

Comentarios al Código Civil Peruano

DE LOS CONTRATOS

SECCION CUARTA (*)

TITULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 1328.—“Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, y deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

Art. 1329.—“Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos el caso en que los derechos y obligaciones que procedan del contrato no sean transmisibles.

Referencias: Digesto, lib. 5, tel 17; fs. 23; Código francés, art. 1134 y 1135, 1165; italiano, 1322, 1372, 1374, 1375 (1123, 1124) argentino,

(*) Respecto a las referencias que se consignan con relación a los artículos del Código Civil peruano objeto de los Comentarios que a continuación se publican, se hace notar que al mencionarse el Código italiano, el número respectivo que no aparece entre paréntesis corresponde al artículo del Código promulgado en 1942, y el número que aparece entre paréntesis corresponde al Código derogado de 1866. Al mencionarse el Código peruano, se indica el número correspondiente al Código derogado de 1852.

1195, 1197, 1198; *español*, 1091, 1156-7, 1178; *holandés*, 1374; *portugués*, 7, 2-4, *mejicano*, 1797; *chileno*, 1545, 1345; *colombiano* 1102; *peruano* 1256, 1257 y 1260; *polaco*, art. 60; *suizo* art. 7; *chino*, 219; *colombiano* 1602.

El acto jurídico puede consistir bien en un acuerdo de dos o más voluntades, en una convención, en un negocio jurídico bilateral o plurilateral, bien en una manifestación de voluntad unilateral. El contrato en cuanto contiene un acuerdo de voluntades es, pues, una convención. Pero entre uno y otra hay la diferencia que entre especie y género. El contrato es uno de los tipos de convención, por el cual se puede crear, modificar, transferir o extinguir obligaciones.

“Una convención es el acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico” (Aubry et Rau); y el contrato “es una especie de convención cuyo carácter propio es el de ser generador de obligaciones”. (Planiol) Es lo mismo que enseñaba Pothier cuando expresaba: “El contrato debe ser definido como una convención por la cual las dos partes recíprocamente, o solamente una de ellas, promete o se obliga hacia la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”. Pero en el lenguaje moderno, un contrato puede tener por objeto no solo crear, sino también modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica patrimonial; de suerte que desaparece el interés de la distinción entre contrato y convención. No obstante, el Código mejicano califica como convención “el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones” (art. 1792), y expresa que “los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos”, (art. 1393). El recientísimo Código italiano en su número 1337 indica que el contrato es el acuerdo de dos o más personas para constituir, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial. La Reforma del Código civil argentino prescribe que salvo expreso de la ley, la constitución o modificación de las obligaciones por actos entre vivos solo puede tener lugar mediante el contrato.

El Código ha prescindido de consignar las clasificaciones de los contratos, como lo hacía el Código anterior (arts. 1227 a 1231). Tal materia propiamente es de competencia de la cátedra.

Se distingue el contrato sinalagmático del unilateral, por cuanto en el primero hay reciprocidad de créditos y prestaciones entre las partes, mientras que en el último sólo una parte es la obligada y la otra es únicamente acreedora. Los unilaterales pueden subsidiariamente acarrear ciertas obligaciones para el acreedor, en cuyo caso trátase de contratos, como se les denomina, sinalagmáticos imperfectos; los cuales dan origen al lado de la acción esencial al contrato, la *actio directa*, un *actio contraria*, que como anota Savigny depende de circunstancias accidentales; pues se logra a menudo la misma finalidad sin acción, por una simple contradicción, es decir, por una excepción (ver L. 4. como dato.—(13-6). En verdad, tales contratos deben ser estimados como unilaterales y regidos por los principios que son propios de estos, debido a que es de su naturaleza dicho carácter; y el efecto que pueden acarrear de generar cierta responsabilidad en el acreedor, es meramente accidental o sobreviniente por circunstancias posterior a la formación del contrato. Lo referente a los contratos sinalagmáticos imperfectos carece hoy de razón de ser (Josserand).

Un contrato por naturaleza unilateral, puede devenir sinalagmático por razón de cláusulas convenidas, que le impriman este último carácter: así en el caso de donación *sub modo*, de depósito o de mandato asalariado. En estos casos, la segunda obligación no debe ser simplemente eventual, a diferencia de lo que ocurre con los contratos sinalagmáticos imperfectos. Así, pues, que la característica del contrato sinalagmático reside en la relación de mutua dependencia de las respectivas prestaciones. Esta dependencia, como explica Engelmann, es genética, pues el deber de uno de los contratantes no se mantiene cuando el deber del otro contrato resulta inválido, y ella es funcional en cuanto la eficacia de la obligatoriedad de uno depende de la ejecución de la prestación por el otro contratante. Esto hace comprender que la distinción entre contratos unilaterales y bilaterales es de interés práctico, debido a que los últimos están sometidos a los siguientes principios propios: resolución en caso de incumplimiento; *exceptio non adimpleti contractus*; no constitución en mora de una parte si la otra no ha cumplido con su obligación; régimen específico acerca de la prestación del riesgo y el peligro, tratándose de cuerpo cierto, (pues en los unilaterales ella incumbe siempre al acreedor). El primer efecto es objeto de la disposición

1341; el segundo de la 1342; el tercero de la 1255. La cuarta característica aparece de los artículos 1172 y 1175.

El acto jurídico, como se sabe, es distinguible en oneroso y gratuito. Como esta distinción abarca a los contratos, conviene anotar que los contratos onerosos se distinguen en conmutativos y aleatorios. El Código mejicano refiriéndose a esta última distinción, indica en su art. 1838: "el contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas puedan apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste. Es aleatorio, cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida, sino hasta que ese acontecimiento se realice".

El principal interés práctico de la clasificación reside en que en los onerosos funciona la lesión como causal rescisoria, y no así en los gratuitos.

La referencia a la distinción entre contratos solemnes y no solemnes queda englobada dentro de las reglas establecidas sobre la forma de los actos jurídicos.

Otra clasificación de los contratos es la que los distingue en consensuales y reales. En los primeros basta el acuerdo de voluntades para que el contrato se forme. Los segundos requieren la tradición de la cosa. La *res praestita* es condición necesaria para la formación de estos últimos. El contrato real es siempre unilateral, pues solo impone obligación a una de las partes, aquella obligada a la restitución. La concepción de los contratos reales, ya imperante en el derecho romano, fué también acogida por el Código de Napoleón e igualmente por la mayoría de los Códigos modernos. Ella sin embargo es impugnada.

Entre el sistema del derecho romano y el del derecho fran-

cés acerca de los contratos reales hay una importante diferencia, pues si bien dentro del último el contrato sólo se forma con la entrega de la cosa, empero el mero consentimiento de las partes, previo a la entrega, es por sí eficaz para generar efecto jurídico. Se produce entonces una promesa, un ante-contrato que compromete a quien es deudor de la cosa, a entregarla a la otra parte. El contrato definitivo *re*, que es su consecuencia, hace destacar la única obligación procedente de aquel, cual es la entrega de tal cosa o una equivalente.

Se descubre la artificiosidad de la distinción. Planiol et Rippert resumiendo la crítica contra el concepto que explica los contratos reales, dicen: "Autores cada vez más numerosos sostienen que la noción del contrato real, devenida inútil, ha desaparecido del derecho moderno. Evidentemente, es imposible forzar a un contratante, prestario, depositario, deudor prendario, a restituir una cosa cuando ella no le ha sido aún entregada. Pero esta constatación de buen sentido, no podría hacer olvidar que la obligación de restituir no es la primera contemplada en el préstamo, la prenda, el depósito. Es el derecho de gozar de la cosa prestada, de retener en garantía la cosa dada en prenda, la obligación de guardar la cosa depositada, lo que constituye el fin esencial de la operación jurídica. El locatario de un cuerpo cierto, mueble o inmueble, no está obligado también a restituir la cosa locada sino a partir que ella le ha sido entregada, pero esto no impide que el arrendamiento sea un contrato consensual sinalagmático y siga conservando este carácter aún después que el arrendador ha hecho entrega de la cosa arrendada al locatario. Así, en vez de que se descomponga la operación en dos contratos sucesivos, uno que es la promesa de préstamo, de depósito, de prenda, el otro real, que estará constituido por la entrega de la cosa, mejor valdría reconocer francamente en esta entrega el primer acto de ejecución del contrato consensual, sinalagmático o unilateral, vigente sobre el conjunto de las relaciones del prestamista y del prestatario, del depositante y del depositario, del deudor y del acreedor prendario".

El Código suizo ha tenido el mérito de haber estimado los contratos de préstamo de consumo, de comodato y de depósito como contratos consensuales (arts. 312, 305. 472); los dos primeros asumiendo el carácter de bilaterales, y el tercero asumiendo

do el carácter de unilateral, desde que sólo el depositario se obliga.

En el acuerdo de voluntades que cree relaciones convencionales, las partes pueden no simplemente pactar obligaciones que conciernen a un solo contrato, sino que abarquen dos o más contratos. Son los llamados contratos mixtos. Así, el caso de arriendo de habitación con servicio de pensión alimenticia y otros cuidados familiares. Según advierten Schaeffer und Wiefels, estos contratos mixtos se juzgarán en relación concreta a cada caso particular. Pero fundamentalmente es de indicar lo siguiente:

a) si el contrato obliga a prestaciones subsidiarias al lado de una prestación principal, en total la relación contractual debe ser juzgada conforme las reglas legales rigentes para la prestación principal. (Así, en el caso de arriendo de habitación con pensión alimenticia y otros servicios familiares, el arrendamiento es lo fundamental, y el caso se regirá, consecuentemente, por las normas del contrato de arrendamiento).

b).—Si el contrato obliga a varias prestaciones todas principales, entonces cada prestación debe ser juzgada conforme a las reglas legales que a ellas corresponden.

Por el contrato se ponen de acuerdo las partes sobre lo que es materia de la declaración de voluntad. Los inconvenientes de dar una definición respecto a una materia de tal comprensión como es el contrato, se nota al considerar las diversas manifestaciones que puede revestir tal acuerdo. Este ordinariamente supone una libre discusión entre las partes. Pero al lado de esta forma existe otra, que en ciertos aspectos se ha generalizado: una parte presenta las condiciones completas del contrato, para que la otra las acepte sin discusión, establecidas así *ne variatur*. Tales los contratos llamados de adhesión. Algunos autores han reputado que entonces no puede hablarse propiamente de contrato, sino de acto unilateral, puesto que no hay la libre concurrencia y discusión por las partes para la formación del contenido del contrato; una de ellas impone su voluntad a la otra, que sólo

hace aceptar la propuesta total. Mas, se ha contestado a esto diciéndose que lo fundamental es el libre consentimiento de las dos partes para crear el negocio jurídico, y aquel existe en virtud de que voluntariamente el adherente ha convenido en aceptar las condiciones propuestas. En suma, se trata de contratos "en que una de las partes por un acto unilateral de voluntad fija las condiciones sobre las cuales se va a contratar, y la otra se limita a aceptarlas o a adherirse en block a ellas, sin poder discutir las. Ejemplo típico de esta especie de contrato es el seguro: el que se asegura la vida, se limita solamente a aceptar las condiciones que la compañía le impone una póliza impresa, y no hay quien las discuta, y muchos ni siquiera la leen. otro tanto sucede con el contrato de transporte.... Lo mismo con el contrato de la luz eléctrica, del agua potable o del gas, y con el obrero que celebra con el patrón de trabajo y que debe sujetarse a los reglamentos de la fábrica o taller". (Alessandri Rodríguez).

La cuestión sobre este tipo de contrato ofrece interés, pues el criterio para la apreciación del mismo puede variar, según se reputa que él constituya una mera declaración de voluntad unilateral o un contrato. Si lo primero, habrá que indagar cuál fué la voluntad del proponente. Si lo segundo, deberá indagarse cuál fué la voluntad concordante de las partes.

Dureux ha sugerido la discriminación dentro del contenido del negocio, de las cláusulas esenciales y las accesorias: las primeras (generalmente consignadas en forma manuscrita o pactada verbalmente) debiendo reputarse como libremente discutidas y pactadas y las segundas (generalmente impresas), como aceptadas sin discusión por el adherente. Las últimas no deben tener consecuencia contra el adherente sino cuando tienden a precisar o completar las primeras; pero siempre que no desnaturalicen subrepticamente la esencia del contrato.

Son las necesidades de ciertos servicios, el gran número de contratos iguales o fundamentalmente semejantes que se convienen, por la difusión de aquellos servicios, lo que explica la conveniencia de los contratos de adhesión. Lo propuesto tiene un carácter *standard*, de modo que no precisa discutir caso tras caso las condiciones del convenio, porque ya están prefijadas.

Razones de conveniencia pública exigen que la propuesta tipo sea sometida a la previa atención de los poderes públicos competentes. Los contratos de adhesión son, pues, contratos regla-

mentarios. En efecto, ellos conciernen al ejercicio de determinado servicio que tiene en cierto modo, un carácter de utilidad pública. La oferta tiene así un carácter "general y permanente". La autoridad pública debe tener intervención, imponiendo que las condiciones de la oferta merezcan previamente la autorización estatal. La autoridad pública, por lo tanto, vigilará para que tales condiciones garanticen al público acerca del servicio de que se trate; y por eso es típica la prohibición con que se fulmina las cláusulas de irresponsabilidad en materia de transportes. Y es que como explica Dickoff, actualmente el contenido del contrato queda determinado no solo por la voluntad de las partes, sino también por el orden jurídico nacional, es decir, por la ley y por los postulados concretos de la buena fé y la confianza recíproca.

La oferta, en principio, tratándose de los contratos de adhesión es obligatoria para el proponente con respecto a cualquier adherente. Decimos en principio, porque por la naturaleza de las cosas o por exigencia del propio servicio, en ciertos casos las adhesiones pueden ser rehusadas. La oferta no puede extenderse sino concernientemente a un *genus limitatum*, a un número limitado de aceptaciones útiles. En caso de rehusamiento legítimo de una adhesión, el proponente debe noticiar al adherente; de otro modo podría ser responsable de daños y perjuicios, por incurrir en una responsabilidad por culpa de *in contrahendo*.

Dentro de los llamados contratos colectivos el acuerdo asume un carácter particular, en que la abstención de algunos para concurrir al acuerdo no obsta para que él les sea obligatorio, imponiéndose la voluntad de la mayoría (ejemplo, los convenios de acreedores en caso de falencias; los contratos de trabajo). "La voluntad que le da nacimiento, como expresa Josserand, es una voluntad colectiva; voluntad que liga a cada uno de los miembros de la respectiva colectividad, con abstracción del consentimiento individual". Este tipo de contrato, creación del derecho moderno, representa la tendencia democrática de prescindir de los intereses de la minoría por la voluntad mayoritaria (Viforeanu). García Sayán, refiriéndose a esta clase de convenciones, observa como ellas han revolucionado el régimen contractual: "Mien-

tras las convenciones colectivas no fueron verdaderamente imperativas sino para los sindicatos que las habían celebrado, la institución respondía a la concepción contractual tradicional, expresada en el art. 1329 del Código Civil. El principio de la relatividad de los contratos era respetado. La convención colectiva aparecía como el mejor medio de armonía entre el capital y el trabajo y como el mejor resultado del principio de libre asociación. Los civilistas, para explicar cómo cada miembro de la agrupación podía encontrarse ligado, recurrieron a las construcciones técnicas del mandato, de la gestión de negocios, de la estipulación por tercero, o del derecho contractual de asociación. Por lo demás, el contrato individual podía derogar a la convención colectiva, si el miembro del sindicato o asociación se salía de ella. Pero ese sistema liberal de la convención colectiva del trabajo ya no prevalece. Desde el momento en que, por acto del legislador, los contratos colectivos se han hecho capaces de imponerse no solamente a quienes los celebran sino también a personas que permanecen ajenas a la convención o que pueden hasta serle adversas, la institución ha adquirido un carácter que, en rigor, no se ajusta a la concepción contractual tradicional. Basta el hecho de pertenecer al grupo para que se caiga obligatoriamente bajo el imperio de la convención colectiva del trabajo y para que las reglas de ésta se impongan a cualquier contrato individual". Agrega el mismo García Sayán, con referencia a esta clase de contratos: "Hay en realidad en la convención colectiva, una especie de ley de agrupación, inferior en su fuerza a la del Estado, pero superior a la ley privada que nace del contrato. En su aplicación a los miembros de la agrupación, la convención colectiva asume el carácter de un super-contrato, o de un reglamento corporativo. Sin pretender dilucidar el problema doctrinario sobre la naturaleza jurídica de la convención colectiva, lo que nos interesa establecer aquí es la existencia de esa figura como una expresión más de la limitación del principio de la autonomía de la voluntad y asimismo, el hecho de que las convenciones colectivas adquieren, cada día, mayor radio de acción, gracias al desarrollo del derecho corporativo".

El contrato supone la participación de dos o más personas. Ahora bien, no es preciso que los contratantes participen personal y directamente en la celebración del contrato. Por ellos pueden estipular personas que ejerzan su representación. El Código nacional no trata de este instituto, como lo hacen los Códigos alemán (art. 164 y siguientes), suizo (art. 32 y siguientes), soviético (art. 39 y 40), polaco (art. 93 a 103), chino (art. 103 a 110), mejicano (art. 1800 a 1802), italiano (art. 1387 a 1410) y el proyecto franco italiano (art. 30 a 36). El Código nacional repara en el contrato de mandato (art. 1627 y s.) y en el de gestión de negocios (art. 1656 y s.) Pero la representación rebasa el contenido del mandato, ya que éste tiene un origen simplemente contractual y aquélla puede derivar de una determinación legal (tutela) o judicial (síncido en caso de falencias, curador para sucesión vacante). La gestión de negocios importa un caso de representación peculiar: ella deriva originariamente de la voluntad del representante (del gestor). La representación es una institución que propiamente desconocida por el derecho romano, a pesar de algunos barruntos de la jurisprudencia pretoria, se ha instalado en el derecho moderno por su notoria utilidad. Levy Ulmann la define como "la modalidad en virtud de la cual los efectos de un acto, ejecutado por una persona, el representante, por cuenta de otra, el representado, se producen directa e inmediatamente sobre la cabeza del representado. Esta modalidad es una modificación aportada por las partes a las consecuencias naturales de un acto jurídico; es un elemento accidental con el cual el acto jurídico puede encontrarse afectado por la ley positiva o por la voluntad de las partes".

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

La representación funciona, en general, con relación a los actos jurídicos. Nosotros, empero, nos ocupamos de ella con ocasión de la teoría de los contratos. Por excepción hay actos que no admiten representación, que son estrictamente personales,

como el testamento, la adopción, el reconocimiento de hijos. Conforme a nuestro Código cabe celebrar el matrimonio por poder (art. 118).

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

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

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

En la representación, en general, la aceptación del representado no es necesaria para que el acto practicado por el representante tenga validez. Tal aceptación solo es necesaria cuando

se trata de una representación convencional, de un mandato. Y la sola declaración por la que se designa representante, desde que llega a conocimiento de éste o de tercero, es valedera; ella podrá generar determinadas consecuencias: las *significationes*, las declaraciones dirigidas al representante, serán válidas (Tartufari). Se está aquí frente a un caso de efectos jurídicos producidos por voluntad unilateral.

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

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

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

b).—Para que haya representación se requiere que exista *contemplatio domini*. El representante, así como el tercero, deben haber contratado en la inteligencia de que el contrato debía producir sus efectos en relación a la persona representada. Como se ha dicho muy gráficamente, el representante se presenta en la operación jurídica como un punto de tránsito (*Durchgangspunkt*) y no como un punto final (*Endpunkt*), de la imputación jurídica.

Tal intención de que el acto se impute a persona distinta de la que trata directamente con el tercero, es decir, al representado, puede manifestarse en forma expresa o tácita y puede tam-

bién derivar de determinadas circunstancias (art. 164, apartado primero del Código alemán).

Se comprende, por el principio anteriormente sentado, que en lo que respecta al modo de conclusión de un pacto celebrado por representación, se debe considerar la persona del representante y no la del representado. Así, cuando se trate de la conclusión de un contrato, éste será reputado convenido entre personas presentes o ausentes según que el representante se halle o no en presencia del otro contratante.

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

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

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

En el caso de ratificación por el representado, repetimos que el acto verificado por el representante resulta validado. El tercero queda libre de toda amenaza en cuanto a la eficacia del acto pasado. Esa ratificación puede producirse en cualquier momento, aún después que la representación haya cesado, que el representante haya fallecido o devenido incapaz, (Chironi), salvo inconveniente específico por otros causales. Esa ratificación puede hacerse por el propio representado, por sus herederos o por el representante legal con poder especial para ello. El acto ratificatorio, por lo demás, como anota Oser, es uno unilateral e irrevocable.

Lo anterior no ofrece dificultades tratándose de una representación legal o judicial; pero tratándose de una convencional sí ofrece ocasión a ciertas consideraciones especiales. Ellas,

propiamente, deben ser tratadas en relación al contrato de mandato.

El representante no tiene necesidad de poseer la capacidad de goce para el contrato que celebra a nombre de otro, puesto que el efecto del mismo no se produce con respecto a su persona; y así el menor de edad puede representar a otro, pero va de si que debe el representante tener discernimiento bastante para hacer una declaración propia. Por el contrario, la incapacidad del representado para obligarse vicia al contrato celebrado por el representante. El Código parece tener un criterio más severo en lo que respecta a la capacidad del representante, pues el art. 1628 dispone que para ser mandante o mandatario se requiere tener capacidad civil.

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

La representación termina con la relación jurídica que la ha establecido o de que deriva. Tratándose de la representación voluntaria, como ella es instituida fundamentalmente en interés del dominus, en vista de la relación de confianza que debe existir de éste para el agente, resultaría inicuo el no permitirse al primero poner fin a la representación, cuando tal confianza háse esfumado. Por eso, por declaración unilateral del representado cesa la representación. Referentemente a terceros, los actos pasados por el representante no obligan al representado sino desde que el terce-

ro ha conocido o debido conocer la cesación de la representación; antes, el acto obliga al representado, siempre que el tercero proceda de buena fe. En defensa de los terceros, se obliga a que la revocación del mandato se inscriba en el Registro público respectivo (art. 1068).

El Código no trata especialmente de la figura del auto-contrato o contrato consigo mismo. Las ventajas que él mismo es susceptible de ofrecer y la circunstancia de practicarse dentro de ciertas condiciones, hacen necesario detenerse en su contemplación.

Prácticamente analizada la cuestión, se descubre que tal contrato ofrece ventajas; que él es útil en cuanto propende a la rapidez y la facilitación de los negocios. Se presentan casos en que él funciona, siendo admitido por los jueces. Así, tratándose de determinar la situación de dos fracciones de un patrimonio sometidas a regímenes legales distintos (heredero de un bien en parte dotal, en parte parafernial); en lo que respecta a actos verificados en mira de constituir seguridades en provecho de acreedores futuros (formación de una sociedad con un sólo accionista): en el caso de que en un mismo individuo confluyan dos representaciones (el que representando a una persona, a nombre de ésta contratara consigo mismo; el mandatario de dos personas, que en nombre de éstas concluyera un contrato).

Históricamente *el selbscontrahiren* no era absolutamente desconocido por el derecho romano. Así, se admitía en favor del heredero beneficiario con relación a la sucesión cuyo patrimonio estaba separado del suyo, y era consentido también el pago a sí mismo, el préstamo a sí mismo y el *constituto possessorium* (Digesto, lib. 26, tít. 27; fr. 9, par. 5; tít. 7; fr. 9, par. 7; lib. 41; tít. 2; fr. 18). Römer fundamenta el auto-contrato basado en el principio de la representación perfecta, viendo en el contrato no tanto la intervención de dos personas distintas, cuanto de dos voluntades distintas. Arnó, Madray y Pilon lo justifican observando que lo esencial en materia obligacional es la relación surgente entre dos patrimonios, más que entre dos personas. Para Barassi y Rümelin no debe hablarse en el caso de que se trata, de contrato, sino de un acto unilateral con efectos contractuales.

Estos autores no creen admisible que una sola persona pueda realizar un contrato, ya que falta el "concurso de voluntades". Esta opinión es también compartida por Ruggiero, Vallimaresco, Cohen y Cosack. Mediante un amplio y bien meditado estudio de las diferentes construcciones científicas que se han elaborado para determinar la naturaleza de la figura, Olaechea Dubois resumen así las notas tipificantes de la misma: "Acto jurídico unilateral—escribe—con efectos contractuales, que tienen lugar siempre que en virtud de una situación de hecho o de derecho—reconocida o no expresamente por la ley—una sola voluntad puede disponer válidamente, ya sea en calidad de representante o titular, de dos o más patrimonios—o fracciones de patrimonios, como quieren algunos—y por consiguiente, proceder a vincularlos sin la intervención de otras personas".

Hupka enjuiciando el asunto concerniente a la admisibilidad del auto-contrato, escribe: "Al intentar ahora por nuestra parte intervenir en esta controversia, hemos de rechazar desde el primer momento la opinión de aquellos que sostienen que el auto contrato es algo completamente imposible. No se debió nunca dudar seriamente de que el derecho positivo puede atribuir efectos contractuales a un acto, aunque no corresponda al concepto originario del contrato, ya considere el legislador aquel acto como negocio jurídico unilateral de caracteres especiales, ya dé un concepto positivo del contrato que comprenda también la hipótesis de la autocontratación. Lo único que nos parece discutible es la cuestión relativa a si es precisa semejante sanción del auto-contrato, o si, por el contrario, aún en la esfera de aplicación de un ordenamiento jurídico que no contenga un precepto general sobre la validez de la autocontratación, corresponde al acto autocontractual los efectos del contrato, mientras no se oponga a ello especiales prohibiciones legales o limitaciones concretas del poder. Pero para la resolución de esta cuestión, hay que tener en cuenta, en primer lugar, la naturaleza jurídica del proceso propio de la autocontratación".

El contrato consigo mismo puede presentarse en los siguientes casos:

a).—Cuando una misma persona tiene derecho sobre dos patrimonios sujetos a regímenes legales distintos. Verbi-gratia, el heredero beneficiario puede pasar actos con la sucesión beneficiaria, que él administra; lo mismo es de anotar con respecto al que tiene la posesión provisoria o definitiva de los bienes de un ausente. Relacionada con estas situaciones se halla la del dueño de dos inmuebles que constituyera una servidumbre real en favor de uno de ellos y a cargo del otro.

b).—Cuando se trata de constitución de una seguridad para una deuda futura. Así, en la caución para asegurar futuras responsabilidades propias, la constitución de hipoteca en provecho de acreedores futuros, suscripción de obligaciones a emitir por una sociedad.

c).—Cuando una persona representando a otra contrata consigo mismo, de un lado por derecho propio y de otro en virtud de tal representación. El caso puede presentarse tratándose de una representación legal, judiciaria o convencional.

En el caso de representación legal y judicial, en protección del representado se rechaza en general el *selfscontrahiren*. Por excepción se admite cuando se trate de un acto respecto a un bien sobre el cual el representado tenga interés propio, como en el caso de co-propiedad indivisa del representado y el representante, de un derecho de anticresis o prenda sobre el bien del representado, de que el representante tenga un derecho de usufructo y se licite la plena propiedad de un bien perteneciente al representado. En general, si se trata de la obtención de un derecho mediante licitación, ésta aparta todo peligro de acto tendente a perjudicar al representado, y en consecuencia debe admitirse que el representante devenga adjudicatario.

Tratándose de la representación convencional, no hay razón intrínseca para que no pueda tener lugar el auto contrato. "En principio, el mandatario pueda hacer por su cuenta con él mismo la operación jurídica de la que había sido encargado como representante" (*Planiol et Rippert*). El mandato es un acto de confianza; no hay razón para suponer que el mandatario defraude a su mandante, celebrando consigo mismo un contrato en condiciones menos ventajosas para el mandante, que si lo hubiese celebrado con tercero. En todo caso, al mandante le quedaría expedita su acción para responsabilizar al mandatario. De Diego subraya, por eso, que no hay atingencia en principio en ad-

mitir el auto-contrato en el caso de la representación; pero teniéndose siempre en cuenta el interés de los representados, en caso de colisión de intereses con los representantes. El artículo 1493 prohíbe que el mandatario tome en arrendamiento la cosa de su mandante, salvo expreso consentimiento de éste; y el artículo 1397 inciso 2.º, no permite que el primero de los citados compre, sin expreso permiso del segundo, la cosa de éste.

d).—En caso de que una persona acumule la representación de dos personas, puede celebrar el *selbscontrahiren*, trata-se de representación legal, judicial o convencional. "Para nosotros el mandatario (mejor sería decir, el representante) puede en todos los casos, sin excepción, celebrar la operación consigo mismo. Lo puede tanto porque el *selbscontrahiren* es posible, cuanto, sobre todo, por esta razón práctica: que aquél, en este caso no presenta peligro serio. Sin duda si el mandatario es remunerado según el precio, él obtiene cierta ventaja en fijarlo asaz elevado, para que crezca su corretaje; pero este peligro, limitado y especial a ciertos casos, no puede ser un argumento decisivo". (*Demogue*).

Por lo demás, lo dicho anteriormente sobre el caso de representación convencional y de acumulación de mandatos, no sufre ninguna modificación fundamental cuando el representado sea persona moral.

Ocupándose del auto contrato es pertinente transcribir la disposición 181 del Código alemán, 1395 del italiano, 37 del proyecto franco italiano y la consignada en el Proyecto argentino (art.)

Art. 181 del Código alemán: "Un representante, salvo autorización contraria, no pueda a nombre del representado concluir un acto con él mismo, actuando en nombre propio o como representante de un tercero, a menos que el acto consista exclusivamente en el cumplimiento de una obligación"

Art. 37. Proyecto franco-italiano: "Salvo disposición contraria de la ley nadie puede a nombre de su representado contratar consigo mismo, sea por su propia cuenta, sea por cuenta de otro, sin autorización del representado, el cual podrá también ratificar el contrato".

Art. del Proyecto argentino de Bibilioni: "Nadie puede en representación de otro, efectuar consigo mismo un acto jurídico, sea por su propia cuenta, sea por la de tercero, sin la

autorización o ratificación del representado, salvo el caso de que ese acto sea exclusivamente relativo a la ejecución de una obligación. Si el representante hubiese sido encargado de tomar dinero prestado podrá prestarlo él al interés corriente; pero facultado para dar dinero a interés, no podrá tomarlo para sí o para otro representado por él, sin autorización de su mandante.—Tampoco puede el representante usar de sus poderes en beneficio propio dando en pago o afectando en garantía bienes de su representado, por obligaciones propias o de cualquiera otra manera. Serán nulos los actos en relación de los terceros que sabían o debían saber esas circunstancias”.

El art. 93 del Código de Polonia dice: “Se puede convenir un contrato personalmente o por intermedio de un representante, salvo disposición contraria de la ley. El representante que celebra un contrato dentro de los límites de sus poderes, obliga al representado y hace a este último directamente titular del derecho. El hecho de obrar a nombre de otro puede resultar de una declaración expresa o de las circunstancias”.

Art. 1395 del Código italiano: “Es anulable el contrato que el representante concluya consigo mismo, en su nombre propio y como representante de la otra parte, a menos que el representado lo haya autorizado específicamente o bien que el contenido del contrato sea determinado de modo de excluir la posibilidad de un conflicto de intereses. La impugnación puede ser propuesta solamente por el representado”.

Algunos preceptos del Código Nacional guardan relación con la figura del auto-contrato. Así el art. 1493, el 1397, inciso 1 a 3. Resulta de ellos que tratándose de representantes legales, no se consiente en que éstos celebran contratos en propio nombre y, al mismo tiempo, en nombre de sus representados: que lo mismo debe decirse respecto a los administradores de bienes públicos o de comunidad; que el administrador de bienes de particulares no puede celebrar tampoco un contrato consigo mismo. En cambio tratándose de un mandatario, está permitido el auto-contrato; sólo que se requiere permiso expreso del mandante.

Para la validez del contrato consigo mismo Hupka exige dos condiciones. La primera es que la voluntad doble del repre-

sentante se manifieste en una forma perfectamente acreditable y que excluya la posibilidad de una revocación voluntaria o secreta, y no susceptible de control, de la declaración emitida. La segunda es que se resguarden debidamente los intereses de él o de los representados. En efecto, en la mayoría de los casos puede existir la posibilidad de colisión de intereses, y con ello el peligro de que el representante dé preferencia a su propio interés o al interés de la parte más de cerca ligada a él a costa de la otra parte. Este peligro existe, naturalmente, en primer lugar cuando el contenido objetivo del negocio, prestación y contraprestación, o solamente los puntos accesorios de importancia material, como el tiempo, el lugar y las modalidades de las prestaciones, se haya dejado a la decisión del representante. Y en ciertas circunstancias puede haber también peligro para el representado, cuando el representante ha de resolver acerca de sí el negocio ha de realizarse o nó, o sobre el momento en que haya de celebrarse. Esto sucede principalmente cuando se trata de ventas que hayan de hacerse a los precios del mercado o de la bolsa, o de pagos en moneda extranjera al curso del día.

Hay que distinguir el caso del representante legal y de la representación voluntaria. "Con respecto a los representantes legales, sólo hay limitaciones de la doble representación derivadas de fundamentos materiales, cuando estos fundamentos materiales hayan conducido a prohibiciones positivas. Tratándose, en cambio, de representantes voluntarios, la falta de poder para la doble representación se deduce ya de la voluntad presunta de las partes cuando, por darse un conflicto de intereses, existe peligro de perjuicio para el poderdante. Es evidente, sin embargo, que en los preceptos del derecho positivo pueden trazarse los límites, también en este respecto, con más o menos rigor". (Hupka).

El Código no se ocupa del ante-contrato, o como también suele decirse de la promesa. Sin embargo, es esta una materia que ofrece remarcable interés, por los efectos jurídicos de que es capaz de suscitar la promesa, y por la necesidad que hay de señalar los caracteres que identifican a la misma.

Respecto a esto último, precisa en primer lugar distinguir la promesa de los meros tratos, de la llamada *punktaktion*. En és-

ta falta acuerdo sobre puntos esenciales: por ello se diferencia del ante-contrato, o hablando con más propiedad del ante-acto, pues una promesa puede concernir no limitativamente a la celebración de un contrato, sino también a cualquier acto jurídico; por ejemplo, se puede prometer renunciar a una sucesión, se puede prometer practicar el reconocimiento de un hijo, etc.

La *puntaktion*, pues, no importando en sí determinación firme de comprometer la voluntad, concerniendo simplemente a propuestas e indicaciones revocables, no acarrea obligatoriedad; a lo sumo puede dar origen a una responsabilidad por culpa *in contrahendo*. La tesis contraria, propugnada con ocasión de la elaboración del Código alemán, en el sentido de darle efecto obligatorio, no llegó a prosperar. El artículo 154 de dicho Código únicamente aprecia a la *puntaktion* como medio de prueba o para el efecto de constatar la generación del consentimiento. La determinación, por lo demás, en cada caso de si se trata simplemente de los meros tratos, del período preparatorio, o de una promesa de *ineundo contractu*, es cuestión de hecho, librado a la interpretación de la voluntad manifestada.

La promesa se distingue de la policitación, que por su carácter unilateral ésta última, no crea aún vínculo jurídico. De aquí que sea revocable hasta antes que llegue al promisorio; (art. 1335, inc. 4.º); solución predominante frente a la que propugna la revocabilidad hasta que el promisorio la acepte o que tal revocación no es factible desde que el policitante se ha desprendido de ella.

En consecuencia, la distinción de la promesa en bilateral y unilateral no importa que en la primera exista consentimiento mutuo y en la segunda de una sola parte, sino que la bilateral acarrea derecho y obligación para ambas y la unilateral derecho para una y prestación para la otra. La distinción versa únicamente sobre los efectos de la promesa, no sobre su formación, en la que siempre interviene recíproco consentimiento.

Por lo demás, la aceptación a la oferta de promesa debe ser completa; de otro modo, sólo habría *puntaktion*.

La promesa suele ser confundida con el acto condicional o a plazo. El acto puro tiene todos los elementos de actual eficacia. No el anteacto, al que falta algo para devenir operante. Igual ocurre con el negocio bajo condición o a plazo suspensivos. Pero un negocio a plazo sólo se distingue de un puro, en su aplazamiento en el tiempo; su eficacia es segura, cumplido el término. La eficacia de la promesa, en cambio, es incierta. Depende de un nuevo elemento no considerado (o cuya determinación está postergada), que puede presentarse o nó. Así se constata en todos los casos de anteactos: contratos de opción, donación por motivo futuro, negocio sobre cosa futura, contrato sobre cosa o servicio sin determinación presente de precio, fianza sobre obligación aún no existente, acto carente de solemnidad. En todos estos supuestos, el resultado jurídico carece de eficacia inmediata, no porque teniendo completos sus elementos constitutivos sea aplazado por motivo sin relación intrínseca con la declaración de voluntad,—como ocurre con el acto a plazo—, sino porque le falta uno de esos elementos: objeto de la prestación, en los negocios sobre cosa futura; causa u obligación correlativa, en los contratos de opción; motivo determinante, en las donaciones sobre hechos futuros; elementos propio del acto, en la indeterminación del precio, fianza sobre obligación aún no existente, y contrato sin la solemnidad requerida.

Tampoco el ante-acto se indentifica con el negocio bajo condición suspensiva. Ciertamente, en éste la exigibilidad del deber no es concomitante a su formación, dependiendo de un hecho incierto; todo lo cual también ocurre con la promesa; pero mientras la eficacia de ésta depende de un elemento consubstancial al vínculo jurídico, la del negocio condicional depende de una relación arbitraria a aquél. En otros términos, el negocio condicional es perfecto en su constitución; posee todos los elementos necesarios para que exista el vínculo jurídico; solo que se le hace depender de un hecho arbitrario, extraño a sus elementos constitutivos. Por el contrario, en la promesa falta uno de tales elementos. Capitant ha reparado en la diferencia que ahora subrayamos. Escribe: "el contrato bajo condición suspensiva es uno completo, que se basta a sí mismo; no se hace para preparar un contrato futuro. Si la condición se realiza, es el contrato primitivo el que producirá sus efectos; no será reemplazado o completado por un segundo contrato, que venga a substituir o a añadirse al primero. Esto es lo que explica la re-

gla de la retroactividad admitida por nuestro Derecho Francés (Art. 1179, C. C.) Sobreviniendo el acontecimiento previsto, el contrato produce sus efectos en el momento mismo en que fué concluído; lo que es lógico y se comprende muy bien, ya que todos los elementos necesarios para su formación estaban reunidos en ese momento y los efectos estaban, simplemente, subordinados a la realización de un acontecimiento futuro e incierto.—Al contrario, el ante-contrato se concluye en vista de un segundo contrato distinto del primero, que debe sobrevenir, sea entre las mismas partes, sea entre una de ellas y un tercero. Este segundo contrato no puede producir sus efectos antes de haber sido concluído. En consecuencia, la noción de la retroactividad no tiene aquí razón de ser”.

La diferencia entre el anteacto y el acto puro está en la exigibilidad presente y por lo tanto cierta en el último, incierta en el primero. A este respecto, debe analizarse si el acuerdo sobre contrato real sin tradición, es promesa. Así se ha reputado. En este caso, ¿qué diferencia habría entre promesa y contrato? ¿Qué diferencia, si se toma como criterio de la misma la exigibilidad, antes expresada? La entrega de la cosa podrá demandarse. Tal promesa tendrá, pues, el mismo efecto que un contrato. Analizando lo anterior, debe discernirse según se aprecie los llamados contratos reales desde dos puntos de vista: como que sólo se perfeccionan con la tradición (criterio clásico, conforme al cual el contrato es propiamente real y unilateral), o desde que hubo acuerdo, aún sin tradición (criterio moderno, que confiere al contrato carácter consensual y sinalagmático).

Dentro del primer criterio, el mero acuerdo sin tradición constituye promesa. Pero entonces la exigencia de la tradición no importa ejecución del contrato, sino su perfección. Se trata, por lo tanto de promesa y no de contrato. Se exige el perfeccionamiento de ésta, para que así, perfecto—hecha la tradición—sea demandable la obligación misma (devolución de la cosa). No se exige la obligación misma, inadmisibles sin previa tradición. Dentro del segundo criterio, la apreciación varía. El contrato se descompone en dos fases: tradición de la cosa y su restitución. La exigencia de la tradición no conduce a perfeccio-

nar el contrato (que se perfeccionó por el mero acuerdo), sino a ejecutarlo en su primera fase. Así, el acuerdo no es promesa; es verdadero contrato. Luego, con cualquiera de los dos criterios con que se juzgue los llamados contratos reales, subsiste firme la distinción entre ante-acto y acto.

Producido acuerdo sobre un negocio solemne, sin haberse llenado la formalidad, la exigencia de ésta última no implica la de los efectos mismos del acto, sino la verificación de uno de sus requisitos para que el consentimiento sea perfecto. Es decir, que en tal caso trátase de una promesa y nó de un acto propiamente tal. En efecto, si A y B convienen en un negocio con solemnidad, sin practicarla, la demanda para que tal solemnidad se practique no importa exigibilidad de los efectos que constituyen el acuerdo, sino perfeccionamiento de éste, que sólo entonces hace exigibles los efectos del negocio solemne concertado.

El ante acto, en síntesis debe poseer todos los requisitos comunes de los actos jurídicos; pero adoleciendo de la falta de un requisito propio de la especie del negocio que se intenta practicar.

De otro lado, es oportuno advertir que la promesa no importa un contrato con un *pactum displicentiae*; advertencia oportuna, en fuerza a que no es raro hallar testimonios de quienes piensan que la promesa va acompañada de multa penitencial, para el efecto de asegurar consecuencias jurídicas con respecto a aquélla. Dicho pacto puede o nó ser convenido en cualquier contrato; su inclusión es un contrato dado, no quita a éste su carácter de tal, para imprimirle el de una promesa; pues la diferencia entre una y otra figura reside en circunstancia extraña a tal pacto, que por su naturaleza es accesorio; reside en una nota tipificante, que interesa a la naturaleza misma de la cuestión, cual es,—como lo hemos dicho,—que en la promesa falta un elemento o requisito propio del negocio a practicar, a diferencia del contrato, que tiene todos esos elementos completos. La multa de arrepentimiento puede, pues, pactarse tanto en relación con un contrato como en relación a una promesa.

Idénticamente, la estipulación de una *arrha poenitentialis*

no imprime carácter al acuerdo, para atribuirle el de una promesa, ya que la única diferencia entre tales arras y la multa penitencial, es la entrega anticipada de cantidad, que ocurre con la primera y no con la segunda.

¿Cuáles son los caracteres que debe contener y cuáles son los efectos del *contrahere* futuro? El ante-acto comporta un vínculo jurídico, o sea, tiene por sí fuerza obligatoria, pero sólo con el carácter de eventual, desde que sólo es exigible cuando se le reúne el elemento que le falta para transformarse en acto propiamente tal.

De lo anterior descende, como derivación natural, que el acto preliminar presupone la capacidad suficiente, en el momento en que aquél se conviene, de parte del promitente; capacidad que no es requerida en el promisorio, por lo mismo que éste no se obliga.. La ausencia de vicios de voluntad y en general de causas de nulidad, debe apreciarse también en relación al momento en que se conviene la promesa. Por el contrario, es en el momento en que la promesa se convierte en contrato y devenga por lo tanto exigible la obligación considerada en aquélla, que deberá apreciarse la licitud del objeto o de la causa de la obligación. "Es en este momento solamente que las obligaciones entran plenamente en realización, y por consecuencia en conflicto con la justicia, el orden público o las buenas costumbres. El contrato será pues válido si nada se opone a él, bien que en el momento de la promesa no haya sido así. Sin embargo, en tanto que subsista el carácter ilícito o inmoral del objeto o de la causa, todo acto fundado sobre la promesa, aún los actos conservatorios, aún la constitución de seguridades, son imposibles, a menos que la ley determine desde luego una fecha fija para la cesación de la ilicitud" (Planiol et Rippert). En cuanto a su contenido, el ante acto debe comprender de una manera determinada o determinable, los elementos del contrato definitivo (Leduc).

Cuando se presenta el elemento que faltaba en la promesa, para que se convierta en contrato es exigible la obligación a que

aquélla concernía. Tal exigibilidad debe regirse por los principios generales, o sea, que primará el cumplimiento *in natura* de la prestación, y sólo en defecto de él será demandable la prestación del equivalente. No hay razón para considerar que una promesa comporte una obligación facultativa, podría decirse, en el sentido de que el promitente podría eludir a su arbitrio el cumplimiento específico, abonando el resarcimiento consiguiente. La tesis que tal cosa ha propugnado, está desacreditada. El promitente no puede retractarse de su promesa; ésta le obliga para el efecto de que le pueda ser demandada, una vez que se presente el elemento de que la promesa carecía para convertirse en un acto jurídico exigible. Por la misma razón de que el ante-acto obliga a la parte promitente, ésta no puede, sin incurrir en responsabilidad, impedir por su propio hecho la perfección del acto. Antes que la operación jurídica se convierta en definitiva puede el sujeto activo de un derecho realizar providencias de conservación, actuar judicialmente para que se establezca la existencia de dicho derecho, y hasta impedir que el promitente emprenda alguna medida que pueda perjudicar o hacer desaparecer tal derecho posible de realizarse (Viforeanu).

Caso que el acuerdo no pueda convertirse en una relación jurídica perfecta, por culpa de alguna de las partes, cabe responsabilizarla por daños y perjuicios. (Proyecto franco-italiano, art. 25). El Código italiano en su art. 1337 advierte que las partes en el desarrollo de los tratos y en la formación del contrato, deben comportarse según la buena fé. También en el derecho alemán se admite la misma solución (Gottschalk). Sobre este punto se ha detenido Josserand, en cuanto el rehusamiento de contratar puede entrañar un abuso de derecho. Rippert ha adoptado una posición adversa a la admisión en este caso de una responsabilidad precontractual: o bien hay responsabilidad por violación de un acuerdo ya cerrado o bien hay fraude frente a tercero. Para Josserand hay hasta acto ilegal o intrínsecamente ilícito en algunos casos de rehusamiento a contratar; así en el caso de empresas que gozan de un monopolio de servicios públicos, aunque ello tiene ciertos límites en cuanto a las posibilidades normales propias del servicio y por circunstancias especiales (un administrador de ferrocarril puede oponerse a transportar a un viajero en estado de embriaguez; un director de teatro puede impedir el acceso de una persona cuya presencia sería motivo de escándalos, protestas o molestias). Fuera de estos ca-

sos el rehusamiento a celebrar una convención definitiva, deteniéndose en el período de los *pourparles*, no debe acarrear responsabilidad; pues ello se basa en el principio de la libertad humana. Esto como regla general claro que es distinto del caso en qué se haga oferta cabal, pues entonces debe mantenerse aquélla durante cierto plazo según las circunstancias (art. 1330; incisos 2 y 3); y también esa libertad contractual tiene su límite, en cuanto ataque otros derechos naturales del hombre o principios institucionales fundamentales (así, la negativa a contratar por motivaciones hijas del odio, inquina) o ataque otros principios que la ley defiende: negativa a tomar los servicios de determinadas personas por la circunstancia de que son hombres casados o porque son nacionales. “En resumen—enjuicia Josserand—la libertad de no contratar no comporta en la unánime opinión, ningún límite cuando el autor del rehusamiento no haya tomado anteriormente ninguna iniciativa directa o indirecta, expresa o tácita; por el contrario, es susceptible de considerarse que existe abuso cuando hubiera existido una iniciativa en tal sentido, afectando la forma de una oferta incondicionada; el abuso está constituido aquí, como siempre, por el móvil ilegítimo. Si ofertas precisas, personales o impersonales, pero condicionadas han sido hechas, su revocación resulta imposible desde el momento que un tercero ha derivado un derecho de ella; el arrepentimiento entonces de parte del policitante, equivaldría no solamente a un abuso, sino a la violación del derecho contractual”.

La promesa, aunque no haga exigible la obligación a que se contrae, puede ir acompañada de seguridades que garanticen el derecho eventual existente. Tales seguridades tienen validez, y si son reales tienen la prelación que resulta de su publicidad y registración.

La promesa trasciende activa y pasivamente a los herederos del estipulante y del promitente, respectivamente. De otro lado, el derecho que importa para el estipulante la promesa es cedible, como cualquier otro derecho en general. También pue-

de ser objeto de los cuidados tendientes a conservar tal derecho. Puede, así, el beneficiario de la promesa inscribir ésta, si versa sobre constitución de derecho real, o la respectiva seguridad real que la garantice; hacer significaciones; aún obrar en justicia para establecer la existencia de su derecho, cuya comprobación le sería más difícil verificar posteriormente. Puede también impedir que el promitente transforme, deteriore o haga peligrar la existencia de la cosa a que se contrae la promesa. Por exceder del radio de los actos meramente conservativos, no puede ejercer la acción oblicua ni la pauliana. El contrato preliminar debe hacerse respetando la forma establecida *ad solemnitatem* para el contrato definitivo, so pena de nulidad. Tal la regla impuesta por el número 1351 del Código italiano.

La realización de la promesa no obra *ex-tunc*. De aquí descienden las siguientes consecuencias:

a). Los riesgos quedan a cargo del promitente. Si la cosa se hubiera perdido antes de la realización de la promesa, no habrá contrato: la obligación queda disuelta para las partes. Si se deterioró o sufrió en general disminución de valor, el contrato podrá ser disuelto por el promisorio, salvo que consienta en recibir la cosa en el estado en que se hallase, con disminución proporcional del precio que se hubiese convenido. Si la cosa ha aumentado de valor, el deudor tendrá derecho a exigir aumento proporcional en el precio que se hubiera convenido; y si a ello no accediera el acreedor, la obligación se disolverá. Las anteriores referencias, concernientes al efecto que debe tener sobre la promesa la pérdida y sobre todo los deterioros y aumentos fortuitos en la cosa, parecen que suscitaran entre los autores ciertas dudas acerca de la forma como debe resolverse la cuestión. A nosotros nos parece que esta debe ser resuelta conforme a las indicaciones antes consignadas, basadas en la consideración de que el promitente se mantiene como dueño de la cosa en tanto que la promesa no se realiza. En consecuencia, él debe sufrir la pérdida de la cosa y a él deben también corresponder los deterioros y aumentos fortuitos de la misma.

b). Si fuera atacable el acto por lesión, deberá apreciarse ésta en el momento en que el contrato se hace perfecto.

c). Hasta ese momento el dueño de la cosa que forma el

objeto de la promesa, puede disponer de ella; y el estipulante no puede invocar preferencia de su derecho, constituido por la simple promesa, sobre los adquiridos por terceros; salvo las reglas especiales del régimen transcriptorio tratándose de inmuebles.

d). La renuncia a utilizar un derecho que deriva de una promesa, no exige la capacidad para renunciar a un derecho real.

e). El vicio redhibitorio que se achacara a una promesa relativa a un contrato oneroso, será apreciado en relación al momento de la realización de la promesa.

Si convencionalmente no se hubiere fijado plazo para que dentro de él la promesa resultare exigible, deberá regir el de la prescripción común de la acción que le sea concorde, si es que la ley no señala uno de caducidad para el caso. No hay razón para que el juez fije entonces un plazo prudencial, porque ello importaría que él se arrogaría una actividad de orden convencional, que por definición únicamente incumbe a las partes. El plazo fijado por las partes puede, por lo demás, ser expreso o tácito, resultar del uso y las costumbres (por ejemplo en la compra de una cosa a gusto).

En caso de que no se hubiera fijado un plazo expreso o tácito para la realización de la promesa y ésta concierna a promesa unilateral de un contrato, la cual para realizarse requiere el consentimiento de la otra parte, el promitente puede solicitar que se notifique a ésta última para que dentro de un plazo razonable se pronuncie expresando su voluntad de obligarse o no definitivamente.

La promesa no caduca por la muerte del promitente o del estipulante: se trasmite pasiva o activamente a los sucesores de uno u otro. Tampoco caduca por falencia de una de las partes.

El Código se refiere a la promesa de compra venta en los artículos 1392 y 1393. De ellos nos ocuparemos oportunamente.

Tratemos ahora, concretamente, de los artículos 1328 y 1329.

La primera parte del 1328 no requiere, en verdad, mayor comentario. La necesidad de garantizar el cumplimiento de la voluntad expresada válidamente, explica por sí sola que el contrato sea obligatorio para los que lo concertaron dentro de los términos de lo estipulado. Es deber jurídico de cada contratante hacer fé a su consentimiento empeñado, y de aquí que debe cumplir con el contrato lealmente, honradamente, con buena fé. Todo contrato es, así, uno que se debe estimar celebrado *bona fides*. Lo cual importa, de consiguiente, que en el derecho moderno ha desaparecido la distinción romana de los contratos *stricti juris* y de buena fé.

Lo más interesante del art. 1328 reside cabalmente en su parte segunda; es decir, que los contratos deben ejecutarse según las reglas de la buena fé y la común intención de las partes. Así se atempera el rigor formalista de los términos literales del contrato, al ser sometido a los principios inabdicables de la equidad y la justicia.

García Sayán compara con la fórmula del Código antiguo, la del artículo 1328 del Código actual y estima que esta última supera a la de aquél. Descompone dicho precepto en sus dos partes: la primera que dice que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, y la segunda que enuncia que deben ejecutarse según las reglas de la buena fé y común intención de las partes. La primera parte indica el qué de la prestación, el contenido de la deuda. "El vínculo jurídico se circunscribe a lo que ha sido objeto de la manifestación de voluntad, explícita o implícita. El contenido de las obligaciones contractuales hay, pues, que tomarlo en sentido estricto; no puede ampliarse por vía de interpretación. El Código, por lo demás, no da reglas para la interpretación de la voluntad de los contratantes. No han seguido en esto, nuestros codificadores, al Código alemán, que sí da reglas de interpretación en su art. 157".

La segunda proposición enunciada en el art. 1328 atempera el rigor de la primera, al regular el *como* o manera de la prestación.

Entre el artículo 1328 del Código actual y el 1257 del anterior no hay identidad completa, aunque sí en el fondo una coincidencia de propósito. Discrepando de García Sayán, cree-

mos que la fórmula del citado precepto 1257 es más rica en contenido y más amplia y flexible que la del 1328 del Código actual. Porque este último en su primera indicación sólo da valor ligante a lo que se haya expresado en ellos, en tanto que el referido artículo 1257 hace obligatorio al contrato no sólo "en cuanto se haya expresado en ellos", sino además "en lo que sea de equidad o de ley". Impone así al contrato *ministerio legis* todo lo que no expresado en él mismo, debe reputarse como que ha de corresponderle por razón natural, intrínseca, lo que sea de equidad o lo que la ley establece respecto a la relativa figura con carácter de *jus cogens*.

La expresión equidad resulta reemplazada por la "buena fé". No hagamos distinguos dialécticos. Buena fé y equidad son hermanas siamesas. Con uno u otro principio en cuanto informantes para la apreciación del juez, se llega al resultado de apreciar al contrato no únicamente de acuerdo con un criterio rigorista textual, sino en concordancia al interés social y a una apreciación axiológica transcendental, el de la justicia intrínseca como finalidad esencial de toda operación jurídica.

El artículo 1357 del Código del 52 no contenía referencia a la común intención de las partes, como lo hace el artículo 1328, que ahora comentamos. Pero la indicación es sobrentendida y diríase que expresar tal cosa, que el contrato representa y debe representar la común intención de las partes, importa simplemente la formulación de lo que se llama un juicio analítico.

Como lo hemos anotado, el número 1257 del Código derogado no indicaba cómo debía ejecutarse el contrato, pues no se descomponía en las dos proposiciones que señala García Sayán respecto al 1328 del Código vigente. Pero ello iba implícito en la formulación propia del citado 1257. Al referirse al *qué* de la prestación, condicionándola a la equidad y a lo impuesto por la ley, según la naturaleza del contrato, se refería consecuentemente al *cómo* o manera de entender y por lo mismo de ejecutar la prestación.

El principio destacado es el artículo 1328, de la buena fé, en cuanto presupone como precisa lógica la justicia y la equidad, puede permitir, de un lado, ensanchar los efectos del contrato más allá de sus términos literales, de otro lado restringirlos.

En cuanto a lo primero, sábase que *ea quae sunt moris et consuetudinis in contractibus tacite veniunt*.—Hay una implícita comprensión en el contenido del contrato de aquellas “consecuencias que la equidad, el uso o la ley, dan a la obligación según su naturaleza” (art. 1135, Código francés).

En cuanto a lo segundo, la cuestión es más delicada y también reviste más interés.

Dentro de un concepto ortodoxo acerca de la eficacia de la autonomía de la voluntad, es muy difícil admitir la modificación en los términos en que fué plasmado el contrato. Mas, hoy tal punto de vista está superado, como que responde a una apreciación individualista del derecho. Este se aprecia limitado y supeditado por los imperativos del interés social. De aquí que no pueda considerarse a la mera voluntad individual que se expresa en un acto contractual, como capaz para engendrar derechos y correlativas obligaciones que atenten contra las recomendaciones de la equidad y la buena fé, al hacerse exigibles aquéllas.

Una serie de medios franquea la ley para evitar tan funesta eventualidad. Tales la acción rescisoria por lesión, la posibilidad, dejada al arbitrio del juez, de disminuir la pena impuesta como cláusula penal, la acción por enriquecimiento sin causa, la fulminación del uso abusivo del derecho, la disminución en ciertos casos del monto de las prestaciones, la nulidad de las cláusulas de irresponsabilidad por falta grave, la posibilidad de modificar los términos del contrato por aplicación de la moderna teoría del riesgo imprevisto

Por esta última se permite atemperar los términos de un contrato por obra del juez, al apreciar las circunstancias imprevistas, verdaderas “circunstancias extracontractuales”, que después de concertado el negocio alteran profundamente el régimen de su economía presupuesto al convenirse; de modo que su ejecución dentro de las condiciones en que fué pactado, sería contrario a la equidad, a la buena fé, a lo que las partes han podido o debido querer legítimamente. El Juez debe, pues, intervenir en función de la equidad, más que para respetar la letra del contrato, asegurando así el triunfo del espíritu contractual abstracto que puede oponerse, superándolos, a los términos literales del contrato. “El principio de la buena fé domina la voluntad de las partes y no se puede admitir que la domine solamente respecto a la formación del contrato y no a su ejecución. La buena fé obliga a no engañar al otro contratante; obliga también a no

enriquecerse con sus despojos si circunstancias imprevistas hacen del contrato una cosa completamente diferente de lo que habían considerado las partes". (Planiol et Rippert). "No es discutible, aún dentro de la concepción nominalista más intolerante, que pueda conservarse sin modificación un contrato, cuando a causa de alteraciones, por circunstancias imprevistas, se destruye la equivalencia entre prestación y contra-prestación (synallagma), sin atentar contra el principio de la buena fé" (Nussbaum). Como se lee en "El Fausto"; "¿no es bastante que mi palabra dada haya de jugar eternamente con mis días? ¿Van a seguir todas las corrientes del mundo, y ha de pararme a mí un contrato?".

El buen sentido advierte que quienes contrataron sólo previeron las consecuencias normales, ordinarias del contrato. Su común intención no pudo ser otra que el funcionamiento del contrato se desarrollara dentro de tales consecuencias. Pero aquellas que asumen otro carácter, que son extraordinarias y anormales, que no pudieron, pues, caer dentro de las previsiones ni por lo mismo dentro de la común intención de las partes, no deben tener efecto obligatorio para éstas; y de aquí que quede reservado al *nobile officium* del juez atemperar o paralizar el efecto injusto que derivaría de aceptarse que ellas se aplicaran *velit nolit*, a nombre del acatamiento inflexible a la letra del contrato. Ello significaría atentar contra el espíritu de justicia, en gracia a una fetichista sumisión a la soberanía nominal de la convención.

La sabiduría del derecho romano ya permitía que circunstancias extraordinarias pudiesen tener efecto modificatorio sobre la estipulación, a fin de que ésta no condujera a consecuencias extrañas a lo que debía ser el resultado natural y ordinario de lo convenido. En efecto, Serbesco y Zaki encuentran ya el abolengo de la figura en el derecho romano, que admitía en determinados casos y a base de la interpretación de la voluntad de las partes, que el deudor se eximiera de sus obligaciones si éstas devenían superiores a las pactadas, por circunstancias presentadas *a posteriori*. El célebre pandectista Otto Lenel va más allá, manifestando que en todos los contratos *bonae fidei* funcionaba la cláusula *rebus sic stantibus*, por la cual se suponía

que sólo mientras se conservasen las circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato, éste surtía sus efectos inalterables; pero que ellos se modificaban de variar tales circunstancias. Los canonistas de la Edad Media sobre tales huellas formularon la concepción orgánica de la cláusula *rebus sic stantibus*, que encerraba una admirable garantía de equilibrio en los efectos de las convenciones. Se sobreentendía en los contratos una cláusula *rebus sic stantibus* y se consideraba, por ende, que las partes sólo podían considerarse sujetas al vínculo convenido mientras persistieran las condiciones básicas originarias del mismo; tales condiciones eran las únicas que los contratantes pudieran tomar en efectiva cuenta. La tesis en tal sentido, propugnada por la escuela bartoldista, fué recibida con beneplácito por la doctrina civilista de los siglos XVII y XVIII. Así lo demuestra Bruzin y Hubrecht. Y es que, como anotan Planiol y Rippert, los canonistas reprobaron el enriquecimiento de un contratante a expensas del otro, lo que podía resultar no sólo de las circunstancias presentes en el momento de celebrarse el contrato (remediable por la acción por lesión), sino también de un cambio ulterior en aquéllas. Cardini recuerda la doctrina tomista del justo precio, como un antecedente que tiene pertinencia con la teoría de la imprevisión.

No tratado el asunto por los glosadores, mereció por el contrario la atención de los post-glosadores (Rubín; Catian). Bartolo, sobre todo, y también Baldo y Alciat pueden citarse como representantes de tal punto de consideración. De la escuela francesa, sus personeros no se ocupan del asunto; pero sí los de la escuela italiana, sobresalientemente con Mantica y De Luca. En Alemania y Holanda exhibe como defensores a Grocio y Puffendorf.

Pero los autores franceses del siglo 18, Pothier, Domat, que tanta influencia ejercieron sobre la estructura del Código de Napoleón, guardaron silencio sobre el riesgo imprevisto, y esto explica que dicho Código y los que siguieron sus rumbos no se refieran expresamente a él. Aún más, bajo el predominio del principio de la autonomía de la voluntad, que se consagra en la simplista fórmula del inciso 1.º del artículo 1134 del *Code Civil*, los antiguos intérpretes de éste desconocían todo lo que se refiriese a una supuesta cláusula *rebus sic stantibus*. El concepto individualista es contrario a la imprevisión. Ella conspira contra la seguridad de los contratos: *pacta sunt servanda*.

Permitir que éstos puedan modificarse por causa que sea extraña a las específicamente indicadas por la ley o que sea distinta al mutuo disenso, significa abrir la puerta a la arbitrariedad en esta materia, siendo así que precisamente se contrata para resolver anticipadamente las futuras consecuencias a producirse en la relación entre las partes. Pero esta objeción, que no deja de tener su fuerza, no es bastante frente a la consideración fundamental de los imperativos de una justicia verdaderamente entendida, y la exigencia de que el contrato se cumpla de buena fé.

En Alemania el principio florece y especialmente De Layser propugna su eficacia; los Códigos Civiles producidos en la segunda mitad del siglo XVIII, de origen teutónico, la consagran en dispositivos expresos (Códigos bávaro, prusiano, austriaco). El Código bávaro de Maximiliano acogió el principio, en el parágrafo 12, capítulo 12, parte IV, que decía que aceptaba que el contrato pudiera rescindirse por hechos no provenientes de una de las partes, no previsibles y que de haberse previsto es de suponer lógicamente que no se habría asumido la obligación. También la rescisión por el motivo indicado fué admitido por el Landrecht prusiano (parágrafo 338). En cierto modo también, el Código austriaco (art. 936) tiene en mira el problema, pues habla de que "no hayan cambiado entre tanto las circunstancias", para que el contrato mantenga su plena eficacia.

El rigor del principio que aparece del Código de Napoleón en cuanto reputa a la voluntad individual como el poder soberano en materia contractual, hizo que se le restara importancia a la susodicha cláusula. Pero contemporáneamente ella readquiere valor, amparada por las recomendaciones de cátedra y la labor legislativa y jurisprudencial. Se acoge, pues, el principio del riesgo imprevisto, que tiende a asegurar el imperio del equilibrio contractual, excluyendo la posibilidad del abuso del derecho. "En materia contractual, como en las relaciones entre terceros, no es permitido extender su derecho más allá de los límites trazados por la buena fé, por la moral jurídica general: el *summum jus* deviene la *summa injuria*; así se eleva y se resuelve el conflicto secular entre el derecho estricto y la superla-

gilidad, en el cual el juez es instituido o se instituye en "guardián permanente". (Josserand). Así se explica, pues, que actualmente sea grande la preocupación de los autores en cuanto a estimar el riesgo imprevisto, esforzándose en fundamentarlo sea a base de la interpretación y aplicación de prescripciones legales explícitas, sea a base de principios generales jurídicos. La legislación y la jurisprudencia han admitido también, en forma decisiva, el funcionamiento de la imprevisión. Resumamos los esfuerzos hechos en tal sentido.

En Italia, los tribunales han amparado la imprevisión, por interpretación de los artículos 1224, 1225, y 1226 del antiguo Código Civil derogado. El actual Código italiano dedica a la materia los artículos 1467 a 1468. El art. 1467 establece que en los contratos de ejecución continuada o periódica, y aún de ejecución diferida, si la prestación de una de las partes ha resultado excesivamente onerosa por razón de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, el deudor puede solicitar la rescisión del contrato, sin efecto retroactivo; salvo que la mayor onerosidad caiga dentro del área normal del contrato, y pudiendo la parte contra la cual es demandada la resolución evitarla, ofreciendo la modificación equitativa del contrato. El 1468 se refiere al caso de contrato con obligación de una sola parte, pudiendo ésta solicitar una reducción de la prestación o bien una modificación en la modalidad de la ejecución, suficiente para restablecer la equidad. El 1469 dice que los dos preceptos anteriores no se aplican a los contratos aleatorios por su naturaleza o por voluntad de las partes. En la Carta del Lavoro se prevé la posibilidad de la revisión en las condiciones del contrato de trabajo. Ramella la justifica plenamente.

En Francia se ha invocado el art. 1135 del Código Civil, y Fyot vé su base de fundamentación en el art. 1150, mientras Wahl y Magnan de Bornier creen que hay más propiedad en apoyarla en el art. 1156 del mismo. En Francia, donde más resistencia se ha notado para admitirla con referencia a las relaciones de orden meramente privado, por un actamineto idólatra a la fórmula del art. 1134 del *Code Civil*, de que el contrato es ley entre las partes, empero ha venido a predominar el criterio de que el riesgo imprevisto no debe ser desatendido.

En efecto, tal precepto 1134 debe entenderse y sólo puede ser debidamente interpretado en conjunción con el art. 1135, que somete al pacto no solamente a lo que en él se expresa, sino también a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley atribuyan a la obligación según su naturaleza. Los autores modernos amparados sea en dichos últimos dispositivos legales, sea en los principios generales del derecho, propugnan la eficacia de la imprevisión: Voirin, Louva, Lebon.

En Bélgica se fundamenta por los doctos la imprevisión, análogamente que en Francia, y aún con más enérgicos caracteres. En Suiza se la ha acogido bajo el patrocinio de los artículos 2.º del Código Civil, 24 y 373, inciso 2.º, del Código de las Obligaciones. Rossel se muestra partidario de ella. En Alemania ha sido aplicado por referencia de los artículos 112, 119, 157, 242 del B. G. B. (Champion) Nussbaum, en una monografía especial destinada a estudiar las modificaciones en los contratos por alteraciones en el valor de moneda, se ocupa al respecto de la figura de la revalorización, distinguiendo la legal y la judicial y citando, concordantemente, las leyes dictadas y las disposiciones jurisprudenciales expedidas sobre el particular. A este respecto no se puede dejar de recordar los esfuerzos de Zeiler y Mügel, los primeros paladines en Alemania (donde la teoría de la imprevisión ha sido objeto de una prolija atención de los tratadistas) de una acción legislativa en el sentido de la revalorización de las obligaciones consistentes en términos pecuniarios (Zeiler, Wassermann, Mayer). Algunos autores teutones fundamentan la teoría del riesgo imprevisto en la doctrina de la presuposición propugnada por Windscheid. Enneccerus ocupándose del tema escribe: "El derecho de resolución se justifica, en última instancia, por los principios de la buena fé que prohíben las reclamaciones no exigibles al deudor. En cuanto a la medida de lo exigible, tienen una importancia decisiva el contenido del contrato y las bases del mismo (párf. 157). Por esto me parece preferible fundamentar el derecho de resolución en la desaparición o defecto de la base del negocio, sobre todo en cuanto permite que también se tenga debidamente en cuenta el defecto *ab origine* de una circunstancia básica. La excepción derivada del propio interés contrapuesto no es recomendable en modo alguno, por que no conduce en ningún caso a despejar definitivamente las relaciones jurídicas de las partes. Ahora bien, no se ha llegado todavía a un

acuerdo completo sobre la más precisa fundamentación y delimitación del derecho de resolución por causa de defecto de la base del negocio. La cuestión sigue siendo una cuestión palpitable”.

Agrega el mismo autor: “todas las fórmulas sólo dan líneas *directrices generales* y no deben aplicarse esquemáticamente, sino sólo teniendo en cuenta *el conjunto de las circunstancias del caso concreto*. Siempre será decisivo el que el derecho de resolución sea una exigencia apremiante de la buena fé, según *la situación en conjunto*, habida cuenta de la *finalidad del contrato*”.

Recientemente se ha sostenido con mayor énfasis la necesidad de consagrar el principio del riesgo imprevisto. Escribe Lange: “la frase *pacta sunt servanda* pierde su dureza individualista.... Cada parte no debe aprovechar de los recursos legales sin consideración alguna para el otro contratante, únicamente guiado por su propio interés, sin que le importe que haya obrado sin o con culpa, que maliciosamente no haya cumplido con la presentación o que se haya esforzado para cumplirla. El contrato celebrado no puede ser una línea de acción inflexible para la exigibilidad de la obligación, sin que se tome en cuenta el cambio producido en las condiciones del medio. Por consiguiente, a favor de las partes debe restablecerse la cláusula *rebus sic stantibus*. Ella debe ser elevada... a la altura de un recurso legal pleno de responsabilidad y de la conciencia colectiva de la lealtad contractual”.

La jurisprudencia inglesa tampoco ha ido a la zaga en tal orden de cosas, y dada la flexibilidad de la “equity” ha habido cierta asequibilidad para proceder a la aceptación de la imprevisión, adoptándose el standard jurídico del *reasonable man*. (Levy Ulmann). La llamada teoría de la *frustration* o de la *commercial impossibility* funcionan, pues, haciendo perder su rigidez clásica al vínculo contractual. Se puede también hablar de que en los Estados Unidos de Norte América ha sido acogido el principio. “Esta teoría—apunta Cardini—ha sido también marginalmente aceptada en los E.E. UU. en la jurisprudencia sobre las leyes de emergencia de alquileres, cuya constitucionalidad también aceptó la Suprema Corte. Otra jurisprudencia

norteamericana que, como la existente sobre las leyes de emergencia de moratoria y de alquileres, también existe en nuestro país, aunque aquí bajo la forma de las llamadas hipotecas a oro; es la jurisprudencia que dió lugar a la llamada cláusula *dollar or*".

Willinston se refiere a varios casos de modificación judicial de los términos de los contratos por causas imprevistas, extraordinarias sobrevenidas. El *Restatement* se ocupa de la *supervening impossibility*. Ello se distingue netamente de la *vis major* o del *act of God*.

En el Brasil se considera inferente para la impresión los artículos 762 y 1092 del Código Civil (Jorge Americano: "Cláusula rebus sic stantibus". Revista de Faculdade de direito de S. Paul; t. 39).

Fuera de las anteriores referencias—para no hacer mención sino de los principales países—que revelan la obra de la jurisprudencia y la doctrina en materia del riesgo imprevisto, hay determinados dispositivos especiales de los legisladores de varios países en idéntico sentido. Así, la ley belga del 11 de octubre de 1919, las leyes del 6 de julio de 1915, 17 de agosto de 1917 y sobre todo de 21 de febrero de 1918 (la llamada ley Failliot), en Francia: la ley de mayo de 1918, también dada en Francia sobre arrendamiento y de 6 de julio de 1925 y 16 de julio de 1935. Otras leyes dictadas también en Francia, como la de 22 de noviembre 1918, sobre contratos de trabajo; 21 de julio de 1927 sobre cargos de ciertas fundaciones; 8 de marzo y 21 de julio de 1933, sobre revisión de ciertos contratos; en Italia el decreto de 27 de mayo de 1915, que declaró como fuerza mayor la guerra no sólo cuando hiciera imposible la obligación, sino aún en los casos en que la hiciera más difícil (Miñán); en Inglaterra la ley de 3 de agosto de 1914, la de 30 de agosto de 1914, modificada por las de 17 de mayo, de 1.º de julio de 1916, de 1.º de julio de 1917; la ley alemana de febrero de 1924; el decreto de 25 de mayo de 1925 en Austria, sobre el pago de las obligaciones pecuniarias después de la depreciación de la corona. Respecto a los Códigos modernos además del recientísimo italiano, (arts., 1467 a 1469, antes citados), el de Polonia (art. 269) se expresa así: "cuando por consecuencia de acontecimientos excepcionales como guerra, epidemias, pérdida total de cosechas y otros cataclismos naturales, la ejecución de la prestación tropezaría con dificultades excesivas o amenazaría a una

de las partes a una pérdida exorbitante, que las partes no han podido prever cuando la conclusión del contrato, el tribunal puede, si lo juzga necesario según los principios de la buena fé y después de haber tomado en consideración los intereses de las dos partes, fijar el modo de la ejecución, el monto de la prestación, y aún pronunciar la resolución de la convención".

En algunos artículos del Código soviético late el principio de la imprevisión, y ella encuentra su consagración explícita en el número 22 del Proyecto franco italiano de obligaciones y contratos.

Referentemente a la reforma argentina, escribe Cardini: "para concluir daremos nuestra opinión, concordante con la de la Comisión, que hemos transcrito al principio. Si bien no se sanciona expresamente la teoría en el nuevo Código, se la ha aceptado en innumerables aplicaciones concretas". En el Perú puede mencionarse la ley 2938, que permite la revisión de las tarifas de concesiones de ferrocarriles cada cinco años, y la ley 7683 que redujo los intereses en los mutuos.

Así, pues, en general se considera que debe aceptarse el principio del riesgo imprevisto. Los autores lo fundamentan desde diferentes puntos de vista y relacionándolo con varios institutos. Así, Rippert ve su fundamento en lo que llama regla moral. Otros simplemente ven una aplicación de la fuerza mayor (Rozis) Osti recurre al principio de equivalencia en las prestaciones, la *sinallagma*, que se quebranta en el supuesto de que ahora nos ocupamos. Se ha dicho también que se trata de un error en el consentimiento. Lo querido por las partes, de que es expresión la declaración de voluntad, y la extensión de consiguiente de sus compromisos asumidos, no es un acto absolutamente autónomo, sino condicionado por el momento y el medio en que la declaración se produce. Los declarantes sólo han podido considerar los efectos del contrato que éste podría generar en relación a la época y las circunstancias en que él fué pactado; los demás, que sobrevienen como consecuencia de circunstancias posteriores imprevisibles, no caen pues dentro de la esfera de consideraciones que tuvieron presentes las partes.

Otra teoría, que arranca del conocido principio de la presuposición de Windscheid, aplicada tratándose del riesgo imprevisto, reputa que como las partes contrataron pensando en que se mantendrían las condiciones generales existentes al perfeccionarse el contrato, si aquéllas varían gravemente por causas ex-

trañas a las partes, se relaja consecuentemente el vínculo obligatorio. Puede calificarse como una simple variante de la teoría anterior, el sistema formulado por Oertmann, llamado de la base del negocio jurídico.

La noción del abuso del derecho también ha sido tenido en cuenta para justificar el riesgo imprevisto. El ejercicio del derecho y los medios para hacerlo eficaz, se dan sobre el supuesto de que ello no importe la ruina del deudor, por causas extraordinarias que han venido a agravar su situación, ajenas al contrato mismo. Exigir las obligaciones en tales condiciones sería ejercitar abusivamente el derecho, hacer un uso anormal, irregular, de él y con finalidades antisociales.

Bonnecase halla que la imprevisión se encaja dentro de la noción del enriquecimiento sin causa. De no remediarse la situación de desequilibrio sobrevenido en el contrato, una parte obtiene un indebido lucro a costa de la otra parte que injustamente sufre un empobrecimiento.

Concorde con su concepción de la seguridad social como norma de las relaciones convencionales, Demogue impetra la necesidad de la imprevisión como conformada con el rol económico y social que compete al contrato. No se satisface el derecho con dar firmeza a aquél, estableciendo que es ley entre las partes y sólo puede rescindirse por la voluntad de las mismas que lo pactaron. Otras consideraciones de solidaridad social imponen que se limite y controle tal rígido concepto; y así Demogue hace referencia a los artículos 1162, 1244, 1550 del Código francés. En el contrato hay una vinculación de recíprocos intereses; basta ya de mirar en él el triste y trágico encuentro de dos voluntades adversas, cada una de las cuales sólo pretenda esquilmar a la otra. Ahora bien, mantener intangible un contrato, pese a nuevas circunstancias que alteran substancialmente su régimen económico, es absurdo; el contrato no puede ser estereotipado dentro de una fórmula abstracta y del más duro sentido rigorista. El contrato es expresión de una cosa viviente; es en sí una cosa viviente, y como la vida, no puede permanecer *ab eternum* inerte e invariable.

Hay quien ve en la imprevisión un caso de aplicación de la lesión; lo cual no tiene fundamento, pues esta última respecta a desequivalencia que se presenta en el momento de la conclusión del contrato.

La rescisión por imprevisión guarda relación con otras re-

glas o principios, pero es un instituto autónomo, que tiene su fundamentación, como se ha expresado antes, en el principio de la buena fé y la equidad que deben presidir el tráfico jurídico.

Son condiciones que deben concurrir para la modificación en los contratos por concepto del riesgo imprevisto:

a). El contrato debe comportar prestaciones futuras. En caso de contrato referente a una obligación de ejecución inmediata, no tiene pertinencia: las partes tuvieron en cuenta las condiciones existentes en momento de celebrar el contrato, y cualquiera injusticia proveniente de desequivalencia entre las prestaciones puede dar curso a otros remedios como la lesión o la nulidad por defectos en la causa de la obligación. Mas, la modificación por el riesgo imprevisto no tiene por qué concretarse al caso de prestaciones sucesivas; una sola prestación de ejecución diferida puede exigirla también imperiosamente.

b). La alteración sobrevenida en la relativa equivalencia de las prestaciones o servicios debe sobrepasar sensiblemente las previsiones que podían ser racionalmente hechas en la época de la celebración del contrato por una persona diligente. "El contrato debe ser respetado hasta tanto que la injusticia no devenga intolerable", sentencian Planiol et Rippert. En otras palabras, el acontecimiento que ha venido a alterar las condiciones del contrato debe ser no sólo imprevisto, sino imprevisible (Harven). De este modo el riesgo imprevisto supera a la categoría constituida por la fuerza mayor o el caso fortuito. Aquel, como certeramente apunta Bonnecase, respecta a un hecho que lógicamente no podía ser previsto por las partes.

c). El acontecimiento, por lo mismo, debe ser posterior a la celebración del contrato; lo que se desprende del carácter de imprevisible que aquél debe tener; y por esta circunstancia la imprevisión se distingue del error como vicio de consentimiento y de la lesión.

d). Debe ser independiente de la voluntad de las partes. Esto es obvio; de otro modo se estaría previamente incurso en una responsabilidad culposa, que descalificaría para pedir protección por motivo de la onerosidad sobrevenida a la obligación.

e). Debe tratarse de un acontecimiento de gravedad y con carácter de no corta permanencia, que malogre seriamente la reciprocidad de las prestaciones, de modo que comporte un serio perjuicio para una parte. Una alteración en las condiciones

en que se desarrolla el funcionamiento del contrato, que sólo levemente hiera a éste o en forma efímera, no puede merecer una intervención judicial o legislativa para extinguir o modificar el contrato.

f). No se debe haber asumido expresa y anteladamente por estipulación las consecuencias del hecho a producirse, pues entonces ya no podría hablarse propiamente de un riesgo imprevisto.

g). Va de sí que la revisión sólo puede tener lugar tratándose de contratos sinalagmáticos y de carácter oneroso-conmutativo.

h). La imposibilidad para la ejecución de la obligación en su forma originariamente pactada debe ser relativa, es decir, que precisa de la circunstancia de que la ejecución de la obligación haya devenido más onerosa para el deudor; bastando una imposibilidad relativa, pues la imposibilidad absoluta importa el caso fortuito. (Bonnecasse).

i). El evento debe tener cierta generalidad, esto es, no consistir en uno que afecte particularmente a un solo contrato, sino a toda una serie de situaciones contractuales (así, en el supuesto de guerra, cambio en el valor de la moneda, etc.).

j). Como solución la más ajustada a la equidad, se aconseja que la revisión se haga buscando un término prudencial entre las ventajas que a una parte reportan las nuevas condiciones producidas y los sacrificios que ellas reportan a la otra parte, para que así los riesgos imprevistos sean soportados por ambos contratantes.

Indiquemos ahora los efectos de la imprevisión.

Los imperativos de la justicia conducen a intervenir para remediar la situación sobrevenida por el hecho de la imprevisión. Para ello se puede actuar dentro del campo legislativo, por la dación de leyes que respecto a casos particulares impongan las soluciones convenientes, o de otro lado queda, en todo momento, abierto el procedimiento judicial para que se dé una decisión que resuelva el caso. Tal decisión judicial que entonces se dé, puede consistir bien en la resolución del contrato, bien en su resciliación, ya en la suspensión de sus efectos, ya en la revisión de las condiciones que se pactaran. Por la resolución el

contrato debe extinguirse, a la manera que ocurriría de sobrevenir una condición resolutoria. Tal remedio no parece aconsejable, principalmente porque no se puede o no se debe hacer que la extinción del vínculo contractual obre con efecto retroactivo. Por la resciliación se extingue el vínculo contractual pero sin que obre con efecto retroactivo, y de aquí que se considere que su aplicación congruente concierna a los contratos sobre prestaciones sucesivas, respecto a las aún no ejecutadas. La suspensión de los efectos de la obligación es aconsejada por algunos autores como la solución lógica, cuando los acontecimientos en que consiste la imprevisión tienen un carácter relativamente temporal.

Pero la solución que parece la más satisfactoria es la revisión de las condiciones del contrato. Ha sido también la que ha venido a dominar en la práctica jurisprudencial. En efecto, si las partes quisieron obligarse en determinadas condiciones, lo natural es que se mantenga y se respete tal voluntad de obligarse, procediéndose sólo a ajustar las condiciones imprevisitas sobrevenidas a las que eran las naturales y propias del contrato en el momento de su concertación. Además, precisamente los contratos en que es más pertinente y de más urgencia la aplicación de la imprevisión, comportan prestaciones de servicios que no deben paralizarse. Así ocurre con las concesiones de servicios públicos, donde por razones especiales—el precio unitario, fijo, predeterminado, invariable del servicio—es de imperativa necesidad y justicia proceder a la revisión de las condiciones del contrato, y dichos servicios son los que por su propia naturaleza no deben quedar paralizados en ninguna forma.

En cuanto al art. 1329, su explicación es obvia. Ella va implícita dentro de los términos del art. 1328, en cuanto este indica que el contrato es obligatorio en lo que se haya expresado en él. El contrato, pues, como reza en algunos Códigos, tiene fuerza de ley *inter partes*. Lo que quiere decir que para terceros rige la máxima de *res inter alios acta prodesse nec nocere potest*. Sin embargo, remarca Lafaille, esta máxima conocida desde la glosa, ha ido en su letra más allá de lo que expresa su contenido. Significa, en realidad, que las obligaciones y los cré-

ditos que derivan de los contratos son privativos a las partes, sin que puedan prevalecerse de ellos los extraños; pero en muchas ocasiones estos últimos sufren de reflejo las consecuencias jurídicas de los contratos; a tal punto que se ha llamado a los acreedores "causa habientes universales de sus deudores", principio que vendría a ser casi literalmente opuesto al anterior en cuanto se refiere a los titulares de créditos. ¿Cómo se concilian ambos conceptos? El patrimonio es la garantía colectiva de los acreedores; de modo que todo aquello que lo aumente o grave, beneficia o perjudica a éstos en el sentido de constituir un acrecentamiento o una disminución de la prensa o seguridad. Tal es el contenido de la máxima según la cual los acreedores son los causa hacientes de sus deudores".

Colin et Capitant señalan concretamente las siguientes excepciones a la regla de que el contrato solamente produce efectos entre las partes que lo contrajeron. La primera, que es la más importante, concierne a los actos del heredero aparente, a los cuales se les atribuye validez. La segunda excepción es la que deriva del artículo 1240 del Código de Napoleón (Art. 1239 del nuestro), referente al pago hecho de buena fé a quien está en posesión del crédito, es decir, al acreedor putativo. Una tercera excepción es la que se produce en caso de quiebra, cuando tiene lugar el llamado concordato, que obliga aún a acreedores que no participaron en él. En cuarto lugar, quien reivindica un inmueble puede probar su derecho oponiendo a su adversario actos de alieneación en los cuales éste no ha sido parte, y éste último no puede combatir esta prueba sino mediante la presentación de sus títulos propios. El principio de la relatividad de los contratos sufre aún otra excepción en lo que concierne a los actos de administración realizados por un poseedor de bienes que pertenecen a un tercero. Se señala, en fin, determinados actos que engendran un crédito en favor de personas que no solamente no han sido partes, sino que aún ni siquiera habian nacido cuando el acto fué convenido; así es el caso de la institución contractual hecha en un contrato de matrimonio en favor de los futuros esposos; esta institución crea un derecho a la sucesión del disponente no solamente en provecho del donatario, sino también de los hijos que puedan nacer del matrimonio. (Art. 1082, 2a. parte del C. de Napoleón); es también el caso de la sustitución fideicomisaria permitida por los artículos 1048 y 1049 del mismo Código francés, que hace nacer un derecho

en favor de los hijos nacidos o por nacer del donatario o legatario grabado con la sustitución.

García Sayán se refiere al artículo 1329, citando la opinión de René Savatier. "Este texto supera en precisión al art. 1260 del Código derogado e incluso al art. 1165 del Código francés, del cual procede; pero es lo cierto que el principio que enuncia va perdiendo su sentido útil y se debilita cada vez más. La jurisprudencia y la ley acrecientan sin cesar el número de intereses que pueden ser afectados por los contratos que otros celebran. René Savatier, en un estudio publicado en la "Revue Trimestrielle de Droit Civil", dice que no hay que extrañarse demasiado de esta evolución, y que el art. 1165 del Código Napoleón es testigo de una concepción puramente individualista. Demuestra luego el profesor francés el alcance de la proposición sentada por el Código, en siete contratos usuales, traslativos de propiedad o simplemente generadores de obligaciones, a saber: compraventa, locación de cosas y servicios, mandato, seguro, transporte y sociedad". Agrega García Sayán: el artículo 1329—que corresponde al artículo 1165 del Código francés parte—de la idea de que los negocios de cada uno no conciernen sino a uno mismo, que los administra libremente y que la sociedad y los terceros no tienen por qué ocuparse. "Esta concepción simplista—escribe el autor citado—de una libertad absoluta del individuo, no tiene en cuenta suficiente los vínculos que unen inevitablemente unos a otros los miembros de la sociedad. Y mientras más se civiliza y se complica esta sociedad, más se multiplican y consolidan esos vínculos".

Los créditos y obligaciones que provienen de un contrato se transmiten a los herederos, es decir, a los sucesores universales de los contratantes. En otros términos, los efectos del contrato trascienden activa y pasivamente a dichos sucesores, o sea, como metafísicamente se ha dicho, la persona del contratante sobrevive, legalmente, en la persona de su heredero. El art. 1329 es, así una reiteración de lo indicado en el art. 1232, a cuyo comentario nos remitimos. De modo que a los sucesores *ut singuli* no les alcanza, por regla, lo estipulado en un contrato. Por regla, advertimos, pues hay casos en que un contrato puede afectar a su sucesor simplemente particular: ejemplo, el adquirente de un bien gravado con carga real.

El art. 1329 formula la excepción de que la transmisión creditoria no se produce en caso de que el derecho o la obligación proveniente del contrato, no sean por su naturaleza transmisibles. Y en efecto, hay casos en que la ley establece tal carácter personalísimo del vínculo obligacional. Así, tratándose del usufructo, de la renta vitalicia. En estos casos, la convención misma por su naturaleza, hace limitar los efectos de la obligación activa y sobre todo pasivamente a los contratantes. Así sucede también cuando se trata de contratos celebrados *intuitu personae*, como acaece en el mandato, el arrendamiento de servicios, la sociedad colectiva. En estos casos, para eliminar la presunción natural derivada del contrato, en el sentido que la obligación es personal, se requiere una declaración expresa en contrario.

Por último, pueden las partes establecer en su contrato generador de obligaciones transmisibles, que ellas empero no se transmitan a sus herederos. Explica Lomonaco que esto quiere decir que se limite a las personas de los contratantes el efecto de la estipulación o de la promesa, cuando expresamente así se diga, o también puede convenirse que los herederos o causa habientes serán los únicos que aprovecharán de la estipulación o que quedarán sujetos por la promesa, por ejemplo, si he estipulado que tú me darás una cosa a mi muerte o si yo he prometido una suma a pagar a mi muerte.

Art. 1330.—“La oferta deja de ser obligatoria:

1.º—Si se hizo sin conceder ningún plazo a una persona presente y no fué inmediatamente aceptada.

Considérase como presente a la persona que contrata con otra por medio del teléfono.

2.º—Si se hizo sin plazo a una persona ausente, y hubiese transcurrido el tiempo suficiente para llegar la respuesta a conocimiento del oferente.

3.º—Si hecha a persona ausente no se hubiese expedido la respuesta dentro del plazo fijado.

4.º—Si antes de recibida la ofer-

ta o simultáneamente con ésta, llegase a conocimiento de la otra parte la retractación del oferente”.

Referencias: Institutas, lib. 3, tit. 23, pr; Código alemán, arts. 145 a 148; portugués, 650 a 653; mejicano, 1804-6, 1808; japonés, 521 y 524; suízo, 3, 4, 5 y 9; austriaco, 862; brasilero, 1081; argentino, 1150; turco, 3, 4, 5 y 9; polaco, 63, 65; ruso, 131-3; chino, 154-8; italiano, 1326 a 1329.

El contrato supone concurso de voluntades, esto es, requiere una oferta y una aceptación, que así como lo comprendía Ruson, forman los dos elementos constitutivos del contrato. Hasta que la aceptación no se conecta con la oferta, el contrato no se forma. Pero la oferta es obligatoria en sí. El interés social y la seguridad de los negocios requieren que ella sea obligatoria en principio. No precisa que el Código lo diga expresamente: la obligatoriedad resulta del artículo que establece los casos en que la oferta “deja de ser obligatoria”. En otros términos, la obligatoriedad de la oferta es la regla: por excepción ella no compromete la voluntad del oferente en los casos indicados en el precepto. Hay aquí, por lo mismo, una declaración de voluntad unilateral, por sí sola bastante para obligar a su emitente desde que ella es emitida (Worms). Esto significa, pues, a la luz del art. 1330 del Código, que éste ha superado la concepción clásica de la autonomía de la voluntad, para la cual la declaración de voluntad no aceptada carece de todo valor jurídico. Tal teoría clásica “de la fragilidad de la declaración de voluntad ha sido vivamente criticada en la época contemporánea, pues coloca, se ha dicho, al beneficiario del ofrecimiento a merced de la voluntad del declarante, y esto es tanto más lamentable ya que es el mismo declarante, por el hecho de su declaración, quien crea esta situación precaria para el destinatario. Es él quien ha suscitado en el beneficiario de la declaración, la esperanza, la cuasi-certidumbre de que el contrato no dependía, en cuanto a su conclusión, sino de su simple voluntad, y no obstante, el contrato, con el cual este individuo ha contado legítimamente, se desvanece, sin que el Derecho le conceda un medio eficaz de protestar. Tal teoría se estima como nefasta para las relaciones económicas, pues quita toda seguridad y todo augurio de progreso. Cuando una teoría jurídica sacrifica sin razón a un individuo en provecho de otro, esta teoría jurídica es mala. Estos reproches tienen un valor cier-

to y un fundamento real. Es por eso que una doctrina unánime, de acuerdo con una jurisprudencia constante, considera que en el caso de que el autor de la declaración se haya comprometido de manera expresa o tácita a no retirar su propuesta antes de que cierto plazo haya transcurrido, no puede válidamente retractarla. Sin embargo, estando de acuerdo sobre el principio, los autores no están conformes sobre la sanción que debe imponerse. Algunos consideran que la retractación siendo absolutamente ineficaz, no ejerce ningún efecto sobre la declaración; otros no admiten que el contrato pueda formarse después de tal retractación, y sólo conceden al destinatario un derecho a daños y perjuicios" (Chavas).

Para que la policitación sea tal, obligando al promitente, se requiere que aquélla verse sobre una determinación ya definitiva de la voluntad; de otro modo, se estaría simplemente dentro del período preparatorio al contrato, los meros tratos, que son sólo proposiciones en vista de un posible compromiso obligatorio. O sea, como dice Conway, hay que distinguir entre la oferta propiamente tal y una mera invitación para una oferta o para una serie de negociaciones. La policitación, de otro lado, debe ser suficientemente definida, para permitir, como advierte el *Restatement of the law of Contrats* (American Law Institute), a un tribunal o un jurado, una exacta significación acerca de aquélla; de otra manera el contrato falla por falta de precisión. Según el Proyecto argentino (art. 794. 1.^a parte, la propuesta de contrato obliga a quien lo formula, "a no ser que lo contrario surja de sus términos, de la naturaleza del negocio o de las modalidades de éste".

El mismo Proyecto (art. 800) se refiere a la oferta alternativa o que comprenda partes separables, en cuyo supuesto la aceptación de cualquiera de ellas da lugar a un contrato válido; si ellas no pudieran dividirse, la conformidad respecto de una sola será considerada como propuesta de un nuevo contrato. Al respecto escribe Montange: "la doctrina ha estimado que la cláusula "o comprendiendo cosas que puedan separarse" debe entenderse con relación a la voluntad del proponente, que resultará de sus palabras, naturaleza de las cosas ofrecidas, etc.—más que la

separación material, la separación en la manera de hacerse la oferta. Esta, en efecto, puede comprender cosas o partes separables y no estar en el propósito o el interés del oferente sino el contrato en forma integral. Se presentarán siempre cuestiones dudosas: más con la redacción del Proyecto "partes separables". La cláusula, por otra parte, no parece necesaria, sobre todo en presencia de la extensión que modernamente se asigna al concepto de alternación, y puede contribuir a dar un argumento en favor de la conformidad o acuerdo parcial; tesis que es conveniente desechar. Por eso optamos por la supresión, limitando el precepto a la hipótesis de la oferta alternativa, en cuyo caso la aceptación de cualquiera de sus términos dará lugar a un contrato válido".

La oferta puede ir dirigida a persona determinada o a persona indeterminada. La primera es la que contempla el artículo 1330 y siguientes. La oferta hecha al público en principio no obliga al promitente, salvo que el oferente sea concesionario de un monopolio sobre una actividad que le obliga a satisfacer las demandas sobre tal servicio, dentro de las condiciones de la concesión. Otro caso es el de las ofertas públicas de recompensa que legislan los artículos 1816 y siguientes.

La oferta de que trata el artículo 1330 es una causa creadora de obligaciones; no una meramente declarativa, esto es, una que sólo comporte la notificación a tercero de una situación jurídica desde ya válida, y por lo mismo existente por sí misma (por ejemplo, la notificación de una aceptación de herencia).

La oferta, como expresión de la voluntad de obligarse, debe manifestarse exteriormente—así como la aceptación, en su caso.

Pero para que la oferta tenga el carácter de obligatoria es preciso que, como toda declaración de voluntad, reúna las condiciones inherentes necesarias para que comporte efectivamente una manifestación de voluntad libre e inteligente del emiten-te. Para ello se apreciará la situación del mismo en el momento que hace la oferta. La oferta, pues, ha de ser seria, real y con la intención de ligar a su autor, como acaece con cualquiera

manifestación exterior del consentimiento. Las simples ofertas de reclamos, envíos de tarifas, precios corrientes, etc. no constituyen oferta obligatoria. Tampoco vincula una proposición hecha a través de un intermediario sin poder para contratar.

La oferta puede presentarse en tres formas: 1) a una persona en particular, 2) a persona que pertenezca a un grupo relativamente limitado de individuos, sobre la base de que se cumpla determinadas condiciones, 3) en forma indeterminada, es decir, para todo el mundo (Sutton and Schannon).

Si Cayo ofrece a Ticio venderle 100 litros de aceite, estamos dentro del primer caso. El segundo caso se presenta, verbigracia, en el ejemplo consignado por Sutton and Schannon, relativo a la oferta hecha por la Cardiff Corporation al estallar la guerra europea de 1914, de pagar a cualquiera de sus empleados que se incorporase en el ejército la diferencia entre lo que ganaba al servicio del ejército y lo que ganaba como empleado de la Corporation; habiéndose promovido un juicio en tal sentido, que fué hallado a favor del demandante, un tal Schipton, empleado de la Corporation. El tercer caso, promesa de carácter general, al público, se presenta, si por ejemplo Pedro ofrece pagar una suma pecuniaria al que realice determinado descubrimiento, o en el caso del empresario de un espectáculo con respecto al espectáculo que ofrece.

La policitud debe llegar a conocimiento del destinatario, pues una persona ignorante de la existencia de una oferta no puede aceptarla (Williston). Es más, élla debe ser dirigida por el emitente al destinatario; si llegara a conocimiento del último en distinta forma, no tendría eficacia contra el proponente, según observa Barassi. Según este mismo autor, no se requiere formalidad para la producción de la oferta, así concierna a un contrato en que aquélla es requerida.

El art. 1330 distingue, para determinar los casos en que decae la obligatoriedad de la oferta, según que élla se produzca entre personas presentes o entre personas ausentes.

Entre presentes puede la policitud hacerse con plazo o sin él. Si es sin plazo, debe ser inmediatamente aceptada para que obligue al oferente (inciso primero). Claro está que la acep-

tación debe ser completa, o sea, no importar una modificación en los términos de la propuesta, pues en tal supuesto se trataría más bien de una contra proposición librada a la aquiescencia del primer oferente.

Si la oferta fué hecha con plazo, su autor debe mantenerla hasta el vencimiento de aquél. En este último supuesto se puede considerar que la oferta "se compone de dos declaraciones de voluntad: declaración de querer contratar y declaración de mantener la oferta en todas sus condiciones durante el plazo indicado" (Chavas).

El contrato por teléfono se considera celebrado entre presentes, según indica el artículo 1330. Efectivamente, conforme a la demostración de Gabba, el criterio distintivo para determinar si el contrato es entre personas presentes o ausentes, consiste en la posibilidad de que se pueda o no dar una respuesta inmediata a la propuesta. Staudinger ha explicado esto en los siguientes términos "el predominante criterio considera la declaración *por teléfono* por lo menos en lo concerniente al momento de su realización, como declaración entre *presentes*, por efectuarse inmediatamente y porque no se transmite por un acto que se efectúe después de ella. En la declaración telefónica el momento de la recepción de la oferta coincide con el del tomar conocimiento de la declaración, igual a lo que sucede en la declaración entre presentes. Cuando una de las partes no toma conocimiento de la declaración por no querer percatarse de ella, es decir, cuando en el momento decisivo aparta de sí el auricular, intencionalmente, procede igual que la persona presente que se tapa los oídos al hacérsele la declaración; por consiguiente, no puede argüir que no haya recibido la declaración. Si sostiene que ha oído *sólo parcialmente* la declaración dirigida a él tendrá que comprobarlo. Si el receptor de la declaración la entiende mal, lo que ocurre con mayor frecuencia en conversaciones telefónicas, no obstante debe estimar la declaración como eficaz, aunque la puede impugnar según el art. 119, cuando hubiese hecho una declaración de voluntad basada en tal mal entendimiento. Según el artículo 120, el declarante mismo puede hacer la impugnación cuando se produjere el caso raro de que su declaración se recibiera en forma desfigurada, pero no a causa de un mal entendimiento, sino debido al funcionamiento anormal del aparato. Planck subraya con razón, que no hay justificación en identificar la declaración telefónica con la de-

claración entre presentes cuando el participante quiere comprobar la identidad de la persona con que ha hablado”.

Si la oferta se hace a persona ausente y contiene plazo para la respuesta, aquella debe ser mantenida hasta el vencimiento del plazo (inciso tercero). Dicho inciso tercero indica que la oferta deja de ser obligatoria, si no se hubiera expedido la respuesta dentro del plazo fijado. Pero más propiamente el decaimiento de la oferta por vencimiento del plazo fijado, debería establecerse en relación al momento en que recibe la respuesta el oferente. Tal es lo que se resuelve, precisamente, en el caso del inciso segundo.

Si la oferta no contiene plazo y está dirigida a persona ausente, regirá el llamado plazo moral (inciso segundo). “Si no se estipuló plazo, debe (el peticionante) esperar el tiempo necesario para que le llegue la respuesta de la persona a quien se dirigió. Esa respuesta no siempre será expedida inmediatamente después de recibida la propuesta. Según las circunstancias y la naturaleza del negocio habrá necesidad de algún tiempo, lo más limitado que razonablemente fuera posible, para que el solicitado reflexione, tome informaciones y resuelva. Es lo que se ha llamado el plazo moral”. (Bevilaqua).

Si, pues, no se da respuesta dentro de tal plazo moral, como sugestivamente expresa Conway, la oferta parece por vez. Ha de tenerse en consideración todas las circunstancias del caso, y especialmente la naturaleza del objeto materia de la oferta (*Restatement of the Law of Contracts*). Es una cuestión que el juez compulsará en cada caso. Escribe Blanco: “la posición general es la de entender que ese plazo dentro del cual debe producirse la aceptación, implícito en la oferta, debe ser lógico, corriente, normal, quizás acostumbrado en el lugar donde el contrato se verifique, adecuado, en fin, a la naturaleza de la oferta hecha, correspondiente a ella por su importancia, por su complejidad o sencillez, por su valor económico, por una serie de circunstancias que sólo dado el caso práctico pudieran determinarse. En una palabra, quedará a la libre apreciación de los tribunales el decidir con vista de esas circunstancias si la aceptación se produjo dentro del plazo en que debía producirse y si el oferente, por tanto, está obligado a mantener su oferta una vez que la aceptación la ha convertido, coincidiendo ambas, en el consentimiento contractual”.

En cualquier momento, hasta antes de que la oferta llegue

a su destinatario, el emitente la puede revocar (incisa cuarto). "Precisa remarcar —dice Saleilles— que la fuerza obligatoria de la oferta no la adquiere sino a partir del momento en que ella llega a aquél a quien es dirigida, pues la regla para todas las declaraciones de voluntad emitidas hacia tercero, es que ellas no producen efecto jurídico sino a partir del momento en que éste las recibe. Hasta entonces ellas valen ciertamente como manifestaciones de voluntad, teniendo una existencia independiente; pero estas declaraciones de voluntad pertenecen aún a aquél que las ha emitido. . . . El efecto obligatorio de la oferta comienza con su recepción, de donde se sigue que la revocación anterior no será eficaz sino cuando ella llega antes que la misma oferta, o al mismo tiempo que ella".

No obstante, se admite que el autor de la oferta renuncie al hacerla, a su derecho a revocarla. Carrera, siguiendo a Fadda y Bensa así como a Barassi, conceptúa con fundamento que tal renuncia es un negocio jurídico unilateral, que no exige aceptación de la otra parte.

En mérito del carácter obligatorio de la policitud, si su autor la retira en los casos en que no lo puede hacer, quedará responsable por daños y perjuicios. Hay entonces una aplicación de la *culpa in contrahendo*. Tal solución es la lógica; no se podría decidir que en tales casos el contrato debiera celebrarse obligatoriamente para el oferente; debido a que falta entonces la voluntad de éste en tal sentido, ya que un contrato no puede reputarse concluido sino cuando hay el respectivo concurso de voluntades.

Otras cuestiones que deben ser atendidas relativamente a la policitud son: a) cuál es su valor en caso de que llegue tardíamente a conocimiento del destinatario; b) qué efecto tiene sobre ella la muerte y la incapacidad sobrevenidas al proponente; c) si en la oferta funciona consubstancialmente con ella la cláusula *sic rebus stantibus*; d) qué efecto tiene el error en la declaración transmitida.

a) la primera dificultad se despeja en el sentido de que la oferta pierde su eficacia por su arribo extemporáneo al destinatario. El policitante ha debido compulsar y medir el plazo fijado o fijable, para deducir en definitiva si el contrato se con-

cluía o nó. Sobrepasado ese plazo por causa inimputable a él, la oferta ya no puede comprometerle.

b) en cuanto a lo segundo, que suerte se le reserva a la policitud si sobreviene la muerte o incapacidad a su generador antes de que se logre el contrato, la solución clásica es que la muerte —asi como la incapacidad—acarrean la caducidad de la oferta. Se tiende a superar tal solución. Se destaca ogaño el carácter más patrimonial que personal que tiene la obligación. Además, la seguridad jurídica concita a hacer trascender a los herederos no únicamente las obligaciones ya definitivamente contraídas por su causante, sino también las que están en proceso de formación. La oferta, de otro lado, es una fuente propia de compromisos obligatorios, como manifestación de voluntad unilateral, con eficiencia ligante *per se*. No obstante, el Proyecto franco-italiano por regla hace caducar la oferta por la muerte o la incapacidad sobrevenidas a su autor. En el derecho rumano campea la misma regla (Alexandresco). En el derecho teutón otro es el criterio informante: el contrato no se afecta por las circunstancias antes referidas, según expresa indicación del art. 153 del B. G. B. Ello como regla; como excepción sobrevendrá el desobligamiento, si en tal sentido se había manifestado explícitamente la voluntad del policitante.

El Proyecto Checo eslovaco adoptó idéntica actitud a la del B. G. B.; la misma que es la que rige en el derecho inglés. (Cohen). El Código mejicano (art. 1809) apunta al caso tratado, normando que “ si al tiempo de la aceptación hubiere fallecido el proponente, sin que el aceptante fuere sabedor de su muerte, quedarán los herederos de aquel obligados a sostener el contrato”.

El Código italiano (art. 1329) indica que la muerte o incapacidad sobrevinientes al autor de la propuesta, si ésta es por un plazo cierto, no afectan a su eficacia, “salvo que la naturaleza del negocio u otras circunstancias excluyan tal eficacia”.

Dentro de nuestro Código, la interpretación debe ser en el sentido que la muerte y la incapacidad no tienen influencia sobre la oferta. La oferta es obligatoria por regla, sin más excepciones que los contenidos en el art. 1330. Ella es pues, una declaración unilateral de voluntad, por si misma obligatoria; desde que su emitente se desprende de ello, le obliga.

c) En cuanto a lo tercero, se tiene decidido que la oferta contiene ínsita la cláusula *sic rebus stantibus*.

d) En lo que se refiere al cuarto punto, la solución es

que si el error se debe al autor de la declaración, él soportará las consecuencias, siendo responsable por daños y perjuicios, "salvo el caso en que siendo el error manifiesto, el destinatario incurra en una falta grave, al no revelarlo y solicitar confirmación" (*Planiol et Rippert*).

La oferta puede ser hecha sin plazo ó con plazo, concedido libremente por el policitante. A lo primero se refieren los incisos 1.º y 2.º; a lo segundo, el inciso 3.º. En uno y otro caso la oferta mantiene su obligatoriedad dentro de una duración estrictamente limitada. O sea, que el art. 1330 no respecta a los llamados "efectos permanentes". Tratándose de éstos, las personas o instituciones, que gozan de un monopolio de hecho o de derecho o que se encuentran en una obligación legal de contratar, son obligadas —en tanto que las circunstancias de hecho o de derecho duren— a contratar con todas las personas que puedan dirigirse a ellas. Evidentemente, el rechazo por una justa causa es admitido; pero esto constituye una rara excepción. De otro lado, la oferta permanente presenta la característica—igualmente excepcional— de no poder ser revocada. En la vida moderna los casos de obligaciones de contratar devienen más y más frecuentes; la ayuda que la ley otorga a las personas que se encuentran en la necesidad de recurrir a los servicios de los detentadores de monopolios, debe ser eficaz. En el caso de las ofertas permanentes, el rechazo no justificado de celebrar el contrato engendra la responsabilidad de la persona que se encuentra en la obligación de celebrarlo. Es natural que los daños y perjuicios consistan justamente en tener el contrato por concluido, porque no se podría invocar la ausencia de voluntad, filosóficamente, ni la ausencia de falta, prácticamente. En efecto, aquel que por su propia voluntad se coloca en la posición de tener una obligación de contratar, por tal razón ha manifestado su adhesión voluntaria futura a todos los contratos que se encuentre obligado a celebrar. De otro lado, el sólo hecho de rechazar sin justa causa la celebración de un contrato, prueba sin más su falta". (*Viforeanu*).

Pero, aparte de la oferta permanente, en el caso común de la policitud, ésta obliga únicamente por un cierto tiempo. Si el autor de ella le señaló un plazo, (inciso 3.º), la misma debe ser respetada hasta el vencimiento del plazo, toda vez que éste forma parte del contenido de la oferta. Y como indica *Pollock*,

es de otro lado, una advertencia al destinatario, de que una aceptación tardía es ineficaz.

Si el autor de la oferta con plazo revocase la misma antes de la expiración del último, pueden darse dos soluciones. La primera, que el oferente responda por daños y perjuicios; la segunda, que se considere como no producida la revocación y, en consecuencia, se repute el contrato como formado. La mayoría de los autores se adhieren a esta última tesis, que es también la acogida por el Proyecto francés-italiano, que en su art. 2.º, párrafo 5.º, expresa: "si el autor de la oferta se ha comprometido a mantenerla durante un determinado plazo, o si este compromiso resultó de la naturaleza del negocio, la revocación antes de la expiración del plazo no es obstáculo a la formación del contrato".

Si la oferta es formulada sin plazo, al art. 1330 distingue según se haya dirigido a persona presente (inciso 1.º) ó ausente (inciso 2.º).

En el primer caso, la oferta debe ser aceptada inmediatamente. Una respuesta tardía es reputable, entonces, como una contraproposición (*Warmeyer*). No importa que la demora se deba a hecho culposo o nó (*Planck*).

La respuesta aceptativa debe ser explícita, y comunicada al peticionante. El silencio nunca podrá considerarse como aceptación. Las dos personas contratantes deben estar en el mismo lugar o en tal situación mutua, que sea posible una inmediata respuesta; pero no es menester que traten directamente, o sea, que se puede pactar por apoderado. La cuestión misma relativa al determinar si la declaración aceptativa se ha hecho en forma inmediata, es una cuestión de hecho, que se decidirá según las circunstancias del caso, como indica la Exposición de Motivos del B. G. B.

Si la oferta sin plazo se dirige a persona ausente, ella debe ser mantenida durante el tiempo suficiente para que la respuesta llegue a conocimiento del oferente. Se trata aquí de una cuestión de hecho. El peticionante debe mantener la oferta durante ese tiempo; una revocación prematura a este respecto, sería inoperante, porque de otro modo, ello importaría hacerla revocable *ad nutum*.

La letra del precepto no debe engañar sobre el sentido y alcances de la norma. No se crea que el receptor de la oferta de-

be responder instantáneamente a la misma; y que el autor de ella apenas debe aguardar durante el tiempo estrictamente necesario para que, expedida la respuesta, *ipso facto* llegue a su conocimiento. El espíritu de la disposición tiene que ser, y así ha de interpretarse, que el tiempo en que ha de considerarse vigente la policitudón comprenda uno prudencial, para que el receptor de la misma reflexione acerca de la conveniencia o nó, de aceptarla. Lo que sí se requiere es que no prolongue excesivamente la respuesta, y que use para la trasmisión de la misma, un medio adecuado. Según dice Crome ha de utilizarse un medio cuando menos análogo, esto es, que si la oferta se hizo por cable, telegrama o carta, la respuesta se hará por cable, telegrama o carta, respectivamente. El Código alemán es más expresivo, o mejor dicho, usa una fórmula más acertada, para resaltar el pensamiento de la ley sobre este punto. En efecto, el apartado 2.º del art. 147 dice que la aceptación debe producirse dentro del tiempo "en que el autor de la oferta una recepción de la contestación puede o debe esperar, dentro de las circunstancias regulares".

Lo evidente es que para apreciar si la respuesta es tardía o nó, esencial consideración es la referente al punto de vista en que está colocado el oferente. Por eso el inciso 2.º del art. 1330 habla del hecho del conocimiento que tome aquel de la contestación. Esta apreciación la señala también Warneyer en relación al art. 147 del Código alemán, consignando lo siguiente: "para la apreciación de si el plazo ha pasado, es decisivo el punto de vista concerniente al proponente. Si la oferta llega con retardo, es decir, que si se demora de acuerdo a las previsiones naturales concernientes al medio de comunicación utilizada, es cuestión del destinatario que se recupere el tiempo perdido mediante el empleo del medio más rápido para la respuesta. Si la propuesta llega con atraso, corresponde al receptor suplir esta pérdida de tiempo; pero cuando el proponente haya conocido el obstáculo al efectuar el envío, él mismo podía esperar la respuesta teniendo en cuenta la demora prevista o conocida por él. Por lo demás, debe estimarse que la forma natural de la contestación es la misma, en general, que la usada para la policitudón; así, a carta, carta, a telegrama, telegrama".

Pese a la forma en que está concebido el inciso 2.º del art. 1330 de nuestro Código, es indisputable que su sentido es idéntico al art. 147 del Código alemán. Cabe, por ende, reputar co-

mo aplicables al primero algunas decisiones jurisprudenciales de los Tribunales alemanes sobre el punto. Así, con respecto a la circunstancias regulares o normales dentro de las cuales ha de estimarse el plazo prudencial para que se reciba la respuesta. Es de presumir que el destinatario de ésta se encuentre en su domicilio; ha de considerarse también que el oferente no tiene por qué contar con hechos anormales que retarden la respuesta (*Soergel*). Staudinger advierte que acontecimientos extraordinarios, que no dependen de la voluntad del respondente, no se tomarán en cuenta, salvo que el peticante conociera de ellos y, por lo mismo, hubiere debido contar con ellos para el retraso en la respuesta.

Por lo demás, el probar que se haya cumplido con la indicación contenida en el inciso 2.º del art. 1330, en cuanto a que la respuesta no haya llegado al proponente fuera del tiempo suficiente, es cuestión que incumbe al aceptante (*Leonhard*).

De la revocación de la oferta se ocupa el inciso 4.º La revocabilidad solo es posible hasta el momento en que la oferta llegue al conocimiento de su destinatario. En otros regímenes legales la solución es distinta: la retractación es consentida hasta que la aceptación haya llegado a conocimiento del oferente.

Resulta que dentro de la sistemática del Código nacional, en forma inequívoca se asigna a la oferta el carácter de una declaración de voluntad recepticia. Por este carácter, se considera igualmente dentro del derecho helvético, que la revocación es siempre posible, en tanto que ella llegue antes o coetáneamente con la oferta. (*Schneider et Fick*).

Desde luego, el precepto a que se contrae el inciso 4.º vale con relación a toda clase de oferta considerada en el art. 1330, tanto a la hecha con plazo como sin plazo, a persona presente como persona ausente.

Art. 1331.—“Si por alguna circunstancia la aceptación llegase tardíamente a conocimiento del oferente, éste lo comunicará sin dilación al

aceptante, bajo pena de responder por los daños y perjuicios”.

Art. 1332.—La aceptación tardía y cualquiera modificación que se hiciera en la oferta al aceptarla, importará la propuesta de un nuevo contrato”.

Referencias: Código alemán, arts. 149 y 150; suizo, 5 al 3; japonés, 522, 523 y 528; portugués, 654; argentino, 1152; brasileiro, 1082 y 1083; mejicano, 1810; turco, 5 al 8; polaco, 64, 67; ruso, 135; chino, 159, 160; italiano, 1326.

La oferta exige, en principio, una respuesta favorable para que el contrato se produzca. Tal aceptación debe ser completa y debe ser emitida oportunamente.

“La razón del primer requisito es evidente: la aceptación debe tender a realizar el acuerdo de las dos voluntades, y el acuerdo no puede establecerse si la aceptación no coincide perfectamente con la propuesta” (Carrera). En otros términos, una aceptación que varía la propuesta, es estimable desde dos puntos de vista: a) o bien como un rehusamiento definitivo a la oferta; b) o bien como una contrapropuesta, como una nueva oferta, abriendo entonces la vía para un acuerdo posterior, con inversión de los roles de las partes: la oferta primitiva queda eliminada, y el oferente primitivo ha de aceptar o no la nueva oferta, que importa la contestación del que fué destinatario de la primitiva propuesta. (art. 1332). Es cuestión debatible cuál de los dos puntos de vista es preferible. Creemos que el segundo. El hecho de que la aceptación contenga modificaciones o está sujeta a cierta condicionalidad, acusa que hay la intención de no cerrar el camino de los tratos precontractuales, como ocurriría con una no aceptación llana y completa. Es preferible adoptar un criterio que facilite y no descarte la posibilidad de que se llegue a un acuerdo posterior.

Así que debe haber una correspondencia exacta entre el contenido de la oferta y el de la aceptación. Como advierte Formentano, no cabe hacer distingo según se trate de condiciones esenciales o secundarias, ya que para la voluntad del autor de la propuesta todas pueden tener la categoría de esenciales, y así no cabe que el criterio propio del aceptante varíe en su contra la estimación en esta parte del contrato en formación, en todos sus aspectos, o su contenido en total. No obstante la regla no

puede tomarse en términos absolutos. Escribe Viforeanu; "por lo demás, para la apreciación de una aceptación que modifique la oferta, es necesario, muy a menudo, examinar una cuestión de hecho. Las reservas formuladas o anunciadas en una aceptación, no suspenden necesariamente el efecto de la aceptación, desde que los usos o la necesidad de hacer prevalecer la buena fé pueden exigir no tomar en cuenta esas reservas. Es preciso añadir, que se debe tratar de condiciones accesorias".

La cuestión misma de si la aceptación contenga o nó modificaciones a la propuesta es, como observa Planck, una cuestión de hecho.

Que la oferta debe ser aceptada total y absolutamente por su destinatario se desprende, por lo demás, del art. 1344 del Código, cuando establece que mientras las partes no se hallen conformes sobre todos los extremos del contrato, no se considerará concluído. Tanto más, cuanto que nuestro Código al consignar el mencionado art. 1344, reproducción del 154 del B. G. B., no ha incluído un precepto como el 155 del mismo, que desata un poco de la rigidez del 154.

En cuanto a la segunda exigencia, sobre la no extemporaneidad de la respuesta, es indudable que la aceptación tardía no puede tener efecto en relación al proponente. La oferta había ya dejado de ser obligatoria, por vencimiento del plazo; en consecuencia, la aceptación producida con exceso del tiempo conveniente carece verdaderamente de un antecedente obligatorio, la oferta ligante, a la cual vincularse para constituir el contrato.

Desde luego, conforme al art. 1332, si la oferta fijaba un plazo, la aceptación debe producirse dentro de él, y si no lo fijaba, rigiendo entonces el plazo moral, éste se considerará para determinar si la aceptación ha tenido lugar oportunamente o con demora.

El art. 1332 se refiere a la aceptación tardía, es decir, a la respuesta emitida por el receptor de la policitud fuera del tiempo oportuno según las indicaciones del art. 1330. El caso de una contestación hecha en el tiempo debido, pero que por circunstancias ajenas a la voluntad del eminente, llegue tardíamente al oferente, es cuestión distinta, atendida en el art. 1331.

Para que la aceptación sea eficaz se requiere que sea emitida por el aceptante y dirigida al proponente, por tratarse de una declaración de voluntad recepticia; es decir, como indica Carter, una mera aceptación mental, no evidenciada por pala-

bras o por un acto de la conducta, no es a los ojos de la ley una aceptación. Pero esto no basta. En caso que la respuesta aceptativa de la oferta, llegase tardíamente a conocimiento del solicitante no habrá contrato, salvo voluntad en tal sentido del mismo. La oferta, como ya se ha manifestado, había dejado de ser obligatoria desde que estaba vencido el plazo, sin que el proponente recibiese la aceptación. Pero el oferente debe comunicar al aceptante, en caso de que la respuesta le llegue a aquél tardíamente, ésta circunstancia, y que por lo tanto el contrato no se llevará a efecto. Si no, responderá por pérdidas y daños según lo dispone el art. 1331, cuyo supuesto lógico es el de una contestación expedida en tiempo útil y que sólo por alguna circunstancia imprevista no ha llegado oportunamente a conocimiento del oferente. En efecto, si la respuesta se hubiera emitido vencido el plazo, el oferente estaría completamente desobligado ya en tal momento: el aceptante no tendría razón para suponer que el contrato debiera concluirse y, en consecuencia, no habría motivo para que el oferente diese el aviso a que se refiere el art. 1331.

El criterio predominante es en el sentido de que debe imponerse como sanción, en caso de que el autor de la oferta no avise al aceptante inmediatamente acerca de que la aceptación le ha llegado tardíamente, medida diferente a la del art. 1331: no hay responsabilidad por daños y perjuicios, pero el contrato se considerará como formado de acuerdo con los términos de la respuesta. Esta solución se apoya en que se considera en tal coyuntura, que el silencio es estimable como declaración de voluntad. Pero la decisiva del Proyecto franco italiano, en cambio, concuerda con la del Código nacional.

Art. 1333.—“Si el negocio fuese de aquellos en que no se acostumbra la aceptación expresa, o cuando el proponente la hubiese dispensado, se reputará concluido el contrato si la oferta no fué rehusada sin dilación”.

Referencias: Código alemán, art. 151 al 1.º; suizo, art. 6; brasileiro, 1084; turco, art. 6, polaco, 68; chino, 161; italiano, 1327.

En principio, la aceptación siendo un negocio jurídico recepticio, debe ser comunicada al proponente. La aceptación, co-

mo cualquiera declaración de voluntad, puede ser expresa ó tácita. En este último caso, la aceptación no tiene carácter recepticio. Se supone aceptada la oferta, sin necesidad de declaración alguna de parte del destinatario de la oferta al autor de ésta, por el simple hecho de la recepción de la oferta. Esto sólo puede ocurrir en dos casos, conforme lo especifica el art. 1333: si el negocio fuera de aquellos en que no se acostumbra aceptación expresa, o si el proponente la hubiera dispensado. Como tales casos comportan excepciones al carácter recepticio ordinario que debe tener la aceptación, ellos no admiten interpretación extensiva.

El primer caso se resuelve, en verdad, en una cuestión de hecho, correspondiendo al juez apreciar cuando el negocio por su naturaleza, así como por las circunstancias que rodean su concertación entre las partes, debe reputarse como que no es de aquéllos en que se acostumbra expedir una comunicación para que se considere aceptada una oferta. Contratos que por su naturaleza no requieren aceptación expresa, son, por ejemplo, el mandato, el contrato de servicios y de obras. El segundo caso no ofrece dificultades. Sólo que, diversamente a lo que sustenta Carrera, pensamos que la dispensa debe ser establecida expresamente en la propuesta, y que no debe admitirse la existencia de una tácita dispensa.

La presuposición de una aceptación tácita de la oferta, desaparece si ésta es rehusada. El destinatario de aquella no puede ser forzado en ningún caso a admitirla.

Art. 1334.—“Se considera inexistente la aceptación si antes de ella o junto con ella llegare al conocimiento del oferente la retractación del aceptante”.

Referencias: Código suizo, art. 9, última parte; argentino, 1150 y 1151; brasileiro, 1085; turco, 9; chino, 163; italiano, 1328.

Como en el caso de la oferta (art. 1330, última parte), la aceptación deja de comprometer a su autor, si antes o conjuntamente con ella llega al oferente la retractación del aceptante. Explicando esta solución, escribe Demogue: “No hacemos aquí

sino aplicar este gran principio general que hemos indicado a propósito de los actos unilaterales: no se tiene en cuenta la voluntad sino cuando ella ha sido exteriorizada y ha arribado a su destinación, de suerte que se la ha tomado en consideración, actuándose consecuentemente”.

Es preciso remarcar que el momento decisivo para saber si la revocación de la aceptación es eficaz o nó, es aquel en que la retractación llega a conocimiento del policitante. No interesa al momento en que aquella es efectuada. Así si Cayo hace una propuesta a Ticio, y éste responde aceptándola a las horas 8, llegando tal respuesta a conocimiento de Cayo a las 10; y si a las 9 emite el mismo Ticio y despacha su nueva declaración, revocando la anterior, si esta revocación llega a conocimiento del policitante después de las 10, no es eficaz la revocación. No se toma para nada en consideración la circunstancia de que la revocación se ha hecho a las 9, antes de que la aceptación haya llegado a conocimiento del oferente. La razón de esto se encuentra en que, efectivamente, debe tenerse en cuenta el criterio del autor de la oferta respecto a la formación del contrato. Una vez que haya recibido la respuesta aceptativa, para él está el contrato definitivamente formado. Y con razón: se ha producido la confluencia de las declaraciones de voluntad conformes. El que una retractación que llegue posteriormente, así haya sido emitida antes de la recepción de la aceptación, puede destruir una situación jurídica ya constituida, parece ilógico. Es natural que el oferente haya considerado la respuesta aceptativa como definitiva.

En otros términos, la revocación de la aceptación tiene el carácter de una manifestación de voluntad recepticia.

El derecho inglés sanciona solución diferente a la auspiciada por nuestro Código. Según aquél, una vez que el aceptante ha respondido acogiendo la oferta y se ha desprendido de dicha aceptación, el contrato queda definitivamente formado: no hay lugar a retractación (Pallock).

El aceptante puede declarar irrevocable su aceptación.

Si la revoca—y el revocamiento, o sea la retractación de la aceptación, llega antes que ésta—no se puede constituir el contrato, porque falta la confluencia oportuna, el concurso de las voluntades; pero el aceptante queda sujeto a daños y perjuicios. Importando el revocamiento una retractación de la aceptación, si llega después que ésta, no destruye su fuerza obligatoria, por aplicación del propio artículo 1334.

En cuanto a la muerte o incapacidad sobrevenidas al autor de la aceptación después de emitidas la solución debe ser la misma que tratándose de la oferta, pues como ésta, aquélla es una declaración de voluntad que por sí compromete la voluntad de su autor.

Art. 1335.—“Los contratos celebrados por correspondencia epistolar o telegráfica se consideran perfectos desde que fué expedida la aceptación”.

Referencias: Código suizo, art. 10; japonés, 526; brasileiro, 1086; argentino, 1154; mejicano, 1335; español, 1262, turco, 10; ruso, 134; italiano, 1326, 1.^a parte 1335.

Cuatro sistemas son los formulados respecto al momento en que debe considerarse perfeccionado un contrato *inter absentes*: el de la cognición o información, el de la recepción, el de la expedición y el de la declaración.

Por el sistema de la declaración, el contrato se forma desde que la voluntad del destinatario de la oferta existe en el sentido de aceptarla, debiendo aquella manifestarse en alguna forma exterior, toda vez que en derecho solo los actos que se manifiestan en alguna forma son idóneos para generar situaciones jurídicas.

Según el sistema de la expedición, el contrato se forma desde que el declarante se desprende de la aceptación.

Según el sistema de la recepción, sólo desde que el destinatario de la aceptación recibe ésta, surge el contrato.

Y por último, para el sistema de la cognición, cuando el

oferente adquiere el conocimiento de la aceptación se forma el contrato.

El sistema de la cognición, también llamado de la información, se apoya en la necesidad del concurso de las voluntades, el que sólo se produce cuando la aceptación es conocida por el oferente. Pero, en verdad, el concurso se produce desde que el aceptante se decidió a aceptar la oferta. La constatación de la confluencia de las dos voluntades, y el conocimiento que cada uno tenga de ella, no quedaría satisfecha aún con el mismo sistema de la cognición, pues para ello precisaría que el aceptante tuviese a su vez conocimiento de que el oferente se ha informado de la aceptación.

El sistema de la declaración se apoya en buena parte en la autoridad tradicional y parte del punto de vista racionalista, de que el encuentro conforme de las dos voluntades participantes marca la formación del consentimiento, es decir, del contrato. A esto se agrega que así estimadas las cosas, se propende a la celeridad en las operaciones jurídicas, es decir, a la celeridad en la formación de los contratos. Pero el sistema resulta seriamente quebrantado, si se reflexiona en la severa objeción consistente en que una declaración de voluntad solamente se debe tener en cuenta cuando el agente se desprende de ella, remitiéndola al destinatario; y la razón para esto estriba en que cabalmente sólo en tal momento deja con propiedad de pertenecerle: hasta antes se trata de un mero *propósitum in mente retentum*. Tiene a mayor abundamiento este sistema el inconveniente práctico que remitiendo a una consideración agnóstica sobre la voluntad del aceptante, hace difícil determinar la existencia misma de tal voluntad y el momento de la respectiva determinación.

De aquí que los dos sistemas extremos estén desacreditados, recayendo la atención en los dos sistemas intermedios: el de la expedición y el de la recepción. El primero tiene también su abolengo; algunos hallan sus basamentos en textos romanos. Es consagrado en el código helvético y en la jurisprudencia inglesa, cuando se trata de aceptación expresa, pues en caso de aceptación tácita se aplica el principio de la declaración (Jenks).

Su valor es sobre todo de orden práctico, debido a que co-

rrige los defectos inherentes al sistema vecino de la declaración. La ponencia dentro de ese sistema está en que la manifestación de voluntad, por el hecho de desprenderse de ella su emittente, ya no le pertenece; ha entrado en el comercio jurídico. No hay dificultades sobre la investigación intimista del cuál fuera la voluntad del aceptante y en qué momento se produjo.

Strauss, refiriéndose a un caso de la jurisprudencia inglesa que fijó netamente su preferencia por el sistema de la expedición (el caso *Adams versus Lindsell*), consigna las razones del juzgamiento; si los demandados no se hallaban comprometidos por su oferta cuando ésta ha sido aceptada por los actores, sino desde el instante en que su respuesta habría sido recibida, los demandantes no deberían estar comprometidos antes de haber tenido noticia de que los demandados han recibido su respuesta y la han aceptado, y así sucesivamente *ad infinitum*. Los demandados deben ser considerados legalmente como haciendo durante todo el trayecto de su carta de aceptación ofrecimiento idéntico al demandante y, por ende, el contrato es perfecto desde la aceptación de aquel último. (Sentencia *Chesbrough-Western Union Tel*).

El sistema de la recepción goza de mucho prestigio. Mereció el beneplácito del insigne Pothier. Es el que campea dentro del Código alemán (Saleilles). También dentro del Código austriaco. Ha merecido la preferencia del Proyecto checoslovaco (Schumann) y del Código soviético. Para eludir los inconvenientes que ofrece el sistema de la información, se ha creado esta variación del mismo, el de la recepción, que se conforma con el principio de las declaraciones de voluntad de carácter recepticio. De otro lado, los inconvenientes a que se ve abocado el sistema de la expedición, relativos a los casos de pérdida de la comunicación o del retardo de la aceptación misma, quedan extirpados con el sistema de la recepción.

El Código peruano se pronuncia por el de la expedición (art. 1335). Bien. Sólo que hay una inconsecuencia en la solución. En efecto, la aceptación no deviene definitiva sino cuando ella llega a poder del oferente; antes, es revocable (art. 1334). De suerte que ha de aceptarse la solución del artículo 1335; pero con la excepción del caso del artículo 1334, que enerva su aplicación. O es de considerar que verdaderamente el contrato se forma con la recepción de la aceptación; pero retroactivamente se hace desplazar sus efectos al día de la expedición de

la aceptación. Tal la interpretación dada a los artículos 320 y 321 del Código de Comercio alemán (Endenmann).

El Proyecto franco-italiano indica que el contrato se forma cuando el autor de la oferta ha tomado conocimiento de la aceptación de la otra parte; pero agrega que ésta se presume conocida desde que llega a poder del destinatario, a menos que él mismo, sin falta de su parte, haya estado en la imposibilidad de conocerla (art. 3; apartados 1.º y 6.º).

Así, en buena cuenta, es el sistema de la recepción el que viene a predominar. "Se ha pensado—dice la Exposición de Motivos del expresado Proyecto franco-italiano—que se respondía de una manera satisfactoria a las necesidades de la práctica de los negocios poniendo a cargo del destinatario de la oferta o de la aceptación la prueba, que por lo demás no es fácil de producir, que él no ha podido sin falta de su parte tomar conocimiento de la declaración, una vez producida la prueba de que ha recibido tal declaración".

La regla del artículo 1335 es interpretativa de la voluntad; puede determinarse por ésta el momento (así como el lugar) de la conclusión del contrato. Por eso alabamos el texto del precepto 70 del Código de Polonia, que dice: "Cuando hay duda acerca del lugar y el momento de la conclusión del contrato, la convención se reputa concluida en el lugar y en el momento de la recepción de la respuesta hecha a la oferta y, en el caso en que la notificación de la aceptación no sea necesaria, en el lugar y en el momento en que la ejecución del contrato haya comenzado por la parte que recibió la oferta".

La determinación de la fecha en que se perfecciona un contrato entre ausentes, ofrece interés no simplemente teórico. Tal fecha determinará cuál ley rige al contrato, en caso de que una nueva entre en vigor en el período de formación del mismo; determinará el punto de partida de los plazos relativos a acciones que conciernan a aquél; así como lo relativo a la transferencia del riesgo y el peligro al adquirente; la preferencia entre dos o más adquirentes de la misma cosa, si no hay otra ra-

zón particular para establecer tal preferencia; la aptitud para ejercer la acción pauliana; las cuestiones relativas a la capacidad de los contratantes en el día del contrato.

El artículo 1335 habla de los contratos celebrados por correspondencia. Es impropia la expresión, pues lo que pretende abarcar el precepto es todo contrato *inter absents*; y esto puede realizarse en forma que no sea necesariamente mediante correspondencia. Así ocurre con los contratos que se celebren por intermediario que, desde luego, no es un mandatario con poder para contratar, ya que en este último supuesto se trataría de un contrato entre personas presentes.

Art. 1336.—“Repútase celebrado el contrato en el lugar en que se formuló la oferta”.

Referencias: Código español, art. 1262; brasileiro, 1087; polaco, 70; italiano, 1371, 1.ª parte; suizo, 10;

La determinación del lugar es que debe reputarse celebrado el contrato entre personas ausentes, tiene interés desde el punto de vista de la competencia jurisdiccional, así como de los usos locales, cuando la ley establece que ellos se tomen en cuenta como supletorios de la voluntad de las partes. Es una cuestión que se estudia en el Derecho Internacional Privado.

El Código peca de inconsecuente, al establecer que el contrato se reputará celebrado en el lugar en que fué hecha la oferta, (sistema de la información o de la recepción), siendo así que en el artículo 1335 establece que el contrato se considere perfeccionado desde que se expide la aceptación. Lo lógico es que el contrato se considere celebrado en el lugar en que se produce el hecho decisivo que genera su perfección.

Por lo demás, la disposición del numeral 1336 es meramente dispositiva; se podría convenir que otro sea el lugar de la formación del contrato (Krainz).

Savigny fué de opinión que el contrato por corresponden-

cia se considerase perfeccionado en el lugar de la recepción y aceptación de la oferta. Del mismo parecer era Zacarías. En ese lugar llegaron a fundirse los consentimientos de ambas partes: *quia fingitur medio litteratum esse venitiis praesens, ibique venditionem mercium cum veneto concludere*, según la indicación de Casaregis.

Merlin, Toullier, Troplong, se declararon por el sistema de la cognición, de modo que solo hay contrato desde que el proponente llega a tener conocimiento de la aceptación, la cual por lo mismo antes de ese momento es un mero *propositum in mente retentum*. Consecuentemente, el lugar de la perfección convencional es aquel en que se produjo la oferta.

Es decir, que se presentan ahora de nuevo los diversos sistemas ideados para la perfección del contrato por correspondencia. No cabe revivir la polémica, en vista de la toma de posición del art. 1335. Por ende, no se vislumbra por qué no sea la ley del lugar de la aceptación en vez de la de la oferta la que rija el acto. Claro que inconveniente práctico no existe. El contrato se considerará concluido desde el momento en que la aceptación se expida (art. 1335) y la ley aplicable entonces y para siempre será la ley del lugar de la oferta. Pero la inconsecuencia de orden lógico es saltante.

Art. 1337.—“Se puede prometer el hecho de un tercero con cargo de indemnización si éste no cumple”.

Referencias: Digesto, 145, t. 10, leyes 81 y 83; Código francés, art. 1119, 1120; italiano 1381 (1128, 1129); peruano, 1259; argentino, 1195-1197; español, 1259; portugués, 646; holandés, 1351; alemán, 329; suizo, 111; turco, 110; chileno, 1450; polaco, 91.

Como el contrato no obliga sino a las personas que intervinieron en él, uno en el que se establezca una obligación de tercero es para éste *res inter alios acta* y, consecuentemente, aquella no le será exigible, salvo que él expresamente acepte asumirla. Pero entre el estipulante y el prominente el contrato puede suscitar el efecto consistente en la indemnización de daños y perjuicios por el último en favor del primero, en caso que el tercero no asuma la obligación. El promitente resulta, así, ga-

rantizando ésta última. Entre el tercero y el promitente no debe existir ninguna relación legal: el último ha de obrar no en nombre de aquél, sino en nombre propio y a su propio riesgo. De aquí la obligación que le incumbe, de indemnizar al estipulante si el tercero no asume la obligación prometida. El promitente no puede, pues, tener el carácter de representante del tercero (Ghul).

La expresada garantía en favor del estipulante puede resultar de pacto expreso, o derivar de la inclusión de una cláusula penal en el contrato, o de una caución que el promitente ofrezca, o de la circunstancia de que la promesa de obligación ajena esté vinculada con la promesa de hecho propio, como ocurriría con las garantías que preste el vendedor *emptori rem habere licere* y el arrendador *conductoris re utifruí licere*. En general, el criterio ha de ser en el sentido de admitir la voluntad tácita del promitente para garantizar la asunción de la obligación por el tercero, pues de otro modo el contrato resultaría inútil, caso de que el tercero no la asumiera. Mas, ello no debe conducir, como algunos han pretendido, al extremo de que debe siempre presumirse la garantía. La razón por la cuál resulta una obligación indemnizatoria para el promitente estriba, como explica Baudry Lecantinerie, en que el promitente contrata una obligación personal de hacer, que consiste en obtener la ratificación del tercero respecto al cual ha hecho la promesa. Tal obligación se revuelve, lógicamente, en daños y perjuicios si tal resultado se frustra. Esta obligación existe en tanto el tercero no ratifique el convenio y por el hecho de no ratificarlo. Una vez hecha la ratificación, desaparece toda responsabilidad del promitente, salvo como se indica más adelante, que se haga garante de la ejecución misma de la prestación.

Inútil parece decir que la estipulación a que se contrae el número 1337 puede recaer sobre todo hecho de tercero en que concurran las condiciones intrínsecas del acto jurídico (art. 1123).

La ratificación por el tercero no es necesaria que sea aceptada por el estipulante, toda vez que se puede decir que este aceptóla de antemano al pactarse el convenio originariamente con el promitente. La ratificación debe hacerse concurriendo específicamente con respecto a ella, las calidades que la hagan eficaz, o sea, por persona capaz y sin que exista vicio de consentimiento.

Una vez que el tercero acepte asumir la obligación a la que fuera invitado, el contrato deviene definitivo en la relación entre aquél y el acreedor; el promitente desaparece de la escena, salvo lo que se indicará más adelante, sobre que haya asumido además, especialmente, la garantía de responder en caso de que el tercero no ejecute la prestación. De otro lado, puede reaparecer la obligación indemnizatoria si la ratificación se declarase nula (Demolombe).

Los tratadistas están de acuerdo en que la garantía no respecta a la ejecución de la obligación por el tercero, sino solo a la asunción de ésta por el mismo. Así, no es elogiable la forma en que está concebido el artículo 1337, cuando dice que se puede prometer una obligación de tercero, con cargo de indemnización "si éste no cumple". El cumplimiento de la obligación no es objeto de la garantía, sino la ratificación de la promesa estipulada, la asunción por el tercero de la obligación: el promitente se compromete a obtener la aceptación por el tercero de la obligación prometida en el contrato. Si el promitente no puede cumplir con ello, debe quedar sujeto al pago de la correspondiente indemnización.

Nada obsta, por lo demás, para que el promitente asuma especialmente la obligación de responder no sólo por la aceptación de la obligación por el tercero, sino también por la ejecución de la misma.

Art. 1338.—"Se prohíbe todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha fallecido o cuyo fallecimiento se ignora".

Referencias: Digesto, lib. 29, tit. 2, fr. 94; lib. 38, tit. 16, fr. 16; lib. 39, tit. 5, fr. 29, todo párrafo 2; lib. 45, tit. 1, fr. 61; todo Código, lib. 2, tit. 3, leyes 15 y 30; lib. 5, tit. 14, ley 5; lib. 6, tit. 20, ley 3; lib. 8, tit. 51, ley 4; Código portugués, art. 2042; español, 1271; argentino, 1176; italiano, 1118, al 2a.; uruguayo, 1285; venezolano, 1193; al 2a. francés, 1082, 1093, 1130 y 1389; austriaco, 602; chileno, 1463; alemán,

312, 2274-2302; suizo, 468, 494, 512 y siguientes, 636; brasileiro, 1089; peruano, 1252 y 1345; el alemán art. 1312; polaco, 58, mejicano, 1826.

El derecho romano repudió los pactos de *succedendo*, de *non succedendo* y de *hereditate terti*, conforme a varios textos y a la Constitución justiniana (C. II; 3; *De pactis*, 30). Dichos pactos pueden concernir a la propia sucesión que debe causar el contratante, o a la sucesión que el contratante debe obtener o supone que obtendrá. Se consentía que tratándose de esta segunda clase de pactos, ellos tuviesen valor si el causante los aprobaba, con la taxativa de que su aprobación era revocable. Pothier y Dumoulin acogieron las indicaciones romanistas; y el *Code Civil* ratificó la prohibición, pero con más rigor, al desterrar la aceptación admitida por el derecho justiniano. Así pasó la prohibición a otras legislaciones, inclusive la anterior peruana (art. 1345), y ha merecido la acogida del Código actual.

Las razones para repudiar estos pactos consisten en el carácter inmoral, de un lado, y peligroso, del otro, de los mismos. Se especula con el hecho del posible o futuro deceso del causante de la transmisión hereditaria; se atenta contra el principio fundamental de la libertad de testar y contra las reglas del orden público y las buenas costumbres.

Empero, el rigor de la prohibición ha sido impugnado. "Este rigor—anota Josserand—es injustificado; si hay pactos sucesorios que son reprecensibles, hay otros que son inofensivos, y aún dignos de aprobación, por ejemplo la convención por la cual los hijos asumieren el compromiso de respetar la última voluntad de sus padres, y no valerse de nulidades por las cuales sus disposiciones pudieran ser tachadas. En realidad, en tal materia todo es cuestión de móviles y de propósito; en tanto vale el propósito perseguido, vale o debe valer el pacto sucesorio".

La práctica y los hechos de la vida han superado la tesis prohibicionista: se ha usado y han funcionado los pactos a que ahora nos referimos.

El *votum corvino* no pasa de ser una mera presunción a priori respecto a los pactos sobre sucesiones futuras; y si por su causa éstos no deben ser admitidos, no se justifica como se acepte otros contratos, como el seguro de vida, la renta vitalicia, que se basan en *mortis causa capiones*. Hay, pues, tratándose de los pactos sucesorios un mero prejuicio, una simple suspicacia.

Aun menos el peligro de lesión es un argumento serio con-

tra los mismos, si como lo hace el Código, precisamente no estima que debe acogerse tal causa de rescisión en los contratos en general.

El Código alemán distingue según se trate de pactos de sucesión propia o de un tercero. Estos últimos son repudiados. Un pacto relativo a la sucesión propia es tolerado. Se puede por convenio, renunciar a una herencia o legado, a la institución de heredero o legatario. En cuanto al derecho helvético, considera írrita una convención cuyo objeto sea una sucesión no abierta, si aquélla no contiene el consentimiento de la persona de cuya herencia se trata. En cuanto al Proyecto franco italiano mantiene absolutamente la prohibición. (art. 26). Lo mismo el Proyecto argentino (art. 814) y el Código mejicano (art. 1826).

Dentro de los términos absolutos de la negativa del artículo 1338 del Código, caen los pactos sucesorios de institución, de renuncia o de disposición. Pero en cualesquiera de los casos, se necesita para la nulidad del pacto, las siguientes condiciones concurrentes: primero, que concierna a una sucesión aun no abierta; segundo, que el objeto materia del contrato sea de la comprensión de esa misma sucesión; y tercero, que él venga a corresponder al promitente *successiones causa*, o sea, no por una causa distinta de la hereditaria.

La concurrencia de las tres condiciones anula el pacto, así haya existido buena fé en los contratantes (por ejemplo, suponiéndose equivocadamente que el causante ya ha muerto), pues ellas son como elementos constitutivos de la invalidez. Pero si hubiera mala fé en los contratantes, no concurriendo en el pacto una de las condiciones indicadas (por ejemplo, suponen contratar acerca de la herencia de una persona viva, siendo así que ésta ya ha muerto), ¿el pacto debe anularse? No hay unanimidad de pareceres; pero la mayoría se inclinan por la afirmativa.

Otra prohibición que la ley debería considerar es la relativa a la disposición total del patrimonio que en el futuro se adquiera, como acontece en el Código alemán (art. 310), en fuerza de que en un pacto de esta laya va inserto un atentado contra la capacidad de adquirir y la libertad económica del promitente (Planck).

Art. 1339.—“Se prohíbe contratar entre cónyuges si no es para el otorgamiento de poderes”.

El artículo tal como está concebido, en términos generales, en cuanto a la prohibición de contratos entre los cónyuges, salvo el caso del mandato, no tiene propiamente antecedentes en otros Códigos. Las legislaciones de otros países, más bien, facultan esta clase de contratos, en mérito del principio de que la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción; de modo que no estableciéndose especialmente la prohibición tratándose de la contratación entre esposos, la misma no tiene inconveniente legal en funcionar. Solamente con relación a determinados contratos la prohibición está establecida. En el antiguo derecho romano, la ausencia de personalidad propia de la mujer casada impedía el hecho de la contratación entre cónyuges; pero en el último estado de evolución de dicho derecho romano, se llegó a reconocer la validez de tal contrato, con excepción del afianzamiento del marido por la mujer, y siempre que el contrato no importase una donación disfrazada. Por eso el Digesto permitía hacer entre los esposos un contrato de compra-venta (Digesto, lib. XIX, tit. V, ley 12), de sociedad (XXXIV; tit. I, ley 16, párrafo 3), de mandato (XXIII, tit. 3, ley 9, párrafo 3), de prenda (XXIV, ley 7, párrafo 6).

En Francia, dentro del derecho *coutumier* los esposos no podían contratar uno con otro. Pero como Dumoulin advertía, se consentía que se verificasen contratos a título oneroso, si habían sido pactados *ex necessitate*. Además, eran admitidos cuando no importaban transmisión patrimonial.

El *Code Civil* no estableció la prohibición absoluta. Sólo en el art. 1595 declara no posible la compra-venta entre cónyuges; en el art. 1099, se anula las donaciones entre los mismos, que sobrepasen los límites de la libre disposición; en el art. 1395 se prohíbe todo pacto después de celebrado el matrimonio, que modifique las capitulaciones. En Bélgica se admite los contratos entre esposos (Beltjens), y no rigen sino las mismas, excepciones que las consignadas por el Código de Napoleón. Conforme al Código Italiano de 1865 los contratos entre esposos son válidos; pero se exige autorización judicial cada vez que haya oposición de intereses entre aquellos (art. 136); las donaciones no son permitidas salvo por testamento (art. 1054). El reciente Cód-

go no ha repetido el precepto 163 del anterior; pero sí el 1054. Para el Código de España la compra-venta y la donación entre los esposos son nulos (art. 1458 y 1334). Por lo demás, dentro de la antigua legislación los antecedentes son en el mismo sentido. Prohibieron la compra-venta entre marido y mujer la ley 4, tit. 11 de la Partida IV., la ley 55 de Toro, la ley 11, tit. I, lib. X de la Novísima Recopilación; y la donación, la ley 4 tit. 11, de la partida IV, la ley 6, tit. I, lib. 3.º del Fuero Juzgado, la ley 7, tit. 2, lib. 5, la ley 9 tit. 6, lib. 3, del Fuero Real.

El Código de Portugal (1564), el argentino (art. 1358), el chileno (art. 1796), rechazan el contrato de compra-venta con referencia al punto que nos interesa. El argentino extiende la nulidad a las donaciones (art. 1807 inc. 1.º); el de Portugal las permite (art. 1178); también el de Chile (art. 1406).

En las legislaciones modernas, encontramos que el Código alemán tolera esta clase de contratos, lo mismo que el brasileiro, pues en ellos no se encuentra degoratoria para el caso tratado, el principio de la capacidad contractual general. El Código Suizo establece en su N.º 177, que "todos los actos jurídicos son permitidos entre esposos" pero previa aprobación judicial para aquellos relativos a los aportes de la mujer, a los bienes de la comunidad y a las obligaciones asumidas por la mujer para tercero en beneficio del marido. El Código soviético no contiene prohibición alguna. Tampoco el Código de las Obligaciones de Polonia.

En Inglaterra a los cónyuges no se les niega capacidad para que puedan realizar ventas o donaciones, salvo que estas fueren hechas en fraude de acreedores (Curti, Jenks). El Proyecto de Bibiloni y el Proyecto definitivo de reforma reiteran el mandato del Código de Velez Sarsfield.

Como se observa, en general se reputan validos los contratos entre esposos. No hay, cuando menos, legislación que los rechace en los términos perentorios que lo hace el art. 1339 del Código Nacional. Cornejo tratando el punto expresa: "para evitar esta dispersión de criterios, y a la par los inconvenientes evidentes de la contratación entre cónyuges, que la doctrina puso de relevo especialmente al fundamentar la prohibición de la compra-venta, nuestro legislador ha preferido una actitud radical, prohibiendo por este artículo, en forma rotunda y absoluta, todo contrato entre cónyuges". Y Rodríguez Llerena escribe "Esta prohibición, es consecuencia del régimen de los bienes

durante el matrimonio. Formada la sociedad de gananciales entre los cónyuges, resultaría implicate la permisión de contratos entre ellos. Los esposos no pueden derogar las reglas de la potestad marital (art. 176) por contrato, ni los derechos del marido como representante y jefe de esa sociedad, ni las reglas de la patria potestad, ni hacer convención o renuncia alguna cuyo objeto sea cambiar el orden legal de las sucesiones, ya respecto a ellos mismos en la sucesión de sus hijos o descendientes ya en relación a su hijos entre sí. También les está prohibido toda donación entre ellos (art. 1468). Esta prohibición es antigua. La vemos establecida en la ley 4a. tit. II de la Partida 4a., y la aconsejan razones de gran importancia. El amor de los cónyuges podrá dominarlos hasta el punto de impulsarlos a despojarse mediante contratos, uno de ellos de todos sus bienes en beneficio del otro cónyuge. La paz y la felicidad que emanan del matrimonio se verían perturbadas por los contratos, si se les permitiera celebrarlos y serían esos contratos un medio fácil y expedito de reducirse a la insolvencia cualquiera de los cónyuges, burlando la buena fé de terceros y los derechos de los hijos”.

Las anteriores razones no tienen suficiente fuerza persuasiva. Hemard ha enjuiciado el problema en la siguiente forma: “los argumentos de orden sentimental no faltan, para tratar de justificar una prohibición de contratar entre esposos; ni uno ni otro de los esposos puede dar un verdadero consentimiento a los contratos en los que ellos pueden intervenir; su situación no se lo permite. El marido o la mujer no pensará casi, se dice, en defender sus intereses cuando su cocontratante es la misma persona en la que ha depositado todo su afecto y su confianza. Y más que esto, si uno de los esposos persigue un fin interesado y dirigido a engañar a su cónyuge, éste, cegado por sus sentimientos no experimentará ninguna desconfianza. Por otra parte, dar a la mujer la garantía ilusoria de la autorización de su marido con el cual ella contrata, es en realidad dejar al arbitrio del marido toda la fortuna de la mujer, incitarlo al abuso de su autoridad. En otros tiempos, autorizar estos contratos sería permitir a cada esposo el poner sus bienes al abrigo de sus acreedores, pues bastaría transmitirlos a su cónyuge por medio de un contrato”.

“Las anteriores razones—agrega Hemard—por justas que ellos parezcan, tienen, sin embargo sólo un valor relativo; si

los esposos no forman sino una sola persona, esto es únicamente desde el punto de vista moral y en el orden de los afectos. Esto no significa hacer abandono de toda voluntad, de toda personalidad de un esposo respecto al otro. El matrimonio reúne en el hecho dos personas y dos intereses, a los que debe serles permitido tratar la una con la otra las veces que sea necesario o útil. Sin duda, hay que tener en cuenta la situación particular de los esposos: esto puede afectar su libertad contractual; los abusos o los fraudes son posibles, pero sería injusto, y demasiado absoluto, establecer una prohibición de contratar entre esposos. De otro lado, significaría sospechar *a priori* de dolo en todos estos contratos: el dolo no se presume, él debe ser probado; así se precisa en el art. 1116 del Código Civil, y ningún texto puede permitirse, en esta materia, derogar esa regla. En la actualidad no es posible invocar la situación particular de la mujer en el matrimonio y la obediencia que ella debe a su marido, para pretender que éste puede imponerle las convenciones que ella no hubiera podido discutir libremente; la obediencia de la mujer a su marido ha desaparecido del art. 213 del Código Civil. La mujer casada ha tenido siempre la libertad reconocida a toda persona, de negarse a contratar, y el marido no podía privarla de esta facultad. Del mismo modo, el argumento referente a la incapacidad de la mujer casada, no puede seguir siendo invocado, en tanto que ella sea plenamente capaz, al menos en principio. Por lo demás, aún bajo el imperio del Código de 1804, este argumento no dejaba de ser discutible. Sobre todo esto, todos los argumentos de este orden no pueden nada contra los hechos; las relaciones de intereses existieron frecuentemente entre los esposos; no se vé por qué ellos no puedan hacer convenciones sobre el particular. ¿Por qué no facilitar, por el contrario, los contratos a título oneroso entre esposos? Ellos pueden tener grandes ventajas por la asociación conyugal, tanto material como moralmente; una venta o una sociedad procurará a cada uno los beneficios respectivos; un préstamo o una transacción concluída entre los esposos les evitará, sin duda, pérdidas de dinero y de preocupaciones, por no decir de conflictos susceptibles de perjudicar la armonía del matrimonio". (Hemard).

Como muy bien escribe Beudant y Lerebours-Pigeonnière, criticando el art. 1595 del Código de Napoleón: "este texto se

inspira en una idea discutible: suprime el derecho, a fin de evitar el abuso”.

En suma, no damos nuestra aprobación al art. 1339 del Código nacional, que no sólo prohíbe los contratos entre esposos en determinados casos, sino en general, excepción del caso de mandato.

Art. 1340.—“Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura pública u otra forma especial, las partes que han celebrado el contrato pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida”.

Referencias: Código argentino, art. 1183 y siguientes; español, 1279; suizo, 22; portugués, 686; turco, 22; austriaco, 320, 884; peruano, 1330; italiano, 1352.

Con referencia a una formalidad convenida sólo *inter partes*, predomina el principio de que no existe compromiso obligatorio hasta que los contratantes hayan llenado tal formalidad. Es la solución del Derecho justiniano, que surge del art. 16 del Código suizo.

Ahora, el art. 1340 se refiere a una formalidad no de orden convencional, sino impuesta por la ley.

Se ha sostenido, de una parte, que cuando se requiere por la ley determinada formalidad para un contrato definitivo, el contrato preparatorio que no tiene tal forma, carece de valor. Así, Gabba razona que exigiéndose la forma por un motivo de orden público, aquella es indispensable para que el contrato se constituya; por lo que el período preparatorio no puede, por ausencia de tal forma, ser reputado como que ya contiene el nacimiento del contrato. Y si la formalidad es exigida como prueba, también la promesa de un contrato de tal clase no puede acreditarse de manera diferente. El Código de Portugal, tratan-

do el punto (art. 686), se refiere a las formalidades que la ley exige como de prueba o substancial y a la validez del contrato dependiente de esa formalidad. Y Ferreira, comentando el precepto, dice que no cabe hacer distinción en cuanto a los efectos jurídicos, según que se trate de formalidad de prueba o substancial, toda vez que en ningún caso puede darse validez al acto carente de tal formalidad, ni pueden compelerse las partes a llevarla a cabo.

De otro lado, se sostiene que un contrato preliminar es distinto de un contrato definitivo; por lo que si la forma se ordena por la ley, sólo la prescripción en tal sentido concierne al último, que no al primero. Además, si se prescribe una formalidad es porque se cree necesario asegurar la certeza del derecho que se constituye o transfiere, o provocar en las partes una más esmerada atención acerca del negocio; lo que no tiene razón de ser tratándose de los contratos preliminares, con los cuales no se constituye o transfiere el derecho, sino sólo se da origen al derecho a pretender el perfeccionamiento del contrato. Rivarola escribe: "Hay que advertir que aun cuando la ley tiene por inexistentes a los contratos mientras no esté firmada la escritura pública, les atribuye especialmente un efecto cuando las partes no han acordado lo contrario: los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública, lo fueron por instrumento particular firmado por las partes, o verbalmente, no quedan concluidos como tales contratos mientras la escritura pública no se halle firmada; pero quedan concluidos como contratos en que las partes se han obligado a hacerla escritura pública, y la que se resista puede ser condenada a indemnizar los perjuicios que acuse a la otra".

Algunos autores aconsejan distinguir según que la formalidad tenga por motivo asegurar a los terceros la existencia del acto o evitar fraudes, en cuyos casos el mero acuerdo es plenamente obligatorio entre las partes; o tenga por motivo salvaguardar la libertad de los contratantes, en cuyo caso no es obligatorio y sólo podría dar origen a indemnización por daños y perjuicios.

El Código se pronuncia en forma inequívoca sobre el particular en el art. 1340. El acuerdo es válido y las partes pueden

compelerse a llenar la formalidad exigida por la ley. La decisión es idéntica a la contenida en el art. 1279 del Código español.

Pero ¿a qué formalidad se refiere? O sea, ¿comprende también la de la solemnidad o sólo concierne a la de mera prueba? Es una cuestión que hubiera sido conveniente que el legislador la dilucidara. Cornejo, tratando el problema, se pronuncia así: "la exigencia de forma escrita o solemne, puede resultar del acuerdo de las partes o de precepto especial de la ley; y en uno u otro caso puede ser *ad substantiam* o *ad probationem*. En el primer caso, es condición o requisito esencial para la existencia del contrato; en el segundo caso, no obsta a esta existencia y solo da acción para exigir que se llene la formalidad requerida.

Con referencia al art. 1279 del Código español se ha planteado si puede exigirse las acciones derivadas del contrato antes de llenada la forma. La jurisprudencia ha sido vacilante. Nosotros juzgamos que Scaevola razona acertadamente cuando sobre el particular escribe: "Dicho texto no admite discusión: si la ley *exigiere* el otorgamiento de escritura pública (u otra forma especial) *para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato*. Para sostener una versión jurídica distinta de la revelada por la letra del precepto, hay que prescindir en absoluto de él o que dislocarla. La posibilidad de hacer eficaces las obligaciones pactadas depende de la solemnidad de la forma. El precepto es imperativo y no facultativo".

Conforme lo que indican Manresa y Navarro, sería nulo el pacto por el cual las partes se relevaran de la obligación de otorgar la formalidad exigida por la ley, pues ello contraría los propósitos que la misma tuvo en cuenta, y además, algún contrato podría quedar sin poder realizar ciertos fines si no se otorgara la forma.

Art. 1341.—"Hay condición resolutoria en todo contrato bilateral y ésta se realiza cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de la obligación en la parte que le concierne".

Referencias: Digesto, lib. 19, tit. 1, fr. 54, párrafo 1; lib. 18; tit. 3, fr. 2; Código, lib. 4, tit. 66, ley 2; Código francés, art. 1184; italiano,

1453 (1165); español, 1124; argentino, 1203 y 1204, chileno, 1489; brasilero, 1092; alemán, 325 y 326; suizo, 107, 122; austriaco, 919 y siguientes; peruano, 1286; turco.; ruso, 139; polaco, 215-6; mejicano, 1949.

Propiamente, el derecho romano no organizó la institución de la llamada condición resolutoria tácita. Si un contratante no cumplía con su obligación, no había por ello resolución legal del contrato: al acreedor sólo le cabía la facultad de usar de los medios de derecho para exigir la prestación que le era debida. Solo excepcionalmente, en algunos contratos, el incumplimiento podía ser causa de resolución. Eso sí, cabía expresamente pactar la *lex commisorio*. El uso constante de ésta y el indiscutible fundamento racional de la misma, decidió al legislador francés a consignar el principio del artículo 1184 del Código de Napoleón. El derecho *intermediario* consideraba que la condición resolutoria se sobreentendía como aceptada por las partes en todo contrato bilateral; y tal era también el parecer de Pothier.

En todo contrato sinalagmático debe funcionar la resolución por causa de incumplimiento de su prestación por una de las partes; y las opiniones sin discrepancia de los autores para justificar la solución, hacen innecesario insistir sobre la bondad del principio. La resolución en tal caso, deriva de la naturaleza de los contratos bilaterales. Aquella es, pues, una consecuencia impuesta por la ley. Debe abandonarse, por lo mismo, el concepto artificioso de suponer que la resolución deriva de la supuesta voluntad de las partes; lo cual no puede estimarse más como de un valor histórico, al constatarse por qué motivos la ley *commisoria* romana llegó a convertirse dentro del *droit coutumier*, en una regla legal. ¿Qué mejor justificación intrínseca de la figura, que la que resulta de considerar que en esa clase de contratos, con mutuas prestaciones recíprocas, cada obligación es causa de la otra?

La determinación de la verdadera razón de ser de la regla, no sólo tiene un interés especulativo. También lo tiene en cuanto a fijar el radio de su aplicación en los contratos bilaterales. ¿Sólo se aplica a los bilaterales perfectos, o también a los unilaterales si han tenido una causa onerosa? Si la obligación de un

contratante tiene su razón de ser en otra obligación del cocontratante, éste podrá resolver el contrato si el primero no cumple con su obligación. En los contratos unilaterales derivados de causa onerosa, la resolución deberá, pues, poder producirse. No obstante, este no es un criterio ortodoxo. Por un apego a la fórmula tradicional, se sigue restringiendo la aplicación de la solución a los contratos propiamente bilaterales; pero examinando la *ratio legis*, esencialmente se comprende que aquella concuerda con la naturaleza propia de los contratos unilaterales a título oneroso.

Conjugando el numeral 1341 con el 1109 (que dice que la condición resolutoria expresa opera de pleno derecho), resulta que tratándose de la condición resolutoria no expresa, la parte accionante tiene que obtener una decisión judicial, por la cual se declare rescindido el contrato, y hasta entonces el deudor puede cumplir con su obligación, dejando sin posibilidad la resolución. Así, el acreedor durante un tiempo que puede resultar prolongado, se halla en buena cuenta a merced del deudor; hasta que la decisión judicial no se produzca no sabrá si el deudor cumplirá o no con su obligación, y si por lo tanto él (el acreedor) deberá o no ejecutar la suya. De aquí que la solución contenida en el artículo 1184 del Code Civil sea impugnada por los tratadistas franceses modernos.

Los Códigos alemán y suizo consignan precepto diferente. La resolución se opera por declaración dirigida a la otra parte. Si ésta última considera que no es justa la resolución declarada, podrá reargüir judicialmente; pero aquélla se ha producido ya.

Para que la resolución proceda se necesita que el incumplimiento se deba a causa imputable al deudor, y que el contratante que se vale de ella, no esté incurso en igual imputabilidad.

Luego, si el incumplimiento se debe a caso fortuito, el contrato siempre se disolverá, al no serle exigible a uno de los contratantes la prestación a que estaba obligado, pues el otro no puede cumplir con la suya, por el caso fortuito sobrevenido; pero la resolución no se produce entonces por razón de la *lex commissoria*, sino por aplicación de la teoría de los riesgos, que en este supuesto pone a los mismos a cargo del deudor.

El funcionamiento del art. 1341 presupone no solo una mutua dependencia de relación causal entre las dos obligaciones, sino también que ambas deban ejecutarse al mismo tiempo; si por la ley o por el contrato una debe ser ejecutada antes que la otra, el acreedor de esta última no puede invocar la resolución basándose en el incumplimiento respectivo de tal prestación posterior a la recíproca. Por el contrario, el acreedor de la primera sí estará autorizado a prevalerse de ella, si la obligación a su favor no ha sido cumplida anticipadamente.

La parte en favor de la cual no se ha verificado la prestación debida por la otra parte, tiene dentro del Código francés a elegir entre la resolución del contrato o la exigibilidad de tal prestación.

El Código alemán reputa que el ejercicio de la acción resolutoria supone la imposibilidad material de la prestación, y tal imposibilidad no es solo la objetiva, sino también la denominada ficticia, que el B.G.B. instituye en el artículo 283. Si el deudor no cumple con la prestación dentro del plazo que le ha fijado convenientemente el acreedor, éste puede exigir daños y perjuicios por inexecución, o rescindir el contrato; pero no puede vencido ese plazo, exigir la ejecución de la prestación.

Nosotros pensamos que debería operar la declaración previa al obligado, fijándosele un plazo apropiado para que cumpla la obligación (lo que importa constituir en mora al deudor). Si no cumple con ella dentro del plazo, el acreedor debe tener la opción entre exigir la obligación, si fuera posible, con indemnización de daños e intereses por el retardo, o rescindir el contrato con indemnización de daños y perjuicios, si éstos procedieran según las reglas generales. Tal la solución que adopta el legislador italiano (art. 1454).

La consignada en el Código alemán parece un tanto injusta contra el acreedor. Si el deudor no toma en cuenta la conminación, el acreedor debe poder optar entre lo que más le convenga, sea exigir siempre la ejecución, si es posible, u obtener la rescisión; y no necesariamente no poder exigir la primera. Dentro de nuestra ley civil, hay que considerar que el sistema es el siguiente: el demandante puede solicitar ya la rescisión del contrato, ya

su cumplimiento. En el primer caso tiene derecho a los daños y perjuicios. Esto resulta concordando el art. 1341 con los arts. 1401 y 1404, a los que nos referimos después. De todas maneras, el art. 1341 tiene el mérito de permitir la acción rescisoria, contrariamente a lo que ocurre en el Código argentino (art. 1204), que siguiendo en ese punto a Freitas, establece que si no hay pacto comisorio expreso el contrato no puede disolverse y solo puede demandarse su cumplimiento. "Como sabemos que el contratante tenía su causa en la ejecución de la prestación del otro, podría suceder que el retardo en el cumplimiento de la misma trajera inconvenientes o le privara de las ventajas legítimas que él tuvo en mira al contratar, por haber tenido que procurarse por otros medios y a su costo el objeto del contrato. En tal caso sería injusto privarlo del derecho a rescindir un contrato, que no se realiza sino por motivo imputable a la otra parte" (Lafaille).

Por lo demás, no obrando de pleno derecho la condición resolutoria dentro del Código nacional, se plantea al respecto la cuestión, debatida por los autores, de si producida la elección por el acreedor, sea por la exigibilidad de la obligación, sea por la rescisión, ella es irrevocable.

Acotan Baudry Lecantinerie et Barde, que la hesitación era susceptible de aparecer en Roma respecto a determinar si con la ejecución se renunciaba al pacto comisorio. Pero actualmente no; no hay tal presunción de renuncia a la condición resolutoria tácita. Esta tiene un carácter subsidiario; su utilidad no aparece sino cuando la parte que lo invoca no puede hacer efectivo el contrato. Y esto es lo que ocurre precisamente al demandarse inútilmente el cumplimiento del contrato antes de proceder a demandar su resolución.

La inexecución puede ser sola parcial. Si se trata de inexecución por caso fortuito la cuestión debe ser resuelta dentro de los principios que gobiernan la prestación del riesgo y el peligro. Si es imputable al deudor, el acreedor puede demandar daños y perjuicios por inexecución, o resolver el contrato si la ejecución par-

cial no tiene interés para él. Lo mismo ocurrirá en caso de ejecución tardía, que es una forma de ejecución parcial o defectuosa. Tales decisiones se constatan en los artículos 325 y 326 del Código alemán. Respecto a otras legislaciones, se opina idénticamente que incumbe al juez apreciar la importancia de la inejecución para decidir sobre la rescisión. No es aconsejable hacer una investigación agnóstica sobre la verosímil o presunta voluntad de los contratantes. Se estaría dentro de una ficción. El juez debe compulsar la cuestión concreta, en relación al acreedor, y percibir si racionalmente tiene para él interés o no la ejecución por el resto de la prestación. Es con un criterio circunstancial y concreto que el punto debe decidirse en cada caso. "Cuando en el pensamiento de las partes, varias convenciones pactadas entre ellas forman un todo indivisible, su resolución puede ser demandada sin distinción en virtud de los principios del art. 1184 (del Código de Napoleón), aun cuando la inejecución no hubiera recaído sino sobre una de ellas". (Riviere, Weiss et Frenelet).

Respecto a los efectos de la condición resolutoria se plantea la cuestión de si ella debe operar retroactivamente, y en caso afirmativo, hasta qué punto opera en tal sentido. La cuestión debe remitirse a las reglas generales referentes a la trascendencia que se reconozca a las resoluciones. Si ellas operan *ex tunc*, desharán todos los efectos anteriores. Pero si se distingue entre el carácter personal y real de tales resoluciones, entonces se resolverán las obligaciones ocurridas entre las partes (*obligatio ad restituendum in integrum*), pero los derechos adquiridos por terceros no se resolverán. Este temperamento es el más recomendable. Se garantiza así los derechos de terceros. Razones de orden económico, consistentes en la seguridad de los negocios, aconsejan no dar a la resolución efecto reipersecutorio. Pero la limitación en los efectos de la resolución puede quedar sin aplicación, si en el contrato de adquisición por el tercero se previno que la misma quedaría sujeta a tales efectos. En tal supuesto, las partes han estipulado en el sentido de asumir el adquiriente la consecuencia de la resolución, que por ley no le alcanzaba. Por otro lado, una razón de analogía lleva a recordar en este punto, lo resuelto en general por el art. 1110. El Código italiano expresa en su número

1458 que la resolución por incumplimiento tiene efecto retroactivo entre las partes, salvo el caso de contrato de ejecución continuada o periódica, respecto al cual el efecto de la resolución no se extiende a la prestación ya cumplida; la resolución no perjudica los derechos adquiridos por tercero, salvo los efectos de la transcripción de la demanda de resolución.

Con referencia al numeral que analizamos conviene tener presente lo que ordenan los artículos 1401, 1404, 1412, 1413, 1529, inc. 7; 1757. El artículo 1401 fija el efecto del incumplimiento por parte del vendedor: el comprador puede a su elección solicitar o la rescisión del contrato o la entrega de la cosa; conforme al art. 1404 si por tal motivo sobreviene la rescisión, puede demandarse los daños y perjuicios, pero bajo el presupuesto de que el incumplimiento del vendedor haya sido culposo. Estos dos artículos aclaran las consecuencias prácticas del número 1341. Aquellos deben reputarse aplicables por analogía a todos los contratos sinalagmáticos: la construcción elaborada respecto a la compra-venta es reputable como tipicante, en general, de toda clase de contratos de tal naturaleza.

El art. 1412 tiene un carácter especial. Ordena que en la venta de cosa mueble no entregada al comprador, si éste no paga su precio ni otorga la garantía cuando a ello se hubiese obligado, puede el vendedor disponer de la cosa sin pedir la rescisión. Por su propia determinación procede el vendedor a dejar sin efecto la operación jurídica; no necesita obtener judicialmente la rescisión. Esta decisión hay que apreciarla, considerando que tratándose de muebles el contrato se perfecciona mediante la tradición (art. 1172 y 1175). El art. 1413 confirma la regla de la condición resolutoria tácita, y de acuerdo con lo establecido para la compra-venta, reafirma que cabe demandar los daños y perjuicios por la inejecución.

El art. 1529, inc. 7, incidente en el contrato de locación y conducción, es también ratificación del principio del 1341. Por el contrario, 1757 que opera en vinculación al contrato de renta vitalicia, es excepción a la regla, en razón que estatuye que la falta de pago de pensiones vencidas por el deudor de la renta, no autoriza al acreedor de ésta para pedir la rescisión del contrato,

teniendo sólo derecho a reclamar el pago de las pensiones insolutas y el aseguramiento de las futuras.

Art. 1342.—“En los contratos bilaterales no podrá una de las partes demandar su cumplimiento, si ella misma no lo ha cumplido, u ofreciera cumplirlo”.

Referencias: Digesto, lib. 19, tit. 1, fr. 13, párrafo 8, lib. 67, tit. 2, fr. 14, párrafo 1, lib. 22, tit. 1, fr. 31; Código, lib. 2 tit. 3 ley 21, Código alemán, 320 y 322; argentino, 1201; italiano, 1460 (1469); francés, 1612; brasileiro, 1092 (ver portugués, 709; chileno, 1552; español, 1100 y 1466; suizo, 82; venezolano, 1231 y 1535; japonés, 533); peruano, 1378 y 1406; polaco, 215-6; ruso, 139; chino, 264; turco, 81.

La vinculación natural entre las obligaciones recíprocas en los contratos sinalagmáticos, hace comprender la bondad de la regla, ya sancionada en el derecho romano, de que un contratante no puede demandar a su contratante por la obligación a cargo del último, si el primero a su vez no ha cumplido con aquélla por el cual es deudor. Si demandara en tal sentido, el demandado podría oponer la excepción perentoria de *non adimpletu contractus*. Domat, en base a la idea sinóptica de la causa en los contratos, explicaba esto en los siguientes términos: “En todas las convenciones, siendo la obligación de una parte el fundamento de la otra, el primer efecto de la convención es que cada una de ellas pueda obligar a la otra a ejecutar aquello a que se comprometió, realizando ella por su parte su obligación según que ambas se hayan obligado por el contrato, ya sea a su ejecución para ambas partes simultáneamente, como cuando se concierta en una venta que el pago del precio seguirá a la entrega de la cosa, ya sea que la ejecución deba proceder por una parte”.

Pero es obvio que el funcionamiento de la excepción exige que la obligación del demandante esté expedita en el momento que demande del contratante la suya. De otro modo, la excepción será improcedente. Tal puede ocurrir no sólo cuando la obligación del actor sea a plazo, sino en general cuando se haya convenido que la parte que en la hipótesis tratada es la demandada,

deba cumplir con su obligación primero que la otra parte; como lo considera el artículo 320 del Código alemán.

Para el funcionamiento de la excepción de contrato no cumplido, precisa que las dos obligaciones que entran en juego deriven de un mismo contrato. Así, no se puede ver en la aludida excepción un caso de aplicación del derecho de retención, como lo hacen algunos pocos autores; por ejemplo, Stammler; ya que si tal derecho tiene lugar tratándose de deudas recíprocas y conexas, ellas pueden ser independientes en su origen. Basta que exista el elemento de *debitum cum re junctum*, para que la retención pueda efectuarse, sin que sea menester que las obligaciones emanen de un mismo contrato (así, en el caso del 867 y 2280, inciso 1.º del Código francés). Otro motivo de diferenciación entre los dos institutos consiste en la posibilidad admitida, de descartar la retención mediante el otorgamiento de una seguridad del pago de lo debido, en favor de aquel que para garantía de ese pago invoca la retención. Tratándose de la excepción *de non adimpleti contractus*, no cabe posibilidad análoga.

Por lo demás, la excepción de contrato incumplido obra en todos los contratos bilaterales, sean perfectos o imperfectos. Pero la aplicación de ella será muy difícil que tenga lugar en la última clase de dichos contratos, sobre todo en lo que respecta a la inejecución completa, si la obligación subsidiaria, que viene a recaer en el sujeto activo de la obligación ordinaria, surge sólo después que el sujeto pasivo ha cumplido con la misma. Staudinger anota las siguientes consecuencias relativas a la condición resolutoria tácita: "a) la prestación puede rechazarse sólo hasta el momento en que se haya empezado el cumplimiento de la contraprestación y no hasta que esta última se haya consumado totalmente; b) la otra parte tendrá derecho de formular la excepción de contrato no cumplido, aún cuando se encuentre en mora por falta de aceptación por la contraprestación que le corresponde. Las consecuencias de la mora por falta de aceptación, enumeradas en los arts. 293 a 304, no abarcan la pérdida de dicha excepción. En cambio, quien rehúsa la aceptación de la contraprestación, declarando que en general no quiere cumplir con la suya, o quien manifiesta por su acto esta falta de voluntad, no puede cobijarse al amparo de tal excepción; c) la excepción de contrato incumplido es admitida también cuando la contraprestación deba efectuarse a causa de un contrato a favor de

tercero o a causa de cesión a favor de tercero; d) tratándose de obligaciones de tracto sucesivo, la excepción puede basarse también en que habiéndose cumplido con un pago parcial por el deudor de esa obligación de tracto sucesivo, la otra parte no ha cumplido con la suya; e) se puede hacer valer la excepción no sólo en caso de completo incumplimiento de la contraprestación, sino también cuando y en tanto que esa contraprestación se haya efectuado incompleta o defectuosamente (*exceptio non rite ad impletu contractus*)”.

Y explicando la consecuencia b), agrega: “ya sea que el deudor esté condenado al cumplimiento por partes de la prestación o al pago después de haber recibido la contraprestación, en ambos casos el demandante puede solicitar, por medio de la ejecución forzada, el pago de su crédito sin efectuar el pago que le corresponde, siempre que el deudor se encuentre en mora de la aceptación; lo que es requisito legal en la condena para la prestación después de haberse obtenido la contraprestación”. En el mismo sentido se pronuncia Planck.

De la naturaleza propia del contrato resulta que la *exceptio non impleti contractus* presupone que la contraprestación no cumplida, que incumbe como sujeto pasivo al demandante y como sujeto activo al excepcionante, sea imposible (Warneyer). Si ha resultado imposible, la obligación correlativa exigida al demandado ha caducado por falta de causa. Si la imposibilidad es solo parcial, la excepción solo sería parcialmente procedente, en tanto la porción de la prestación que se niege a pagar el excepcionante importe el equivalente de la disminución sufrida por la contraprestación de cargo del demandante, apreciándose la cuestión según las reglas de la buena fé y lealtad convencional.

Como la jurisprudencia alemana lo tiene decidido, no cabe que uno invoque la excepción, si se ha rechazado definitiva o perentoriamente la aceptación de la contraprestación a él debida. Lo mismo rige para aquel que al tiempo en que su correlativo crédito es exigible, está ya en mora con respecto a la prestación por él debida. Por el contrario, “la mora en la aceptación por el demandado, no descarta la excepción del art. 320”—escribe Warneyer.

Es indiferente en cuanto a la procedencia de la excepción, que la prestación que deba el demandante, corresponda al mismo demandado o a un tercero como acreedor, si puede éste último

exigir la prestación (Warneyer). La equivalencia de las prestaciones no es necesario (Oertmann).

Es de obvia evidencia que la excepción sería improcedente si el demandado estaba en el deber de realizar él primero su prestación, antes que el demandante realice la suya, por haberse así convenido. (Código italiano, art. 1460). Entonces, el demandado no tendría motivo legítimo para oponerse, so color que la otra parte no habría cumplido a su vez con su prestación, porque con ello desconocería los términos del pacto, que no ponía a ambas prestaciones en la condición de un cumplimiento simultáneo. En todo caso, le asiste al requerido el derecho que le acuerda el art. 1343.

Si la excepción opera cuando las dos prestaciones han de ejecutarse al mismo tiempo, con mayor razón ella es utilizable si la que atañe al demandado como deudor ha de llevarse a efecto con anterioridad a la que atañe al demandante como obligado.

Tres cuestiones se ofrecen con relación a la excepción tratada. La primera es: cómo influye sobre ella la circunstancia de la divisibilidad de la obligación. La segunda es: quién tiene el peso de la prueba al alegarse que el actor no ha cumplido con su obligación. La tercera es: cómo debe enjuiciarse el caso de un cumplimiento sólo parcial o defectuoso por el demandante de su obligación.

En cuanto a la primera cuestión, merece recordarse lo previsto en el artículo 320 del Código alemán. Dice así: "Si la prestación debe ser hecha a varios causahabientes, la parte que corresponde a cada uno puede serle rehusada hasta la ejecución de la contraprestación entera". Así, si el obligado por una prestación divisible es requerido por uno de los varios acreedores, por la parte que a éste último corresponde, aquél puede oponerse al pago, hasta que a su vez no se cumpla en su favor con la contraprestación íntegra por la que es acreedor. La recíproca es diferente. Si se demanda por el acreedor común de uno de los correos la parte que a éste incumbe, la demanda es prosperable si el actor cumplió con el pago de la contra-prestación por la que era deudor, en la parte que correspondía al demandado; si nó, el demandado podría oponer la excepción de *nom adimpleti contractus*. ¿Por qué esta diferencia? Los Motivos hacen observar que si el contratan-

te que se halla expuesto a recibir un pago parcial toma la iniciativa, pagando a uno de los representantes del otro contratante la parte que le es debida, reconoce la divisibilidad y, por consiguiente, no puede demandar a aquél a quien persigue, sino su parte en la deuda. Cuando, al contrario, es el contratante quien persigue, tiene el derecho de exigir, antes que se le demande que ejecute su obligación así sea parcialmente, que se le asegure un pago integral o sea, que se cumpla para él totalmente con lo debido. En otros términos, la divisibilidad no le es oponible sino cuando él es quien demanda. Los Motivos fundan esta decisión sobre la intención presumida de las partes; suponen que cuando uno de los contratantes debe recibir un pago integral, así haya varios deudores, es entendido que no se le puede obligar a desprenderse de cosa alguna, salvo suministrándole íntegramente lo que le es debido. El origen de esta solución se encuentra, por otra parte, en una ley romana, que recuerdan los Motivos, y que daba una decisión análoga en el caso de venta, para la hipótesis en que uno de los herederos del comprador demandara su parte en el objeto vendido, en cuyo caso él no podía hacerlo, según se ordenaba en la fuente, sino suministrando el precio íntegro (Saleilles).

En cuanto a la cuestión segunda, el criterio debe ser en el sentido de que basta aplicar sobre el particular las reglas generales sobre la prueba. Al objetar el demandado que el demandante no ha cumplido su obligación, y éste al manifestar que sí la ha cumplido, el peso de la prueba vendrá a recaer sobre el segundo, que invoca un hecho positivo, en tanto que el primero invoca un hecho negativo. El demandado en buena cuenta lo que invoca es la existencia de la obligación, la cual se supondrá incumplida hasta que no se demuestre lo contrario.

La tercera cuestión concierne a saber hasta que punto es admisible la excepción *non rite adimplete contractus*. El punto no ha escapado al examen del Código alemán, que sobre el particular se ha acogido al gran principio de la buena fé como potencial medio de referencia para enjuiciar un asunto circunstancial-

mente dudoso. Dice así el artículo 320, apartado segundo: "Si la prestación ha sido parcialmente ejecutada por una de las partes, la contraprestación no puede ser rehusada cuando el rehusamiento sea contrario a la buena fé; ésta se apreciará teniendo en cuenta las circunstancias y en particular la modicidad relativa de la parte restante". Corresponderá al criterio discrecional del juez fallar en el caso propuesto. Pero, ¿hasta qué punto se mantiene referible al caso de la excepción *non rite adimplete contractus*, la regla antes consignada sobre el peso de la prueba? Sería injusto imponer al demandante, fuera del cumplimiento de su prestación, la prueba sobre la regularidad del pago. Se debería más bien, inducir que habiendo aceptado el demandado el pago de la obligación que correspondía al actor, haya aceptado tal pago como regular, salvo el caso de reserva formulada. Luego, cuando es demandado para el cumplimiento de la contraprestación, si opone la excepción de *non rite adimplete contractus*, deberá probar que el pago que recibió era incompleto y que su aceptación no la hizo libre de reserva. Tal lo que disponía el artículo 863 del Código sajón.

El artículo 1342 dice que no será demandable la obligación por uno de los contratantes, si a su vez no ha cumplido u ofreciera cumplir la obligación que a él incumbe. Basta, pues, con que se haga oferta de cumplimiento, para que pueda demandarse la contraprestación. Esto es perfectamente explicable. De otro modo, no se saldría de un círculo vicioso; ninguno de los contratantes podría tomar la iniciativa, exigiendo la contraprestación, pues se le opondría la excepción de contrato no cumplido. No habría más remedio salvo que un contratante se arriesgara, cumpliendo previamente con su prestación, para poder exigir del otro la contraprestación. Se comprende el peligro que ello entrañaría. De aquí que basta la oferta por el demandante, de la prestación a que está obligado, para que pueda exigir la contraprestación. Naturalmente, la oferta debe ser hecha en la forma que la ley determina para que equivalga al pago, es decir, de acuerdo con el artículo 1258 y siguientes.

Art. 1343.—“Si después de concluido un contrato bilateral sobreviniere a una de las partes disminución en su patrimonio, capaz de comprometer o hacer dudosa la prestación que le incumbe, puede la parte que debe efectuar su prestación en primer lugar, rehusar su ejecución, hasta que la otra satisfaga la que le concierne, o dé garantía bastante”.

Referencias: Código brasileño, art. 1092, 2.^a parte; francés, artículo 1613; suizo, 83; italiano, 1461 (1469); segunda parte; peruano, 1381; alemán, 321; turco, 82; chino, 265.

Este artículo guarda relación con lo normado por el número 1114, que atañe al caso de caducidad o decaimiento del plazo. En el caso del art. 1343 se trata de una doble prestación recíproca, pero de las cuales una de ellas debe ejecutarse con anterioridad a la otra. Entonces, propiamente no entra en consideración que haya un plazo o nó respecto a la obligación que no se satisface previamente, contra lo estipulado. Tal obligación puede haberse estipulado sin plazo, lo mismo que la contraria, con la sola circunstancia que aquélla se verifique anteladamente. O ambas pueden estar señaladas con un plazo, pero siempre ha de insertarse el dato de que una ha de verificarse antes que la otra. O una de esas prestaciones puede estar diferida en el tiempo frente a la otra, en cuyo caso el titular de esta última (que así, debe ejecutarse antes), puede siempre invocar el art. 1344, para negarse a dar satisfacción a tal prestación de su cargo, mientras no se realice la circunstancia a que se refiere tal precepto, que el contratante efectúe su prestación o la garantice.

Titze ve en el caso de la regla del art. 321 del Código alemán, una aplicación particular de la cláusula *rebus sic stantibus*; aunque su finalidad es, por lo demás, de mera seguridad, ella no implica una forma de presión para el cumplimiento de la contraprestación. En realidad no hay cláusula *rebus sic stantibus* en este caso, toda vez que no se autoriza para que se obten-

ga la rescisión del contrato, sino sólo para que uno de los estipulantes no satisfaga previamente su prestación, pese a lo pactado. (Planck).

De la letra misma del número 1343 del Código nacional no resulta esta consecuencia, que la doctrina y la jurisprudencia germanas han inferido del parágrafo 321 del B. G. B; pero como el texto de los dispositivos en ambos Cuerpos legales es fundamentalmente idéntico, puede aceptarse que las mismas consecuencias obran para el citado número 1343. Por lo demás, este tiene asidero en lo previsto en el art. 1255, que dice: "en las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora, sino desde que algunos de ellos cumple su obligación o se allana a cumplir la que le concierne".

Según explica Cornejo, el rehusamiento "puede hacerse privada o judicialmente. Si se hace en privado no deriva ninguna responsabilidad para el rehusante; si se hace judicialmente, pueden ocurrir dos casos:

1.º Que la demanda la inicie el que debe hacer la prestación en primer término, con el fin de que se declare que ambas prestaciones se hagan conjuntamente, o que el interesado que está en peligro de insolvencia, le dá garantía bastante de que cumplirá oportunamente la prestación que le incumbe. Si el que debe hacer la prestación en segundo lugar es el que demanda, exigiendo que su contratante le haga la prestación a que está obligado, puede éste oponer la excepción que autoriza este artículo, pidiendo que se decida en la forma indicada anteriormente, y reconveniendo a la parte para que se declare rescindido el contrato si el co-contratante no se allana a uno de dichos extremos. Podrá también el que ha de prestar en segundo lugar en caso de que su co-contratante hubiese declarado que rehusa cumplir el contrato en primer término, contradecir lo alegado por éste, o sea demostrar que no ha ocurrido la disminución de patrimonio en que se basa el rehusamiento, y reconvenir para que el demandante ejecute el contrato y le indemnice los daños y perjuicios, si fuere el caso. Lo dispuesto en este artículo guarda relación con lo dispuesto en el artículo 1114, inc. 1.º".

El rehusamiento se interpone como una excepción, que paraliza toda acción de la otra parte, hasta que ésta última no satisfaga la obligación que le atañe o no dé la seguridad respectiva.

Por esa excepción, que como se ha dicho antes no tiene otra

finalidad que el aseguramiento en cuanto a la realización de la contraprestación, no cae en mora el deudor de esta última (Dernburg).

Según enseña Warneyer, para la aplicación del parágrafo 321, es necesario, pero no basta, que a consecuencia de un grave desmejoramiento de fortuna, producido después de concertado el contrato, resulte fundado el recelo de que la contraprestación sea de dudosa realización. Si tal recelo es fundado o nó, es algo que habrá de decidirse conforme a la interpretación de los contratos y las reglas del tráfico; no apreciándose el caso subjetivamente, es decir, sólo desde el punto de vista del que debe hacer primero la prestación, que quizás no tenga un recelo exagerado, que no carezca de fundamento plausible. Si el desmejoramiento en la fortuna sobreviene después que el obligado a la prestación previa ya ha caído en mora, no puede valerse del derecho otorgado por el art. 321.

Staudinger enfoca un punto de gran interés práctico; "el desmejoramiento que contempla el art. 321 debe referirse a la situación de fortuna de la otra parte. Por esta razón el art. 321 llegará a tener aplicación sólo tratándose de pretensiones de pago de sumas de dinero y no en aquellas que se refieren a prestaciones de cosas o servicios para los cuales la situación patrimonial del obligado es sin importancia. Empero, debe tenerse en cuenta que pretensiones sobre prestaciones de cosas o servicios pueden transformarse en prestaciones pecuniarias bajo la influencia de otros factores, y entonces debe reconocerse a las mismas la protección que brinda el art. 321, y no sólo cuando la imposibilidad de la prestación se produce, sino ya en el momento en que circunstancias en la persona del deudor dan un fundamento para temer que se haga imposible la obtención de la cosa o servicio".

Emana del texto mismo del art. 1343 que el empeoramiento de la situación económica debe sobrevenir preteriormente a la concertación del contrato. Como advierten Oertmann y Heilfron, si la situación económica de una de las partes es ya mala en aquel primer momento, no cabe usar de la excepción, si es que aquélla no ha empeorado preteriormente. A lo más, sólo cabría

impugnar el contrato por error o por dolo. En el mismo sentido trata el punto Loewenwarter.

El momento que se tendrá en cuenta para decidir si es aplicable o no el art. 1343, es aquel en que la prestación debida primeramente es exigible; un mejoramiento en la situación, posterior, es sin efecto.

Como explica Plank, el derecho que se otorga para rehusar la prestación de ejecución anticipada, dura pese a que entretanto haya mejorado la situación patrimonial del co-contratante, si aquel que ha ejercido tal derecho sin culpa imputable a él, ha desconocido tal circunstancia.

Art. 1344.—“Mientras las partes no estén conformes sobre todos los extremos del contrato, no se considerará concluido. La inteligencia sobre puntos aislados no producirá obligación aunque se haya consignado por escrito”.

Referencias: Código alemán, art. 154 y 155, austriaco; 885, suizo, art. 2; portugués, 654; japonés, 538; turco, 2; polaco, 61, 62; chino, 153; ruso, 130.

El precepto es fundamentalmente idéntico al 154 del Código alemán. Sólo que el art. 155 de éste contiene si bien no propiamente una excepción a la regla del art. 154, sí una regla que debe estudiarse con relación al mismo, al establecer el art. 155 que si en un contrato que las partes consideran como concluido, no están realmente de acuerdo en un punto sobre el cual debían entenderse, lo convenido es válido, si debe estimarse que el contrato habría sido concluido aún sin haberse llegado a acuerdo sobre tal punto.

La solución del Código alemán contenida en su art. 154, que también fundamentalmente es la de los códigos japonés, portugués y chino, ha sido estructurada en forma no similar por otras legislaciones. Ya el Código austriaco había optado por la solución en sentido de que habiéndose redactado los puntos esenciales del convenio, ella fija los derechos y obligaciones expresa-

das. Corresponderá, pues, al juez reglar los puntos secundarios, (Krains). La reforma de dicho Código, mantiene la regla (Gallaix).

El mismo régimen ha merecido la predilección del Código suizo. Basta, pues, el acuerdo sobre los puntos esenciales; los secundarios serán reglados por el juez según la naturaleza del negocio.

El Proyecto checoslovaco (art. 814) sigue también el mismo sistema de la ley helvética. El igualmente se constata en Códigos recientes: de Turquía (art. 23), Marruecos (art. 19). "Cuando los contratantes están de acuerdo sobre los puntos esenciales —acota Demogue—, y un desacuerdo se ha manifestado sobre puntos secundarios, lugar del pago, etc., el contrato no deja de estar formado, si no aparece que las partes han considerado estos puntos como muy importantes, si no los han hecho subjetivamente puntos esenciales. En efecto, los contratos son una necesidad social; los tribunales deben fácilmente reconocer su existencia, y ellos no pueden declarar la ausencia de contrato sino cuando hay un desacuerdo serio". Lafaille dice: "Los peligros que pudiera entrañar la circunstancia de que estas cuestiones quedaran libradas al arbitrio del juez (las cuestiones concernientes a puntos secundarios), serían siempre menos graves que el denegar fuerza obligatoria a verdaderos contratos cuya existencia debía considerarse inatacable, a pesar de no haberse previsto en ellos detalles de menor cuantía. Llevada la tesis al extremo, sería difícil encontrar un acuerdo perfecto de voluntades, que hubiera previsto todas las cláusulas posibles, y ello se prestaría fácilmente para desligar a las personas de mala fé, y sembrar de esta manera la desconfianza en las transacciones".

La tradición jurisprudencial en el Perú es también en el sentido propugnado (Ejecutoria suprema de 20 de marzo de 1925. Causa viuda Dall'Orso con Empresa del Ferrocarril y Muelle de Pimentel).

No obstante las anteriores argumentaciones, creemos más sensata la posición preferida por el Código alemán, por una razón fundamental que expondremos más adelante. Antes, convie-

ne precisar el alcance y sentido del art. 154 del B. G. B., que sirve de inspiración inmediata al número 1344 del Código nacional.

No se trata de que exista un acuerdo completo sobre todos los puntos del convenio, como podría suponerse de la expresión literal de la disposición. Para el perfeccionamiento del contrato es indispensable que los contratantes, en primer lugar, estén de acuerdo sobre los puntos capitales del mismo, que conforme a ley son naturales a tal contrato; lo que se evidencia por si mismo. Pero también es necesario que el acuerdo abarque todos los puntos que según la voluntad de los contratantes, de uno o de otro, deben estimarse como esenciales (Staudinger). Esto quiere decir que si sobre estos puntos se produce el acuerdo, hay contrato, así no la haya sobre puntos que las partes consideran como accidentales. No debe, pues, entenderse el art. 1344 de nuestro Código con el carácter absoluto que se deduciría de sus términos: es necesario que la carencia de acuerdo verse sobre un punto que sea esencial por si mismo o según el concepto de las partes, para que no exista contrato.

Cada parte es enteramente libre para atribuir a determinado punto carácter esencial. La Exposición de Motivos del B. G. B. indica que entonces ha de expresarse por el respectivo contratante qué reputa el punto como esencial.

En cuanto sólo han restado puntos accidentales no acordados, se llena el vacío con la aplicación de las disposiciones legales supletorias.

De este modo resulta que el Código alemán no deja en absoluta libertad al Juez para suplir la voluntad de los contratantes. Es siempre la voluntad de las partes la que se toma en cuenta. Es, pues, solución contraria a la del Código suizo, que solo aprecia la calidad de los puntos en que hubo conformidad (que sean esenciales), para reputar ello solo como con fuerza ligante; desairando los puntos accidentales o secundarios, así haya habido reserva sobre estos de uno de los contratantes. Hay aquí un exceso en la función del juez, que se transforma en contratante. Por eso más discreto y más lógico parece ser el punto de vista del Código alemán. Es también el que ha merecido la consagración del Código polaco (art. 61), que dice así: "las negociaciones de las partes, aunque conduzcan a un acuerdo sobre algunos puntos, no tienen fuerza obligatoria en tanto que las partes no expresen su acuerdo sobre el conjunto del convenio. No obstan-

te, cuando las partes han expresado su conformidad sobre los puntos esenciales del contrato y han reservado el entenderse posteriormente sobre los puntos particulares, sin estipular que, a falta de un tal acuerdo el contrato será tenido por nulo; este contrato debe ser reputado como concluído; los puntos particulares serán entonces, en caso de litigio, fijados por el tribunal conforme a las prescripciones de la ley, al uso o a la equidad”.

Como se dijo antes, el art. 154 del Código alemán debe estudiarse conjugándolo con el 155. Mientras que el primero presenta el caso de que una de las partes no haya dado su consentimiento sobre un punto esencial, el segundo contempla el supuesto de que las partes no se hayan puesto de acuerdo sobre un punto esencial, sea para el criterio de ambas o de una sola, pero sin que se hayan percatado de esta circunstancia, o sea, que se trata del llamado “disenso oculto”. La consecuencia es que el contrato se estime como no producido: el acuerdo es solo aparente, no real; falta la unidad orgánica del consentimiento mutuo. Mas una excepción a tal consecuencia es aquella a que se contrae el art. 155 del B. G. B. Aunque no haya existido sino un acuerdo aparente y no real sobre un punto considerado como esencial, debe juzgarse que el contrato se perfeccionó si cabe considerar que él mismo se habría convenido aun sin un acuerdo sobre dicho punto. Explicando este punto Warneyer, escribe que el que deba considerarse que no se haya llegado a un acuerdo, no depende solo de que él no se presente acaso con un carácter unívoco, sino también de que dé pábulo a una variada concepción o apreciación, dentro de la consideración debida a la regla de la buena fé y del tráfico; pudiéndose, por lo mismo, aceptarse la posibilidad de que en tales circunstancias, se produzca un disenso, que no debe dejarse de tomar en cuenta legalmenté. El mismo autor previene que un disenso existe no sólo cuando la declaración de la otra parte ha sido comprendida de manera distinta a como ella debió ser comprendida; es decir, pues, la apreciación de la cuestión en total no tiene un carácter perentorio: depende del juicio crítico del Tribunal. Según Planck, lo esencial es tener presente que una falta de acuerdo en el sentido del art. 155, tiene

lugar cuando ambas partes no sólo han querido algo diferente sino también han declarado algo diferente.

En el caso de que funcione la excepción del art. 155, se aplicarán las reglas generales legales incidentes al caso, para normar el punto en que no existió acuerdo. En general los autores no autorizan en el caso del disenso oculto, que haya lugar a daños y perjuicios, y tampoco derecho a reclamar por el llamado "interés negativo". Dentro del Código peruano no parece dudoso que una reclamación por tales conceptos sea impertinente. La *culpa in contrahendo*, como fundamento general de responsabilidad convencional, es desconocida en nuestro Código Civil, y menos cabría aplicar una responsabilidad extra contractual.

CUESTIONES COMPLEMENTARIAS

El Código no consigna reglas sobre la interpretación de los contratos. Algunos Códigos modernos estiman que tal materia debe dejarse al prudente criterio del juez; por lo que se concretan a dar un criterio informante general, como ocurre con el artículo 85 del Código brasileiro; 157 del alemán; 18 del suizo; 107 y 108 del polaco; 18 del turco; 98 del chino. Los Códigos antiguos sí insertan en general reglas específicas sobre interpretación de los contratos: francés, art. 1156 a 1164; italiano, 1131 a 1139; portugués, 684 y 685; español, 1281 a 1289; chileno, 1560 a 1566; uruguayo, 1291 a 1296; antiguo peruano, art. 1277. De los Códigos modernos, el mejicano sí se refiere con detención a este punto (art. 1851-1857), y lo mismo ocurre con el recientísimo Código italiano (art. 1362-1371). "Preferible es de los dos sistemas legislativos el seguido por aquellos Códigos (los modernos), puesto que la mayor parte de las cuestiones que surgen en la interpretación de los contratos, más bien que resolverse por reglas dictadas *a priori*, tienen que solucionarse por el arbitrio judicial, que según hemos visto cada día es de mayor extensión; todo lo más que debe hacerse ante el temor de una exagerada libertad de apreciación del juez, es establecer un sistema de presunciones legales para los casos de duda" (Valverde y Valver-

de). Por su parte ya Toullier, anotaba que "se ha remarcado con razón que esta doctrina de la interpretación pertenece propiamente a la lógica, que nos enseña a dirigir a nuestro espíritu en busca de la verdad. Las reglas de interpretación no son, en efecto, más que medios que la razón brinda para descubrir el verdadero sentido de los actos oscuros o ambiguos. Son el fruto de experiencia secular y de profundas meditaciones de los jurisconsultos romanos, a quienes sólo, dice el célebre canciller d'Aguesseau, la justicia parece haber plenamente revelado sus misterios" (Toullier et Duvergier).

La Exposición de Motivos del Código Nacional, respecto a esta parte, por eso dice: "Omitimos igualmente fijar reglas para la interpretación. Los problemas de este orden tienen gran variedad y se hallan subordinados por su naturaleza a la práctica jurisprudencial. El arbitrio del juez es indispensable tratándose de procesos de lógica y de hechos de la vida apreciables en su momento, en su medio y en sus circunstancias. Las normas preconstituídas conducirán en muchos casos a aplicaciones contrarias a la justicia".

Las reglas aconsejadas para la interpretación son las siguientes:

1).—En las convenciones más se debe indagar cuál fue la voluntad de los contratantes, que el sentido literal de las palabras (D. 50, 16, fr. 219).

2).—Una cláusula susceptible de dos sentidos debe interpretarse conforme a aquél por el cual puede producir algún efecto (D. 45, 1, fr. 80).

3).—La manifestación de voluntad dudosa debe interpretarse de manera que la operación jurídica puede, en tanto sea posible, ser mantenida y no de manera que pueda ser anulada (D. 45, 1; ley 80 de V. O). De otro lado, apunta Savigny, débese entender el negocio de modo que él no conduzca a resultado imposible o sin consecuencias prácticas.

4).—La estipulación susceptible de tener dos sentidos, debe entenderse conforme a aquél que más convenga a la naturaleza del negocio (D. 50, 17, fr. 67).

5).—Lo ambiguo debe interpretarse según el uso local. (D. 50, 17, fr. 34).

6).—Las cláusulas de uso se sobrentienden (D. 21, 1, fr. 31, párrafo 20).

7).—Las cláusulas de un mismo contrato deben interpretarse unas en relación a las otras, dando a cada una el sentido que resulte del acto entero (D. 1, 4, fr. 24).

8).—En la duda, la cláusula debe interpretarse en favor del promitente y en contra el estipulante (D. 45, 1, fr. 38, párrafo 18, 45, 1, fr. 99, *in medio*).

9).—Por generales que sean los términos en que fué concebida una convención, ésta sólo comprenderá los casos que las partes se propusieron contratar, y no otros (D. 2, 15 fr. 9 párrafo 3, *in fine*).

10).—Cuando en un contrato se ha expresado un caso, para explicación de la obligación respecto a la cual podría haber duda, no se entenderá por ello restringida la obligación en los otros casos que por derecho se comprenden en ella. (D. 50, 17, fr. 81: 17, 1, fr. 56, pr. *in fine*).

11).—Cuando el objeto de la convención es una universalidad, comprenderá todas las cosas que la integran, inclusive aquellas de que las partes no tuvieron conocimiento (Pothier, N.º 99).

12).—Una cláusula concebida en plural, distribúyese varias veces en diversas cláusulas singulares (Pothier, N.º 101).

13).—Lo que está al fin de una frase ordinariamente se refiere a toda ella y no a aquello sólo que la precede inmediatamente, con tal que ese final concuerde en género y número con la frase toda (Pothier, N.º 102).

14).—El contrato debe ser interpretado según la buena fé (art. 1366 del Código italiano).

15).—Para juzgar la intención de los contratantes, deberá atenderse a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato; (art. 1282 Código español; 1362 del italiano, 2.ª parte).

16) Las cláusulas de un contrato podrán interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia (art. 1564 Código chileno).

17).—Si no fuera posible dilucidar la cuestión dudosa, por ser inaplicables las reglas de la hermenéutica, debe interpretarse la cláusula ambigua contra el contratante que la haya dictado o extendido, siempre que la obligación provenga de la falta

de una explicación que ha debido darse por él (art. 1566, Código chileno). Las cláusulas insertas en las condiciones generales de los contratos o en modelos o en formularios elaborados por uno de los contratantes, se interpretan, en la duda, a favor del otro contratante (art. 1370 del Código italiano).

18).—Cuándo a pesar de las reglas sobre hermenéutica contractual, subsistiera la duda, si ésta recae sobre circunstancias accidentales, se resolverá en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses, y en el sentido menos gravoso para el obligado si fuere gratuito. Si la duda de cuya resolución se trata, recayese sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda conocerse cual fué la intención de las partes, el contrato quedará sin efecto, (art. 12-69, Código español; 1371, Código italiano.).

Según Salle, la cuestión de la interpretación del contrato moderno debe ser examinada desde nuevos puntos de vista, cuando se trate de contratos de adhesión, debiéndose proteger al contratante económicamente más débil. Ya Saleilles había hecho notar también, que en esta clase de contratos existía la necesidad de brindar protección al interés económico del adherente, cuya situación frente a la otra parte hacía posible abusos opuestos a la buena fé y a la equidad. Dereux recomienda distinguir entre las cláusulas principales y las accesorias en el sentido que éstas últimas escapan generalmente, fácilmente, a la debida atención del aceptante; no debiendo considerarse que puedan modificar a las primeras, pues ello significaría algo opuesto a la buena fé. El Código italiano prescribe (art. 1342) que las cláusulas que se agreguen al modelo o formulario, prevalecerán sobre las de estos últimos en cuanto sean incompatibles con ellas. Cuando existan cláusulas manuscritas al lado de las impresas, se preferirá lo que las primeras digan, pues importan una derogatoria a las indicaciones *standard* y deben, así, ser estimadas como que reflejan con más exactitud la voluntad de los contratantes.

El texto mismo en estos contratos de adhesión tiene, por lo demás, una importancia fundamental. Es el texto mismo lo que

el juez ha de tomar en consideración, y no se puede interpretar sus términos estimándose la situación respectiva de las partes, pues la redacción del contrato está destinada a regir toda la serie de operaciones y situaciones contractuales que se comprenden dentro del caso general o tipo del contrato de adhesión. Es decir, que la interpretación de subjetiva se torna objetiva (Salle).

(Continuará).

JOSÉ LEÓN BARANDIARÁN.