

Teoría General de los Contratos

LOS CONTRATOS

Sección Primera

DISPOSICIONES GENERALES

Por JORGE EUGENIO CASTAÑEDA

Catedrático Principal

CAPITULO I

NOCIONES

1.—*Preconceptos*.— Existe en nuestro cod. civ. una sección que regula las obligaciones en particular, o sea tipos específicos de derechos de crédito, como son los contratos de compra-venta, donación, permuta, locación, depósito, etc.

Por el contrario, el derecho de obligaciones que hemos estado estudiando, presenta un contenido abstracto y sus principios son aplicables a todos los contratos. V. g., el instituto de la mora, que obliga a indemnizar los daños y perjuicios al deudor que retrasa el cumplimiento de su obligación, se da en los contratos; y en algunos contratos, como el de locación, la mora en el pago de la renta presenta ciertas peculiaridades con arreglo al cód. y a la legislación especial.

Hay una división cuatrimembre del derecho: derecho de obligaciones, derecho de cosas, derecho de familia y derecho de sucesiones. No se incluye el derecho de las personas.

El derecho de obligaciones consiste en una vinculación de persona a persona. Por ejemplo, no es de interés para el derecho de obligaciones que en la compra-venta el vendedor transmi-

ta la propiedad de la cosa vendida, ya que ello es privativo de los Derechos reales. Lo que sí interesa al derecho de obligaciones es la entrega de la cosa y el pago del precio.

En cambio, el derecho real importa la vinculación de una cosa a una persona. Existe un señorío de la persona sobre la cosa, como ocurre en el derecho de propiedad. Hay un sometimiento, una subordinación de la cosa al titular, que no se da en el derecho de obligaciones, ya que el vínculo entre la persona acreedor y la persona deudor crea una equiparación entre ambos.

La misma subordinación ocurre en otros derechos reales, como son los de usufructo y prenda.

Hay, sin embargo, relaciones jurídicas como la de compraventa que no son puramente obligaciones, sino que muestran también un efecto jurídico real. Asimismo, en el derecho de familia hay un aspecto patrimonial; v. g., el régimen de bienes en el matrimonio; las relaciones patrimoniales en la patria potestad, tutela y curatela. También el derecho de sucesiones tiene un aspecto patrimonial relevante, a tal punto que sólo se da en la realidad cuando el *de cujus* o el testador han dejado patrimonio.

De otro lado, el derecho de obligaciones aparece en los derechos reales; así, los derechos y las obligaciones del nudo propietario y del usufructuario. También la obligación incide en el derecho sucesorio; por ejemplo, dentro del régimen de los legados; en el albaceazgo en cuanto el ejecutor testamentario puede, v. g., obligar o no a los herederos. El legatario no tiene un derecho de propiedad en la cosa legada, sino que, como todo acreedor, puede exigir la entrega del legado.

Finalmente, el derecho comercial está impregnado del derecho de obligaciones; y, sin embargo, constituye desde hace tiempo un derecho autónomo, con un código especial.

El derecho civil se contrapone al derecho público. También se le llama al derecho civil, derecho privado.

Corresponden al derecho público el derecho político, el derecho administrativo, el derecho penal, el derecho procesal. En éstos el titular es un ente superior, el Estado; y junto con él, las corporaciones públicas, los municipios, la Iglesia.

Desde ULPIANO, "Derecho público es el que se refiere al Estado romano, y derecho privado el que mira a la utilidad de los ciudadanos": "*Publicum just est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*".

Sin embargo, hay muchas instituciones reguladas por el derecho civil o derecho privado, que se han convertido en de-

recho público. Así, la locación de servicios o contrato de trabajo. Las disposiciones de nuestro cód. son evidentemente menos importantes que las innumerables disposiciones del derecho laboral, que tienen carácter público o, por lo menos, semi-público.

También tienen carácter público muchas leyes que interfieren en el contrato de locación-conducción. Así, las que regulan el inquilinato; y las leyes sobre arrendamientos agrícolas.

Se observa entonces que lo "social" se ha infiltrado en el derecho privado.

La evolución no ha terminado. Numerosas leyes protegen ahora al deudor; pero todavía han de continuar promulgándose otras, que en realidad no satisfacen a los acreedores, pero que impiden que el deudor sea aniquilado.

En realidad, toda persona ingresa alguna vez dentro del derecho de obligaciones. Basta el solo hecho de mendigar para que el individuo se encuentre dentro de las normas del contrato de donación.

Prima en el derecho de obligaciones el llamado "espíritu negocial". Como apunta HEDEMANN (1), un cierto, sano y no excesivo egoísmo no sólo ha de ser tolerado, sino que es el soporte de este derecho.

Asimismo, si el derecho de obligaciones ha sido estructurado en forma conveniente, ofrece seguridad y es aplicado por jueces enérgicos y con conciencia de su responsabilidad, da una sólida reputación al Estado que lo tiene, no sólo dentro de sus fronteras, sino en el orden internacional. Debe anotarse que la rama del derecho que invade con más facilidad los Estados extranjeros, es el derecho de obligaciones.

Las obligaciones nacen del contrato o de la ley; y también derivan de la voluntad unilateral. *

En la parte general del Derecho de obligaciones, las partes son "el acreedor" y "el deudor"; pero dentro de los contratos existen figuras como las del comprador, conductor, donatario, mutuante, etc., que en ciertas hipótesis son acreedores o deudores de prestaciones.

Quienes intervienen en la obligación se llaman, respectivamente, acreedor y deudor.

(1) J. W. HEDEMANN, Derecho de obligaciones, vol. III, traduc. del alemán, Editorial Rev. de D. Privado, Madrid, 1958, § 2, a), p. 31.

El vulgo limita estas denominaciones a las obligaciones de capital u obligaciones dinerarias. Sin embargo, en una compraventa, en una locación-conducción, en un contrato de depósito existen acreedor y deudor; y siendo contratos bilaterales el acreedor es, a la vez, deudor. No sólo es acreedor al que se le debe dinero; y no sólo es deudor el que debe dinero.

En general, el art. 1233 del cód. civ., se refiere a los medios de que puede hacer uso el acreedor, a fin de conseguir se le pague la obligación que se le debe.

En la locación, el deudor se denomina "inquilino", o "conductor", o, en general, arrendatario. En el depósito, el deudor se llama "depositario". En los actos ilícitos, el cód. civil emplea otras denominaciones, para referirse al deudor; así, dice "aquel que",

La capacidad para ser acreedor y deudor se rige por los principios generales que sobre capacidad de las personas, se estudiaron en el Primer Curso de Derecho Civil.

Un menor de edad puede ser titular de una obligación, como acreedor, sea por virtud de un procedimiento sucesoral; sea porque habrá de adquirir a título puramente gratuito (art. 511 cód. civ.); sea también porque ha sido debidamente representado por su padre en ejercicio de la patria potestad, o por el tutor.

También puede ser deudor el menor de edad, o el mayor incapaz, pero sus representantes legales deben cumplir ciertas formalidades habilitantes para obligar el patrimonio de sus representados.

La capacidad negocial de los menores sólo existe a título oneroso, si se encuentran debidamente representados por sus padres o tutores. Lo mismo ocurre con los mayores de edad incapaces.

Por el contrario, los incapaces (menores y mayores de edad) tienen, por sí solos capacidad para responder por sus actos ilícitos. Así, si los menores procedieron sin discernimiento; o si quienes sufrieron el daño no pudieron conseguir la reparación de quienes los tienen bajo su guarda (art. 1140 cód. civ.).

El elemento substancial en todo contrato es el consentimiento, que supone el consenso de ambas partes contratantes, o sea del concurso de sus voluntades. En algunos casos, la oferta o policitud es aceptada pura y simplemente. Empero, lo frecuente es que esa oferta sea discutida, dialogada (puede exis-

tir una multiplicidad de "*pourparlers*" o "*trattativas*") y, en ciertos supuestos, reducida en sus pretensiones, a fin de que el contratante la acepte. Si este contratante es incapaz, por él formularía la aceptación su representante legal (padre en ejercicio de la patria potestad, tutor o curador). La ley, sin embargo, establece formalidades habilitantes (licencia para enajenar u obligar bienes de menores e incapaces, que es procedimiento no contencioso regulado en el cód. de proc. civiles), para que consientan estos representantes de incapaces, ya que en algunos casos su aceptación se encuentra subordinada a la autorización judicial (actos de disposición).

1 a.—*La Convención*.— Se trata en la convención de una declaración bilateral de voluntad expedida con arreglo a ley, destinada a producir efectos jurídicos, que pueden consistir en la creación, conservación, modificación, transmisión o extinción de un derecho o de varios derechos.

Etimológicamente, convención procede de *venire-cum*, vocablo latino que expresa el concepto "venir juntos" y que presupone el concurso de voluntades de dos personas por lo menos.

Convención es el término general, comprensivo, que requiere la concurrencia de voluntades. No sólo es convención el contrato generador de obligaciones, sino la tradición, que transfiere la propiedad mobiliaria o la posesión inmobiliaria; o la posesión en general; y también es convención el pago, por el que se extinguen las obligaciones.

Cuando el acuerdo de voluntades crea obligaciones la convención recibe el nombre específico de contrato.

La convención es el género; el contrato, la especie. Todo contrato es convención, pero no toda convención es contrato.

BEVILAQUA (1 bis), después de afirmar que el contrato es una especie del acto jurídico, lo define como el acuerdo de voluntades con el fin de adquirir, resguardar, modificar o extinguir derechos. Agrega que para la validez del contrato se requiere las mismas condiciones subjetivas y objetivas que se exigen para la validez del acto jurídico: ¹capacidad de los contratantes, ²objeto lícito y ³forma prescrita o no prohibida por la ley (art. 1075, cód.

civil); pero que a esas condiciones se agrega el acuerdo o ^{sen}consentimiento de los contratantes. La causa no es ahora elemento esencial en el concepto de contrato.

PLANIOL-RIPERT y ESMEIN (2), citan la doctrina de los autores franceses más conocidos sobre el concepto de contrato y agregan que las convenciones pueden tener como fin crear, probar, modificar o extinguir obligaciones, pero que la denominación de contratos se da a las convenciones que únicamente crean obligaciones, como aparece del art. 1101 del cód. de Napoleón...

El contrato es un acto jurídico.

Siempre, al examinar una relación jurídica nos encontramos con un *hecho jurídico* que le da nacimiento o término, como ocurre con el nacimiento o la muerte de una persona.

Los hechos jurídicos se dividen en hechos jurídicos propiamente dichos y en actos jurídicos. Estos últimos son por esencia actos voluntarios; y tienen por objeto inmediato adquirir, conservar, modificar o extinguir derechos. El elemento sustancial del acto jurídico es la voluntad de quien lo realiza.

Los *actos jurídicos* se dividen en unilaterales y bilaterales, lícitos e ilícitos.

Los actos jurídicos ilícitos no producen derechos sino obligaciones a cargo de quienes los hubieren cometido.

Si el negocio jurídico está subordinado a la reunión de dos voluntades tenemos el contrato. Existiendo concurso de las dos voluntades, consentimiento recíproco, tenemos el contrato, que lo distingue del acto jurídico.

El carácter esencial del contrato es el de crear y dar lugar a obligaciones; éstas nacen no sólo de los contratos.

Los derechos reales de hipoteca, de usufructo, de uso y de habitación son en realidad auténticos contratos, porque exigen el acuerdo de dos voluntades y crean obligaciones. Sin embargo, su objeto no es lo suficientemente abstracto y se caracterizan por ser derechos parciales e incompletos sobre la cosa ajena. Además, figuran en algunos casos como accesorios de otras obligaciones. Así ocurre con la prenda, la anticresis y la hipoteca.

Todo contrato crea obligaciones; pero no toda obligación nace del contrato. También nace la obligación de la ley, como en los actos ilícitos.

Para que el contrato exista es suficiente el acuerdo de voluntades destinado a crear obligaciones.

(2) VI, Nº 13, tex. y n. 1 (quiere decir "texto y nota...") de la p. 23.

2.—*La base del contrato es el consentimiento.*— El fundamento esencial en que reposa el contrato es el consentimiento de las partes, es el acuerdo de voluntades sobre su objeto. En la infraestructura del contrato se encuentra el consentimiento.

Sin consentimiento no hay contrato. Aquel que no ha concurrido manifestando su voluntad en el contrato resulta un tercero ajeno al mismo. No quedará por tanto sujeto a obligación alguna, ni podrá tampoco invocar derecho alguno emergente del contrato. Sin embargo, esta regla no es absoluta como ocurre en los llamados "contratos colectivos", en que por razones de interés público obligan a personas que no han prestado su consentimiento o que se han manifestado contrarias a su perfeccionamiento. Son contratos colectivos los que obligan a todas las personas constituyentes de un grupo o colectividad determinada, aunque no hubieren consentido en el contrato y que las obligan por el hecho de formar parte de dicho grupo o colectividad. Es explicable que la ley admita, en estos casos, que se obligue a quien no ha prestado su consentimiento, porque de entre todos los obligados es de presumir que hubiere uno o varios que manifestaran su voluntad en contrario de lo pactado; empero, el interés de la mayoría debe prevalecer e imponerse sobre el de la minoría. Y es en el derecho laboral en donde se consagra la validez de estos contratos.

En la legislación vigente existen estos casos:

Producida la quiebra de una persona, el convenio de los acreedores puede obligar a éstos cuando es adoptado por una mayoría real y una mayoría personal específicas (3). Así, es válido el convenio extra-judicial si lo aprueba el deudor y la mitad más uno de los acreedores que representan las cuatro quintas partes del monto total de los créditos, si se celebra con intervención de la cámara de comercio, de la Superintendencia de Bancos, o del Banco Central de Reserva del Perú (art. 194 de la ley de falencias N° 7566). Tratándose de convenios judiciales, el *quantum* que se requiere para la validez del acuerdo, es menor (art. 204 de la misma ley).

Los convenios que celebran los tenedores de títulos hipotecarios al portador, son obligatorios para todos los bonistas si fueren aprobados por tenedores que representen, cuando menos, las cuatro quintas partes de los títulos vigentes (art. 1810 cód. civ.).

(3) Más que convenio, como lo denomina la ley N° 7566, es un contrato generador de obligaciones

C. COLECTIVOS

Casos análogos tenemos en la legislación del trabajo. Sin embargo, hasta ahora no tiene el Perú una ley que norme con precisión esta importante forma contractual. Sólo existe una declaración constitucional demasiado vaga; y una regla del cód. civ. más vaga aún.

El contrato colectivo está regulado por el art. 43 de la Constitución y por el art. 1572 del cód. civ.

Existe también esta legislación:

Resolución Suprema de 17 de agosto de 1949 sobre el libro que deben llevar los empleadores y empresarios en que constan los contratos.

Resolución Suprema de 8 de febrero de 1950, sobre autorización y refrendación de contratos colectivos.

Resolución Directoral de 2 de marzo de 1957, sobre extensión de un pacto colectivo a fábricas similares.

Resolución Directoral N° 245, de 16 de abril de 1957, sobre aplicación obligatoria de los pactos colectivos.

Resolución Suprema N° 38, de 4 de noviembre de 1958, sobre la necesidad de que provean las partes la forma de solucionar diferencias de interpretación de los pactos colectivos.

Decreto Supremo N° 021, de 25 de enero de 1963, por el que se declara la nulidad de los pactos o convenios colectivos que se celebren bajo amenaza o coacción.

Decreto Supremo N° 010, de 18 de octubre de 1963, que crea instancias en la denuncia de los pactos colectivos.

Para los alemanes (3 bis), estos son los llamados "contratos dictados". No nacen de la libre voluntad de ambas partes, sino que son impuestos a las partes, los deseen o no éstas. Existe la ficción de que el contrato ha sido concertado, porque a estos contratos se les aplica todo el andamiaje del derecho de obligaciones.

3.—*Nociones Adicionales.*— Los códigos civiles modernos evitan definiciones. Ni el alemán, ni el brasileiro ni el federal suizo de las obligaciones definen el contrato. Se ha tenido en cuenta que la definición constituye algo librado a la doctrina, y que no corresponde a la legislación.

No obstante que muchos de los derechos reales nacen me-

(3 bis) HEDEMANN J. W., Derecho de obligaciones, vol. III, Trad. del alemán, Editorial (Rev. de D. Privado, Madrid, 1958, § 2, p. 34.

dian­te los con­tra­tos, como la hipoteca, la propiedad, la prenda, etc., no debe confundirse el derecho real con el contrato que le da origen.

No sólo las fórmulas del cód. civ. regulan la contratación entre nosotros. Existe, por ejemplo, una densa legislación sobre el arrendamiento de bienes urbanos y rústicos que modifica el derecho codificado. Hay contratos mercantiles que se encuentran reglamentados en el cód. de com. y leyes especiales establecen determinadas exigencias para la compra-venta de determinados artículos. También en el cód. de minas se dispone sobre la contratación en este extenso campo.

4.—*El Principio de la Autonomía de la Voluntad.*— Dentro del campo patrimonial la ley es la voluntad de las partes, campea el principio de la autonomía de la voluntad.

En el derecho de familia no juega este principio. Por ejemplo, los esposos no pueden establecer un régimen de bienes diverso de aquel que la ley ha creado y que es el de una sociedad, conforme al art. 176 cód. civ. Lo mismo en cuanto a la adopción, la que no puede hacerse bajo modalidad alguna (art. 328 cód. civ).

También en el campo de los derechos reales, que son derechos patrimoniales, la voluntad no opera omnipotentemente. Las partes no pueden crear cualesquiera derechos reales (art. 852 cód. civ.). El derecho de propiedad está organizado por la ley, la que determina los modos de adquisición y su amplitud. Toda la organización del dominio está excluida de la voluntad de las partes.

La autonomía de la voluntad es la libre facultad de los particulares para celebrar el contrato que les plazca y determinar su contenido, efectos y duración, estuvieren o no previstos y legislados. Las partes tienen aquí la libertad más amplia para pactar lo que conviene a sus intereses. Por ejemplo, un contrato consensual pueden los intervinientes transformarlo en solemne; así, si estipularen que el contrato no habrá de reputarse perfeccionando sino por escritura pública. Las fórmulas legales sólo se aplicarán en el silencio del contrato.

Con lo que se deja expuesto, se comprende que la ley sólo es supletoria de la voluntad de las partes y se aplicará en caso de silencio de éstas.

Dentro de la esfera jurídica la libertad de que gozan los individuos se condensa en este principio de la autonomía de la vo-

luntad, que en la práctica la gente vulgar concreta en el adagio "es permitido todo aquello que no está prohibido", que nuestra Carta constitucional traduce en una fórmula grata al individualismo exacerbado: es la del art. 24 que declara: "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe".

Y el cód. civ. de 1852, en el art. III de su T. P. declaraba:

"A nadie puede impedirse la acción que no está prohibida por la ley".

Empero, la autonomía de la voluntad tiene sus restricciones que se fundamentan en razones de interés social y de carácter ético. V. g., el locador no puede pactar que su arrendatario subarrendará sólo con su consentimiento (art. 1532 y 1524 cód. civ.); tampoco puede el arrendatario renunciar al derecho de pedir rebaja de la renta por los casos fortuitos extraordinarios (art. 1503 cód. civ.). Tiene, además, una restricción de carácter general: que lo pactado no atente contra las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres (art. IV T. P. cód. civ.).

El principio de la autonomía de la voluntad es objeto de serios ataques. Se dice que el contrato engendra injusticia, que los contratantes nunca se encuentran en perfecto pie de igualdad. Es con el espejismo de la igualdad que se explota a la parte más débil y el contrato sólo en muy pocos casos resulta de la libre discusión de las partes.

El contrato es impuesto por uno de los contratantes al otro, quien tiene que adherirse a sus condiciones o no contrata. Así, en los contratos de luz y energía eléctrica, de seguros, de transporte por cualquier medio. En éstos una de las partes dicta las condiciones, las impone a quien quiere utilizar estos servicios. Evidentemente, nadie puede discutir las condiciones de una póliza, el precio del boleto del ferrocarril, etc. Así ha quedado eliminada la libre concurrencia y una de las partes tiene necesariamente que someterse si quiere servirse del medio que la gran empresa le ofrece. De esta suerte, la autonomía de la voluntad es un fantasma y no obstante que los contratos se perfeccionan dentro de los moldes del derecho romano, muchos concurren a ellos empujados por necesidades más o menos apremiantes.

Por ejemplo, en el contrato de trabajo el patrono y el obrero no están en igualdad; la situación económica de cada uno es profundamente diferente. Por lo mismo, no se podría encontrar igualdad entre ambos para fijar las condiciones a que se suje-

tará el trabajo. La diferencia entre ambas partes es considerable.

Sin embargo, no ha sido aún demostrado que la absoluta supresión de la libertad de contratar sea el régimen más adecuado y conveniente. Este extremo es tan malo como el anterior. La verdad está en el medio. La libertad es siempre necesaria. Todos los extremos son inconvenientes en materia legislativa. J. E. C.

En general, si bien es deber del Estado prevenir el abuso, no se debe olvidar que el contrato tiene por fundamento la fe jurada, la palabra empeñada. Toda legislación que destruya o modifique contratos legalmente celebrados, pactos libremente convenidos, es inconveniente, porque los deudores concluyen por persuadirse que pueden eludir fácilmente sus compromisos. Y esto es realmente nocivo y perjudicial.

Es obvio que el principio de la *libertad de las convenciones* o autonomía de la voluntad se ha debilitado, no sólo a virtud de una legislación complementaria, sino también por la acción de los jueces, quienes ahora declaran la nulidad de contratos o de cláusulas que consideran han sido impuestas por una de las partes; también por la introducción de los llamados contratos reglamentados o contratos colectivos, usados en el derecho del trabajo; y por la aplicación de la cláusula "*rebus sic stantibus*" ³ que significa lo contrario de la regla "*Pacta sunt servanda*".

La autonomía de la voluntad es principio constitucional. En efecto, el art. 27 de la Constitución declara que "el Estado reconoce la libertad de asociarse y la de contratar". Asimismo, dicho principio se encuentra contenido en el art. 1328 del cód. civ., que dispone: "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".

La libertad contractual tiene, sin embargo, su límites. En ningún otro campo del derecho como éste del derecho de obligaciones, la voluntad de las partes es tan importante. La libertad contractual es lo que caracteriza a este derecho; las partes pueden, *ad libitum*, pactar, convenir sobre sus relaciones contractuales; pueden disponer en forma distinta de lo que la ley lo hace. Empero, si nada convienen o estipulan, regirá la ley; habrá de imperar la voluntad del legislador. Por ej., si en un contrato de compra-venta nada pactaron sobre vicios redhibitorios, se aplica el cód. en lo que dispone sobre esta materia.

Conviene también tener en cuenta que una parte importante de las obligaciones no nace del contrato, o sea de la voluntad de las partes, sino que directamente proviene de la ley. Así, las obligaciones que emergen de los actos ilícitos.

Dentro de esta área de la libertad contractual, hay también que atender a la contraposición entre derecho coactivo y derecho dispositivo. Así, existen preceptos que son trascendentes, que ninguna de las partes puede alterar o eludir, que son obligatorios e irrenunciables; y que, por lo mismo, constituyen un *jus cogens*. En cambio, existen en la ley otras disposiciones que sólo figuran para complementar la labor de los contratantes, por lo que éstos pueden pactar algo diverso o contrario a lo que previenen. Este forma el llamado derecho "dispositivo" (*jus dispositivum*). Este último derecho es el más abundante en el cód. civ.; las reglas coactivas son pocas; v. g., aquella del art. 1321, por la cual la responsabilidad procedente del dolo o de la culpa grave no puede ser objeto de renuncia.

Los preceptos dispositivos son importantes cuando las partes nada han previsto sobre lo que ellos disponen; son entonces de aplicación en las lagunas dejadas por las partes y se convierten en normas integradoras de la voluntad de dichas partes.

5.—Prueba de los contratos.— La regla de que con testigos no puede probarse en contra ni fuera del contenido de un instrumento no la tiene ni el cód. civ. ni el de procedimiento. Su aplicación es, sin embargo, de simple buen sentido y cobra importancia en estos dos casos:

a) Si en un instrumento aparece que se dieron en préstamo S/o. 1,000.00, el deudor no podrá con testigos demostrar que sólo recibió 500.00; y

b) Si en un instrumento consta que se prestaron S/o. 1,000.00 y no se pactaron intereses, es obvio que éstos no se deben por aplicación del primer párrafo del art. 1583 cód. civ.; y el acreedor no podrá valerse de testigos para demostrar que se había fijado determinada tasa de intereses.

Para todo juzgador la prueba instrumental ofrece más garantías de verosimilitud y certeza que la prueba de testigos.

En muchos casos el código civil exige un principio de prueba por escrito. Así, en el contrato de sociedad los socios pueden invocar entre sí su existencia (art. 1732 cód. civ.), siempre que hubiere un principio de prueba escrita; tratándose de la

declaración judicial de la paternidad ilegítima el inc. 5º del art. 366 cód. civ. exige que tratándose de la seducción de la madre cumplida con promesa de matrimonio exista principio de prueba escrita. No define el cód. qué debe entenderse por principio de prueba escrita. En cambio, en el cód. civ. argentino su art. 1192, 2º párr. declara:

“Se considerará principio de prueba por escrito, cualquier documento público o privado que emane del adversario, de su causante o de parte interesada en el asunto, o que tendría interés si viviera y que haga verosímil el hecho litigioso”.

Conforme al art. 378 del cód. de proc. civ., “la confesión prueba plenamente contra el que la presta”. Sin embargo, pese a que quien absuelve posiciones declare que es fiador, los jueces no admitirán su dicho como prueba de la existencia del contrato de fianza, si no consta por escrito, desde que el art. 1776 del cód. civ., exige la forma escrita bajo pena de nulidad; y no sólo la anulabilidad. Es aplicable la doctrina de las nulidades de pleno derecho, contenidas en el art. 1123 del cód. civ.

En los contratos abstractos la causa no se expresa. Así, en las letras de cambio nuestro cód. de com. declara, en su art. 437, que no es necesario, indicar la causa por la que se gira.

Ya en el derecho romano existían actos abstractos, como la *stipulatio*.

Con respecto a la letra de cambio, conviene informar que no obstante la categórica declaración de la ley mercantil a que se alude, no estando de por medio el interés de terceros, en la controversia que se origine para el cobro de la obligación cambiaria, las partes pueden deducir todas las excepciones y hacer uso de cualesquiera defensas, aún de aquellas dirigidas a esclarecer la causa de su emisión.

Existen contratos como son los de donación de inmuebles que no ya para su prueba, sino para su misma existencia, requieren escritura pública: art. 1474, § 3º, del código civ. Faltando la forma exigida por la ley, no sólo no se podría probar el contrato, sino que éste no existiría.

Acerca de la prueba de los contratos debe saberse que la prueba de testigos no puede enervar el contenido de un instrumento. Ya desde los romanos se decía *Testes, cum de fide tabularum nihil dicitur adversus scripturam, interrogari non possunt*, o sea “no es permitido interrogar testigos contra las escrituras,

cuando nada se dice de la fe del tabulario" (4); y *Contra testimonium scriptum, non scriptum testimonium non fertur*, es decir, "contra el testimonio escrito, el testimonio no escrito no vale" (5).

Además, no se puede probar con testigos más allá del contenido de un instrumento. Lo dice el cód. civ. francés en su art. 1341: "no es admisible ninguna prueba por testigos contra el contenido de los documentos, o más allá de éstos, ni sobre lo que se alegue haber dicho antes, en el momento de firmar el documento o después...."

Excepción → Sin embargo, el contrato de compra-venta, que para su perfeccionamiento requiere del consentimiento, puede probarse con testigos. La ley no establece para la venta ninguna forma constitutiva..

Para modificar o dejar sin efecto el contenido de un instrumento, se requiere otro instrumento. Con testigos no se puede acreditar la modificación o extinción del contenido de un instrumento.

Asimismo, el cód. civ. nada dispone sobre la prueba de las obligaciones. Por el contrario, el cód. de Napoleón se ocupa de esta cuestión detenidamente; así, de las hipótesis en que pueda ser admitida la prueba testimonial.

Y en su art. 1347 se refiere al comienzo de prueba por escrito y su segundo párrafo lo define como "todo documento que emane de aquél contra quien se formula la demanda o de la persona a quien representa y que haga verosímil el hecho alegado".

La doctrina francesa, de acuerdo con esa fórmula, exige:

1) Un escrito, que puede ser una carta, o cualquier otro papel de carácter confidencial;

2) Que emane de la persona demandada, porque si proviene de un tercero sólo tendría el valor de un testimonio escrito. Puede emanar del causante del demandado y vale contra éste, ya que resulta su heredero. Puede también provenir el documento del representante legal o convencional del demandado, y, asimismo, valdrá contra dicho demandado.

(4) V. GIRARD, *Textes de droit romain publiés et annotés*, 4a. ed., París, 1913, sent. de Paulo, lib. V, tit. XV, § 4.

(5) Código, lib. 4, tit. 20, ley 1.

El término "emana" es amplísimo para la jurisprudencia francesa. Por ejemplo, vale lo dicho en una absolución de posiciones o en una declaración testimonial formulada por el demandado en otros juicios, porque se trata de conceptos que emanan evidentemente de él;

3) Que haga verosímiles los hechos alegados, o sea que no se requiere que este comienzo de prueba pruebe los hechos materia de la controversia, porque entonces no sería principio de prueba, sino prueba simplemente; es suficiente que asigne cierta verosimilitud a los hechos que la parte alega.

Este principio de prueba habrá de alcanzar un mérito realmente inestimable si se complementa con prueba de testigos y presunciones. Empero, no se trata de presunciones legales sino presunciones de hombre o presunciones humanas. En efecto, al existir una presunción legal la ley declara que estando comprobado un hecho, otro queda probado; pero si se trata de una presunción humana el juez, de un hecho conocido, obtiene como consecuencia prueba de un hecho desconocido, o sea que estando demostrados ciertos hechos los jueces pueden, lógicamente, inducir la existencia de otros.

Las presunciones deberán ser, de acuerdo con la doctrina francesa, graves, precisas y concordantes, y los jueces toman en cuenta para dichas presunciones toda clase de indicios que las partes les proporcionen.

Tener una noción clara de lo que es principio de prueba por escrito es importante, sobre todo en el campo del derecho de familia. Así, el inc. 5º del art. 366 del cód. civ. reclama para que la paternidad ilegítima sea judicialmente declarada en caso de seducción cumplida con promesa de matrimonio, que exista "principio de prueba escrita". Es obvio que el principio de prueba escrita no es prueba; por el contrario, si es prueba la del inc. 1º del mismo art. 366, que preceptúa que la paternidad ilegítima podrá ser declarada "cuando exista escrito indubitado del padre en que la reconozca".

En cuanto a la prueba de los contratos por escrito, el nuevo cód. civ. de Italia, en general, la regula en estos términos:

2721. "Admisibilidad: límites de valor.— La prueba de los contratos por medio de testigos no se admite cuando el valor del objeto exceda de cinco mil liras".

C
C
Shaw

Admisión de la Testimonial
 "Sin embargo, la autoridad judicial puede permitir la prueba más allá del límite antes dicho, teniendo en cuenta las cualidades de las partes, la naturaleza del contrato y cualquiera otra circunstancia".

Contiene también una disposición que admite la testimonial en todos los casos:

C. L. Italiano

2724. "Excepciones a la prohibición de la prueba testifical. La prueba de testigos se admite en todos los casos:

1) cuando existe un principio de prueba por escrito: éste está constituido por cualquier escrito, proveniente de la persona contra la cual se dirige la demanda o por su representante, que haga aparecer verosímil el hecho alegado;

2) cuando el contratante se ha encontrado en la necesidad moral o material de procurarse una prueba escrita:

3) cuando el contratante ha perdido sin su culpa el documento que le proporcionaba la prueba".

Aún los contratos que exigen forma escrita, permite el cód. italiano, acreditarlos con testigos; así:

2725. "Actos respecto, de los cuales se exige la prueba por escrito o la forma escrita. Cuando según la ley o la voluntad de las partes, un contrato debe ser probado por escrito, la prueba por medio de testigos se admite solamente en el caso indicado por el n. 3 del art. anterior.

"La misma razón se aplica en los casos en los que la forma escrita se exige bajo pena de nulidad".

Por el contrario, nuestro cód. de proc. civ. tiene, al respecto, el art. 407, que evita la testimonial con esta declaración: "Si la ley exige como solemnidad de un acto el otorgamiento de instrumento público, este es el único medio de probar la realidad y legitimidad del acto".

En general, conviene expresar cuál es el criterio que tiene nuestro Poder Judicial con respecto a la prueba por medio de testigos. Es el que sigue: si la contraria, a quien dañan las declaraciones testimoniales, consiente en ellas y no arguye, por lo menos, nada con respecto a su verosimilitud, los jueces se muestran inclinados a aceptar como veraz el dicho de los testigos. Por ello, se explica y justifica todo ese complicado procedimiento de tachas a la prueba testifical.

Es interesante conocer la norma que sobre fecha cierta en los instrumentos, contiene la ley italiana:

2704. "Fecha del documento privado respecto de los terceros. La fecha del documento privado cuya firma no ha sido autenticada no es cierta y computable respecto a los terceros, sino desde el día en que el documento ha sido registrado o desde el día de la muerte o de la sobrevenida imposibilidad física de aquel que lo ha firmado o de uno de aquellos que lo han firmado, o desde el día en que el contenido del documento se reproduce en actos públicos o, finalmente, desde el día en que se verifica otro hecho que establezca de un modo igualmente cierto la anterioridad de la formación del documento".

En cuanto a la fuerza probatoria del instrumento público, difiere la ley común de Italia de nosotros. Ignoramos si en su procesalística, ello es distinto. Pero su art. 2700 declara:

"Eficacia del acto público. El acto público (que es el documento según la disposición precedente) hace plena prueba, mientras no se formule querrela de falsedad, en cuanto a que el documento procede del funcionario público que lo ha formado, así como de las declaraciones de las partes y de los otros hechos que el funcionario público hace constar como ocurridos a su presencia o realizados por él".

Para nosotros el acto o documento público constituye prueba plena en tanto no se declare su nulidad en juicio ordinario, o sea dentro de tres años, por lo menos, ya que previamente hay un paseo por los estrados judiciales mediante la deducción de excepciones dilatorias, que puede durar un año, sin que se conteste la demanda de nulidad. El art. 405 del cód. de proc. civ. declara:

"Si la nulidad o falsedad no está de manifiesto, el instrumento producirá sus efectos mientras no se decida judicialmente sobre aquellos vicios".

Y esos efectos están consignados en el art. 401 del mismo cód.:

"Los instrumentos públicos otorgados con las formalidades legales, producen fe respecto de la realidad del acto verificado ante el notario o funcionario que los extendió o autorizó".

Fe en la realidad significa que constituyen prueba plena, garantía de verdad y de certeza con respecto al acto o contrato que contienen.

Las pruebas son los medios por los que se acredita la existencia de los derechos, sea dentro de un proceso, sea fuera de él.

Por ejemplo, la prueba por la cual se acredita que la socie-

sociedad legal entre los cónyuges ha terminado, es la correspondiente partida de defunción de uno de ellos, unida a la partida de los Registros del Estado Civil que comprueba el matrimonio del pre-muerto con el otro cónyuge. Lo mismo ocurre con la prueba de un contrato; ésta resulta del correspondiente instrumento privado o público, salvo que éste último se exija como solemnidad (*forma dat esse rei*).

Existen, sin embargo, diferencias entre la prueba del derecho y el derecho mismo. V. g., cuando el instrumento destinado a probar el derecho resulta nulo, ese derecho podrá ser probado por otros medios: confesión, juramento decisorio, presunciones, etc.

Procesalmente, se admiten muchos medios de prueba. El art. 347 del cód. de proc. civ. se refiere a las pruebas que pueden producir las partes en los siguientes términos:

“Las pruebas de que puede hacerse uso son:

- “Confesión;
- “Juramento decisorio;
- “Inspección ocular;
- “Instrumentos;
- “Testigos;
- “Peritos”.

Nuestro cód. civ. contiene el art. 1131, que previene que “no debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo. Puede subsistir el acto aunque el documento se declare nulo por cualquier defecto”.

Este precepto se observa en los casos en que la ley no exige una forma especial por la existencia del contrato.

En cuanto a la prueba de testigos, ella resulta débil para acreditar la existencia de ciertos contratos, ya que testigos se encuentran para todo. De otro lado, existen contratos que exigen la forma escrita, bajo pena de nulidad, como el de fianza (art. 1776 cód. civ). La confesión misma resulta insuficiente para probar el contrato.

Asimismo, no es cierta la regla antigua “*Testis unus testis nullus*”. Un solo testigo calificado y honorable puede persuadir al juez, en contra de la declaración de varios testigos cuya fama es cuestionable. Como advierte JOSSERAND (5 bis), los testigos

(5 bis) Luis JOSSERAND, D. Civ., t. II, Teoría general de las obligaciones, vol. 1, B. Aires, 1950, Nº 159, p. 121.

no se cuentan; pesan; el juez forma su convicción no mecánicamente, sino libremente.

En general, la carga de la prueba incumbe al demandante, conforme a la regla *actori incumbit probatio*. V. g., si X, afirma que Z le debe, está constreñido X a probar la existencia de la obligación a cargo de Z. Pero si Z afirma que esa obligación la ha pagado, entonces Z estará obligado a probar el pago.

De otro lado, corresponde a cada parte acreditar lo que alega, conforme al art. 337 del cód. de proc. civ., que dice:

“Las partes deben probar los hechos que aleguen, excepto aquellos que se presumen conforme a la ley”.

La prueba más importante es la prueba escrita; es la prueba por excelencia. Tiene carácter preconstituído, o sea que ha sido preparada antes del proceso. No ha sido creada en vista de las necesidades del juicio; existe antes de él.

La prueba escrita tiene valor objetivo. Acusa exactitud, a diferencia de lo que pasa con los testigos, que pueden ser corrompidos o influenciados.

En la prueba escrita existen, en primer lugar, los instrumentos privados, que pueden o no encontrarse firmados. Si lo están es que se quiso, en el momento que se redactaron, que sirvieran de prueba en su día. Hay otros, como los libros de comercio, que complementariamente sirven de prueba.

Con respecto a los libros de comercio, el código especial, en su art. 48 establece su fuerza probatoria.

También debe verse el art. 419 del cód. de proc. civ., que se refiere a los instrumentos privados no firmados:

“Si el documento está suscrito con facsímil, iniciales, sello u otros medio análogo, se preguntará al que va a reconocerlo, si él puso o hizo poner el facsímil, iniciales o sello y lo demás prescrito en el art. 416”. (Dirá si el documento es el mismo que otorgó o si tiene alteraciones, indicando cuáles son éstas).

Y el art. 420 del mismo cód. dispone:

“Si el documento carece de firma, se interrogará al presunto otorgante si él lo extendió o hizo extender, y si hay alteraciones, en qué consisten éstas”.

Los instrumentos privados están, por lo general, desprovistos de fuerza ejecutiva. No prestan, por sí mismos, mérito ejecutivo. Empero, pueden tener fuerza ejecutiva mediante su reconocimiento en diligencia preparatoria. Así, en el cód. de proc. civ. el art. 591, inc. 3º declara:

“Son títulos que aparejan ejecución:

“Los instrumentos privados cuando estén judicialmente reconocidos o mandados tener por reconocidos”.

Y sobre reconocimiento en diligencia preparatoria, declara el art. 209 inc. 1º:

“Antes del juicio puede pedirse ante cualquier juez de primera instancia las siguientes diligencias:

“Reconocimiento de instrumentos privados”.

Existen otros instrumentos privados, como son la letra de cambio, el cheque, el vale o pagaré, etc., que tienen fuerza ejecutiva mediante la diligencia de protesto. Dicho protesto se extiende por notario y, a su falta, por juez de paz, de conformidad con el art. 491 del cód. de com. Véase también art. 591, incs. 4º, 5º y 6º del cód. de proc. civ.

El art. 596 del cód. de proc. civ. permite que los instrumentos privados anteriormente citados readquieran su mérito ejecutivo, en el supuesto de que no se hubiere diligenciado el protesto, o fuere defectuoso el protesto que se levantó, o hubieren transcurrido seis meses desde la diligencia de protesto. Esa readquisición de la fuerza ejecutiva se consigue mediante el reconocimiento del instrumento privado.

Adviértase que el protesto necesario para darle fuerza ejecutiva a un instrumento como el cheque, la letra, el vale o pagaré, etc., no habrá de dársele, si la persona con quien se entiende alega la falsedad de su firma. Así lo dice el art. 592, inc. 4º del cód. de proc. civ. Sin embargo, tratándose de instrumentos privados, si quien los suscribe reconoce su firma, procede la ejecución, aún cuando alegue que ha sido alterado el contenido. Así lo dice el art. 593 del cód. de proc. civ.

La doctrina llama instrumentos auténticos a los instrumentos públicos. Son instrumentos públicos según el art. 400 del cód. de proc. civ., los que siguen:

1º Las escrituras públicas y demás documentos extendidos por notarios conforme a las leyes.

2º Los extendidos y autorizados por los funcionarios y empleados públicos, en ejercicio de sus atribuciones.

3º Las partidas de nacimiento, matrimonio y defunción extendidas en los registros del estado civil. Las partidas parroquiales no son ahora instrumentos públicos, salvo que se pruebe la inexistencia del registro civil en el lugar en donde se extendió la partida parroquial (art. 1827, § 1º cód. civ.).

4º Las escrituras extendidas ante juez de paz por falta de notario, desde que se protocolicen.

Los instrumentos públicos se encuentran provistos de fuerza probatoria singular. Hacen prueba en tanto no se decida, en la vía ordinaria, sobre su nulidad o falsedad. El art. 405 del cód. de proc. civ. declara:

“Si la nulidad o falsedad no está de manifiesto, el instrumento producirá sus efectos mientras no se decida judicialmente sobre aquellos vicios”.

Nosotros decimos que si se tacha a una escritura pública de nula o de falsa, esa demanda se sustanciará por el canal del juicio ordinario, ya que el art. 296 del mismo cód. procesal dice:

“Se ventilan en juicio ordinario las cuestiones litigiosas que no tienen tramitación especial señalada en este código...”

Además, la escritura pública es necesaria para probar la existencia de determinados contratos. Así, por ejemplo, el de mutuo hipotecario (art. 1012 cód. civ.); el de donación inmobiliaria (art. 1474, § 3º del cód. civ.).

La autoridad de que goza una escritura pública no puede quedar destruída de inmediato con la alegación de que es nula o falsa, salvo que de su mismo texto aparezca el vicio que la invalida. Lo dice en los siguientes términos, el art. 404 del cód. de proc. civ.:

“La nulidad o falsedad que resulta manifiesta por el tenor del mismo instrumento, lo invalida sin necesidad de otra prueba”.

La escritura pública es, en principio, un acto auténtico. Su apariencia se confunde con la realidad. Ponerla en duda significa acusar al notario que la redactó, de haber cometido un error, voluntario o involuntario, o que éste ha procedido dolosamente. El notario es creído y lo que hace constar en la escritura que extiende hace fe; lo que él afirma es la verdad, constituye la certeza indubitable, en tanto no se decida en un proceso lento y largo, que lo que hizo constar es falso.

Una diferencia sustancial entre el instrumento público y el instrumento privado, es que éste puede, en cualquier momento, ser objetado como falso, aún cuando se encuentre firmado por la parte contra quien prueba. Y aún en la hipótesis de que la firma hubiera sido legalizada, ya que la legalización de la firma sólo comprueba la autenticidad de la firma, pero no la autenticidad del contenido del instrumento. Según el art. 417 del cód. de proc. civ.:

“En el reconocimiento de documentos cuya firma está legalizada por notario, se omitirá el relativo a la suscripción por el otorgante”.

La exposición de motivos de la ley procesal civil dice que legalmente debe presumirse que el contenido es verdadero, si la firma es cierta y si el instrumento no ha sido alterado (5 ter).

Por el contrario, todo lo que contiene la escritura pública, por ejemplo, debe tenerse por verdadero.

Sin embargo, es evidente que contra un documento privado nada vale la prueba de testigos, por más calidad que éstos tuvieren.

Asimismo, el instrumento público tiene *prima facie* fecha cierta. Por el contrario, no la tiene el instrumento privado sino en ciertas hipótesis y no, precisamente, desde su data.

Es obvio que entre las partes mismas el instrumento privado tendrá fecha cierta; pero no para los terceros. Por ejemplo, tendrá para éstos fecha cierta desde que se hace reconocer en diligencia preparatoria y desde el día en que ella se realiza. También desde el día siguiente al del fallecimiento del otorgante, o de uno de los testigos que lo suscribió. Así se previenen las antedatas.

El instrumento privado no se puede utilizar en copia; debe utilizarse el original. La copia carece de fuerza probatoria. Ni siquiera la copia fotostática, no obstante lo que declara el art. 421 del cód. de proc. civ.:

“Los documentos que se presenten en copia o reproducción exacta por medio de la fotografía, la prensa u otro procedimiento semejante, serán reconocidos en la misma forma que si se tratase de los originales”.

El ejemplar fotostático deberá ir acompañado, en su caso, del instrumento privado, que lo autentique. Es posible imaginarse que se puede hacer una reproducción fotostática con partes de otros instrumentos; por eso, los jueces deben exigir originales de las copias fotostáticas.

Por el contrario, la escritura pública se presenta o en testimonio, o en copia simple, o en boleta. Las da el notario de su registro o protocolo, que él conserva y del cual no puede desprenderse. Conviene advertir que la fuerza ejecutiva de la es-

(5 ter) Véase exposición de motivos en APARICIO G. S., G., Cód. de Proc. Civ., concord., tomo I, 2a. ed., p. 217. Lima, 1938, ed. GIL S. A.

critura pública sólo la tiene el testimonio. La copia simple y la boleta hacen fe, pero sólo a título provisional, y sólo si están conformes con lo que consta en el protocolo que conserva el original.

El art. 337 del cód. de proc. civ. se refiere a las presunciones, en cuanto están destinadas a evitarle a la parte que pruebe lo que alega. En realidad, la presunción de la ley dispensa de toda prueba a aquel en cuyo provecho existe. Así, el art. 827 del cód. civ. presume que todo poseedor es propietario, o sea que lo exonera a éste de la prueba de su dominio sobre la cosa que posee; nada tiene que probar. Las presunciones son de derecho estricto; sólo resultan de un texto legal; no cabe con ellas analogía; son de aplicación restrictiva. En los contratos, la existencia de éstos no está librada a presunciones. Cosa distinta es que dentro de la regulación de los contratos existen presunciones destinadas a facilitar la situación jurídica de una de las partes, librándola de producir prueba. Por ejemplo, en el contrato de locación-conducción, el arrendador está obligado a dar la cosa locada con todo lo necesario; pero el art. 1512 del cód. civ. declara que la entrega de la cosa al inquilino o conductor, hace presumir que la cosa se encontraba en estado de servir y que tenía todo lo necesario para el uso que se le da por el contrato. Claro, que esta presunción no es absoluta; admite prueba en contrario.

Los llamados contratos reales necesitan para su formación, un elemento complementario y distinto del consentimiento. Necesitan la tradición o entrega del objeto del contrato. Son el comodato o préstamo de uso, el préstamo de consumo o mutuo, el depósito y la prenda. La obligación de restituir que tiene el depositario o prestatario nace tan sólo si se ha operado la entrega previa del comodante, depositante, mutuante o deudor.

Para afirmar que existe contrato real es necesario probar la entrega, la *traditio*. Si ésta no se produjo, el contrato no existe. La prueba de la existencia del contrato real no es instrumental tan sólo; se necesita acreditar la entrega de la cosa.

En todo contrato existe incuestionablemente el consentimiento. Empero, hay unos contratos puramente consensuales, en cuanto sólo "*consensus obligat*". Son los contratos de compra-venta, locación-conducción, sociedad, mandato. Hay otros contratos llamados reales, en que no basta el consentimiento, sino la entrega de la cosa. Son los de préstamo o mutuo, pren-

da, comodato y depósito. Y hay otros contratos solemnes, en los que la fuerza de las obligaciones está subordinada al cumplimiento de determinadas formalidades. El consentimiento que no está expresado en la forma exigida por la ley, no es bastante para perfeccionarlo. Por ejemplo, son solemnes los contratos de hipoteca, de anticresis, de donación inmobiliaria, la donación de muebles de valor, la fianza. Algunos de ellos son notariales; exigen la escritura pública.

La solemnidad es constitutiva del contrato. No cumplida la forma el contrato no existe. No es sólo anulable; es nulo de pleno derecho, conforme al inc. 3º del art. 1123 del cód. civ.

Procesalmente, sólo puede probarse el contrato con la forma exigida por la ley. El art. 407 del cód. de proc. civ. declara: "Si la ley exige como solemnidad de algún acto (contrato) el otorgamiento de instrumento público, éste es el único medio de probar la realidad y legitimidad del acto".

La solemnidad no importa siempre que el contrato se concluya en instrumento público. Basta que la ley exija la redacción de un escrito.

Es interesante examinar, sobre la prueba de los contratos, el cód. civ. alemán (§ 125) y el cód. suizo de las obligaciones (§ 154), por los que se presume, en caso de duda, que el contrato no se tiene por perfeccionado mientras no se haya redactado el escrito.

Ante tales disposiciones, de nada vale probar que el consentimiento se produjo. Sin embargo, nosotros no podríamos admitir esta presunción. Pero tenemos la regla del art. 1344 del cód. civ., por el que la conclusión del contrato se estima si hay acuerdo en todos sus extremos; y el escrito en algunos supuestos, de nada sirve, si sólo traduce el consentimiento sobre puntos aislados.

CAPITULO II

CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS

6.—*Generalidades.*— Los contratos pueden clasificarse atendiendo a varios criterios. Veamos las siguientes clasificaciones:

1 Teniendo en cuenta los intervinientes que se obligan, serán unilaterales y bilaterales o sinalagmáticos.

2 Si se atiende a la utilidad que reportan los contratantes, serán gratuitos y onerosos.

3 Si se toma en consideración la equivalencia o no de las prestaciones, habrán de ser conmutativos y aleatorios.

4 Principales y accesorios es clasificación que depende de la forma de su existencia.

5 Nominados o innominados si estuvieren o no regulados y disciplinados por la ley.

6 De libre discusión y de adhesión es clasificación que se hace teniendo en cuenta la forma en que nacen, la manera en que se concluyen.

7 En cuanto a la forma como se perfeccionan se dividen en reales, solemnes y consensuales.

8 De ejecución instantánea y de tracto sucesivo es división en que se observa el tiempo en que se producen las obligaciones, la época en que se aparecen.

9 Finalmente, los contratos se dividen en colectivos e individuales, según se requiera o no el consentimiento de todos los intervinientes.

7.—*Contratos unilaterales y bilaterales.*— Son unilaterales los contratos en que una de las partes se obliga para con la otra, la que no contrae obligación alguna; y son bilaterales aquellos en que las partes se obligan recíprocamente.

No se tiene en cuenta el número de obligaciones que emergen del contrato, sino el número de las partes que se obligan. Cabe advertir también que la bilateralidad no deriva estrictamente del número de las partes, ya que pueden ser varios los obligados y ser el contrato unilateral si todos ellos constituyen una unidad.

Por ejemplo, es bilateral la compra-venta, la locación-conducción.

Es unilateral el comodato, no obstante que hubiere varios comodatarios. En este contrato sólo una de las partes contrae obligaciones. La parte obligada está constituida por varias personas: los comodatarios.

Son también unilaterales la fianza, la prenda, el mutuo, el mandato gratuito.

En el bilateral las obligaciones son recíprocas; las dos prestaciones se contraponen; están unidas por la nota de lo sinalagmático. Como dice HEDEMAN (5^o quater), la reciprocidad está

(5 quater) Trat de D. Civ., D. de obligaciones, vol. III, Editorial Rev. de D. Privado, Madrid, 1958, § 11, p. 101; y t. § 4, Nº IV, p. 49.

arraigada en la conciencia popular y se observa en estas frases: —“Por lo que yo te doy a ti ¿qué me das tú a mí”, o —“Yo estoy obligado frente a ti, igual que tú lo estás frente a mí”.

Uno se obliga con respecto a otro, porque ese otro se obliga con respecto al primero. Cada uno es, a la vez, acreedor y deudor.

En derecho alemán, lo típico es el cumplimiento simultáneo de ambas prestaciones. Así lo exige el § 322, I del BGB. Hay un entrecruzamiento de prestaciones.

El acto jurídico bilateral es el contrato cuando importa la confluencia de dos voluntades.

El contrato bilateral es una especie del contrato, en el que se requiere la existencia de una prestación y de una contraprestación.

Dícese que un contrato es bilateral, no porque existan dos partes, porque todo contrato supone dos partes, sino porque de él emergen obligaciones recíprocas.

En el contrato bilateral las partes se obligan recíprocamente; como decía ULPIANO (L. 19, D. de verb signif.), *ultra citroque obligationum*.

Para CARVALHO DE MENDONCA (6) es un error denominar a los bilaterales contratos sinalagmáticos, porque en griego *synallagma* significa contrato.

Un contrato unilateral puede transformarse en bilateral; así, la donación gravada con cargas es bilateral.

En el contrato bilateral debe existir exactitud en la cuantía de las prestaciones recíprocas y cada una de las partes debe haber cumplido la prestación que le respecta a fin de que al exigir la prestación que se le deba no le arguya la otra parte que ha faltado a la prestación que ha prometido y lo repela con la *exceptio non adimpleti contractus*.

Regla substancial en los contratos bilaterales es aquella por la cual ninguna de las partes puede exigir de la otra el cumplimiento de la obligación si ella no hubiere cumplido la suya. Es lo que los alemanes denominan *Erfüllung Zug um Zug* y que se condensa en el § 320 del cód. civ. de ese país: “El obligado por virtud de un contrato sinalagmático podrá negarse a hacer la prestación que le incumba hasta que se haga la contraprestación, a no ser que se haya obligado a hacerla inmediatamente. Si la

(6) II, Nº 637, p. 317.

prestación hubiera de hacerse a varios derechohabientes podrá rehusarse la parte correspondiente a cada uno hasta que se realice toda la contraprestación. No es aplicable a esta materia lo dispuesto en el párrafo 3º del § 273.

“Si la prestación ha sido parcialmente ejecutada por una de las partes, no podrá rehusarse la contraprestación cuando la negativa sea contraria a la buena fe, lo cual se aprecia teniendo en cuenta las circunstancias, y en particular la insignificancia de la parte restante”.

Quien invoca la *exceptio non adimpleti contractus* no necesita probar nada; es a la otra parte a quien corresponderá probar que la prestación se efectuó. Se trata de un pago y éste no se presume. Se darán ideas generales sobre esta *exceptio*, la que después se estudia más detenidamente.

La “e. n. a. c.” está revelando que las obligaciones en los contratos bilaterales no son independientes una de otra, desde que ambas se originan en un mismo contrato y existe entre las mismas conexidad.

Existe también la *exceptio non rite adimpleti contractus* que se invoca no en el caso de inejecución total de la otra parte, sino cuando la obligación ha sido ejecutada sólo en parte; y ello porque no se puede admitir el pago parcial.

Quien cumplió el contrato bilateral puede optar entre exigir la ejecución o la resolución con indemnización de los daños y perjuicios.

El haber demandado la rescisión del contrato no impide exigir su ejecución, si ello fuera posible, a no ser que ya hubiere recaído sentencia firme sobre la primera acción.

Es permitida la cláusula por la que las partes se comprometen a no demandar la rescisión del contrato para el supuesto de inejecución. Se tiene en cuenta que cláusula de esa naturaleza importa una renuncia de derechos, lo cual depende de la voluntad de las partes (7).

Si la obligación de una de las partes no puede cumplirse en el contrato bilateral, a causa de fuerza mayor, la otra parte no puede pedir la rescisión o la resolución. En contratos como los bilaterales las partes responden sólo por la culpa o el dolo.

En doctrina se controvierte si en los contratos bilaterales

— (7) BAUDRY-LACANTINERIE et Barde, II, Nº 962, p. 140 s., se refiere también a que las partes pueden, mediante una cláusula especial, agravar el rigor del pacto comisorio.

es necesario constituir en mora a la parte antes de demandar la rescisión. Se expresa que habiendo plazo fijado para el cumplimiento su solo vencimiento constituye en mora al obligado —*dies interpellat pro homine*. Y que no existiendo plazo la simple notificación con la demanda de rescisión importa la constitución en mora (8). No hay necesidad de interpelación, protesto o notificación.

Si el pacto comisorio o condición resolutoria es expresa opera de pleno derecho; esto es lo lógico y así lo enseñan GIORGI (9) y LAURENT (10).

Si la resolución opera de pleno derecho y ésta se produjo por el incumplimiento de una de las partes, no puede la otra demandar su cumplimiento, por la simple razón de que el contrato dejó de existir automáticamente.

En nuestro código civil la condición resolutoria vive en todo contrato bilateral. Pero existen otros códigos como el alemán (§§ 325 y 349), el argentino (art. 1203) y el suizo (art. 123), que no la aceptan.

Como advierten AUBRY et RAU (11), declarada la resolución del contrato, ella opera *ex tunc*, o sea que sus efectos se retrotraen al día de la celebración.

Determinar si un contrato es unilateral o bilateral, o sea saber si impone obligaciones a una de las partes o a ambas, es una cuestión de hecho que corresponde esclarecer a los jueces, conforme a los elementos probatorios que hubieren aportado las partes.

La doctrina ha creado un tercer término dentro de esta clasificación: es la de los contratos de bilateralidad imperfecta. Es decir, contratos que en su nacimiento son unilaterales, pero que después, con el correr del tiempo, se transforman en bilaterales, porque hacen nacer obligaciones para la otra parte. V. g., en el comodato si el comodatario hizo mejoras en la cosa o si el comodatario sufrió algún daño por razón de la cosa, nace para el como-

(8) LAURENT, XVII, Nº 132, p. 148 s., se inclina porque procede previamente constituir en mora al deudor;

HUC, VII, Nº 278, p. 374 s.;

GIORGI, IV, Nº 215, p. 224 s.;

BAUDRY-LACANTINERIE et Barde, II, Nº 929, p. 119, para quien la mora deriva de la misma demanda en que se pide la resolución.

(9) IV, Nº 209, 1º, p. 217, que examina si la condición resolutoria expresa requiere orden judicial.

(10) LAURENT, XVII, Nº 157 ss., p. 171 ss.

(11) IV, § 302, p. 119, expresan que opera retroactivamente y aún en perjuicio de terceros.

dante la obligación de pagar las mejoras o la de indemnizar el daño (art. 1592 inc. 3º y 1599 cód. civ.). Lo mismo puede acontecer con otros contratos unilaterales como la prenda, el mandato, etc.

Esta división tiene extremada importancia. Anotaremos algunas peculiaridades que sólo aparecen en los contratos sinalagmáticos o bilaterales:

a) Sólo en los bilaterales es aplicable el art. 1255, cód. civ., que traduce el principio de que la mora purga la mora.

b) Es en los contratos bilaterales donde puede invocarse la *exceptio non adimpleti contractus* contenida en el art. 1342 cód. civ., cuyo examen se acaba de hacer.

c) La disminución patrimonial de una parte puede traer por consecuencia que la otra rehuse la prestación que le corresponde, invocando la doctrina del art. 1343 cód. civ.

d) La condición resolutoria tácita opera sólo en los contratos bilaterales, como lo expresa el art. 1341 cód. civ.

e) La teoría de los riesgos sólo funciona, en buenos principios, dentro de los contratos bilaterales. Como se sabe, en esa teoría se determina si desaparecida una de las obligaciones por caso fortuito, la que corresponde a la otra parte también debe extinguirse, o si, por el contrario, subsiste.

f) Es en los contratos bilaterales en donde una de las prestaciones resulta causa de la otra, su razón de ser.

8.—*Contratos gratuitos y onerosos.*— Se dice que un contrato es gratuito o de beneficencia si sólo deriva utilidad para una de las partes; y oneroso si la utilidad es para ambas partes.

Si uno de los contratantes es el que obtiene el beneficio sin que nada dé en cambio, será un contrato gratuito.

Son contratos onerosos la locación, la sociedad, la compraventa, el mandato retribuido, la donación con cargas, el mutuo con intereses pactados (12) etc.

Son contratos gratuitos el comodato, el mutuo, (art. 1583 cód. civ.), la donación pura, el mandato gratuito. En cuanto al contrato de depósito puede ser gratuito u oneroso (art. 1604 cód. civ.) Y en cuanto al mandato, se presume gratuito, pero puede ser oneroso (art. 1635 cód. civ.).

Es en veces difícil determinar si un contrato es gratuito u oneroso. Por ejemplo, si la obligación ha sido garantizada con

(12) En el mutuo no se deben intereses si no han sido estipulados (art. 1583 cód. civ.).

prenda que da el mismo deudor es onerosa, pero si la prenda la da un tercero por el deudor puede ser gratuito. Debe entonces investigarse las relaciones preexistentes.

No sólo deberá estimarse por utilidad la de carácter pecuniario, sino también la de índole moral. Tampoco es indispensable que la utilidad sea efectiva, cierta; ya que puede ser aleatoria. Y también la utilidad no debe exigirse que sea actual, desde que puede ser también futura.

El mismo contrato puede ser oneroso entre dos personas y gratuito para una tercera. V. g., la estipulación a favor de tercero entre la que se comprende el seguro de vida.

Esta clasificación tiene importancia en los siguientes extremos:

1) En los contratos onerosos es por lo común indiferente la persona con quien se contrata. El error en la persona, no vicia el consentimiento. Por el contrario, el error en la persona en los contratos gratuitos vicia el consentimiento porque son celebrados *intuitu personae*. V. g., la donación, el mandato gratuito, en que la persona del donatario o la del mandatario es la que inclinó al donante o al mandante a contratar.

2) En los contratos onerosos el contratante queda sujeto al saneamiento por evicción. Lo proclama el art. 1370 cód. civ.

La garantía de evicción es la regla en los contratos a título oneroso y la excepción en los a título gratuito, como ocurre con la dote (art. 1370 y 223 cód. civ.).

En principio, tratándose de contratos gratuitos el deudor no responde de la evicción. Así, quien hace una donación obsequia parte de su patrimonio sin obtener retribución alguna; no sería justo obligarlo a responder por la evicción; a garantizar la realidad del regalo. Sin embargo, si el donatario es eviccionado no repetirá contra el donante, pero sí contra aquel que le transfirió el bien a dicho donante; esta es la interpretación del art. 1471 cód. civ. (6/20).

De otro lado, la dote puede constituirse gratuitamente y, sin embargo, declara el art. 223 cód. civ., que quienes la constituyen está obligados a la evicción y saneamiento de los bienes que la componen, salvo estipulación contraria. Esta es la excepción.

3) Con referencia a la acción pauliana la revocación es fácil si se trata de actos a título gratuito (art. 1098 cód. civ.);

* *incertum, que depende de un sacro eventual.*

en cambio si se trata de actos o contratos a título oneroso es necesario demostrar que la insolvencia del deudor que los practicó era notoria, o que existía fundado motivo para que fuera conocida del otro contratante (art. 1099 cód. civ.). En los contratos gratuitos no es necesario que el adquiriente conozca la insolvencia. Lo mismo en el caso que existieran subadquirentes (art. 1100 cód. civ.).

4) Dentro de la doctrina del registro de la propiedad inmueble, para ostentar la calidad de tercero registral es necesario que el contrato hubiere sido a título oneroso (art. 1052 cód. civ.), además de otros caracteres.

5) La reivindicación se declara con más facilidad cuando se trata de enajenaciones a título gratuito, siendo difícil si la adquisición ha sido onerosa.

6) En las transferencias de bienes muebles la posesión que hace adquirir el derecho de propiedad debe haber sido otorgada a título oneroso. No lo dice el art. 890 cód. civ., pero si la exige el legislador en la exposición de motivos cuando habla de "título traslativo de carácter oneroso" (véase Aparicio y G. S., Cód. Civ., concord., t. III, ed. 1942, p. 377), Los muebles enajenados a título oneroso por quien no pagó su precio, son irrevindicables del subadquiriente, si éste tiene su posesión (art. 1416 cód. civ.).

8a.—*Contratos conmutativos y aleatorios.*— Son contratos conmutativos aquellos en los que las prestaciones de ambas partes se tiene por equivalentes. V. g., en la compra-venta se considera que el bien vale aquello que por él se paga. En los contratos conmutativos las partes están en aptitud de determinar al tiempo de su celebración el beneficio o la pérdida que el contrato habrá de producirles.

En los contratos aleatorios las ganancias o las pérdidas para ambas partes dependen de un suceso incierto. Por ejemplo, en el contrato de juego o apuesta la pérdida o la ganancia de las partes depende de las eventualidades del juego. En los contratos aleatorios las obligaciones que asumen las partes o la misma existencia de dichas obligaciones depende de un acontecimiento futuro o incierto, por lo que no se puede establecer anteladamente cual es el beneficio o la pérdida que dichas partes habrán de experimentar. Otro ejemplo es el contrato de renta vitalicia, como se infiere del art. 1759 cód. civ. En cambio, el con-

trato de seguro, que es de derecho mercantil, no es aleatorio, si se atiende a la forma en que en la actualidad funciona. El riesgo ha sido eliminado en virtud de cálculos matemáticos.

Carácter especial del contrato es que el elemento aleatorio es común a ambas partes. Lo que es ganancia para una, entraña pérdida para la otra. Nadie sabe quién ganará o quién soportará la pérdida.

Otro ejemplo de contrato aleatorio es la venta de una esperanza incierta de que se ocupa el art. 1395 cód. civ., o de una cosecha futura sin la condición de que ella exista (véase el mismo art. 1395).

Esta clasificación tenía importancia cuando la lesión funcionaba en todos los contratos conmutativos. Ahora sólo funciona en el contrato de compra-venta (art. 1439 cód. civ) y en la partición de bienes *pro indiviso* (art. 791 cód. civ.), aunque ésta no es contrato. Sin embargo, es contrato de permuta, conforme al art. 922 cód. civ.

Debe saberse, sin embargo, que la teoría del error y, en general, la de los vicios de la voluntad, opera con más intensidad en el campo de los contratos conmutativos que en el de los aleatorios. Es más fácil conseguir la rescisión de un contrato conmutativo que de un contrato aleatorio, por error.

Expresa CARVALHO DE MENDONCA (13) que los tratadistas presentan los contratos aleatorios como la antítesis de los contratos conmutativos, pero que en el fondo tal oposición no existe, porque la alternativa de la ganancia o de la pérdida para una de las partes no supone que en los contratos aleatorios ambas partes se encuentren interesadas.

Existe una obra muy completa, sobre esta materia; es la de BAUDRY-LACANTINERIE et Wahl. Contrats Aléatoires.

En los conmutativos una prestación corresponde a la contraprestación, en tanto que en los aleatorios una de las prestaciones puede faltar.

9.—*Contratos principales y accesorios.*—Son principales los que existen por sí mismos y accesorios los que tienen por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal.

A los contratos accesorios se les conoce ordinariamente por el nombre de garantías o cauciones. Son reales y personales. La

(13) II, Nº 718, p. 393.

prenda, la hipoteca y la anticresis son reales: la fianza es personal.

Esta clasificación sólo interesa para determinar su nulidad. Una máxima romana reza: "Lo accesorio sigue la suerte de lo principal; pero no lo principal la suerte de lo accesorio"; y sus efectos han sido incorporados en el 2º párrafo del art. 1127 cód. civ.

Dentro de esta clasificación pueden figurar también los llamados contratos dependientes, que para producir sus efectos necesitan de la existencia de otro contrato. Por ejemplo, para la cesión de rango de una hipoteca se supone que existe una hipoteca anterior que tiene preferencia y que con la cesión va a quedar situada en distinto orden de precedencia. La misma novación supone la existencia de una obligación anterior. Estos contratos se diferencian de los accesorios en que éstos últimos aseguran el cumplimiento de los principales; pero si el contrato anterior no existe es incuestionable que el contrato dependiente tendrá, como el accesorio, que desaparecer. Así, no habrá tal cesión de rango de hipoteca si no existe un gravamen hipotecario preferente.

10.—*Contratos reales, solemnes y consensuales.*— Se dice que un contrato es real cuando para su perfeccionamiento se requiere la tradición del bien. Se tendrá por solemne el contrato que está sujeto a la observación de ciertas formalidades especiales, cuya falta hace que no produzca efecto alguno. Y será consensual el contrato que se perfecciona por el simple consentimiento.

Para que exista contrato consensual basta que las partes se hubieren puesto de acuerdo en los elementos esenciales del mismo. Todos los contratos son consensuales porque para su celebración es indispensable el consentimiento de los contratantes; pero en estos contratos consensuales basta para perfeccionarlos el solo consentimiento, sin que haya necesidad de formalidad alguna o entrega de la cosa.

V. g., en el derecho vigente la compra-venta de inmuebles es consensual. Lo mismo el mandato, la sociedad, la locación. En la compra-venta inmobiliaria es suficiente que las partes estén conformes en la cosa y en el precio, aunque éste no hubiere sido pagado ni aquella entregada para que no sólo exista venta, sino transferencia del dominio.

También es consensual la compra-venta de bienes muebles. Pero en la venta de inmuebles la propiedad se traslada del ven-

dedor al comprador sólo por el contrato, lo que no ocurre en la venta mobiliaria; en ésta, para que el comprador, sea *dominus* se requiere que tenga la posesión de las cosas muebles.

Si la escritura se exige en el contrato con el carácter de prueba, las partes podrán reclamar su cumplimiento una vez probada su existencia por otros medios, desde que su carácter consensual permanece inalterable.

Pero si la escritura se exige como solemnidad, —por ej., escritura pública—, no cumplida la formalidad el contrato debe reputarse inexistente.

Existen contratos que pueden ser otorgados verbalmente, desde que la ley no exige para los mismos ninguna forma específica. Hay, sin embargo, obstáculos casi insalvables en esta forma y son los que se refieren a la prueba.

En los contratos *ad solemnitatem* la observancia de la forma exigida por la ley es esencial para su existencia. La ausencia de la forma da lugar a su nulidad (art. 1123 inc. 3º cód. civ.).

En los contratos solemnes, además del consentimiento, habrá que observar determinadas formas, de tal suerte que si son omitidas el contrato no producirá ningún efecto civil. En este sentido, tenemos la fórmula general en el art. 1122 cód. civ.: “Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente”. En nuestro derecho, sólo por excepción los actos y contratos requieren formalidad; ocurre lo contrario que en el derecho romano. Ya nos hemos referido a esta cuestión cuando nos ocupamos del reconocimiento de las obligaciones. Por ejemplo, la donación de inmuebles requiere perfeccionarse por escritura pública (párrafo 3º del art. 1475 cód. civ.). Si la ley exige como solemnidad de un acto la escritura pública ese es el único medio de probar su realidad y legitimidad (art. 407 cód. proc. civ.); no cabe otro medio probatorio. Empero, en la donación la escritura no es prueba del contrato sino la esencia misma de ella. Por otro lado, ella sería nula *ipso iure* (art. 1123 inc. 3º cód. civ.).

Resulta entonces que los contratos solemnes no producen efectos en tanto el consentimiento no se otorgue en la forma preceptuada por la ley. Si la solemnidad no se cumple, la ley entiende que el consentimiento no se ha producido.

Tratándose de solemnidades propiamente dichas no cabe invocar la doctrina del art. 1340 cód. civ.:

“Si la ley exige el otorgamiento de escritura pública u otra

forma especial, las partes que han celebrado el contrato, pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida”.

Otros autores son contrarios a esta forma de interpretar. Podría distinguirse entre celebración y perfeccionamiento, por lo que celebrar no es perfeccionar un contrato. Por ejemplo, el acreedor anticrético puede exigir que la garantía conste en escritura pública, como lo ordena el art. 1005 cód. civ., si así no constare; la anticresis que no aparece en escritura pública debe reputarse inexistente, pero existirá el préstamo.

Con referencia a las hipotecas legales, no obstante que la escritura pública es requisito esencial de la hipoteca (art. 1012 cód. civil), las partes a cuyo favor se establecen tienen derecho a exigir el otorgamiento de la escritura pública respectiva (art. 1027 cód. civ.).

Existen también otros requisitos que las partes deben cumplir. Así las llamadas formalidades habilitantes, que constituyen requisitos necesarios para completar la voluntad del incapaz o para protegerlo y que aún cuando falten el contrato existe. V. g., el menor que tiene más de dieciséis años puede contraer una obligación con autorización de su tutor conforme al art. 512 cód. civ. En otro caso, se protege al menor cuando se exige que el tutor recabe autorización judicial para enajenar sus bienes (arts. 520 a 524 cód. civ.).

También hay supuestos en que se exigen instrumentos *ad probationem*, es decir, que su falta priva de un medio de prueba y que no puede ser suplido con testigos o con otro elemento probatorio. Por ejemplo, el art. 1585 cód. civ. expresa que “el mutuo cuyo valor pase de quinientos soles, debe constar por escrito”. En este supuesto, se dice que la prueba de testigos es insuficiente para acreditar el préstamo. Existe opinión contraria, que se inclina a considerar que la confesión del deudor acreditará la existencia del mutuo, en su caso.

Es claro que las partes pueden transformar en solemne un contrato que no lo es si, por ejemplo, convienen en que si no se reduce a escritura pública dicho contrato carecerá de valor y no producirá efecto jurídico alguno. Empero, existe diferencia entre un contrato solemne por mandato de la ley y el que sólo lo es por voluntad de las partes. El primero es radicalmente nulo si se omite la formalidad ordenada, en tanto que el segundo puede producir sus efectos aún cuando no se cumpla la formalidad convenida. Este último sólo es anulable; no nulo (arts. 1123 y 1125 cód. civ.).

Un contrato es real cuando para su perfeccionamiento se requiere la tradición del bien a que él se refiere. V. g., la transferencia de propiedad de bienes muebles es real; también lo son el comodato, el mutuo, la prenda, el depósito.

El consentimiento no se entiende que se ha manifestado sino con la entrega.

11.— *Contratos Nominados e Innominados*.— No obedece esta clasificación a que los contratos tengan o no un nombre, sino a la circunstancia de que aparezcan o no regulados, disciplinados por la ley.

Por ejemplo, la compra-venta, el mutuo, la locación son contratos nominados, porque han sido previstos por el legislador y no carecen, por tanto, de regulación.

Las personas pueden celebrar contratos innominados en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, siempre que no sean contrarios a la ley, el orden público y las buenas costumbres. (art. III del T. P. cód. civ.). Nadie está impedido de hacer lo que la ley no prohíbe declara el art. 24 de la Const.

Esta clasificación carece de importancia para nosotros, ya que todos los contratos, sean nominados o innominados, tienen fuerza obligatoria.

Se aplica para los contratos innominados los principios generales del derecho (equidad) y se hace funcionar la analogía.

En el derecho romano, las acciones que protegían a los contratos innominados eran más débiles que las utilizadas para exigir el cumplimiento de los contratos nominados. Actualmente, los contratos nominados e innominados no ofrecen diferencia apreciable en este aspecto, porque éstos últimos se rigen por las reglas pactadas o, a su falta, por las reglas legales establecidas para los contratos que se les asemejen.

Los contratos innominados no deberán ser confundidos con los contratos mixtos o complejos. En éstos existen varios contratos nominados, cada uno de los cuales conserva su propia fisonomía. Es contrato mixto, v. g., la locación y la promesa de venta reunidos en el mismo instrumento, o el comodato y el pacto de preferencia en la venta.

12.— *Contratos de Libre Discusión y de Adhesión*.— En los contratos de libre discusión las partes establecen con entera libertad las cláusulas a que quedan sujetas. Nacen como resultado de la discusión de las partes, en que una y otra formulan pre-

viamente puntos de vista contrarios hasta que se produce la confluencia de voluntades. Ejemplo: *A* ofrece a *B* un precio por su inmueble; éste pide uno más elevado. En la discusión *A* aumenta el precio y *B* reduce el que pide hasta que se opera la coincidencia. Ha habido un verdadero regateo. Este es el contrato clásico, normal.

Los contratos de adhesión están contrapuestos a los anteriores. No existe discusión entre las partes.

La oferta o policitud y la aceptación no se producen después de haberse discutido todos los extremos del contrato, sino que la aceptación viene a continuación de las condiciones que ha señalado la otra parte. Se trata así de que una de las partes impone a la otra la ley del contrato, la que puede aceptarlo o rechazarlo. Existen hasta formularios-tipos en que figuran los términos en los que una de las partes hace su policitud. Los presuntos contratantes no pueden discutir esos términos y lo más frecuente es que ni siquiera los lean y, por tanto, no los conocen. Una de las partes sólo puede aceptar o rechazar, adherirse o no a las condiciones que la otra ofrece. De allí el nombre que les dio SALEILLES de contratos de adhesión.

Es realmente importante la función que desempeñan en la vida jurídica los contratos de adhesión. Todos los contratos de transporte terrestre, marítimo y aéreo, los contratos de seguro, de suministros, son típicos contratos de adhesión. Nadie que estuviera en su sana razón osaría discutir el valor de los fletes o pasajes o de las primas preestablecidas. Es en los contratos llamados de adhesión en los que los tribunales han negado eficacia a las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad.

En estos contratos una de las partes impone el texto preparado de antemano, el cual sólo puede ser aceptado o rechazado por la otra parte, pero no introducirle modificaciones. La oferta se hace de conformidad con un contrato-tipo, que ya se encuentra impreso y cuyas cláusulas se han redactado de manera que la otra parte se halla en una situación de inferioridad, que agrava la situación jurídica de quien tiene que adherirse y, por el contrario, eliminan o atenúan la responsabilidad del que formula la oferta.

La jurisprudencia siempre modifica estos contratos de adhesión, aún cuando se encuentra con el obstáculo que significa el principio de la libertad de las convenciones.

13.—*Contratos Individuales y Colectivos.*— No se debe tener el concepto de que un contrato es individual cuando se celebra entre dos personas. Las partes en un contrato pueden ser varias. Además, cada parte puede estar formada por una o muchas personas.

Lo que caracteriza al contrato individual es que para su formación requiere el consentimiento unánime de las partes que lo celebran. Por ejemplo, no sólo es individual el contrato de compra-venta de un inmueble entre *A* y *B*, sino el de compra-venta de un inmueble en que los vendedores son los condóminos *F, G, H, I, J, K*, y los compradores las sociedades *X* y *Z*.

Contrato colectivo es el que afecta a todos los miembros de un grupo o colectividad, aunque no hubieren consentido en él, por el hecho de formar parte de ese grupo o colectividad (13 bis).

No son contratos colectivos los que celebra una persona jurídica. Lo esencial en los contratos colectivos es que afectan a personas que no han consentido, que no han concurrido a su celebración o que han hecho valer su voluntad en contra.

El contrato individual requiere la unanimidad de los intervinientes; el contrato colectivo sólo la mayoría.

14.—*Contratos de Ejecución Instantánea y de Tracto Sucesivo.*—Esta clasificación atiende a la manera como son ejecutados. En los contratos de ejecución instantánea las obligaciones se cumplen en un solo momento V. g., la compra-venta, la permuta, son contratos de ejecución instantánea.

Los contratos de ejecución o tracto sucesivo son aquellos en que las obligaciones de las partes o de una sola de ellas consisten en prestaciones periódicas y continuas.

En los contratos de ejecución sucesiva por lo menos una de las obligaciones de las partes se desarrolla en forma continuada durante cierto tiempo. Es necesario el decurso del tiempo para que la prestación se cumpla. Ejemplo de los contratos de este género es el de la locación-conducción, en que el locador viene obligado a proporcionar el goce del bien al arrendatario por un período de tiempo predeterminado. Esta obligación se cumple por el dueño a medida que el contrato transcurre.

(13 bis) Los contratos colectivos corresponden a los contratos que los autores alemanes denominan "contratos dictados". A este respecto, J. W. HEDEMANN, en *Trat. de D. Civ., D. de obligaciones*, vol. III, Edit. Rev. de D. Privado, Madrid, Madrid, § 2, p. 34, hace saber que todo contrato nace de la libre voluntad de las partes, pero que en este tipo de contratos, la voluntad de una de las partes le es impuesta a la otra parte, lo quiera ésta o no. Existe una ficción; se "finge" que el contrato ha sido concertado

Un mismo tipo de contrato puede ser de tracto sucesivo o de ejecución instantánea. V. g., si por el mandato se encarga a una persona vender un inmueble del mandante, este es un contrato de ejecución instantánea, porque las obligaciones se cumplen en un solo momento. Pero si por el mandato se encarga a una persona administrar los negocios del mandante este es un contrato de tracto sucesivo, porque presupone una serie de prestaciones sucesivas de parte del mandatario.

Existen contratos de ejecución escalonada o a plazo, que no deben ser confundidos con los contratos de tracto sucesivo. En los primeros, las obligaciones de las partes se cumplen por parcialidades, cada cierto tiempo. Por ejemplo, un contrato de compra-venta en que se conviene que el precio se pagará en determinados plazos, no es de tracto sucesivo sino de cumplimiento escalonado. Aquí las obligaciones de las partes no se desenvuelven minuto a minuto, sino que se dividen en diversas cuotas. Lo mismo si se venden mercaderías que serán entregadas en diversos lotes.

La importancia que tiene esta clasificación radica en la diversa manera como se produce su resolución. Así, en el contrato de compra-venta si el comprador no paga el precio puede deshacerse con efecto retroactivo, porque es de ejecución instantánea. Pero en los contratos de tracto sucesivo la rescisión no tiene nunca carácter retroactivo, porque los efectos ya cumplidos no pueden borrarse jamás. Por ejemplo, declarada la resolución de un arrendamiento no pueden destruirse los efectos ya cumplidos, o sea el goce por el arrendatario y los alquileres ya satisfechos. A una locación sólo se le pone término para el futuro, pero los efectos producidos son inamovibles. Debe aceptarse que más que resolución de los contratos de ejecución sucesiva, hay que admitir su terminación.

Por el contrario, en los contratos de ejecución escalonada la resolución puede afectar a todo el contrato o a sólo una parte del mismo, según que la intención de los contratantes hubiere sido considerarle como un todo o sólo en porciones. Veamos estos ejemplos: se vende un inmueble cuyo precio se paga en diversos plazos; dicho contrato puede resolverse por incumplimiento del comprador de pagar una de las cuotas, si la intención de las partes fue considerar el contrato como un todo; pero debe observarse la doctrina del art. 1425 cód. civ., por la que el vendedor no puede pedir la rescisión si se le hubiera pagado ya más de la mi-

tad del precio, salvo pacto en contrario. Otro ejemplo es el de la venta de diversas mercaderías en que se conviene, por ambos contratantes, que el precio y la mercadería se pagaría en diversos plazos; así, si se pactó que se entregaría carbón en diversos lotes y por cada lote el comprador debía pagar su precio y ocurre que una de las últimas entregas no es abonada. En este caso resulta claro que el contrato habrá de resolverse en la parte no cumplida y quedar firme en la parte que ha sido cumplida.

También existe una diferencia sustancial entre los contratos de ejecución instantánea y los de ejecución sucesiva en lo referente a la teoría de los riesgos. Sabemos que la cosa se pierde para su dueño y siendo inmueble y habiéndose vendido y no entregado, no obstante que se pierda por caso fortuito antes de su entrega el comprador viene obligado a satisfacer el precio de la cosa. Empero, tratándose de contratos de tracto sucesivo como las obligaciones se desarrollan en el tiempo y la obligación de una de las partes supone la de la otra, la extinción de una de las obligaciones, la imposibilidad de ejecución por una de las partes, produce el efecto de la extinción total del contrato o su modificación en tanto dure el impedimento. Por ejemplo, destruida la cosa locada por caso fortuito no existe obligación de continuar pagando la merced (14).

La teoría de la imprevisión, que no hemos tenido tiempo de exponer, sólo se admite en los contratos de tracto sucesivo. Es en estos contratos, que se cumplen en el decurso del tiempo, en que las transformaciones económicas que sobrevengan dan lugar a que resulte demasiado oneroso cumplirlos. En cambio, en los contratos de ejecución instantánea la teoría de la imprevisión es inadmisibles. Es de advertir que la teoría de la imprevisión puede también funcionar en los contratos escalonados.

Finalmente, es posible que la ley posterior modifique los contratos de ejecución sucesiva sin que ello importe que la ley tenga efecto retroactivo o viole derechos adquiridos. Por ejemplo, la legislación limitativa de las mercedes conductivas y de los alquileres se aplica a contratos de locación que se estuvieren desarrollando al tiempo de su promulgación. Esa legislación mo-

(14) El contrato de arrendamiento se extingue si la pérdida de la cosa locada es total y por caso fortuito. Si es parcial, el arrendatario puede pedir rebaja, pero si el locador opta por la rescisión se disolverá el contrato (art. 1533 y 1529 inc. 4º cód. civ.).

difica la cuantía de la renta de los inmuebles con respecto a la renta aún no satisfecha, pero no con respecto a la renta ya abonada. Los plazos ya satisfechos son inamovibles; pero los nuevos plazos de alquileres o de arrendamientos tendrán que amoldarse a los *quantums* fijados en la nueva legislación. Se arguye que esa legislación se ha dictado con posterioridad a contratos de locación-conducción libremente convenidos y en que se fijaron los arrendamientos cuando no existía límite alguno, por lo que debe estimarse que tiene carácter retroactivo desde que afecta a convenciones concluidas antes de que estuviera en vigencia. No es verdad; no hay efecto retroactivo si se dispone que las rentas aún no pagadas porque todavía no han decursado los plazos que les dan nacimiento, deben reducirse a montos predeterminados. Si tendría efecto retroactivo si la ley dispusiera que las rentas ya abonadas se redujeran por lo que los locadores estarían obligados a devolver lo que hubieran cobrado de más. Pero esto no hace la ley; sólo modifica el *quantum* de las rentas para el futuro. En cambio, la ley posterior no puede modificar, en ningún supuesto, los contratos de ejecución instantánea que era posible que se celebraran porque no había disposición legal que los prohibiera.

• En general, sobre los efectos retroactivos de la ley existen estos principios: "La ley nueva puede destruir una simple expectativa o interés de los particulares, pero no podrá privar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior." Esto último importaría un ataque al principio constitucional de la inviolabilidad de la propiedad. Es obvio que no se puede hablar de la existencia de derechos adquiridos en los contratos sucesivos.

Volviendo a las leyes limitativas de los alquileres hay que convenir que dichas leyes no son anticonstitucionales, por cuanto existiendo circunstancias específicas, en que por la dedicación de la propiedad privada a objetos de interés público y por las condiciones en que ella es explotada, justifican y hacen necesaria la intervención del Estado en los precios, en protección de intereses vitales de la comunidad. Así reza un fallo de la Suprema Corte de la Argentina (14 bis). En situaciones de emergencia, que son transitorias, razones de orden público justifican la actitud de los legisladores que restringen el derecho de propiedad

(14 bis) Fallos de la Suprema Corte de Justicia, tomo 136, p. 161.

sobre las cosas. Por lo demás, el art. 34 de la Constitución prevé que la ley fijará los límites del derecho de propiedad y el art. 27 de la misma Constitución dispone, asimismo, que la ley regirá las condiciones del ejercicio del derecho de propiedad. Esto en buen romance importa quitarle al dominio su carácter de derecho absoluto. La justicia norteamericana ha declarado que "aquel que dedica su propiedad a un uso de interés público, confiere por ese hecho al público un interés en ese uso, y debe someterse a su contralor, para el bien común, en la extensión del interés que le ha creado (14 ter).

CAPITULO III

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL CONTRATO

15.—*Enumeración.*— Al igual que todo acto jurídico requiere de los elementos citados por el art. 1075 del cód. civ., que ya ha sido estudiado *in extenso* en el curso de Derecho Civil correspondiente al primer año del ciclo profesional de esta Facultad. Dicho precepto expresa:

"Para la validez del acto jurídico se requiere ¹ agente capaz, ² objeto lícito y ³ observancia de la forma prescrita o que no esté prohibida por la ley".

⁴ Empero, además, otro elemento esencial del contrato es el consentimiento.

En cuanto a la capacidad debe entenderse que tratándose de incapacidad absoluta se produce la nulidad *ipso jure* del contrato; y si sólo es incapacidad relativa hay anulabilidad.

La forma sólo en algunos supuestos es requisito esencial para la existencia del contrato.

El contrato no viene a ser otra cosa que una especie del acto jurídico. Por lo mismo, la validez del contrato requiere las mismas condiciones objetivas y subjetivas que se exigen para la validez del acto jurídico. Pero además de esas condiciones generales, se exige otra, que es el acuerdo o consentimiento recíproco.

Como el consentimiento no es sino el acuerdo, la coincidencia de la voluntades, tiene sus etapas. La etapa inicial, por la cual una de las partes solicita la manifestación de voluntad de

(14 ter) Unites States Supreme Court Reports, 110, 347, Lawyer's edition.

otra; es la propuesta, oferta o *pollicitatio*. En ella se propone la celebración de un contrato sobre bases determinadas.

Considerada aisladamente, la oferta tiene valor por sí sola. Se entiende que la aceptación no se ha producido y por tanto, no debe estimarse que ha nacido el contrato, generador de obligaciones. Se trata de saber si la oferta aún no aceptada, tiene algún valor. Para la doctrina francesa, la oferta que no es seguida de la aceptación carece de valor, no hace nacer para el oferente responsabilidad alguna, porque no se concibe que una persona quede ligada por su propia y única voluntad. Sólo nacen obligaciones cuando la voluntad de la otra parte se adhiere a ella. Por lo expuesto, el ofertante puede retractarse de su oferta sin incurrir en responsabilidad alguna; y la oferta se reputa extinguida o caduca si se ha producido el fallecimiento del ofertante o prometiente. Para la doctrina alemana, en cambio, la oferta por sí sola tiene valor jurídico, liga al oferente, le crea responsabilidad. Ello se explica porque en el cód. civ. alemán, como en el nuestro, se reconoce que es fuente de obligaciones la declaración unilateral de voluntad. Y en este orden de ideas, el policitante no puede retractarse de la oferta; ésta no caduca ni se extingue por la muerte o la incapacidad del proponente.

Sobre la irrevocabilidad de la oferta dispone el BGB (cód. civ. alemán) en su § 145, lo que sigue: "El que propone la conclusión del contrato está ligado por su oferta, a no ser que haya expresado después su voluntad en contrario".

Sobre la revocación de la oferta, el 1er. apartado del 1328 del cód. civ., italiano declara:

"La propuesta puede revocarse mientras el contrato no haya sido concluído. Sin embargo, si el aceptante hubiera emprendido de buena fe su ejecución antes de tener noticia de la revocación, el proponente estará obligado a indemnizarlo de los gastos y pérdidas sufridas por el comienzo de ejecución del contrato".

Es de observar que no cabría revocar la oferta si ya el contrato hubiere quedado concluído, o sea, si ya existiere acuerdo, consenso. La indemnización a favor del aceptante, procede cuando éste ya comenzó la ejecución, pero la aceptación que formuló no ha llegado aún a conocimiento del policitante. Conforme al 1er. párrafo del art. 1326 del cód. italiano, "el contrato se concluye en el momento que quien ha hecho la propuesta tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte".

En el cód. italiano, el 1329 legisla sobre policitaciones irrevocables. Dice: "Si el proponente se hubiese obligado a mante-

ner firme la propuesta durante cierto tiempo, la revocación carecerá de efecto”.

“En la hipótesis prevista por el párrafo precedente, la muerte o la incapacidad sobreviniente, no quitan eficacia a la propuesta salvo que la naturaleza del negocio u otras circunstancias excluyan tal eficacia”.

Las mismas ideas mantiene el cód. del Brasil, en el que su art. 1080 reza: “La propuesta del contrato obliga al proponente, si lo contrario no resulta de los términos de ella, de la naturaleza del negocio, o de las circunstancias del caso”.

El interés social exige que toda oferta sea seria y tenga estabilidad, que sea mantenida por quien la formuló.

Dentro de nuestra legislación, la retractación intempestiva no libera al proponente de toda obligación. Es evidente que quedará en libertad de no celebrar el contrato prometido, pero tendrá que indemnizar los perjuicios que irrogó con su retractación. Esos perjuicios, como todos los perjuicios, debe acreditarse que se han producido. Por ejemplo, X propone vender un solar de su propiedad. Z decide comprarlo y presta el dinero necesario para pagar su precio, el que le es suministrado a determinado tipo de interés; contrata a un arquitecto para que sobre el área utilizable de dicho solar le diseñe los planos de un edificio. Poco después, X se retracta, decide no vender. En incuestionable que Z ha sufrido ciertos daños y perjuicios que se traducen en los intereses del dinero que está pagando y en los honorarios del arquitecto. Esta es la llamada responsabilidad *precontractual*, que es una responsabilidad específica, distinta de la responsabilidad que emerge de los actos ilícitos y de la contractual.

Observa ESPINOLA (15) que en el derecho romano la formación del contrato se subordinaba a la existencia simultánea de dos voluntades concordantes, de donde resultaba que hasta el momento de recibir la aceptación, podía el oferente mudar de opinión, impidiendo que el contrato se concluyese; pero que el derecho moderno da fuerza vinculante a la oferta hasta el momento en que la aceptación deberá ser presentada al proponente. Si la oferta se retira por el policitante sin haberse vencido el plazo establecido para su vigencia no sólo genera, en concepto del maes-

(15) II, II, p. 132.

tro brasileiro, una indemnización de daños y perjuicios si la aceptación se produce en tiempo hábil, sino que el contrato se considera realmente concluído y plenamente eficaces las obligaciones que del mismo derivan. Esta es realmente una novedad: la violación de la oferta no sólo comporta la obligación de indemnizar, sino que el contrato es susceptible de concluirse no obstante no existir ya la oferta.

✓ Conviene advertir que existen hipótesis en que la oferta deja de obligar al oferente. De las mismas trata el art. 1330 cód. civ.:

“La oferta deja de ser obligatoria:

1º *“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;

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

3º *“Si hecha a persona ausente, no se hubiese expedido la respuesta dentro del plazo fijado;*

4º *“Si antes de recibida la oferta, o simultáneamente con ésta, llegase a conocimiento de la otra parte la retractación del oferente”.*

✓ El carácter obligatorio de la oferta es ahora universalmente aceptado. Sin embargo, hecha a persona presente no obliga si no fué aceptada de inmediato. La aceptación puede ser expresa o tácita, conforme a la doctrina del art. 1076 cód. civ.

Si la oferta contiene plazo es obvio que el peticionante para quedar definitivamente liberado de la propuesta que hizo habrá de esperar que el plazo se cumpla.

Tratándose de ausentes existirá forzosamente un intervalo de tiempo entre la propuesta y la aceptación.

La oferta del peticionante, en los casos que no hubiere término prefijado, deberá mantenerse por todo el tiempo que regularmente fuera necesario para recibir una respuesta, atendida la distancia y los medios de comunicación existentes, Hasta enton-

ces el proponente permanece vinculado, obligado por su oferta. Así lo previene el inc. 2º del art. 1330 cód. civ.

Si antes de recibirse la oferta o al mismo tiempo que ella, llegare a conocimiento de la otra parte la retractación del oferente, no habrá propuesta. Ejemplo, X propone por correspondencia epistolar un negocio a Z; poco después se convence que dicho negocio no le conviene y por telégrafo se retracta. Si el telegrama llega antes que la carta o al mismo tiempo que ella, no existirá propuesta que considerar. (16).

Dentro de la oferta cabe también examinar lo dispuesto en el art. 1332 cód. civ.:

“La aceptación tardía, y cualquiera modificación que se hiciere en la oferta al aceptarla, importará la propuesta de un nuevo contrato”.

Contiene esta fórmula dos casos:

- a) la aceptación formulada fuera del plazo equivale a una nueva oferta, y
- b) la aceptación pero introduciendo modificaciones en la oferta importa también una nueva oferta.

No se trata, en el primer caso, que la aceptación llegue tardíamente a manos del oferente, por dificultades de comunicación—caso previsto en el art. 1331 del cód. civ.— sino que el aceptante demora su aceptación; ésta se produce después de vencido el plazo para formular su aceptación.

El ofertante, por la distancia en que se encuentra la otra parte, debe esperar un tiempo razonable para la contestación; ese plazo ha decursado y la aceptación llega tardíamente no por dificultades en la comunicación, sino por retardo en aceptar. En este caso, como en el de modificación, adición o restricción de la oferta, deberá tenerse por una nueva oferta. En la ley mercantil, la modificación de la oferta supone el perfeccionamiento del contrato (art. 54 cód. de com.). Absurdo, por decir lo menos.

La oferta una vez formulada no podrá ser revocada, sea por aplicación de la teoría de la voluntad unilateral, sea por aplicación de la doctrina de la *culpa in contrahendo*. Formulada la oferta el proponente queda obligado a cumplirla, siempre que la misma sea seria y tenga estabilidad.

Tratándose de contratos entre presentes no existen dificul-

(16) En nuestra ley mercantil los telegramas carecen de valor, salvo que hubiere convenio otorgándoselo (art. 51 §. 2º del cód. de com.).

tades, ya que la oferta deberá ser aceptada o rechazada inmediatamente. No habiendo sido inmediatamente aceptada, la oferta dejará de ser obligatoria; a no ser que el oferente hubiere concedido un plazo a la otra parte para que meditara y aceptara, aunque hubiere estado presente.

—El cód. civ. desobliga al oferente de una propuesta hecha a persona ausente, con o sin plazo, si no fuese expedida la aceptación dentro del plazo señalado, o si dicha aceptación no la hubiere recibido dentro de un tiempo suficiente, teniendo en cuenta la distancia y las formas de transporte.

Ocurre, empero, que el precepto del art. 1331 del cód. declara que “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”.

Este dispositivo contempla el supuesto de oferta hecha sin plazo a una persona ausente, porque existiendo plazo el contrato se formaría con la expedición de la respuesta o aceptación dentro del plazo y no al recibir la aceptación el oferente.

No habiéndose señalado plazo para la aceptación el contrato no se forma con la expedición de ésta como expresa el art. 1335 del cód. civ., sino con su recepción dentro de un tiempo suficiente como requiere el inc. 2º del art. 1330 del cód. civ.

Funcionan hoy sobre la oferta los siguientes principios:

1) La oferta tiene por sí sola valor jurídico; ese valor no depende de la muerte o incapacidad de quien la emitió producidas antes de la aceptación.

2) La oferta no podrá ser válidamente revocada antes de cumplirse el plazo necesario para recibir la respuesta.

3) La oferta quedará de pleno derecho revocada si expira el plazo de su vigencia y no se produce la aceptación del destinatario.

Sin embargo, no siempre el contrato se forma con la sola aceptación de la oferta, porque existen ciertos puntos o extremos que discutir, cuya importancia no es decisiva. Bastan, empero, estas divergencias para que el contrato no exista, no obstante que el acuerdo se refiera a los puntos esenciales y el desacuerdo comprenda cuestiones secundarias, accidentales. Nuestro cód. civ. es al respecto lo suficientemente claro en su art. 1344: “Mientras las partes no estén conformes sobre todos los extremos del contrato, no se considerará concluído. La inteli-

gencia sobre puntos aislados no producirá obligación, aunque se haya consignado por escrito".

— Sobre la subsistencia de la oferta reproducimos el § 130 del cód. civ. alemán: "La declaración de voluntad que deba hacerse respecto de otro, producirá efecto desde el momento que tenga noticia de ella cuando se hallare ausente; pero no producirá ninguno si antes o al mismo tiempo llega una retractación a la otra parte.

"Para la eficacia de la declaración de voluntad es indiferente que el declarante muera o pierda su capacidad de contratar después de haberla hecho.

"Estas disposiciones serán también aplicables cuando la declaración deba hacerse ante la autoridad".

Hemos dicho que la oferta tiene valor, liga al oferente, le crea un vínculo jurídico. Y esta doctrina explica también la fuerza vinculante de la declaración unilateral de voluntad; que dicha declaración unilateral sea fuente de obligaciones. Pero lo importante es que la muerte del oferente o su incapacidad, no supone la caducidad de la oferta. Ella deberá ser mantenida por sus herederos o representantes legales por el plazo que hubiere fijado el oferente, o por los plazos legales establecidos en el art. 1330 cód. civ.

La oferta no viene a ser sino el acto por el que una persona propone a otra la celebración de un contrato sobre determinadas bases o extremos.

Es requisito esencial que la oferta se exteriorice, sea expresa o tácitamente. Por ejemplo, será una oferta tácita la apertura de un establecimiento de comercio, desde que se hace una oferta permanente al público.

También se observa que la oferta puede ser verbal o escrita; y voluntaria. Sin embargo, en ciertos supuestos se admite que la oferta sea forzada, cuando se trata de personas individuales o colectivas que tengan el monopolio de un servicio público. No se puede excluir a determinadas personas de utilizar los servicios de una compañía de transporte que tiene la exclusiva, si dichas personas cumplen con pagar las tarifas y observar las reglamentaciones establecidas en forma general para el público.

16.—*La Aceptación.*— Por la aceptación, aquel a quien se ha dirigido una oferta expresa su voluntad de adherirse a ella. Requisitos de la aceptación son los de que se trate de un

acto voluntario y que se manifieste externamente. Una persona no puede ser obligada a contratar; por tanto, la aceptación forzada carece de valor.

En cuanto al requisito de que la aceptación se manifieste expresamente, cabe preguntar si el silencio del destinatario puede constituir manifestación de voluntad. ¿Porque el destinatario calla se entenderá que acepta el contrato que se le ha propuesto?

La respuesta general la da el art. 1077 cód. civ., que ya se ha estudiado en el Primer Curso de Derecho Civil:

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

Es decir, el silencio, no importa en derecho manifestación de voluntad. Constituye, sin embargo, una excepción a la regla general lo previsto en el art. 1333 cód. civ.:

"Si el negocio fuese de aquellos en que no se acostumbra la aceptación expresa, o cuando el oferente la hubiere dispensado, Se reputará concluído el contrato, si la oferta no fue rehusada sin dilación".

Excepcionalmente, la oferta no requiere ser aceptada. Por ejemplo, un industrial acostumbra remitir sus productos todos los años a un cliente. Este los paga en la época oportuna. Si dicho cliente no quiere recibir más los productos debe hacérselo saber sin demora al industrial.

También podemos figurarnos el caso en que el oferente dispensa de la aceptación. Así, X le pide al hotelero Z que le reserve alojamiento para un día señalado, si no recibe aviso en contrario. No existiendo aviso el negocio se reputa concluído.

Sólo en estos dos casos el silencio hace inferir la aceptación. No hay otros en este campo. Sin embargo, es frecuente que ciertas ofertas vengan acompañadas de cláusulas conminatorias; v. g., que se considera aceptado el contrato si no se cumple con devolver el objeto que se hubiere remitido dentro de cierto plazo que fija el proponente. Este recurso carece de base jurídica. El solicitante no puede violentar la voluntad de aquel a quien propone la conclusión de un contrato. El contrato es acuerdo de voluntades (17).

(17) BEVILAQUA, IV, p. 246. El silencio jamás importa manifestación de voluntad sino en las hipótesis previstas por la ley. El conocido aforismo "el que calla otorga" en derecho carece de valor.

Es también evidente que ambas partes pueden estipular que en los contratos que celebren el silencio del destinatario se tendrá como aceptación.

Conviene tener presente, asimismo, que en cuanto al contrato de mandato, la aceptación del mandatario se presume si éste tiene por profesión desempeñar mandatos, o cuando sus servicios son ofrecidos por avisos (art. 1631 cód. civ.). El silencio hace inferir la aceptación del encargo; por lo que si el mandatario no quiere aceptarlo, deberá hacer constar sin dilación su excusa (18).

Elemento fundamental del acto jurídico es la declaración de voluntad. Cabe aquí examinar dentro del aspecto de la declaración de voluntad y la declaración de voluntad tácita, el silencio opuesto a una oferta o policitud de contrato. El silencio no es algo positivo sino negativo. Importa inercia, inactividad. El silencio es normalmente equívoco, salvo en aquellos casos en que exista en quien recibe la oferta, la obligación de expresarse en un sentido o en otro.

Un caso particular, en derecho mercantil, de que el silencio importa un reconocimiento, es el del art. 581 del cód. de com., que regula el hecho de que los Bancos comerciales pasen a sus clientes el estado de sus cuentas corrientes, disponiendo que la no contestación del cliente se estima como que reconocen dichas cuentas corrientes.

Por lo general, ante el silencio de una de las partes no cabe deducir que existe "voluntad presunta".

Es lo común que el código no distinga entre manifestación expresa o tácita de la voluntad. Su art. 1076 dispone que puede existir manifestación tácita, o que la manifestación de voluntad resulte de un hecho material, o de una presunción de la ley.

Hay, empero, ejecución de hechos materiales que no importan manifestación de voluntad. Los actos de administración que realiza el heredero no estando vencido el término para renunciar, que son hechos materiales, no le impiden renunciar, según el art. 677 del cód. civ. A contrario, los actos de disposición (venta de un bien de la herencia), denotan su aceptación tácita.

Constituye hecho material la entrega que hace el acreedor al deudor del documento en que consta la deuda; y ello, según el

(18) También el art. 1532 del cód. civ., que se refiere a la tácita reconducción, concede efectos jurídicos al silencio.

art. 1301 del cód. civ., importa manifestación de voluntad del acreedor de remitir o condonar lo que se le debe.

La ley presume expresamente la aceptación entre ausentes, tratándose del contrato de mandato, si el encargo que le hace el mandante se refiere a la profesión del mandatario, a no ser que dicho mandatario rechace inmediatamente la oferta o policitud (art. 1631 cód. civ.).

La manifestación de voluntad deberá resultar de hechos inequívocos, que resulten, en todo caso, incompatibles con una manifestación de voluntad contraria a la que esos hechos hacen inferir.

En derechos extranjeros, se controvierte, si el silencio importa manifestación de voluntad. Sin embargo, para nosotros no es verdad el aforismo "*qui tacet consentire videtur*", porque el art. 1077 del cód. civ. declara: "El silencio opuesto a actos, o a una interrogación, no se considerará como una manifestación de voluntad conforme al acto o a la interrogación, sino en los casos en que exista la obligación de explicarse".

Habrà, por ejemplo, la obligación de explicarse, o sea rechazar la policitud expresamente, si no se acostumbra que al recibirla a quien va dirigida formule aceptación expresa; o si el policitante al formular la oferta, dispensa de la aceptación a la persona a quien la dirige. Estos dos supuestos están legislados en el art. 1333 del cód. civ. En ambos se advierte que el silencio produce el efecto de que el contrato se estime concluido.

En la tácita reconducción regulada en el art. 1532 cód. civ., si el locador no pide la cosa locada, o sea que se mantiene en silencio, se renueva el contrato. Y tratándose de años forzosos y años voluntarios en el arrendamiento, el contratante a quien se le concedió el derecho de hacer valer los años voluntarios, si nada dice, dentro de cierto término legal, hace que los años voluntarios se conviertan en forzosos (arts. 1499 y 1500 del cód. civ.).

Conviene anotarse que el silencio prolongado durante cierto tiempo consuma la prescripción extintiva.

17.—*Requisitos de la aceptación.*— Son los que siguen:

a) La aceptación deberá ser pura y simple. Si se acepta bajo ciertas condiciones, no hay realmente aceptación; no existirá el consentimiento. Ya hemos examinado el contenido del art. 1332 cód. civ., por el cual toda modificación de la oferta importa la propuesta de un nuevo contrato.

b) La aceptación debe formularse dentro de los plazos convencionales o legales. Esos plazos ya los hemos visto al examinar los supuestos en que la oferta deja de ser obligatoria (art. 1330 cód. civ.) Así si se hizo a persona presente sin concederle plazo, dicha oferta deberá ser inmediatamente aceptada; o si se hizo también sin plazo a persona ausente y ha transcurrido el tiempo suficiente para llegar la respuesta a conocimiento del oferente.

c) La aceptación debe producirse mientras la oferta esté vigente. También en el art. 1330 cód. civ., ya examinado, se regulan los casos en que la oferta se mantiene en vigencia (19).

18.—*Aceptación tardía*.— La aceptación del destinatario si se produjera tardíamente significa una nueva propuesta; esto ya se ha glosado y está comprendido en el art. 1332 cód. civ.; pero también si la aceptación fuese recibida por el oferente con tardanza; dicho oferente está obligado a comunicarlo inmediatamente al aceptante, ya que de lo contrario responderá de los perjuicios que se le causen al aceptante. Al respecto, el art. 1331 declara:

"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".

Se sabe que si la aceptación no se expide dentro del tiempo legal o convencional, el peticionante queda desligado de su oferta. La aceptación tardía a que se refiere el art. 1331 debe haber sido expedida en tiempo útil y sólo por defectos en su transmisión no llega a tiempo a manos del proponente. 4

ESPINOLA (20), al comentar el art. 1082 del cód. de su país, que es la fuente del art. 1331 de nuestro cód. civ., explica que si se hubiere fijado plazo para la aceptación, el contrato se considera perfecto desde que la respuesta hubiere sido expedi-

(19) La aceptación puede emitirse mientras la oferta se encuentre vigente; y se reputa que la oferta está en vigor en los casos precisamente opuestos a los señalados por el art. 1330 cód. civ. Ni la muerte, ni la incapacidad del oferente impedirán que la persona acepte, porque ninguna de las dos determina la extinción de la oferta.

Hay casos de aceptación forzada. Se dan cuando la parte a la que se dirige la oferta hace un uso abusivo de su derecho de rechazar la oferta. Sabemos que se es libre o no de contratar, pero a todos les está negado abusar de su derecho. Por ejemplo un patrono se niega a aceptar la oferta que para trabajar le hace un obrero porque éste pertenece a un partido político determinado. Aquí existe evidentemente abuso del derecho

(20) II, II, p. 153.

da dentro del plazo, importando poco que el oferente la hubiere recibido tardíamente. Pero no habiéndose fijado plazo, lo tardío es controvertible y en verdad no habrá contrato. Además, no habiéndose fijado plazo para la aceptación, el contrato se perfecciona si la respuesta llega a conocimiento del oferente dentro de un término prudencial.

19.—*Inexistencia de la aceptación.*— Sobre esta cuestión el art. 1334 cód. civ. estatuye:

“Se considera inexistente la aceptación, si antes de ella o junto con ella, llegare a conocimiento del oferente la retractación del aceptante”.

Es una solución que guarda simetría con la que da el inc. 4º del art. 1330. La declaración de voluntad que contiene la aceptación, se deshace antes que el oferente pudiera deliberar y adoptar alguna medida con referencia a la conclusión del contrato.

Permite la ley que el aceptante se retracte antes de que la aceptación hubiere llegado a conocimiento del oferente, porque hasta ese momento es evidente que el oferente no ha experimentado daño de ningún género.

Conocida la aceptación, ya el contrato se considera perfecto y ese perfeccionamiento es retroactivo, es decir al tiempo de la expedición de la aceptación.

En el derecho italiano, la aceptación puede revocarse, pero sólo es válida, si llega al peticionante, dicha revocación, antes que la aceptación.

Dice el 2º párrafo del 1328 del cód. de Italia:

“La aceptación puede revocarse con tal que la revocación llegue a conocimiento del proponente antes de la aceptación”.

—Si bien es cierto que el contrato se considera perfecto con la expedición de la aceptación conforme al art. 1335 cód. civ., dicha regla tiene excepciones: una de ellas es la de este dispositivo, en que no obstante que el contrato se forma con la expedición de la aceptación, se entiende si dicha aceptación no ha sido revocada (21).

(21) El art. 1334 del cód. civ. importa la quiebra de la doctrina contenida en el art. 1335 del mismo cód., que establece que los contratos por correspondencia epistolar o telegráfica, se consideran perfectos desde que fue expedida la aceptación. En esta hipótesis, no obstante que con la expedición de la aceptación el contrato se encuentra perfecto, resulta que no habrá tal perfeccionamiento si el peticionante recibió antes que la aceptación, o al mismo tiempo que ella la retractación del aceptante. Esta solución obedece, sin embargo, a razones de interés práctico.

La necesidad perfectamente comprendida, escribe ESPINOLA (22), de permitir al aceptante retractarse en cuanto no llegue la respuesta al oferente, no supone incoherencia como puede parecer a primera vista y que el cód. se afilie en esta fórmula a la teoría del conocimiento.

Parece, en efecto, que existiera oposición entre la doctrina de la expedición, que nuestro cód. civ. consagra en el art. 1335 cód. civ. y la solución que da la fórmula del art. 1334 del mismo cód., desde que si el contrato está perfecto con la expedición de la aceptación, no se concibe cómo la aceptación no surte efecto si antes de ella o junto con ella llega a conocimiento del proponente la retractación del aceptante. Se dice, sin embargo, que antes de que la aceptación llegue a conocimiento del proponente o policitante, el contrato ya formado está sometido a una condición resolutoria, que es la retractación en tiempo del aceptante.

20.—*El problema de la nulidad y anulabilidad de los contratos.*—Nosotros, dentro de estas disposiciones generales sobre contratación, no habremos de hablar de acto jurídico, ni de negocio jurídico. Nos referiremos específicamente al “contrato”, que constituye el negocio jurídico más importante del derecho privado. Es verdad que existen negocios jurídicos no contractuales; así, lo son el matrimonio, el testamento, la renuncia y la aceptación de la herencia, etc.

Los alumnos han estudiado hace tiempo el acto jurídico. También han investigado sobre las causas de nulidad y de anulabilidad del acto jurídico. Se les ha enseñado, en forma autónoma, la capacidad de las personas.

Nosotros, debemos hacer un recuento de esas nociones, porque dentro del acto jurídico —más propiamente, dentro del negocio jurídico—, está el contrato. Este es susceptible de ser declarado nulo de pleno derecho, o, simplemente, anulable, según fuere la causa de nulidad que lo afecte.

Debemos tratar sobre los vicios de la voluntad (los que, con respecto a los contratos, son los vicios del consentimiento). Estudiaremos nuevamente, aún cuando no con la profundidad con que se hizo en el primer curso de Derecho Civil, el error, el dolo, la violencia, la intimidación, etc.

(22) II, II, tex. y n. 357 de la p. 142 s.

Todo contrato necesita ser otorgado por persona capaz y para su validez no debe alguna de las partes haber procedido dolosamente. Este dolo en la celebración de los contratos es distinto del dolo en la inejecución de las obligaciones contractuales y del dolo en los hechos ilícitos.

Asimismo, en el contrato existe un elemento más que en el acto jurídico; es el consentimiento. Además del sujeto capaz, del objeto lícito y de la forma.

Todo contrato susceptible de ser anulado, puede ser objeto de confirmación (arts. 1132 y s. del cód. civ.).

Debe estimarse que el contrato se confirma tácitamente si se le ejecuta parcial o totalmente (art. 1135 cód. civ.).

Los contratos que conforme a ley o al convenio de las partes, exigen el cumplimiento de determinada solemnidad, deberán ser confirmados llenando la misma solemnidad (art. 1134 cód. civ.).

El instrumento por el cual se confirma un contrato susceptible de ser anulado por algún vicio debe especificar qué contrato es el que se confirma, el vicio que dicho contrato presenta y la expresión de la voluntad de confirmarlo en quien tiene en sus manos dicha acción de anulabilidad del contrato (art. 1133 cód. civ.).

El derecho de pedir la anulación del contrato corresponde al que padeció los efectos del error, dolo o violencia, porque se trata de una acción establecida en su beneficio. Además, nadie puede invocar su propio dolo o violencia para demandar la anulabilidad. Asimismo, según el art. 1078, la incapacidad de uno de los contratantes no puede ser invocada por el otro contratante, en su propio beneficio.

En LEÓN BARANDIARÁN J. (22 bis) encontramos esta idea: expresa que cuando el art. 1075 del cód. civ. habla de "agente capaz" entre los requisitos del acto jurídico, se está refiriendo al consentimiento, porque sólo una persona que goza de capacidad puede prestar un consentimiento válido y el consentimiento sólo puede manifestarse por una persona con capacidad. Sólo se vincula una persona capaz de hacer una declaración.

Demasiado sutil esta afirmación del ilustre profesor sanmarquino. El consentir en cuanto importa voluntad, es distinto de la

(22 bis) Manual del acto jurídico, Imprenta de la Universidad, Lima, 1961, Nº 5, p. 12 y s.

capacidad. En derecho, hay hipótesis en que se admite que ha consentido un incapaz. Por ejemplo, menor de 21 años pero mayor de 18 (no emancipado), que procede con dolo al concluir un contrato. Quien otorga su testamento, no consiente, no obstante ser capaz. Si bien es verdad que lo normal es que quien consiente sea capaz, también lo es que ciertos actos como el de testamentifacción, requieren sólo capacidad y no consentimiento.

Clovis BEVILAQUA (22 ter) enuncia que para la validez del contrato son necesarias las mismas condiciones subjetivas y objetivas exigidas para la validez de los actos jurídicos entre vivos, en general: capacidad de las partes contratantes, objeto lícito y forma prescrita. A esas condiciones se agrega un requisito especial del contrato, que es el acuerdo o consentimiento recíproco.

Roberto de RUGGIERO (22 quater) expresa que el consentimiento es "la coincidencia de dos declaraciones de voluntad que, procediendo de sujetos diversos, concurren a un fin común y se unen. Dirigidas en el contrato obligatorio, una de ellas, a prometer y la otra a aceptar, dan lugar a una nueva y única voluntad, que es la llamada voluntad contractual y que es el resultado, *no la suma*, de las voluntades individuales, y que constituye una entidad única capaz de producir por sí el efecto jurídico querido y sustraída a las posibles veleidades de una sola de las partes, de lo cual deriva la irrevocabilidad del contrato" (y también, decimos nosotros, que una de las partes no pueda romper o modificar unilateralmente el contrato, salvo que se trate de aquellos, como el mandato, en que esto es posible, por así disponerlo la ley).

También estudia RUGGIERO (22 quinquies) la capacidad en otro lugar, en cuanto capacidad de contratar, que es la capacidad de obrar, que es distinta de la capacidad natural.

En el contrato deben existir, por lo menos, dos declaraciones. Pueden haber más de dos declaraciones, si las partes que intervienen en el contrato son más de dos. Empero, no puede existir sólo una declaración, porque el consentimiento requiere un acuerdo recíproco.

El contrato exige la voluntad de las partes que se mani-

(22 ter) Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, vol. IV Livraria F. Alves, Rio de Janeiro, 1917, p. 240.

(22 quater) Instituciones de D. Civ., trad. de la 4a. ed. italiana, t. II, vol. 1 Instituto Editorial Reus, Madrid, 1944, § 83, p. 275.

(22 quinquies) Instituciones de D. Civ., t. II, vol. 1, Madrid, 1944, § 83, p. 273.

fiesta en el acuerdo, que es el consentimiento. Es claro que la voluntad debe proceder de sujetos capaces.

Asimismo, RUGGIERO (22 sexies) cree que el fundamento de la obligatoriedad de los contratos está en la unidad de la voluntad contractual. Las voluntades aisladas de las partes al expresarse coinciden, pierden cada una su propia autonomía y se funden o fusionan dando origen a una voluntad unitaria, que es la voluntad contractual, que es la que rige las relaciones de las partes; no pudiendo éstas sustraerse a dicha voluntad contractual, porque su contenido no depende de la voluntad de cada una de dichas partes.

El negocio jurídico es una especie del acto jurídico; y es el que el derecho debe estudiar, porque contiene una declaración de voluntad. Esta va dirigida a crear, modificar, conservar o extinguir una situación determinada.

Dentro del negocio jurídico está comprendido el contrato. — Es claro que también existen otros actos jurídicos que consisten en la inmediata realización de la voluntad, que son reales. V. g., la tradición de la cosa, la aprehensión o toma de posesión de cosa mueble, la percepción de los frutos.

Otros actos jurídicos son también declaraciones de voluntad dirigidas a obtener determinado efecto, como la *interpellatio* necesaria para producir la mora (22 septies). Pero éstos no son negocios jurídicos.

Todos estos actos son "actos lícitos". Existen otros, que son los "actos ilícitos". Estos últimos son también queridos por el agente que los practica contra ley; y originan un daño a otro que es susceptible de ser resarcido. El acto ilícito importa una omisión de diligencia en la conducta del sujeto, que resulta contraria a un deber general de no dañar. Esto es distinto de la infracción contractual, en la que el sujeto se encuentra constreñido a cumplir no un deber general, sino un deber específico y particular, una obligación, en suma, que el contrato le ha creado.

Es útil conocer previamente, las causas de nulidad en el derecho italiano:

En el novísimo cód. civ. de Italia, las causas de nulidad están enunciadas por el art. 1418, que dispone:

(22 sexies) Instituciones de D. civ. t. II. Vol. 1, Madrid, 1944, § 82. p. 258 y s.

(22 septies) MESSINEO F., Manual de Derecho Civil y Comercial, t. II, B. Aires, 1954, § 33, p. 333 y s.

“Causas de nulidad del contrato. El contrato será nulo si fuese contrario a normas imperativas, salvo que la ley disponga de otro modo.

“Producen la nulidad del contrato la falta de uno de los requisitos indicados por el art. 1325, la ilicitud de la causa, la ilicitud de los motivos en el caso indicado por el art. 1345 y la falta en el objeto de los requisitos establecidos por el art. 1346.

“El contrato será también nulo en los demás casos establecidos por la ley”.

“El objeto del contrato debe ser —dice el art. 1346 de Italia— posible, lícito y determinado o determinable”.

Uno de los requisitos del contrato es el objeto, según el art. 1325, inc. 3) del cód. civ. italiano.

Es requisito también del cód. civ. peruano, el objeto; pero es requisito del acto jurídico; y, por tanto, del contrato, que es una especie del acto jurídico. El art. 1075 cód. civ. peruano reclama, entre otros requisitos, no sólo el objeto, sino que el objeto sea lícito.

Conviene esclarecer que el requisito del consentimiento es privativo de los contratos o de aquellos actos jurídicos bilaterales que no son contratos. Por tanto, además de los requisitos del acto jurídico contenidos en el art. 1075 del cód. civ., debe incluirse, al tratar de los contratos, el consentimiento.

Por ejemplo, existen actos jurídicos unilaterales *mortis causa* que obviamente no exigen consentimiento, sino decisión del agente capaz llamado testador. Así, el testamento y su revocación (art. 784 y ss.). Precisamente, el consentimiento evacuado por otra persona dentro del testamento, lo torna a éste nulo de pleno derecho (art. 757 cód. civ.). Son fruto de la voluntad unilateral.

Hay también actos jurídicos unilaterales que no requieren de ningún consentimiento. Por eso son unilaterales. Así, la revocación del mandato; el reconocimiento de deuda; la ratificación; la confirmación del art. 1132 del cód. civ.; la confirmación que de la partición puede hacer el heredero considerado en ella pero no debidamente representado (art. 797 del cód. civ.); la declaración del vendedor que ejerce el rescate en la venta con pacto de retro (art. 1431 cód. civ.); la condonación (art. 1298 cód. civ.); el acto procesal del desistimiento, o también el del allanamiento; entre otros.

La oferta o policitud en el contrato, es siempre un acto

jurídico; pero dentro de la técnica no sería un negocio jurídico, porque para ser negocio necesita de otra declaración de voluntad —la aceptación— que deberá agregarse a ella. Dicha oferta es sólo un germen o comienzo de un posible negocio jurídico, que sería el contrato.

Hay otros actos jurídicos, —propiamente, negocios jurídicos—, que para nacer, por lo menos, no requieren de ningún consentimiento. Así, la promesa de recompensa y la emisión de títulos al portador, que el cód. civ. vigente legisla en los arts. 1816 y ss. y arts. 1802 y ss., respectivamente; y que el mismo código denomina “De las obligaciones provenientes de la voluntad unilateral (véase sección sexta del libro quinto del código civil).

El contrato es el acuerdo de dos personas por el cual una resulta deudora y la otra acreedora o ambas son, recíprocamente, acreedoras y deudoras. Ese acuerdo importa el consentimiento y éste se manifiesta con la oferta y la aceptación que le sigue. El consentimiento supone la coincidencia de las voluntades, para el perfeccionamiento del contrato.

El cód. civ. derogado exigía el consentimiento, para la validez del contrato. Decía su art. 1235:

“Para la validez de los contratos se requiere:

“1º El consentimiento de las partes;

“2º Su capacidad para contratar;

“3º Cosa cierta que sea materia del contrato;

“4º Causa justa para obligarse”.

Esta materia está regulada en el cód. civ. vigente, dentro de los vicios de la voluntad y los requisitos que son indispensables para la validez del acto jurídico.

✓ Elemento característico del contrato es el consentimiento. Este no sólo es el concurso de las voluntades, sino su combinación. Las dos voluntades se combinan y se complementan, porque cada una de ellas tiene lo que le falta a la otra (22 octies).

El contrato es siempre “negocio bilateral”, en cuanto todo contrato supone dos partes. No debe confundirse negocio bilateral, con contrato bilateral o sinalagmático, en cuanto éste es contrato con prestaciones recíprocas. Dícese que es negocio bilateral porque nace de dos declaraciones de voluntad evacuadas

(22 octies) MESSINEO Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial, tomo IV, B. Aires, 1955, § 133, Nº 6, p. 437

por dos diversos sujetos. Empero, el contrato puede ser con obligación a cargo de una sola de las partes y con obligaciones recíprocas.

Es el contrato la subespecie más importante, la principal, del negocio jurídico bilateral patrimonial.

Hay otros negocios jurídicos bilaterales, pero de contenido personal, como el matrimonio, los esponsales, el divorcio por mutuo disenso.

Resulta por manera evidente que la determinación que del acto jurídico hace el art. 1075 del cód. civ., no es completa y totalmente aplicable al contrato, especie del acto jurídico. En efecto, dice el art. 1075: "Para la validez del acto jurídico se requiere agente capaz, objeto lícito y observancia de la forma prescrita, o que no esté prohibida por la ley". Falta el elemento del consentimiento, que es típico en el contrato.

Nosotros, hemos eliminado la causa como requisito no sólo del contrato, sino del acto jurídico. Ha primado el criterio de que la causa se confunde frecuentemente con el objeto. Ahora, con el nuevo cód. el objeto debe ser lícito. En la legislación abrogada existían estas disposiciones sobre causa:

Art. 1253.— "Es nulo el contrato celebrado sin haber causa, o con una causa falsa o ilícita".

Art. 1254.— "Se presume que en todo contrato hay causa lícita, aunque no se exprese, mientras no se pruebe lo contrario".

Art. 1255.— "Es ilícita la causa que se opone a las leyes, o a las buenas costumbres".

El consentimiento ("*cum sentire*") es privativo de los contratos. Significa acuerdo de voluntades en cuanto al contrato que las partes quieren. Hay entre ellas uniformidad de opinión. El acto de voluntad debe existir tanto en la parte que se obliga, como en la que tiene derecho a cobrar la obligación.

En nuestro derecho, como en el francés, basta el consentimiento para obligar a las partes. Existen los contratos por solo el consentimiento, o sea con el acuerdo de voluntades. Como dicen PLANIOL-RIPERT y Esmein (22 nonies), la forma en los

(22) nonies) Tratado Práctico de D. Civ. Francés, t. VI, Las obligaciones, Habana, 1936, Edit. Cultural, S. A., No 95, p. 122

contratos consensuales, es para facilitar su prueba, pero no es necesaria para su existencia.

Para nosotros, nuestro contrato más importante, la compraventa inmobiliaria no sólo es consensual, sino que ese consentimiento produce la constitución en el comprador del derecho de propiedad. Es decir, el contrato de venta de inmuebles no sólo crea obligaciones, sino derechos reales como el de propiedad (Véase art. 1172 cód. civ.).

Considera OERTMANN (22 decies) que son contratos los negocios jurídicos en los que resulta esencial la existencia de dos declaraciones de voluntad coincidentes. Cita textualmente a WINDSCHEID: "en ellos la voluntad declarada por una parte debe ser recogida y sujeta por la declaración de voluntad de la otra parte". Agrega OERTMANN que debe reputarse un contrato perfeccionado si, primero, existen dos declaraciones, las que son válidas y eficaces, porque así resulta si a cada declaración se le considera aisladamente. Y segundo si existe una coincidencia de fondo entre ambas declaraciones, a fin de que surja el contrato. Si cada declaración se refiere a cosa distinta no existirá coincidencia y no podrá nacer, por tanto, contrato eficaz alguno, aún cuando las partes crean que ha nacido.

Las declaraciones que forman el contrato, que son dos, se emiten una en relación con la otra. Ninguna de ellas constituye por sí sola, un negocio jurídico, si bien la oferta tiene como efecto el carácter de irrevocable. Dicha oferta, como habrá de verse, es la que propone el contrato. Y el nombre que recibe la otra declaración de voluntad es la de aceptación.

Para PLANIOL-RIPERT y Esmein (22 undecies), "el consentimiento de partes capacitadas para contratar, o sea, el acuerdo de voluntades competentes y conscientes, efectuado en la forma legal, es el elemento característico de todo contrato".

Es incuestionable que el consentimiento es privativo del contrato, que es una especie del negocio jurídico, que nuestro código conoce bajo el nombre de "acto jurídico".

Por ejemplo, el testador para otorgar su última voluntad o para revocarla, no necesita consentir.

Lo que sí es verdad es que los vicios del error y del dolo,

(22 decies) Tratado Práctico de D. Civ. Francés, tomo VI, Las obligaciones, Habana, 1936, Edit. Cultural S. A., N° 46, p. 65.

(22 undecies) Paul OERTMANN, Introducción al Derecho Civil, edit. Labor, trad. de la 3a. ed. alemana, Barcelona, Buenos Aires, § 36, p. 199 y s.

por ejemplo, no sólo se presentarían en los contratos, sino en cualquier negocio o acto jurídico, por lo que no sólo serían vicios del consentimiento, sino como ahora los llama el vigente cód. civ.: vicios de la voluntad.

Es verdad también que el consentimiento deberá emanar de personas capaces; empero, no obstante la capacidad, el consentimiento puede no existir.

El error, el dolo, la violencia y la intimidación no destruyen, sino sólo afectan el consentimiento. Sin embargo, existe una forma de error que destruye el consentimiento; hace inexistente el consentimiento. Es el error que los franceses llaman error obstáculo o error impediante. Cuando este error aparece, no habrá sólo anulabilidad, sino algo más: nulidad. Más adelante tratamos de este error obstáculo.

Para nosotros, lo importante en los vicios de la voluntad se da en cuanto atentan contra el consentimiento, en cuanto éste, como dice JOSSERAND (22 duodecies), se confunde con el contrato mismo. Dicho consentimiento no crea el contrato si se encuentra afectado de ciertos vicios de la voluntad, que para los franceses, son los vicios del consentimiento.

* El consentimiento puede ser destruído o quedar excluído por falta de capacidad en el contratante. Si éste es incapaz absoluto, el contrato es nulo de pleno derecho (art. 1123, inc. 1º cód. civ.). Pero si el contratante es incapaz relativo, el contrato sólo sería anulable (art. 1125, inc. 1º cód. civ.).

Los vicios del consentimiento producen sólo la anulabilidad del contrato y son el error, el dolo, la violencia, la intimidación, la simulación y el fraude. Conforme a nuestro cód. civ., los vicios de la voluntad son el error, el dolo, la violencia y la intimidación. También regula la simulación y el fraude, pero de éstos trata en otro lugar.

Es de anotar que si bien el contrato no sería nulo de pleno derecho, cuando existen vicios de la voluntad que atentan contra el consentimiento, sino sólo anulable, también las causas de nulidad absoluta como incapacidad radical del contratante, objeto ilícito y ausencia de la forma reclamada por la ley, conspiran contra el consentimiento; pero éstas últimas producen no la simple anulabilidad, sino la nulidad *ipso iure*. Es-

(22 duodecies) Louis JOSSERAND, Derecho Civil, t. II, Teoría general de las obligaciones, vol. 1, Bosch y Cía., editores, B. Aires, 1950, Nº 41, p. 39.

tas últimas causas productoras de nulidad, destruyen el consentimiento.

En lo procesal, se puede declarar la nulidad *ipso iure* de un contrato, por carecer de objeto lícito, ya que conforme al art. III del título preliminar del cód. civ., no se puede pactar contra las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres.

La nulidad absoluta está legislada en el art. 1123 del cód. civ.

Habría de ser, asimismo, nulo el contrato otorgado por un incapaz absoluto (menor de 16 años de edad, o el que adolece de enfermedad mental que lo priva del discernimiento, o el sordomudo que no sabe expresar su voluntad de manera indubitable, o el desaparecido cuya ausencia está judicialmente declarada, según el art. 9º del cód. civ.).

Por último, sería radicalmente nulo el contrato que no se perfecciona en la forma que la ley reclama. Así, el contrato de fianza que no constare por escrito. El art. 1776 del cód. civ. sanciona con la nulidad a esta garantía si no está escrita.

Sobre objeto ilícito, nuestro Tribunal Supremo ha pronunciado estos fallos, aplicando el cód. civ. abrogado:

Es nulo de pleno derecho el contrato que versa sobre objeto ilícito. Lo declara el inc. 2º del art. 1123 cód. civ. V. g. la sent. de 9 de agosto de 1935 (22 tredecies) considera que no es lícito el contrato por el que una persona renuncia a ejercer determinado oficio o profesión que la Constitución ampara. La obligación asumida, no es exequible.

La sent. de 9 de junio de 1908 (22 quatuordecies) decide que se opone a la moral pública y es ilícito que un abogado se obligue a hacer durar un juicio cierto tiempo. En cambio, la sent. de 7 de julio de 1926 (22 quindecies) declara lícito el contrato que celebra, por cierto precio, persona de influencia en el gobierno para conseguir de éste el abono de la obligación a un acreedor fiscal.

Tiene objeto ilícito, dice la sent. de 16 de agosto de 1893 (22 sexdecies), el contrato que se celebra con un subastador, para que éste se aparte del remate.

(22 tredecies) "R. de los T", 1935, p. 243

(22 quatuordecies) "A. J.", 1908, p. 209.

(22 quindecies) "La Prensa", 1926, citada así por APARICIO y GOMEZ SANCHEZ G., Código civil, concord., t. VIII, p. 237.

(22 sexdecies) "A. J.", 1888-1893, p. 370.

La intención ilícita de una de las partes, "*in mente retentum*", no afecta a la validez del contrato. Lo dice la sent. de 12 de enero de 1933 (22 septemdecies). Quien vendía pretendió por este medio, privar a su heredero de sus bienes que en su día, había de recibir. Este era un motivo interno vituperable, pero que no podía constituir la causa del contrato de compraventa. No se toma en cuenta este motivo ilícito y ello está arreglado a derecho.

20a.— *La capacidad de quienes contratan.*— Se ha dicho que es anulable el acto jurídico y, por tanto, el contrato, por incapacidad relativa del agente (art. 1125 inc. 1º cód. civ.). La interrogación es ésta: ¿Se puede obligar contractualmente un joven, un pródigo, un ebrio?

A este respecto, existen incapacidades relativas que no producen la anulabilidad de los contratos. Por ejemplo, son incapaces absolutos los que adolecen de enfermedad mental que los priva del discernimiento y los sordo-mudos que no saben expresar su voluntad de una manera indubitable (incs. 1º y 2º del art. 9 del cód. civ.); todos los otros incapaces, exceptuando a los menores de 16 años (inc. 1º del art. 9º del códg. civ.), son incapaces relativos; así, los débiles mentales, los pródigos, los que incurren en mala gestión, los ebrios habituales, los que tienen debilidad senil y los que sufren la pena de interdicción civil (22 octodecies).

Con respecto a los débiles mentales y a los que adolecen de enfermedad mental, es de observar que un contrato celebrado con éstos no es siempre anulable, como resultaría de aplicar el inc. 1º del art. 1º del cód. civ. Conviene tener en cuenta lo prevenido en el art. 573 del mismo cód.: "Los actos anteriores a la interdicción pueden ser anulados si la causa de ésta existía notoriamente en la época en que se verificaron".

En cuanto a los pródigos, que también son incapaces relativos, los contratos celebrados con los mismos antes de la declaración de prodigalidad, son firmes e inimpugnables, por aplicación del art. 580 cód. civ.; esta misma solución se da con respecto a los que incurren en mala gestión y a los ebrios habitua-

(22 septemdecies) "R. de los T.", 1933, p. 13.

(22 octodecies) Una sent. de 2 de abril de 1940, transcrita en R. de los T. 1940, p. 55, declara que los contratos celebrados por menores de 21 años, pero mayores de 16, no son nulos sino anulables; y dichos contratos serán válidos si no perjudican los intereses de los menores.

les, desde que sus curatelas se rigen por lo dispuesto para los pródigos (art. 586 cód. civ.).

Y por lo que se refiere a los que sufren pena de interdicción civil, si estuvieren en libertad y la medida que restringe su capacidad no estuviere inscrita en el Registro Personal, los contratos celebrados con dichos incapaces no son susceptibles de ser anulados.

Toda medida que restrinja o limite la capacidad debe ser inscrita en el Registro Personal; de no ser así es de aplicación el art. 1073 cód. civ.: "La omisión de las inscripciones motiva que el acto que debió inscribirse no afecte a terceros que celebren contratos onerosos en el lugar donde debió hacerse la inscripción. Los actos sobre inmuebles quedan sujetos al régimen de esta propiedad". Esta fórmula no es, sin embargo, aplicable si se trata de una incapacidad absoluta, como la que resulta de ser menor de 16 años o padecer enajenación mental que lo prive en absoluto del discernimiento.

Si se tratare de un mayor de 16 años pero menor de 21, el art. 1128 cód. civ. previene que los contratos que otorgue dicho incapaz relativo puede ser anulados, si no contó con la autorización necesaria, que será del padre si está bajo el régimen de la patria potestad, o del autor. Ello no obstante, puede ser de aplicación el art. 1129 cód. civ., por el cual si hubo dolo de parte del incapaz para inducir a la celebración del acto, no cabe pedir la anulabilidad del contrato.

Casos especiales que regula el cód. civ. son los del préstamo hecho a incapaces (art. 1575), en general, y el del pago a los mismos (art. 1240).

No obstante que para la validez del contrato se exige sujeto capaz de consentir (la capacidad de la persona es necesaria para la validez del acto jurídico —y el contrato es acto jurídico—, conforme al art. 1075 del cód. civ.). Pues bien; en algunos contratos el defecto de capacidad no impide que existan. Así si el incapaz celebró el contrato de mutuo para atender a su alimentación (art. 1575, ap. 2º del cód. civ.). Se trataría, empero, de un incapaz relativo el que actúa como mutuuario, aún cuando el precepto no distingue. Lógicamente, el deudor no puede invocar la incapacidad del prestamista para librarse de la obligación de devolver, como lo declara el art. 1078 del cód. civ. Este caso, lo ha resuelto en tal sentido el Poder Judicial (22 novemdecies).

En el contrato de depósito, el depositario de un incapaz está siempre obligado (art. 1605, ap. 2º cód. civ.). Asimismo, aún cuando el depositante hubiera contratado el depósito con un incapaz, puede reclamarle lo que existe, y el valor de lo que hubiere consumido en su provecho (art. 1606 cód. civ.).

Veamos con más detención este problema de la incapacidad del contratante:

En cuanto a la incapacidad de los contratantes, si ésta es absoluta, ella acarrea la nulidad del contrato según el inc. 1º del art. 1123 cód. civ. Y en el art. 9º del mismo cód. se enumeran los incapaces absolutos: a) los menores de 16 años; b) los que adolecen de enfermedad mental que los prive del discernimiento; c) los sordomudos que no saben expresar su voluntad de una manera indubitable; y d) los desaparecidos cuya ausencia está judicialmente declarada.

Habiéndose declarado judicialmente la ausencia de una persona, ésta no puede legalmente contratar, en tanto no se declare su existencia en el procedimiento que corresponda. El contrato perfeccionado por el ausente es nulo y no sólo anulable.

El contrato que celebre un enajenado mental no es nulo. El art. 561 del cód. civ. previene que para que estén sometidos a curatela los enajenados mentales, se requiere que sean incapaces de dirigir sus negocios, que no puedan prescindir de cuidados y socorros permanentes o que amenacen la seguridad ajena. Puede ocurrir, sin embargo, que se contrate con un incapaz enajenado mental sujeto a interdicción y provisto de curador, pero sin que se hubiere inscrito la curatela y la interdicción en el registro personal (esa inscripción es posible hacerla de conformidad con los incs. 1º y 8º del art. 1069 del cód. civ.). Ni aún en este caso sería nulo el contrato de pleno derecho, porque el registro personal, al igual que el registro de la propiedad inmueble, se ha creado como garantía para los terceros y el art. 1073 del cód. civ. declara que la omisión de las inscripciones motiva que el acto que debió inscribirse no afecte a terceros que celebren contratos onerosos en el lugar donde debió hacerse la inscripción. Esta solución deberá ser adoptada por los jueces si el contrato con el enajenado mental no lo ha perjudicado seriamente, porque también pueden los jueces declarar la nulidad del contrato, no obstante, no haber sido declarado interdicto el enajenado mental. En efecto, el art. 573 del cód. civ. dice que los actos anteriores a la interdicción (los contratos, propiamente, pueden ser sólo "anulados" no declarados nulos, ipso jure), si

la causa de la interdicción existía notoriamente en la época en que se verificaron.

Si la incapacidad de los contratantes es sólo relativa, el contrato no es nulo, sino sólo anulable. Son relativamente incapaces, los mayores de 16 años pero menores de 21; los pródigos; los ebrios habituales; los que incurran en mala gestión; los que sufran la pena de interdicción civil; y los toxicómanos. Todos éstos están sujetos a curatela según el art. 555 del cód. civ.; y como es natural, no se les puede instituir curador sin que preceda la declaración judicial de interdicción, porque se deben observar las reglas establecidas para la tutela en esta materia (art. 558 del cód. civ.).

En genral, los jueces dudarán mucho, a no ser que hubiere una lesión notoria en el patrimonio del incapaz, si éste no ha sido declarado interdicto y sí, además, no se le ha designado curador. Parece ser que la regla que exige la inscripción, en el registro personal, de la incapacidad del pródigo, ebrio habitual, etc., es indispensable para declarar la anulabilidad del contrato por ellos celebrado.

El art. 580 del códg. civ., aplicable también para los contratos celebrados por los malos gestores y los ebrios habituales, dice que los actos del pródigo anteriores a la demanda de prodigalidad, no podrán ser impugnados por esta causa.

En la sent. de 17 de agosto de 1886 (22 vices) se sienta la doctrina de que los mayores de 18 pero menores de 21 años, aún en el caso de que todavía no hubieren sido emancipados, son responsables de las obligaciones que contraigan en el ejercicio de la industria que ejercen públicamente. Se obligó al menor a pagar un préstamo que había invertido en su negocio.

En el mismo sentido, la sent. de 26 de agosto de 1901 (22 unumvices).

Conviene también tener en cuenta que las personas jurídicas gozan de la capacidad de contratar. Sin embargo, es necesario estudiar cuidadosamente sus instrumentos constitutivos, estatutos y libros de actas, para saber con certeza si quienes pretenden tener facultades para representarlas efectivamente las tienen y si esas facultades son bastantes para los contratos de disposición, o de enajenación, que dichos representantes otorguen.

(22 vices) En "A. J.", 1880-1887, p. 275.

(22 unumvices) CALLE, Juan José, "Vistas Fiscales", t. III, p. 90.

La capacidad para contratar es la llamada "capacidad de ejercicio"; la otra es sólo la "capacidad de disfrute".

En cuanto a quienes por efecto de la sentencia penal que lleve ese efecto se les declara interdictos civiles y se les nombra curador, en realidad no son incapaces susceptibles de que quienes los representan puedan demandar la nulidad. Se trata de una medida de protección social, con la cual se ampara a la colectividad, pero no al condenado. Sin embargo, los contratos celebrados por éste son sólo anulables y no a su solicitud, sino del otro contratante (22 duovicies).

Hay otros curadores, como son los curadores de bienes, con los cuales puede válidamente celebrarse contratos de enajenación de cosas inmuebles en ciertos supuestos. Por ejemplo, si es necesario pagar deudas u otros gastos urgentes, el juez puede autorizar al curador de bienes a vender. Véase lo que dispone el art. 598 del cód. civ. que declara que deberá estarse a lo que preceptúan los arts. 1265 y 1266 del cód. de proc. civ.

to be (Continuará)

(22 duovicies) Sin embargo, no es ésta la solución en el derecho italiano. El párr. 29 del 1441 de su cód. dice: "La incapacidad del condenado en estado de interdicción legal podrá hacerse valer por quienquiera que tenga interés en ello".