la tradición se perfecciona el contrato, tratándose de cosa mueble y el riesgo se trasporta al acreedor de ella. Cuando se refiere el 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 ésto 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 aún 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.º), en nuestra legislación, por inferencia de lo previsto en el artículo 1176, que contempla el caso de la responsabilidad de un obligado a dar cosa cierta, por pérdida imputable a él aún cuando el artículo sólo se refiere a cosa mueble, es evidente que nada impide que él 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 éste 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 pues, a lo menos implícitamente dentro de nuestro Código (art. 1110), 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 este responsable por daños. (En idéntica forma: el Código mejicano art. 1948, inc. 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, que 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.º 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.) se detiene en el deterioro de la cosa con culpa del obligado. Nosotros tratamos empero del caso, al comentar los arts. 1175 a

1177, y 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.

II) Tratándose de las condiciones resolutorias, débese también distinguir cuatro supuestos, idénticos a los tratados con referencia a las condiciones 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 al 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 Durantón, 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 et Santerre, Aubry et 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, 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 al 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 intervalo entre la declaración y el verificarse de la condición. Ajustando el examen del problema a lo que dispone el art. 1110, 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 sometido 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 otros efectos de la condición cumplida, con referencia a sus afectos en el pasado.

El acreedor condicional puede disponer de su derecho, alienándolo, hipotecándolo, *pendente conditione*, consolidándose la transmisión 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 anteriores efectos 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. El 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 tenían 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. Luego, es claro que es al día en que la convención ha tenido lugar, que deben remontar, *ex post facto*, una vez cumplida la condición, los derechos y las obligaciones de los 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, § 1, De Reg. juris; Pothier n° 220). 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 nó. 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 Pothiers señala en su número 221: "Si la obligación condicional, decía, 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 las 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 el objeto de la obligación. (Supra, n° 357 bis). . . . Es este derecho,

prexistente 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 et 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 remontar 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 transmisión 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 obligacional, la extin-

ción de derechos reales constituídos por el propietario interín, el aumento en el valor de la cosa, la constitución de 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 convertirla 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 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 en-

tonces 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 dé 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 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. Babiloni es marcadamente enérgico sobre el particular. ¿Porqué 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 cir-

cunstancias. 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, 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).

Art. 1111.—“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, tit. 1; f. 81 § 1; lib. XLV, tit. 1, f. 85 § 7; lib. L, tit. 17, f. 39 y 161; arts 1178 del Código de Francia; 1169 de Italia; 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; 1235 de Venezuela; chino 101; ruso 43; polaco 48.

La primera parte del art. 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 interes condicionem non impleri, fiat quominis impleatur, haberi ac si impleta condicio fuisset.*

En cuanto a la segunda parte del artículo, complementa a la anterior en lo que respecta a la conducta del estipulante. Este 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.

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 proviniese de hecho extraño a ellos, de fuerza mayor o de la voluntad de un tercero, no obraría el art. IIII.

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 art. IIII no será pertinente tratándose de condiciones potestativas no prohibidas por el Código, pues entonces la realización del efecto jurídico *subconditione* depende sólo de la voluntad del estipulante.

No se puede en general estimar que funcione lo mandado del art. 1111 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 fé (*z wider Treu und Glauben*), pues él ejercita su derecho".

De otro lado como advierte Laurent, con referencia al art. 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 éste 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 Larombiere, 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 lo ordenado en el número 1107.

La determinación de cuando es aplicable lo previsto en el art. 1111 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 trascurso 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 po-

testativas, siempre que ellas en general sean eficaces". (Staudinger). En la misma forma se expresa Denburg.

No habrá presunción sobre el cumplimiento o incumplimiento de mala fe de la obligación; es esta 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 concebida 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: *malitiis non est indulgendum*.

Llevando más allá el deber de mutua lealtad *inter partis*, Kohler considera que una de éstas, si tiene conocimiento de la realización del hecho puesto como condición, debe avisar a la otra parte, si aquella sabe que la última desconoce esa circunstancia y tendría interés en conocerla.

Art. 1112.—“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; tit. 6, fr. 10 y 17; lib. XLV tit. 1, N.º 46; Institutas, lib. III, tit. 15; f. 2; Digesto lib. XLV tit. 1, fr. 38, N.º 16; fr. 41 N.º 1; fr. 46; lib. VLV, tit. 1; fr. 41; N.º 1; lib. L; tit. 17, fr. 17; arts. 1185, 1186, 1187 del Código de Francia; 1172, 1175 de Italia; 566 de Argentina; 1433 de Uruguay; 1494 de Chile; 1252 y 1241 de Venezuela; 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.

Precisa recordar que puede haber las siguientes clases de plazo.

a) *dies certus an et quando* (ej. un día fijamente determinado);

b) *dies certus an incertus quando* (por ejemplo, un día no determinable, pero que tiene que llegar);

c) *dies in certus an certus quando* (no se puede predecir si el día llegará, pero en caso afirmativo, el mismo resulta determinado con toda precisión);

d) *dies in certus an incertus quando* (no se puede saber si el día del plazo se producirá, y por lo mismo aquel es absolutamente indeterminable).

Propiamente 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.

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.

En defecto de plazo, estipulado o resultante de la naturaleza del negocio, la obligación—como muy bien lo dice el art. 74 del Código Turco—puede ser ejecutada y su ejecución puede ser exigida inmediatamente.

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 art. 123 del Código brasileño por eso dice con certeza, que el “término inicial suspende el ejercicio, más no la adquisición del derecho”.

Los efectos que derivan de que *in diem autem dilata solutio*, además del inmediato y natural, de no poderse exigir la presentación, son los siguientes: el deudor no puede oponer compensación, ya que ésta sólo funciona entre obligaciones exigibles; (por eso el artículo 1294 habla de deudas “exigibles”); no corre la prescripción contra el acreedor; el acreedor puede realizar todos los actos de conservación de su derecho; los derechos y obligaciones son trasmisibles.

El vencimiento del término no obra *ex tunc*.

En cuanto al plazo resolutorio, es aquél que antes de su vencimiento faculta al acreedor para ejercer su respectivo derecho, y una vez vencido lo extingue. Esta extinción 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*.

El art. 1112, que dá por supuesta 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 constituido en provecho del deudor, a éste no le será exigible la prestación antes del vencimiento de aquél; pero el acreedor estará obligado a recibir el pago. 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 constituido en beneficio del deudor. Pero hay alguno que opta porque 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 art. 1155 significa cuando indica: "a no ser que el tenor del instrumento".....o puede inducirse racionalmente de "las circunstancias"; y Baudry Lecantinerie et 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 art. 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".

Art. 1113.—“El deudor que pagó antes del plazo no puede repetir lo pagado, pero si pagó por ignorancia del plazo, habrá lugar a la repetición”.

El Derecho romano prescribió que el deudor que pagaba antes del plazo, por error, no podía ejercer la *conditio indebiti*, para repetir lo pagado (Digesto, lib XII, t. VI, f. 10). La misma solución fué establecida en el Código francés (art. 1186); italiano (art. 1174); boliviano (art. 777); chileno (art. 1425); ecuatoriano (art. 1485); mejicano (art. 1957); alemán (813 al 2.^a). 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); Perú (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 cierta, 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 *conditio 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.^o, pág. 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 constituido.

En consecuencia: es discutible la solución contenida en el art. 1113, en cuanto permite ejercitar la *conditio*, por pago anticipado hecho por ignorancia del plazo.

Según dicho art. 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, en el art. 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 límites de su perjuicio, el enriquecimiento que este pago anticipado haya podido procurar al acreedor".

Art. 1114.—"Perderá el deudor el derecho a utilizar el plazo:

1.º—Cuando después de contraída la obligación resulte insolvente, salvo que garantice la deuda;

2.º—Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que se hubiese comprometido;

3.º—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"

Referencia: Digesto lib. V. tit. 1, f. 41; Código de Francia (art. 1188); Italia (art. 1176); España (art. 1129); Argentina (572); Bolivia (779); Chile (1496); Colombia (1553); Ecuador (1486); Méjico (1959); Perú (art. 1287); Turquía (art. 82); Suiza (art. 83); Japón (art. 137).

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 desaparecen—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.º). En estos casos, la caducidad del plazo debe ser objeto de una decisión judicial. "Sus ventajas prác-

ticas (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 si 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).

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 declaración 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 porqué 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 (inciso 2° y 3°).—Desde luego se trata de garantías especiales; es decir, emanadas de la convención y dadas al acreedor. La solución legal se explica, pues la concesión del plazo se dió por el acreedor en consideración a las seguridades ofrecidas.

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 disminuido. Ello se explica como un mayor rigor legal contra el caso de falta, que contra el fortuito.

El Código Francés solo 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 ellos deben desaparecer.

Sin embargo, con relación al inciso tercero del art. 1129 del Código español, de que es copia el 1114 del peruano, los comentarios españoles (por ej. Scaevola y Manresa Navarro) estiman que así no hayan desaparecido totalmente las garantías—por caso fortuito—, pero si disminuido 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 disminuido por acto del deudor. En ambos supuestos, constituidas 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.º del art. 1114, obra de pleno derecho o requiere decisión judicial? No hay uniformidad de pareceres; pero lo lógico es lo segundo, pues se trata de una cuestión de hecho, que el juez, por lo

mismo, debe apreciar y resolver. A él también le corresponde avalar las garantías que ofreciere el deudor en substitución; pues aunque el inciso habla llanamente de que sean subsistituidas "a satisfacción del acreedor", no debe pensarse que queda confiada la decisión a su entero libre 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 acreedor, que la ley no consiente (art. II, título preleminar).

En cuanto al no otorgamiento de las garantías prometidas (inciso 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 había dejado de establecer. "Pero entendemos—acota Manresa y Navarro, con referencia al inciso 2° del art. 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.

Art. 1115.—"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 este haya quedado a voluntad del deudor".

Referencias: Digesto: lib. XLIV, tit. 4, fr. 2, 6; XLVI, t. 7 fr. 105, lib. XIII, tit. 4, fr. 2, 6; lib. XLV, tit. 1, fr. 14, 73, 137; lib. XVI, tit. 2, fr. 16; 1; Código de Italia art. 1173; España, art. 1128; Argentina, arts. 620 y 752; Chile, art. 1494; Colombia, art. 1551; Ecuador, art. 1484.

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.

Nos parece impropio hablar de un plazo judicial. El juez no puede establecer un plazo, que las partes tendrán que aceptar, pese a que no estuviere convenido y en el supuesto que tampoco la ley lo fijase. 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; no 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 esa facultad le es atribuida 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.

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 preve, precisamente, el art. 1115.

El segundo caso se presenta en el llamado *delai de grace* 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.

En el caso del plazo tácito puede, pues, el juez determinar su duración a tenor del Art. 1115, primera parte. Este artículo es reproducción del 1128 del Código español. Comentándolo escribe Valverde y Valverde: "Si las partes de una manera clara se-

ñalan 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 art. 1128 la doctrina de un plazo tácito no señalado en aquella, 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 Art. 1128, será competente para ello el Juez o Tribunal que lo sea para conocer del cumplimiento de la obligación”.

Y ahora una cuestión a tomar en cuenta. ¿Cabe que el plazo judicial sea prorrogado o nó? Ricci se pronuncia sobre el particular así: “Surge aquí la cuestión de si el término asignado por el juez es improrrogable o nó. 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 preve 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 valean 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 no 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 encuentra 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 suscriptor. 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 aquélla 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 suscriptor 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 suspenderá 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”.

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, 2.^a parte).

Art. 1116.—“Si el plazo está señalado por días a contar desde uno determinado, quedará éste excluido 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, art. 140 a 143.

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 e quox 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, 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 aquel 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. Salleilles, comentando el artículo 193 del Código alemán (que concierne a la materia), advierte que tanto el deudor como el acreedor pueden rehusar 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.

Art. 1117.—“Si no hubiese plazo para cumplir los cargos, deberán cumplirse en el que el juez señale”.

Art. 1118.—“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 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: Digesto lib. XXXV; tit. 1; lib. XXIII; tit. 3; fr. 21; lib. XXXV; tit. 1, fr. 18; Código lib. VIII, tit. 54, N.º 9; Arts. 953, 954 y 1046 C. C. de Francia; 1454 y 1455 de Portugal; 622 de España; 525, 526 y 527 de Alemania; 561 de Argentina; 128 del Brasil.

Encargo o modo—define 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”. Se debe agre-

gar, que el cargo puede consistir en un hecho o en una abstención, puede tener el carácter de una prestación pecuniaria o nó.

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 accesoría, 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 setentia contraherium*.

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-conditions*.

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).

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 contra-prestaciones, 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.

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 ve-

ces, 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, etc.....En los negocios mixtos que comprenden en parte donación y en parte un acto oneroso, habiendo contra-prestación, 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 a modo; si al contrario, fuera el acto oneroso, valerá la cláusula como contra-prestación" (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 modo, que él 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 constituido en su provecho, puede exigir el cumplimiento del último. Esta era la regla ya consagrada desde el Derecho romano (D. lib. 35, tit. 1, fr. 40, párrafo 5; fr. 71, fr. 80), y para garantía de ello podría exigirse caución—la caución Muciana (D. lib. 35, tit. fr. 18). Si es establecido en favor de tercero, regirán las reglas de la estipulación en favor de tercero (art. 1345 y s.).

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 ter-

cero 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.º 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 consecuentemente 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).

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 beneficiario, 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 por que el negocio se repunte 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 C. 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.

La prueba de la existencia del defecto o vicio de la cosa, así como el desconocimiento de éste por el prestador del cargo, corresponde al mismo.

Para que el cargo sea obligatorio, se requiere que haya aceptación de él, expresa o tácita.

El art. 1117 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 demás agregarlo, el juez deberá tener en cuenta la naturaleza de los cargos por cumplir" (Salvat).

El enunciado de la primera parte del art. 1118 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").

En cuanto a la regla a que se contrae la segunda parte del artículo, ofrece lugar a ciertas dudas relativas a su alcance y pro-

pósito. 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.

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.

El Código prescinde de una cuestión capital: ¿la falta de cumplimiento del modo sólo dá 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 resolutoria, 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 resolutoria; la cual en verdad existe, que no 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 transmitido. 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 Levy Ulman: “el no cumplimiento del encargo no equivale en forma alguna a lo que se entiende en 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 regalamentación 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 restituida (Levy Ulman).

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 aplicar-

se lo donado, en caso de que tal realización no se realice por culpa del donatorio 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 esto 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 liberalidad, entonces procede tal restitución, siempre que la totalidad de la liberalidad debía haberse empleado para el cargo (Planck).

En caso que el cargo no estribe en inversiones pecuniarias, por ejemplo aquél que consista 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 tal acción es incoable cuando existen las condiciones que le son propias, independientemente 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 que-

remos 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 dá 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 éste último sólo existe la posibilidad de pedir el cumplimiento del cargo (artículo 560); mientras en el derecho alemán puede pedirse esto o impetrarse la revocación de la liberalidad.

Art. 1119.—“Si el hecho que constituye el cargo fuere jurídicamente imposible o ilícito, no valdrá el acto a que el cargo fué puesto”.

Art. 1120.—“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.—“Si el hecho que constituye el cargo fuere físicamente imposible, nada vale”.

El Derecho romano estableció (Digesto, lib. 35, tit. 1, f. 37; lib. 28, tit. 7, f. 38, No. 6 y 7; lib. 33, tit 1, fr. 7, 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 solo 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 una condición de causa a efecto; la mencionada independencia no implica que el que trasmite el derecho no se haya resuelto a transmitirlo, 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 transmitía 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”.

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. Pero elaborado el art. 1119 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 advertirá 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).

El art. 1120 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).

(Continuará).

JOSÉ LEÓN BARANDIARÁN.
