

Comentarios al Código Civil Peruano

DERECHO DE OBLIGACIONES

SECCION SEXTA (*)

DE LAS OBLIGACIONES PROVENIENTES DE LA VOLUNTAD UNILATERAL

TITULO I

DE LOS TITULOS AL PORTADOR

(Continuación)

Art. 1802.—“El poseedor de un bono hipotecario al portador puede reclamar del emisor la prestación debida. El emisor queda liberado si cumple la prestación a cualquier portador, siempre que no hubiere sido notificado judicialmente para retener el pago”.

Referencias: Código brasileiro, art. 1505; alemán, 793; suizo, 978, 982; chino, 719-720; polaco, 225; mejicano, 1873, 1877, 1878; italiano, 1992, 2003.

La voluntad unilateral es una fuente de obligaciones. La declaración que expresa tal voluntad es un acto lícito y voluntario

(*) Véase el N.º I del Año VIII de esta Revista.

que por sí sola puede comprometer al declarante. Así, tratándose de derechos creditorios no siempre es indispensable el clásico "concurso de voluntades" para que la obligación se cree, o en otros términos, el contrato no es el único medio capaz de generarla. La sólo voluntad del prominente puede hacer surgir obligaciones a su cargo, antes de que se manifieste la voluntad de la otra parte, que resulte acreedora de la obligación.

Determinadas situaciones que se presentan en los hechos, no podrían explicarse si no se admitiera la voluntad unilateral como fuente de obligaciones. Y desde el punto de vista de los principios, sólo el carácter obligatorio de cada declaración de voluntad permite explicar el carácter obligatorio de un contrato. "El efecto obligatorio de éste, no es otra cosa que el efecto obligatorio de las dos promesas sobre las cuales el contrato reposa. Si el promitente no puede ligarse válidamente dentro del círculo de su potestad, él no puede ser ligado por una declaración que se dirija a la otra parte, la cual no está autorizada a tomar una decisión que incida en el círculo de potestad extraña. El carácter obligatorio del contrato tiene así por antecedente necesario, el de la promesa". (Jacobi) Desde que se hace una promesa, ésta obliga ya al declarante, porque como remarca Köpen, debe respetarse aquélla; de otro modo, la misma no comportaría voluntad de obligarse. El interés social exige, además, dar validez a la promesa, pues siendo una declaración de voluntad ya emitida, ella penetra desde entonces en el medio social; y decidir que no deba generar efecto alguno entrañaría perjuicios para terceros, que confiados en la declaración, pudieron obrar en concordancia con el contenido de ella.

La ley debe, pues, admitir que en determinadas circunstancias la voluntad unilateral sea idónea para obligar al declarante. Esto tiene lugar cuando se trata de oferta a persona indeterminada; y tales los casos de los títulos al portador y de las promesas de recompensa, que el Código contempla en los artículos 1802 y siguientes y 1816 y siguientes, respectivamente.

En estos casos lo que caracteriza la obligación es que ya está precisada en cuanto a su contenido y en cuanto a la determinación de la persona deudora, y no así en cuanto a la persona acreedora, la cual se precisa más tarde, viniendo a ser el titular efectivo del crédito, que como término correlativo comporta tal obligación. Pero ésta por sí sola ya compromete a su autor, desde

que no puede retractarse de ella, cumpliéndola en el momento en que se precisa la persona del acreedor, en favor de éste.

Se constata la existencia de actos de voluntad unilateral — además de los casos de títulos al portador y promesas de recompensa — en los siguientes:

a) Tratándose de oferta dirigida a persona determinada, la sólo voluntad del declarante es capaz por sí sólo de obligarle únicamente cuando se haya comprometido a mantenerla durante un plazo, en cuyo caso no puede retirarla después de llegada a conocimiento del destinatario, hasta el vencimiento de ese plazo, así no haya sido aceptada entretanto.

b) En los llamados contratos de adhesión la sólo voluntad del proponente obliga a éste. Sólo después se produce el concurso de voluntades, cuando otra persona se viene a adherir a la propuesta de contratación producida.

c) En los casos de promesa de fundación se presenta también la existencia de una voluntad unilateral que por sí produce efectos jurídicos (Código alemán, art. 80 y siguientes; Código Civil suizo, art. 80 y siguientes; Código brasileiro, art. 24 y siguientes). El promitente queda ligado, en cuanto los interesados pueden exigir el cumplimiento de la promesa, y ésta no es revocable después de exteriorizada.

d) Tratándose de estipulaciones en favor de tercero debe distinguirse dos situaciones: la concerniente al prominente en relación al beneficiario y la concerniente al prominente en relación al estipulante. Respecto a la primera ciertamente el derecho corresponde al beneficiario desde el día de la estipulación, sin requerirse la aceptación previa del mismo; y así se trata entonces de una declaración que produce sus efectos por la sólo voluntad del promitente, independientemente de la del tercero; se trata desde este punto de vista de una declaración unilateral de voluntad. Pero respecto a la segunda situación, hay entonces una convención entre dos sujetos, el estipulante y el promitente; y tal convención es la que dá origen al derecho del tercero, de modo que aquella tiene fundamentalmente un origen convencional.

En general, se sabe que las fuentes de las obligaciones son la ley y la voluntad del hombre manifestada por un acto jurídico.

Dentro de la amplitud de los términos de esta última indicación, queda comprendida la declaración unilateral de voluntad. Pero al tratar en la sección sexta de las obligaciones provenientes de voluntad unilateral, el Código se refiere a éstos dos casos: los títulos al portador y las promesas de recompensa.

Los títulos al portador constituyen una manifestación de obligaciones por voluntad unilateral, pues al deudor, el suscriptor o emisor del título, se obliga por su sola emisión a pagarlo a cualquiera persona que se lo presente, o sea que el acreedor está indeterminado y sólo se determina por el acto de presentación del título. No hay inconveniente en esta forma de obligarse dentro del campo del derecho civil, ya aceptada dentro del derecho mercantil. Nada se opone a ello, si se acepta que la voluntad unilateral puede ser fuente de obligaciones, en los casos que la ley determine. Los Códigos modernos tratan de esta materia, de los títulos al portador, y ya el Código sajón también se ocupó de ellos (arts. 1039 y 1040).

El título al portador —lo define Bevilaqua— como un escrito que consigna la obligación que alguien contrae de pagar cierta suma a quien quiera que se le presente como detentador del mismo título. De este modo son notas calificantes de la figura, que enumera Enneccerus: 1.º que la obligación de pago conste en forma escrita, mediante documento, que es el título mismo; 2.º que se indique que la prestación se promete al portador, al que presente el título ante el obligado, aunque no es menester que al cláusula al portador conste expresamente, “bastando con que de la naturaleza de la promesa, de los usos del tráfico y de la redacción y forma del documento, en particular de la circunstancia de no mencionarse un determinado acreedor, resulte con seguridad la intención de obligarse al portador”; 3.º que la obligación en sí, por su naturaleza, signifique una abstracta, aunque no hay inconveniente que derive de una causada, y se haga constar expresamente la *causa obligandi*, por ejemplo el mutuo. Según anota Warneyer, es necesario que el título aparezca suscrito por el emisor, lo que es obvio; pero no es dispensable la firma de puño y letra, pudiendo bastar el uso de un facsímile del emisor. La suscripción por el emitente es necesaria, como lo remarca Callegari,

porque con ella se obliga él mismo como deudor, estableciéndose la autenticidad del título.

La obligatoriedad emanada del título al portador, surge desde el momento de la declaración del deudor. Así se destaca como para el concepto moderno el derecho creditorio deja de considerarse fundamentalmente como un vínculo entre dos sujetos, para consistir fundamentalmente en una prestación; el elemento objetivo resulta así predominando sobre el subjetivo.

Los estudios de Brunner permiten constatar que ya en el derecho medioeval funcionaba en cierta forma la obligación asumida por un deudor de pagar a cualquier portador del documento creditorio, mediante la llamada cláusula al portador alternativo. Pero ha sido el Código alemán el que ha tenido el mérito de estructurar en forma orgánica la institución, siendo seguido en este punto por los Códigos suizo y brasilero. La concepción de los títulos al portador ha merecido especialmente en Alemania y sobre todo con ocasión de la elaboración del Código Civil en este punto, la preocupación de los hombres de ciencia para caracterizar tal figura jurídica.

En primer lugar, se reputó al título al portador como la constatación de una promesa abstracta, o más propiamente, de un reconocimiento de deuda; así que el título no era en sí el constitutivo del derecho, sino su mera representación. Admitida la existencia de la promesa abstracta (art. 780 del Código alemán), es decir, de promesa dada sin indicación de la causa de la obligación, y del reconocimiento de deuda (art. 781 del mismo Código), que está asimilado a aquélla, podía de inmediato concebirse en tal forma el título al portador. Pero éste tiene, además, otra característica, cual es la transmisión del título por simple tradición y el ejercicio del derecho contenido en él mismo por cualquier poseedor. Para explicar tal característica se vió en el título un reconocimiento de deuda con cláusula accesorio, en el sentido de que el suscriptor se obligaba a pagar al que le presentase el título, sin discutir sobre la legitimidad de su derecho.

Esta concepción fué pronto abandonada. Dentro de ella el título al portador no era sino un simple título de legitimación; las

calidades de acreedor y de poseedor del título se mantenían distinguibles, y por ende la distinción entre el derecho y su ejercicio.

Una segunda concepción vió en el título al portador una obligación *cum incerta persona*. El suscriptor se obliga no importa con respecto a qué persona, desde que se obliga a pagar el título a aquélla que se lo presente. El detentador del título será el acreedor para el suscriptor, y es su acreedor directo, en el sentido de que no se toma en consideración a los poseedores anteriores, pues no es por cesión o novación *mutato creditori* que el que presenta el título tiene el ejercicio del derecho, sino directamente frente al deudor; viniéndose así conforme al pensamiento de Savigny, a la concepción de la incorporación de la deuda al papel.

Ya el anterior sistema significaba un notable avance en cuanto a dar a los títulos al portador un valor obligatorio por sí mismos. Pero fué Kuntze y principalmente Siegel quienes descartaron del título al portador toda idea de contrato, haciendo de él una declaración de voluntad unilateral perfecta. Entonces se reputa que el título por sí solo crea la deuda. Aquél, una vez en posesión de cualquiera persona, confiere a ésta el respectivo derecho. Basta que el deudor se desprenda del título en cualquier forma. Es, pues, la *Kreation theorie*, que hace surgir el derecho de la pura creación del título; y de aquí que se pueda explicar sólo de esta manera algunos preceptos legales con referencia a este punto, como el contenido en el art. 1803 de nuestro Código.

El art. 1802 estima a los títulos al portador con la índole últimamente referida. Establece el carácter propio del título, de conferir al poseedor de él, el derecho de reclamar la prestación del emisor. No interesa, pues, cómo haya adquirido el documento. El portador no tiene por qué justificar su derecho (a diferencia de lo que ocurre con los papeles de legitimación); el suscriptor debe pagar al portador por el simple hecho de la presentación del título. "Los títulos al portador —escribe Rossel— no son creados en provecho de una persona determinada. Tienen por objeto permitir a su adquirente el justificar su derecho de propiedad por el sólo hecho de la tenencia, y de autorizar al deudor a pagar válidamente contra la mera entrega del título, que incorpora el crédito en alguna forma".

Con referencia al suscriptor, el portador es pues el acreedor de la obligación contenida en el título. Puede tal portador ser o no propietario del título; pero esta es cuestión que no interesa en relación al suscriptor; que sólo interesa al portador y a la persona de quién haya recibido el documento. Es por eso que el artículo 1802 dice que el suscriptor se libera si paga al portador. O sea, como lo prescribe el art. 1992 del Código italiano de 1942, el deudor que cumple la obligación con respecto al poseedor del título queda liberado, así él mismo no sea el titular del derecho, siempre que proceda sin culpa grave. La circunstancia de que el título se transmita por simple tradición manual, sin necesidad de notificación al emisor, sin endose, explica la solución a que se contrae el art. 1802. Los autores franceses apelan en este punto a la regla de que *en fait de meubles, la possession vaut titre*. Pero no es necesario recurrir a esta asimilación, pues es de la naturaleza misma del título al portador que aquél corporifique la obligación de pago de parte del emisor, de modo que no interesa formular ninguna presunción sobre la propiedad del mismo. Pero si es cierto que el deudor no está obligado a investigar acerca de si el portador tiene la posesión legítima del título, no obstante cuando aquél tenga alguna razón para suponer que el portador ha entrado de una manera ilícita en posesión del título, no deberá pagarlo a su presentación, consignando en todo caso su importe, hasta que no se esclarezca a quién le corresponde legítimamente (art. 228, Código polaco).

El suscriptor cumple con la presentación en general frente al portador que le presenta el título. No tiene por qué averiguar la capacidad del accipiens; pero si conoce de esa incapacidad, no deberá proceder al pago (Warneyer).

No hay a tal respecto sino la atingencia consistente en que el deudor hubiera sido notificado para retener el pago por mandato judicial. Esto ocurrirá cuando el detentador ha obtenido de manera irregular el título (por hurto o pérdida sufrida por anterior poseedor). Esta atingencia se admite en todos los regímenes que dan al portador el carácter de acreedor frente al emisor. Escribe Saleilles "Los autores del Proyecto (se refiere al Proyecto del C. C. Alemán) han debido mostrarse hesitantes, puesto que habían rechazado la idea de una serie de cesiones sucesivas para declarar al deudor obligado únicamente hacia el portador; el propietario desposeído es respecto al deudor un tercero sin derecho,

y por consecuencia parecía difícil que una oposición al pago pudiera ser hecha en su nombre, aunque fuera en forma judicial. El proyecto ha debido ceder en este punto a las necesidades del buen sentido y de la equidad y escapar al rigor de los principios un tanto doctrinarios. Por lo demás, si el propietario desposeído no es acreedor del suscriptor y éste no tiene otro acreedor que el portador, el oponente puede ser acreedor del portador si éste es un poseedor sin derecho, y por consecuencia se comprende que pueda ser autorizado judicialmente para practicar una especie de retención en cuanto al deudor de éste último". Es decir, que en este caso ha de verse una aplicación del mandato a que se contrae el art. 1242 de nuestro Código.

Si el deudor habiendo sido notificado para retener el pago, procediera a éste en favor del poseedor del título, como paga contra orden judicial y en favor de quien por lo mismo no puede ser considerado ni como acreedor putativo, le será aplicable lo indicado en el citado artículo 1242 de nuestro Código.

La prestación que represente el título consistirá por regla general en dinero, pero ello no es de necesidad (Planck). Puede consistir en prestación de otra cosa. No es necesario tampoco que el documento sea pagable a la vista.

El carácter del mismo de ser al portador, no requiere una expresión literal en tal sentido (la cláusula al portador), sino que basta de manera general que resulte claramente del título que el suscriptor debe ejecutar la prestación respecto a la persona que tenga el título (Kober).

Sólo tienen el carácter de títulos al portador los que han sido creados como tales. Por eso, el endose en blanco de una acción nominativa no convierte a ésta en un título al portador (Fick — Schneider). En cambio un título al portador puede convertirse en nominativo, al inscribirse el nombre de persona determinada, en vez de la cláusula al portador (art. 806, Código alemán); pero ello no puede hacerse sino con la aquiescencia del suscriptor.

El art. 1802 se refiere a los bonos hipotecarios. El primitivo Proyecto se refería en general a los títulos al portador. No se explica la limitación introducida por el texto definitivo. El título al portador con prescindencia del dato accesorio de que se halle garantizado o nó por hipoteca, requiere una determinación preceptiva legal, por tratarse de un acto de declaración unilateral de voluntad generadora de obligación, ya que sólo en casos específicos esta fuente funciona, o sea, se le reconoce por la ley. "Los títulos al portador", es el epígrafe de esta parte del Código, y no se ve por qué el contenido de los artículos prescinde del género, para sólo considerar la especie, el caso únicamente del bono hipotecario. Lo fundamental, lo imprescindible digamos, está en estructurar el régimen jurídico de los títulos al portador en general, porque así lo requieren la naturaleza y el carácter propio de las obligaciones que ellos comportan. Por eso, de *lege ferenda* resulta que las indicaciones contenidas en el art. 1802 y siguientes no pueden dejar de aplicarse a cualquier título al portador.

El art. 1802 se refiere al bono hipotecario. Los demás artículos, del 1803 al 1806 hablan sin tal taxativa de los títulos al portador; y por tal circunstancia y en mérito a la naturaleza de las reglas generales no se deberá con respecto a tales artículos 1803 a 1806 hacer distingo alguno. Estos artículos rigen, pues, lo relativo a toda clase de títulos al portador, salvo lo indicado en el art. 1813, que dice que las disposiciones de este título no se refieren a las acciones sociales, ni a los pagarés al portador.

Art. 1803.—"La obligación del emisor subsiste aunque el título hubiere entrado en circulación contra su voluntad".

Referencias: Código alemán, art. 794; brasileiro, 1506; chino, 721; mejicano, 1879; suizo, art. 979, al 3a.

Estimándose al título al portador como una promesa resultante de determinación unilateral, la del suscriptor, se llega como consecuencia de ello a que una vez producida la declaración queda obligado el deudor. Esa declaración se produce desde el momento en que el título es suscrito. El título al portador se equi-

para a la moneda; vale por sí porque en sí mismo contiene la obligación en su plenitud (Bevilaqua). Es, pues, el hecho de suscribir el título y no el de su emisión, el que origina la obligación del deudor. Si se considerase que es sólo desde la emisión de los títulos que surge la obligación, se estaría aún dentro del concepto que hace basar el título en una idea contractual, pues entonces la emisión vendría a ser como una oferta que asume carácter obligatorio por la aceptación del primer tomador del título.

Así, los títulos que hayan sido extraídos de poder del suscriptor en forma ajena a su voluntad —aún por robo de ellos— obligan al suscriptor. Tal la substentación de Siegel, fiel a su *Kreationstheorie*. Ello da al título máximo seguridad, en cuanto a la realización del valor que comporta, y desaloja todo obstáculo para su comercialidad y circulación. Siegel responde a las objeciones que se escandalizan de tal protección acordada a una detentación ilegítima del título, remitiéndose en vía de analogía a las consideraciones formuladas por Jhering relativas a la admisión de los interdictos posesorios en provecho de quien indebidamente está en la tenencia de la cosa. Carlín ha atacado la consecuencia de que el título salido contra la voluntad del suscriptor obligue a éste, expresando que aún cuando el deudor se compromete por acto unilateral, subordina su compromiso a la adquisición en forma regular del título por el primer poseedor. Posteriormente el suscriptor deberá pagar a cualquier portador, sin que tenga que ver con la forma cómo haya llegado a obtener el título.

La exigencia patrocinada por Carlín tiene el grave inconveniente de conspirar contra la seguridad del título, en cuanto los terceros no podrán saber si a su pago se opondrá el suscriptor, por el vicio originario del título, de haberlo obtenido el primer portador en forma irregular. Por eso Saleilles que desde el punto de vista de los principios halla cierto escrúpulo en llegar a la conclusión que vino a consagrar el Código alemán en su artículo 794, considera que es preferible decir que hay interés de orden público en presumir la obligatoriedad por el sólo hecho de la suscripción. "No se trata de declarar que haya voluntad, sino que por mandato de la ley debe haber voluntad de obligarse". Se trataría, pues, de obligación legal, que no de una obligación asumida voluntariamente.

El B. G. B. inequívocamente ha adoptado una toma de posición de acuerdo a la teoría de la creación, al ordenar explícita-

mente que el suscriptor queda obligado frente al tenedor del título aunque éste hubiese sido robado o se hubiera extraído o entrado en circulación sin la voluntad del emisor.

Con la consecuencia indicada en el art. 1803 se vincula otra, que aquél no contempla. Tal es la de que para la eficacia de la obligación al portador es indiferente que el título haya sido puesto en circulación después de la muerte del suscriptor o después que él haya devenido incapaz (art. 794, al 2a., del Código alemán). La obligación surge desde el momento de la suscripción y, por lo mismo, hechos de los antes referidos, posteriores a ese momento, no pueden dejarla sin efecto.

Art. 1804.—“El emisor de un título no podrá oponer al portador de buena fé, sino las excepciones concernientes a la validez interna o externa del título, y las que provengan de las relaciones personales entre ambos”.

Referencias: Código alemán, art. 796; suizo, 979; brasilero, 1507; chino, 722; polaco, 227; mejicano, 1880; italiano, 1993.

Como el derecho está incorporado al título, y el portador no lo ejerce como cesionario de los portadores anteriores, el suscriptor no puede oponer al portador sino las excepciones que derivan o de la validez del título —lo que no requiere explicación— o de las relaciones entre el portador y el suscriptor, ya que aquél viene a ser el acreedor del último. Así, pues, no pueden ser opuestas las excepciones que habrían concernido personalmente a cualesquiera de los anteriores poseedores del título.

La nulidad interna o externa del título permite exceptuarse al deudor, en mérito de que comportando aquél una declaración de voluntad, ésta debe ser hecha sin ninguno de los defectos que ataquen a su validez. Entre las excepciones concernientes a la validez interna del título figura la incapacidad del suscriptor en el

momento de la suscripción. En los casos de los títulos al portador especialmente, hay que recordar que no toda persona tiene la facultad, o sea la capacidad de goce, para emitir títulos hipotecarios, sino las corporaciones públicas y las sociedades.

También es oponible la prescripción negativa: es aplicación de un principio general y de orden público.

¿Los vicios del consentimiento son alegables?. La admisibilidad no es unánime. Bevilacqua dice a este respecto: "esta defensa entorpecería la función del título. No hay duda que las consideraciones de orden puramente práctico no se atienden cuando se violan los principios básicos del sistema de la ley; pero aquí la incorporación de la deuda en el título le da un carácter de cosa móvil, transferible por tradición, y este modo de ser le da existencia propia, independiente, libre de la influencia de vicios que no se revelan en él mismo, que no son manifiestos". Bruschetini, por su parte, se pronuncia sobre el particular: "Los vicios o la falta de voluntad desaparecen ante el tenor literal del título. Que los vicios del consentimiento no se considerarán para quitar eficacia a las letras de cambio, es una solución generalmente admitida; con mayor razón ésta rige tratándose de los títulos al portador; sólo si la falta de voluntad resultase del tenor mismo del título, (falsificación de firma), la impugnación sería procedente". Pero, la doctrina alemana, en general, decide que se tome en cuenta el vicio de la voluntad como excepción alegable en este punto. Escribe Planck: "Cuando falta un requisito material para la validez de la emisión, cuando en consecuencia, especialmente, el emisor fuera incapaz para celebrar negocio jurídico, o estuviese limitado en cuanto a tal capacidad, y cuando, en fin, el consentimiento del representante legal faltase, o cuando la declaración de voluntad expresada en el título obligacional es nula o impugnabile: en estos casos cabe oponerse a tenor del art. 795 del B. G. B.". Y agrega: "Endemann y Dernburg son del parecer que no sean admisibles objeciones basadas en error, dolo, violencia. Esto no puede justificarse, puesto que de la naturaleza y fin propio de título al portador no es posible deducir que los principios generales sobre anulabilidad de la declaración de voluntad no encuentra ninguna aplicación" (o sea que los principios generales deben aplicarse). El mismo Planck, comentando el art. 793, expresa que la declaración de voluntad constante en la emisión es impugnabile conforme el art. 119 (error) y el 123 (dolo y violencia), pues

no hay pretexto alguno para excluir aquí la aplicación de estos preceptos. Pone como ejemplo de error, el caso de que el suscriptor haya suscrito un documento que equivocadamente haya considerado no como un título al portador sino como una carta, un recibo, un contrato de compra o algo similar. Pero no debe verse un error causante de demanda de anulabilidad cuando el suscriptor conocía el carácter del documento como un título al portador, pero equivocadamente creyó que no generaba una obligación contra él. En caso de dolo puramente de tercero, la regla exige que la otra parte haya conocido del dolo; pero en este caso es dudosa la aplicación de la exigencia por no tratarse de una declaración de voluntad de naturaleza recepticia.

Nosotros nos inclinamos en el sentido de que el vicio del consentimiento pueda alegarse como excepción, dentro de la comprensión del art. 1804, porque éste habla en general de las excepciones oponibles en cuanto a la validez intrínseca del título, y porque la razón indicada por Planck nos parece decisiva; esto es, que no se ve razón plausible para que tratándose de un acto jurídico, como en cualquier otro no se exija en cuanto al consentimiento que éste carezca de vicios. Pero esto en lo que se refiere a la relación misma que crea en su iniciación el título, o sea, en relación al primer tomador; la excepción no alcanza, no es oponible, a un tercero tomador de buena fé del título.

Por otro lado, tratándose de las letras de cambio el criterio del legislador patrio está definido en el sentido de que el deudor no puede oponer las excepciones referentes a vicios de voluntad tratándose del tercero de buena fé tomador de la letra; pero sí tratándose del primer tomador. Esto resulta del art. 664 del Código Procesal Civil y de la respectiva Exposición de Motivos.

Así que con referencia al art. 1804 que ahora se comenta, se puede sostener que los motivos de anulación pueden, pues, funcionar como excepciones oponibles por el emisor; pero ellas no serán admisibles frente a aquél que no sea el primer poseedor sino el tercero que de buena fé adquirió el título.

Otras excepciones admisibles son las que consisten o resultan del contenido mismo del documento, por ejemplo si el pago exigido no se conforma a las determinaciones de tiempo, lugar y condiciones en general inscritas en el título; como las objeciones derivadas de la causa que el negocio tiene por base, si la causa se contiene en el documento, en el sentido que mediante

tal indicación el eminente quiere reservarse estas objeciones frente al portador (Enneccerus).

Entre las excepciones concernientes a la validez externa del título, figura la falsificación del título o de la firma del emisor, o la alteración en cuanto al contenido del documento. También aquí sería el caso de considerar invalidado el título por no respetar las exigencias de forma que pueden estar prescritas; así para el bono hipotecario es indispensable la escritura pública. (art. 1807).

En cuanto a las excepciones que respectan a las relaciones personales entre suscriptor y portador, aquéllas pueden obrar al estimarse que el acreedor se determina en el momento en que el portador del título lo presenta, para la exigibilidad de la prestación que contiene. El art. 1804 de nuestro Código, siguiendo a los Códigos alemán y brasileiro, reputa que al presentarse el título al suscriptor, el tenedor es acreedor de la obligación. El acreedor indeterminado hasta entonces, se determina con la presentación del título, y estando frente a frente un acreedor y un deudor, rigen respecto a ellos las reglas generales, que permiten oponer por el segundo al primero las excepciones provenientes de las relaciones personales entre ambos. Entre tales excepciones debe comprenderse la compensación. Algunos autores han propugnado que ella no sea oponible. Pero no hay motivo de justificación suficiente para ello. En primer lugar, la compensación opera como un pago indirecto, y en segundo lugar el artículo 1804 se refiere en general a las excepciones provenientes de las relaciones personales entre portador y suscriptor, sin contener taxativa alguna. El Código de las Obligaciones suizo de 1936, corrigiendo en el texto del art. 979 el que era objeto del art. 874 del Código de 1911, se refiere a las excepciones que el deudor "tiene personalmente contra su acreedor", y la respectiva Exposición de Motivos dice que la corrección tiene por objeto incluir toda excepción, inclusive la de compensación.

Las excepciones oponibles son únicamente las que puedan corresponder al emisor frente al poseedor del título que exija su pago; no puede invocar las excepciones fundadas en relaciones personales con los anteriores poseedores, pues el que lo detenta actualmente no es un cesionario de los anteriores poseedores; su derecho resulta de la posesión misma ac-

tual del título. Entre estas excepciones personales encontramos, además de la compensación, el pago, la espera.

El artículo 1804, exige la buena fé de parte del portador. Esta es una cuestión debatible. ¿Quién debe juzgar de la buena o mala fé del portador?. Dejarlo al criterio del suscriptor del título es peligroso. ¿Cómo podría saberse cuando el portador actúa efectivamente con mala fé?. La ventaja propia que es característica del título al portador, de ser exigible la obligación que contiene no considerando sino a la persona que lo presenta, resulta afectada. De otro lado, la buena fé de que habla el dispositivo sólo puede referirse a la manera como haya adquirido el título el portador de un anterior poseedor, a la situación de tal adquirente frente al inmediatamente anterior poseedor. No puede referirse a la situación del portador frente al suscriptor. Y ahora bien, la adquisición irregular del título por el portador, de un anterior poseedor, puede dar lugar a la retención que contempla el artículo 1802 y al procedimiento previsto en el art. 1806. Con ello se facilita la consecución de medios para evitar que una adquisición irregular del título pueda dar lugar al pago de la obligación. No se vé, pues, la utilidad en consignar la expresión de que el portador sea de buena fé, que contiene el artículo 1804. Es una expresión que introduce desconcierto en cuanto al carácter del título al portador, de incorporar el derecho al documento.

No obstante, tenemos que reconocer que en general se exige esta calidad de buena fé de parte del actual tomador del título, para que en relación al emitente, proceda su acción contra éste último. Escribe Bevilaqua: "otra defensa será la de la violencia o dolo cometido contra el suscriptor. Si alguien dolosamente se apodera de los títulos antes de ser puestos en circulación por el suscriptor, este no podrá negarse al pago al portador de buena fé, pero contra el que le hurtó o le robó los títulos puede negarse al pago, pues no tiene delante de sí a un portador de buena fé, y contra tal pretendido acreedor le asiste un derecho personal derivado del acto ilícito contra él cometido". Enneccerus indica: "Recientemente se alega con razón que la mala fé notoria no merece protección alguna y que la legitimación del portador introducida en razón al tráfico sólo debe servir al tráfico de buena fé y que, por

consecuencia, no puede prevalecer el derecho del eminente a prestar sin examen allí donde se trate no de la omisión del examen sino de proceder de mala fé. Hay que asentir a esto. El deudor no puede hacer valer su liberación en tanto que por el pago haya procedido contra la buena fé”.

La segunda parte del art. 1993 del Código italiano expresamente indica que el deudor puede oponer al poseedor las excepciones fundadas en relaciones personales con los anteriores poseedores, si al adquirir el título el poseedor actual ha actuado con mala fé: “ha obrado intencionalmente en perjuicio del deudor”. Idéntica prescripción es aquélla a que se contrae la segunda línea del art. 978 del Código suizo.

Art. 1805.—“No estará obligado el emisor a pagar al portador, sino mediante la entrega del título, a no ser que se hubiera declarado su anulación”.

Referencias: Código alemán, 797; suizo, 966; brasilero, 1508; chino, 723; mejicano, 1878.

La disposición es obvia. Es la aplicación de las reglas consignadas en los artículos 1243 y 1244. Si el crédito está incorporado al documento, sin éste no existe aquél y, así, por su presentación al deudor sólo se hace exigible la obligación. Si no exigiera el deudor la entrega del título estaría expuesto a pagar otra vez al que lo presentara, pues a éste no podría oponer la excepción de pago. Así, pues, el deudor no deberá pagar, bajo el peligro de pagar dos veces, a una persona que no puede presentarle el título, aunque alegue ser propietario del mismo y que éste se halla indebidamente en poder de tercero. “La razón es muy simple: en el momento mismo en que el propietario se presenta, un tercero puede haber adquirido, a su vez, la propiedad del título y el valor incorporado en él; si bien es cierto que esta adquisición de propiedad no ha tenido lugar, ella puede producirse más tarde. Es inadmisibles que el deudor por un pago hecho al propietario desposeído, se descargue de sus obligaciones actuales o futuras hacia terceros portadores” (Wahl).

Así que el pago y la entrega del título deben hacerse coetáneamente. Si el deudor hubiera pagado sin que se le haya hecho entrega del título, podrá reclamar éste del *accipiens*. En caso de pagos parciales, el acreedor puede exigir que se mencionen en el título.

La recepción del título por el deudor, es la prueba de su liberación. Por lo mismo, no es necesario otra prueba; por ejemplo la entrega de recibo acreditativo del pago (Warneyer).

Al ser declarado nulo el título, como desaparece la deuda a que él se contraía, cesa la obligación de pago, conforme a lo que se indica en el artículo 1805. Ello es de inmediata comprensión. Claro está que lo anterior es referible al tenedor del título, contra el cual se pronuncia la anulación. Si ocurre que un tercero, el demandante, tiene derecho sobre la prestación a que concierne el título, el emisor quedará obligado a entregar al mismo un nuevo título o, si la prestación es exigible, a cumplir ésta. Es lo que se indica en el art. 229 del Código polaco.

Art. 1806.—“En los casos de robo, hurto, pérdida o extravío, podrá anularse el título perdido o sustraído o emitirse uno nuevo. Se observará sobre el particular el procedimiento del Código de Comercio sobre los títulos al portador”.

Referencias: Código alemán, art. 799, 804; brasileiro, 1509; suizo, 981; chino, 721, 725; mejicano, 1881.

El Anteproyecto incluía una disposición idéntica a la del art. 1806; pero agregaba que el procedimiento podía ser diverso, si éste se expresaba en el título respectivo de la emisión. El autor de la disposición al respecto expresaba que “deja vigente el Anteproyecto las reglas referentes a la anulación y expedición de nuevos títulos sancionados por el Código de Comercio, a fin de evi-

tar confusiones lamentables, instituyendo un nuevo procedimiento. Pero introduce la novedad legislativa, de que se puede fijar en el mismo título el procedimiento a seguirse en los casos de robo, hurto, pérdida o extravío, con lo cual se consigue un fin de celeridad, en vista de la lentitud excesiva del procedimiento detallado en el Código de Comercio Vigente" (fascículo VI; pág. 345 y 346).

El texto definitivo que exhibe el art. 1806, se remite exclusivamente al procedimiento previsto en el Código de Comercio (art. 537 y s.). Aún cuando él mismo acusa imperfecciones, hubiera sido poco acertado establecer dos procedimientos distintos sobre el mismo punto.

Es de alabar que el Código no haya aceptado la posibilidad de que se utilice un procedimiento particular, el que se indique en el respectivo título. En efecto, las reglas a seguir en caso de pérdida o robo de documentos al portador, deben merecer especial cuidado del legislador, por estar en juego intereses plurales, el del poseedor que ha sufrido la pérdida o el robo, el del actual poseedor, que puede ser de buena fé, y el del emisor. El primero debe ser protegido para que cualquiera que obtenga un título al portador, "pueda estar seguro que no se verá jamás desposeído de él contra su voluntad sin encontrar en la ley un remedio eficaz". (Levy Ulmann). El segundo ha de serlo, pues en su carácter de poseedor de buena fé debe tener seguridad de poder cobrar el crédito que así ha adquirido; lo que, por lo demás, facilita la comercialidad del título y se ajusta al concepto de la incorporación del derecho al título. Y el tercero ha de ser protegido, para que sepa cuándo debe pagar válidamente. Así, el procedimiento ha de establecerse en mira de tales situaciones complejas, mirando hacia el interés que jurídicamente debe ser protegido. Por el carácter de los títulos al portador, su transmisión por simple tradición y la incorporación del derecho en el título, se vela por el interés de terceros desconocidos cuando la ley trata del procedimiento a seguir en caso de pérdida o robo de títulos. Vale decir, pues, que en esta materia las reglas legales son, así, de orden público. Luego, dejar tales reglas a la determinación del emisor hubiera sido arbitrario y peligroso.

Art. 1807.—Solo las corporaciones públicas y sociedades debidamente constituidas pueden emitir bonos hipotecarios. La emisión se hará por escritura pública y con la intervención de un fideicomisario que será el Banco Central Hipotecario del Perú. La intervención del fideicomisario se refiere a verificar la regularidad legal de la emisión y la suficiencia económica de la garantía, apreciada conforme a la ley orgánica del precitado banco, sin perjuicio de la amplitud del mandato que puede conferirse para los efectos de la representación de los actuales y futuros poseedores de los títulos.

Art. 1808.—El Banco Central Hipotecario del Perú cumplirá las funciones mencionadas en el artículo anterior según sus prácticas usuales. No asume responsabilidad alguna.

Art. 1809.—Los tenedores de títulos hipotecarios al portador forman una sociedad, para el efecto de la validez de los convenios que celebren con las entidades emisoras de dichos títulos, durante la vigencia de la emisión.

Art. 1810.—Los convenios a que se refiere el artículo anterior, serán obligatorios para todos los bonistas si fueren aprobados por tenedores que representen, por lo menos, las cuatro quintas partes de los títulos vigentes.

Art. 1811.—Los convenios se celebrarán con la intervención de un delegado del Banco Central Hipotecario del Perú, y previa la convención

catoria a los bonistas, que hará dicho banco, en su calidad de fideicomisario, por medio de avisos, por un plazo de treinta días en uno de los diarios de mayor circulación. Los avisos contendrán el extracto de las condiciones del convenio proyectado.

Aprobado el convenio, se hará constar por medio de escritura pública que firmarán la entidad emisora de los títulos y el banco, insertándose en ella el texto íntegro del convenio aprobado.

Art. 1812.—El Banco Central Hipotecario del Perú, en su calidad de fideicomisario, hará constar, a la prestación de cada título, las modificaciones aprobadas.

Art. 1813.—Las disposiciones de este título no se refieren a las acciones sociales, ni a los vales o pagarés al portador.

Art. 1814.—No regirán tratándose de bonos nominativos la intervención necesaria del Banco Central Hipotecario del Perú, a que se refiere el artículo 1807, ni la restricción allí contemplada acerca del modo de apreciar la garantía. En todo lo demás serán aplicables a esta clase de obligaciones los dispositivos pertinentes.

Art. 1815.—Tratándose de convenios relativos a emisiones anteriores, se observarán, a falta de estipulación especial, las disposiciones de este título, con la intervención en cada caso de la respectiva institución fideicomisaria.

Referencias: Código alemán, art. 795; brasileiro, 1511.

Los Códigos alemán y-brasilero imponen la autorización previa del Estado para que pueda procederse a la emisión de títulos al portador. Así se previene en contra de abusos que podrían cometerse, garantizándose el interés de los terceros; es decir, de cualquier futuro tenedor de un título. "Razonable, oportuno, por lo tanto, es en la susodicha materia la intervención del Estado, al asegurar al público tanto sobre la solidez como sobre la seriedad de la inversión de capitales que se ofrecen. Para tal efecto, cuando la ley no faculte anteladamente a determinada persona (física o jurídica), es necesario que la misma sea autorizada cuando se presente el caso, por las autoridades gubernativas para contraer préstamos contra emisión de obligaciones" (Bruschettini).

La necesidad de autorización debe, así, tener lugar cuando se trata de títulos al portador emitidos en serie y que comporten pago pecuniario; no cuando conciernan a otra prestación, ni cuando se trata de la sola suscripción de una obligación individual al portador. La autorización se justifica por una conveniencia de orden social; siendo superfluo preocuparse por hallar una explicación en orden a la naturaleza jurídica del título al portador.

El Código nacional no exige una autorización como la antes señalada. En la Exposición de Motivos se dice: "no hemos considerado conveniente reproducir esta exigencia tanto por la falta de órganos aptos, como para sostener una tradición de libertad. El Proyecto califica la función primordial del título al portador, o sea su transmisión manual, sin notificación al deudor cedido, ni endoso alguno; y de acuerdo con estas normas dispone que la obligación del emisor subsiste aunque el título hubiere entrado en circulación contra su voluntad, lo que define su naturaleza. El Proyecto mantiene el régimen implantado por el Código de Comercio en lo concerniente a la anulación y expedición de nuevos títulos, a fin de no introducir la complicación de dos procedimientos diversos".

Pero tratándose del bono hipotecario el art. 1807 indica algunas taxativas: sólo las corporaciones públicas y sociedades debidamente constituidas pueden emitir bonos, la emisión se hará por escritura pública y con la intervención del Banco Central Hipotecario como fideicomisario.

El que se limite a ciertas personas la capacidad de goce para emitir esta clase de bonos hipotecarios al portador, o sea a las corporaciones públicas y a las sociedades, se explica, acaso, porque frente a la libertad de la emisión habría la sospecha de que con ella podrían germinar graves perturbaciones económicas, por la circunstancia propia del título al portador, de que él, transferible por tradición manual, puede ser fácil instrumento de crédito y resultar causa de perturbaciones en el mercado monetario, pues tales títulos pueden dar lugar a desempeñar un rol semejante a la moneda (Callegari). Las corporaciones públicas y las sociedades emitirán sus títulos sólo cuando sea menester; su seriedad y solvencia eliminan toda sospecha; lo cual es más difícil que ocurra tratándose de un simple individuo. El gran desarrollo que en el Perú tienen las operaciones garantizadas con hipoteca, explica el cuidado puesto respecto a la emisión de bonos que garanticen ciertas inversiones, con la seguridad de la hipoteca.

No dice el artículo 1807 la consecuencia de una emisión hecha sin los requisitos por aquél ordenados. El Código alemán cuando exige la autorización administrativa, sanciona su falta declarando que el título es nulo y que el suscriptor debe indemnizar al portador de los daños y perjuicios causados por la emisión. Debe estimarse que esta consecuencia obra en el caso del artículo 1807 de nuestro Código.

La escritura pública exigida por el artículo 1807 servirá para que se conozca debidamente, por el carácter mismo del respectivo documento, las condiciones de la emisión. El portador se encuentra, así, debidamente garantido. Por lo demás, la necesidad de dicha formalidad en el presente caso se explica por inferencia de lo ordenado en el numeral 1012 del Código nacional, que indica que la hipoteca ha de constituirse por escritura pública o por testamento.

La intervención del Banco Central Hipotecario como fideicomisario, de acuerdo a lo ordenado en los artículos 1807 y 1808, la justifica el autor del Código, expresando lo siguiente: "Se resuelve que el Banco Hipotecario del Perú sea fideicomisario de las futuras emisiones. Se ha tenido en mira para prescribirlo, la eficiente organización de ese instituto y la sensible afinidad que existe entre la cédula y el bono. La misma razón de analogía sirve de base al límite de emisión permitido que está condicionado en cada caso al volumen de la garantía. El Proyecto

establece que se aplicarán las normas que regulan la emisión de cédulas por aquél instituto central, que brinda a sus cedulistas, además de la hipoteca y de su propio capital y reservas, la garantía colateral del crédito del Estado”.

El fideicomisario viene a ser, pues, un intermediario entre el deudor y los inversionistas. Sería acaso muy difícil que el primero obtenga el dinero que necesita en mutuo, si no recurre a la intervención de tal intermediario, que conoce a los clientes que se encuentren en disposición de invertir dinero precisamente en las condiciones que lo necesita el emisor. El fideicomisario viene a ser, así, un representante de las partes, que fija las condiciones del préstamo, emite los cupones, hace el servicio y en general salvaguarda los intereses del deudor como los del acreedor. (Wieland). Las ventajas, de consiguiente, de la participación de una entidad de la calidad del Banco Central Hipotecario del Perú están en que viene a facilitar la realización de operaciones de esta clase y a dar firmeza y seguridad a las mismas, inspirando confianza en los bonistas y en el prestatario. La ejecución de amortizaciones parciales o adecuadas, la forma de ir liberando progresiva o gradualmente al inmueble gravado, la posibilidad de que funcionen plazos relativamente largos para el pago, la fijación de una adecuada tasa o tipo del interés: todo esto no es posible de conseguir, o cuando menos ello suele ser muy difícil en operaciones de esta clase, de emisión de bonos hipotecarios. La intervención de una institución como la indicada en el art. 1807 posibilita enormemente llegar a tales resultados, soslayando las dificultades e inconvenientes del crédito meramente privado y los obstáculos circunstanciales de que se establezcan relaciones directas entre acreedores y deudores. Aquéllos, una vez realizada la emisión, no tendrán otro trabajo que el de cobrar puntualmente los servicios por intereses y amortizaciones; no tendrán preocupaciones respecto a cómo responda el bien dado en garantía y en cuanto a la seriedad de la operación misma, o sea, como muy bien lo dice la segunda parte del artículo 1807, en cuanto a “la regularidad legal de la emisión” y a la “suficiencia económica de la garantía”.

El Banco Central Hipotecario habrá de cumplir con sus funciones de fideicomisario ciñéndose, naturalmente, a las reglas que le marca la legislación especial acerca del mismo (ley 6621 y sus ampliatorias y modificatorias) y de acuerdo también a “sus

prácticas usuales", según reza el precepto 1808. No obstante, puede ampliarse la intervención que corresponda al antedicho Banco si entre los primitivos bonistas y el deudor y dicha institución así se conviene, mediante estipulación expresa, desde que se modifica entonces el régimen legal establecido por el art. 1807, pero con carácter supletorio o meramente dispositivo. Es obvio el decir que esa amplitud de la representación sólo puede ir hasta donde lo consientan los límites de la libertad contractual. Esa mayor amplitud de representación así convenida, obliga a los futuros poseedores de los bonos, como lo ordena la última parte del 1807. Los nuevos tomadores de los títulos deberán, pues, someterse a lo pactado en tal sentido, toda vez que el contrato constitutivo mismo regula y determina en este punto las condiciones de la operación en cuanto a la intervención del fideicomisario, y el futuro poseedor del título sólo lo puede adquirir teniendo conocimiento de tal circunstancia y sometiéndose por ende a ella.

El art. 1808 en su última parte dice que el Banco Central Hipotecario no asume responsabilidad alguna. Hay que entender que esa salvedad se refiere a cuál ha de ser la intervención de dicho Banco de acuerdo con las indicaciones del art. 1807. El precepto quiere significar que el Banco no tiene otra obligación salvo la de verificar la regularidad legal de la emisión y la suficiencia económica de la garantía; no responde por otro concepto, como fiador por ejemplo del deudor. En todo lo demás, en cuanto el Banco pueda incurrir en alguna responsabilidad concreta en ejercicio de su intervención como fideicomisario, a aquélla quedará sujeto, por inferencia de los principios generales.

Los artículos 1809 a 1821 consignan una serie de reglas relativas a los tenedores de títulos hipotecarios al portador. En primer lugar, ellos forman una sociedad para el efecto concreto que indica el numeral 1809. La comunidad de intereses entre los tenedores de los bonos explica la razón del mandato legal, de que se considere que constituyan *ministerium legis* una entidad, una sociedad; es decir, una personalidad jurídica *sui-generis*, afecta al régimen propio de los sujetos colectivos de fines patrimoniales. Si no se considerasen que forman una sociedad sería imposible consagrar la regla siguiente establecida en el mismo artículo

1809, concerniente a la validez de los convenios que celebren con el emisor. La seguridad hipotecaria que acompaña al respectivo título comprende íntegramente al inmueble gravado; no se fracciona en tantas partes cuantos bonos se hayan emitido, pues la regla propia en materia hipotecaria está dada por el precepto 1017, que indica que la hipoteca se extiende a todas las partes del bien gravado. En suma, trátase lisamente de un caso de aplicación del principio que se conoce bajo la expresión de la indivisibilidad de la hipoteca, de acuerdo a la fórmula de Dumoulin: *est tota in toto et tota in qualibet parte*.

Así constituida la sociedad de bonistas, es posible celebrar los convenios que prevée el art. 1810. Estamos aquí en la región de los convenios necesarios, es decir, donde sufre una ablación la autonomía de la voluntad como principio absoluto generador de efectos obligacionales, debido a que aunque algunos de los bonistas no estén conformes con la decisión de la mayoría, ésta se impone. Ocurre aquí lo que es propio en general tratándose del régimen de las sociedades por acciones; el principio democrático del respeto a la voluntad mayoritaria ha de encontrar su consagración, ya que de otra manera, como podría ocurrir fácilmente que no se obtuviese siempre la unanimidad de pareceres, se llegaría al resultado desastroso de que un bonista o una minoría más o menos reducida sabotearía cualquier acuerdo, con desmedro de los intereses de la mayoría. El utilizar la típica forma del contrato clásico, con el concurso necesario de las voluntades de todas las personas a quienes afecte la decisión a adoptarse, importaría pérdida de tiempo o sería imposible de llevar a cabo por la anarquía de los pareceres que podría presentarse. En consecuencia, es perfectamente explicable y está justificado notoriamente la indicación a que se contrae el numeral 1810.

Nos hallamos en este punto con lo que von Thur denomina y tipifica como "acuerdos". Escribe este autor: "los negocios bilaterales pueden ser de dos clases: contratos y acuerdos. El contrato supone consenso logrado mediante intervención de dos declaraciones de voluntad congruentes y es el vehículo normal para la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas. Los acuerdos tienen por función el adoptar decisiones comunes en asuntos de interés colectivo; tales son, por ejemplo, los acuerdos de los socios, los de una junta general de accionistas, los de los acreedores en caso de concurso, etc. Los acuerdos se rigen en

parte, por normas distintas a la de los contratos: cuando se adoptan, como generalmente ocurre, en una asamblea no encarnan con eficacia jurídica más voluntad que la de los reunidos. La votación no consiste como el contrato, en un intercambio de declaraciones sino en una suma de sufragios de que se hace cargo la presidencia. La diferencia más importante es que el acuerdo no requiere, de ordinario, unanimidad, como el contrato, sino que basta la mayoría de votos, y la voluntad de la mayoría es norma para la minoría y para los abstenidos o ausentes”.

En la Exposición de motivos del Código patrio se lee con relación al punto de que nos venimos ocupando: “se ha contemplado la posible celebración de convenios intercurrentes entre la entidad emisora y sus bonistas, y para facilitar estos convenios, el Proyecto ha creado una sociedad entre los poseedores del papel. Mediante esta ficción legal queda organizada la voluntad cooperativa que permitirá vitalizar esos pactos. El Proyecto ha fijado como mayoría, para este efecto, el ochenta por ciento del papel poseído por el público en el momento de elaborarse el convenio. Estas reglas no limitan la amplitud del mandato conferido al fideicomisario, ni afectan tampoco los pactos constituyentes del acto inicial de la emisión.

Por la naturaleza misma del caso legislado se comprende que se exija una mayoría calificada: las cuatro quintas partes de los títulos vigentes. Así es que no se toma en cuenta el número de personas, sino el importe de capital. Esto es lógico, desde que tratándose de una sociedad (art. 1809), lo que interesa es el capital, el interés patrimonial a defender, y por lo tanto lo decisivo es determinar a quién o a quiénes corresponde la mayoría del capital representado por los títulos.

La clase de convenios que puede pactarse es dejada a la libre determinación de los bonistas, de un lado, y de la entidad emisora, de otro lado. Así, puede tratarse de reducción del préstamo, del cambio de la garantía hipotecaria, de la ampliación de ésta, de la alteración de plazos para el servicio de los bonos, etc.

En cuanto a los requisitos consignados para la celebración y el perfeccionamiento de los convenios, son de sencilla explicación. La participación en ellos del Banco Central Hipotecario se ensambla con su intervención forzosa como fideicomisario en el acto mismo inicial o constitutivo de la emisión, según lo prescrito en el art. 1807.

La convocatoria a los bonistas por medio de los pertinentes avisos, con indicación extractada de las condiciones del convenio proyectado, no demanda explicación. Es el proceder usual tratándose de socios en cualquiera sociedad, cuando se trata de la reunión de los mismos para las juntas generales de accionistas, para asuntos extraordinarios que interesen a la Sociedad. Como no se podría saber con certeza quienes sean los dueños de los bonos por ser éstos al portador, es indispensable la citación en la forma indicada en el artículo 1811, para que se informen del convenio y concurran a la reunión respectiva.

La constancia del convenio, que ha de hacerse mediante escritura pública, conjúgase con lo mandado en el art. 1807 en el sentido que la emisión se haga con dicha formalidad. Por lo tanto, cualquiera modificación al primitivo contrato tiene que hacerse con la misma solemnidad.

El número 1813 excluye del régimen de este título a las acciones sociales y a los vales o pagarés al portador.

En cuanto a la primera indicación, se trata de acciones sociales al portador, pues todo título nominativo es por su propio carácter extraño al régimen legal a que se destina la parte del Código que presentemente glosamos. Las acciones sociales en general están regidas por otra normación, la establecida en el Código de Comercio. La acción social accede necesariamente a un contrato mercantil, el de sociedad, mientras que el título al portador puede concernir a una operación ora de carácter mercantil, ora de carácter civil. La acción social representa la parte del capital aportado por el socio en la Compañía; su significación y carácter es preciso y concreto: se trata de una obligación causada, en tanto que el título al portador comporta en general una obligación abstracta. De otro lado, pero concordante con esta circunstancia, el tenedor del título al portador en general es me-

ramente un acreedor frente al emisor, mientras el dueño de una acción social al portador no es un acreedor simplemente por ella, en virtud de que sólo tiene el derecho a los dividendos y a que se le pague el valor representado por la acción en caso de liquidación de la Compañía, después de pagadas las obligaciones a tercero a cargo de la misma. La condición del socio es, pues, compleja y no simple como la del mero poseedor del título al portador corriente. El derecho incorporado a la acción en una sociedad anónima no es un mero derecho de crédito; el socio tiene un conjunto de derechos y obligaciones específicas derivados del contrato de sociedad. Pues bien, toda esta materia se halla legislada por el Código de Comercio (art. 159 y s.) y no tendría explicación que en ella se entrometiera el Código Civil.

En cuanto al vale o pagaré al portador, también es una figura propia del derecho mercantil, tratado por consecuencia en nuestro Código de Comercio (art. 534 y s.). Su objeto es mercantil y así se diferencia del título al portador en general. Por la anterior circunstancia no sería pertinente que el Código Civil se ocupase de dichos vales o pagarés. De aquí, pues, la advertencia del art. 1813.

El art. 1814, dice que no impera tratándose de bonos nominativos la intervención del Banco Central Hipotecario indicada en el artículo 1807, ni la restitución allí contemplada sobre el modo de apreciar la garantía; funcionando en todo lo demás los dispositivos pertinentes.

Este precepto estaba demás, porque esta parte del Código lleva por epígrafe "de los títulos al portador", de tal manera que se tiene que comprender que el bono nominativo no queda sujeto a las especificaciones legales de esta parte del Código. La intervención del fideicomisario para el efecto señalado en el numeral 1807 sólo opera en relación a la emisión de bonos hipotecarios; éstos pueden ser nominativos o al portador; el art. 1814 quiere aclarar, aunque ello sea innecesario como se ha dicho antes, que las exigencias del número 1807 sólo son procedentes con referencia a los bonos al portador. El artículo 1814 se refiere en su primera parte únicamente al bono nominativo de carácter hipotecario. No hay intervención de fideicomisario, del Banco Central Hipotecario, ni de ningún otro, pues no funciona tampoco

el art. 1014, que ordena la designación de tal fideicomisario, que se consignará en la escritura de constitución de hipoteca, tratándose de una para garantizar títulos transmisibles "por endoso" o "al portador"; de tal suerte que dicha indicación del art. 1014 no es aplicable al supuesto de los bonos nominativos. O sea, que en estos el contrato respectivo de constitución de la seguridad hipotecaria se pacta directamente entre el deudor emitente del título y el acreedor dueño del mismo. Por la naturaleza propia del título nominativo, la relación directa e inmediata que *ab origine* se establece entre las partes, por el hecho de que el cedente responda al cesionario del título sobre la legitimidad del crédito y el derecho con que le hizo la cesión, explican por sí solos el que tratándose de estos títulos no sea menester adoptar las precauciones que se imponen en referencia a otros títulos, los a la orden y especialmente los al portador.

Claro está que la última parte del art. 1814, en que se remite a los "dispositivos pertinentes", tiene que entenderse que respecta a aquéllos que no siendo propios de los títulos al portador conciernen a tales títulos nominativos. Esto quiere significar que ninguno de los artículos de esta parte del Código (art. 1802 y sgts.) es aplicable, debido a que todos ellos por su términos literales o por su sentido únicamente conciernen a los títulos al portador. Así, que son otros los dispositivos pertinentes a los títulos nominativos, los de la cesión de créditos (art. 1456 y s. del C. C.) y los que constituyen los numerales 342 y sigts. del C. de C.

El art. 1815, que indica que para los convenios anteriores regirán las disposiciones del C. con intervención del respectivo fideicomisario, salvo estipulación expresa, es uno de derecho transitorio tendiente a conformar la situación de las relaciones jurídicas creadas con anterioridad al Código de 1936 en relación a este punto de los títulos al portador. Desde luego, hay que remarcar en primer término que el referido precepto solo puede concernir a emisiones de títulos al portador con carácter hipotecario, pues los convenios a que respecta el Código (art. 1809 y s.) únicamente competen a tal clase de bonos.

Ahora bien: como regla se someten los tales convenios de esas emisiones al régimen implantado por este Código, cuyos

preceptos operan aquí como normas supletorias de la voluntad convencional. Luego, si hay estipulación expresa que indique las especificaciones y regulaciones de dichos convenios, esa estipulación se respetará con prescindencia de lo que se establezca en el Código. Esto tiene sobre todo interés en relación a las circunstancias señaladas en los artículos 1810, 1811 y 1812.

Conforme a la legislación anterior al Código civil vigente, no se imponía la constitución de la sociedad de bonistas que implanta el número 1809; pero es indudable que podía estipularse tal cosa, así como el régimen referente a esos convenios que se hubieran celebrado con el emisor. Entonces lo así estipulado convencionalmente, según lo que sobre el particular dispone el art. 1815. Podría haber ocurrido también, que sin haberse pactado la constitución de una sociedad de bonistas éstos hayan acordado con el emisor determinado convenio (dentro del régimen anterior al Código actual). Entonces se respetará lo así pactado. Es un acatamiento al principio de los derechos adquiridos, de la no retroactividad de la ley, que cabalmente tiene su más imperativa exigencia en cuanto a los efectos descendientes de las relaciones contractuales. El convenio pactado, con la indicación específica de la regulación referente al caso, substraerá a la ley de imponer el régimen fijado por ésta con carácter supletorio, en cuanto lo estipulado no sea opuesto al orden público.

Mas, si no hubiese existido convenio válidamente realizado antes del nuevo Código, para una emisión producida antes de él también, y se quiere verificar uno cuando el Código de 1936 ya está en vigencia, ¿se aplicarán las normas del mismo, señaladas en el art. 1809 y siguientes?. Hay que hacer una distinción, que resulta en términos del numeral 1805. Ella es la relativa a que se haya acordado o no en el contrato constitutivo de la emisión por estipulación expresa, las condiciones en que podía realizarse un convenio; si se acordó tal cosa, serán tales las condiciones las que rijan; el convenio se adecuará a ellas, con prescindencia de la que establecen los artículos 1809 y siguientes. Es sólo, pues en el caso que nada se hubiese estipulado en el contrato primitivo que se aplicarán entonces las disposiciones de este título, según lo indica el artículo 1815. La estipulación expresa se refiere pues a lo pactado sobre esta parte de los convenios en el contrato constitutivo de la emisión.

El artículo 1815 habla de la intervención de la respectiva institución fideicomisaria. Esta intervención es para el efecto a que se contraen los arts. 1811 y 1812 en cuanto a la intervención del Banco Central Hipotecario. Las funciones que a éste le recomiendan dichos artículos, serán ejecutados, tratándose de inversiones anteriores al Código y respecto a los cuales no ha habido estipulación expresa en el contrato constitutivo de la emisión respecto a los convenios de que ahora tratamos por la respectiva institución fideicomisaria, pues, como en estos casos, rige lo ordenado en el artículo 1809 y siguientes es indispensable la intervención del fideicomisario según lo indicado en dichos preceptos.

Para comprender esta referencia a la respectiva institución fideicomisaria, hay que recordar que antes de la ley 6126, se había autorizado el establecimiento del Banco Hipotecario, para operaciones como ofertas, la que ahora se trata (Ley de 2 de Enero de 1889). Con la ley 6126 de 25 de Julio de 1929, sólo el Banco Central Hipotecario puede llevar a cabo la revisión, indicándose en el artículo 64 de esta ley que el precitado Banco podrá substituir a los Bancos Hipotecarios que anteriormente a la ley 6126, podían intervenir con relación a las operaciones sobre emisión de bonos que ahora nos ocupamos. Para el caso, pues, de que no se haya verificado tal substitución, el Banco que con anterioridad intervino en una operación de tal clase, seguirá actuando como la respectiva institución fideicomisaria de que habla el artículo 1815, para los efectos que hemos manifestado, de acuerdo a la interpretación que hemos hecho sobre el sentido y alcances del mismo.

CUESTIONES COMPLEMENTARIAS

La transferencia del título al portador, que tiene lugar *traditio brevi manu*, lleva consigo los accesorios al derecho incorporado al título: *accessio sequit principale*. Con la transferencia, pues, se trasmite los intereses y dividendos, en su caso, y las seguridades que garantizan al título. Tratándose del bono hipotecario se presenta la dificultad de que la hipoteca debe constituirse indicándose expresamente la persona del acreedor; lo que

no es posible en el momento de la emisión del título al portador, por la naturaleza de esta obligación, "ambulatoria activa", como se la ha llamado. Esa dificultad sólo puede salvarse mediante la indicación de que la hipoteca se constituya en favor del acreedor o acreedores que sean los primeros tomadores del título, de tal modo que los otros tomadores posteriores tengan con el transferente el carácter de acreedores hipotecarios. La inscripción, pues, se hará no al nombre de alguna persona, sino impersonalmente a favor del portador del título (Callegari). El Código en el art. 1014 se refiere a la hipoteca constituida para garantizar títulos transmisibles por endoso o al portador.

TITULO II

DE LA PROMESA DE RECOMPENSA (art. 891 a 897).

Art. 1816.—“El que por medio de anuncios públicos prometa recompensar a quien ejecute determinado acto, contrae la obligación de cumplir lo prometido”.

Referencias: Código suizo, 8; brasileiro, 1512; turco, 8; italiano, 1989; alemán, 657.

La promesa de recompensa comporta una obligación por voluntad unilateral, pues la simple declaración del promitente es la que origina la obligación, sin que vaya dirigida a buscar una aceptación de parte de un promisario determinado. No hay el clásico "concurso de voluntades". La oferta tiene un carácter público, vale decir, que se hace para acreedor indeterminado; éste sólo viene a determinarse posteriormente, cuando el tercero se presenta al promitente reclamando la recompensa, por haber realizado el acto predeterminado.

Como la ejecución la obligación del promitente sólo tiene lugar cuando el tercero se presenta, y así éste no haya obrado por el interés de la promesa, no puede verse en la promesa una oferta en mira de una futura formación de un contrato.

Por consecuencia, es fácil no confundir la promesa pública de recompensa con la promesa de donación condicionada, pues en ésta última se trata de un contrato (Planck).

La ley auspicia esta clase de declaraciones de voluntad por el fin laudable que en general comportan, como premio, retribución y estímulo a un esfuerzo meritorio. Esos fines suelen ser diferentes "Vá de sí empero que el fin de la promesa debe ser uno permitido (lícito), y especialmente que no ha de chocar contra las buenas costumbres" (Staudinger). Se puede citar algunos casos en que incide el compromiso de pública recompensa. Así, por hallazgo y entrega de cosas perdidas, por acción de facilitación de ciertos procedimientos judiciales o policiales (denuncia de un delincuente), por descubrimiento o invención de orden científico o de carácter industrial o comercial, realización de ciertos resultados en materia deportiva, ejecución de trabajos artísticos.

Puede también consistir la condición propuesta en una manera determinada de comportarse, en un género de conducta, y puede consistir también en una abstención u omisión. "La pública promesa puede hacerse no sólo para provocar el acto sino también para demostrar que no puede realizarse, por ejemplo uno promete 100 marcos al que le venza en un combate en la pista del circo o aquél a quien no dé resultado un determinado medicamento. No es raro que estas promesas, propias de charlatanes, sean declaradas ineficaces por los tribunales, fundándose en su falta de seriedad. En mi opinión, según el C. c., esta solución sólo procede en casos especialísimos, pues cuando, como es corriente, hay en ello una especulación a expensas de la falta de ilustración (del vulgo, no puede decirse que la declaración haya sido emitida en la esperanza de que no se desconocerá la falta de seriedad; sólo cuando ocurra esto será nula la declaración de voluntad que el declarante no concibió en serio (118), siendo válida en todos los demás casos por razón de reserva mental (116). Son nulas naturalmente las públicas promesas que choquen contra una prohibición legal o contra las buenas costumbres". (Enneccerus).

Como toda declaración de voluntad, la de promesa de pública recompensa debe reunir los requisitos que son propios de aquélla. Luego, debe producirse exenta de vicios en el consentimiento y debe emanar de persona capaz para obligarse. Una promesa hecha para finalidad ilícita no podría tampoco valer. (Windscheid).

Según lo destaca Warneyer, las exigencias para la validez de la promesa, como acto jurídico que es, no sufren ablación alguna por la circunstancia de que el promitente haya hecho renuncia anticipada al derecho de revocar la promesa, que es el caso previsto en el apartado segundo del art. 1818.

La acción de impugnación, incoable por el promitente, será dirigida contra el que haya comenzado a ejecutar el hecho a que la promesa se refiere. Pero también puede producirse antes, para evitar que alguna persona se decida a ejecutarlo o continúe en su propósito en tal sentido, y entonces como el promitente puede desconocer esta circunstancia, o sea, quién o quiénes estén en la situación antes referida, puede el promitente en vista de tal supuesto impugnar la promesa que ha ofrecido, mediante una indicación en que, mediante un anuncio público de igual forma que la promesa, haga tal impugnación. (Planck).

En cuanto a las cualidades personales del tercero, no tienen por qué tomarse en cuenta para la validez de la promesa, (por ejemplo la idoneidad de la persona), salvo lo que sobre el particular se indique en el mismo anuncio, ya que éste determina las condiciones para exigibilidad de la promesa. "El titular del derecho correspondiente puede ser un incapaz, por lo mismo que no conviene ni contrata". (Colmo).

Como característica propia de la promesa de recompensa, ella debe hacerse públicamente. La expresión "anuncios públicos" que usa el artículo debe, pues, entenderse en sentido amplio. Así, la promesa puede hacerse por medio de inserciones en periódicos, fijación de carteles, u oralmente pero de modo que pueda llegar a conocimiento de un indeterminado número de personas, siendo indiferente que la promesa se haya dirigido a todos o sólo a una determinada categoría de personas. (Enneccerus).

Art. 1817.—"Cualquiera que realice el acto puede exigir la recompensa prometida".

Referencias: Código alemán art. 657; brasileiro, 1513.

Con respecto al art. 1513 del Código brasileiro, escribe Bevilacqua: "La promesa hecha con publicidad es dirigida indeterminadamente a cualquiera persona. Desde que se presente aquél que fué públicamente solicitado, el promitente vinculado por su promesa ha de aceptar la presentación y satisfacer lo que prometió. No es necesario que el servicio haya sido realizado en interés de la recompensa. Basta que corresponda a las condiciones de anuncio, a no ser que el promitente de modo expreso haya exigido un acto que se realice por causa de su solicitud. La persona que hace el servicio o satisface las condiciones estipuladas, adquiere el derecho a la pertinente acción para exigir la recompensa prometida".

El temperamento de que se deba la recompensa aunque no se haya obrado en consideración a ella, evita dificultades en cuanto a demostrar si se obró por tal consideración o con prescindencia de la misma. Desde que no se trata de una obligación contractual, la conjunción de voluntades no es necesaria: el tercero puede, pues, haber obrado sin haber tomado en cuenta la promesa. Al autor de ésta no le interesa quién venga a ser el beneficiario de la misma, desde que su oferta es *cum incerta persona*; le interesa sólo el acto o condición a realizar. Luego, cualquiera que se halle en la situación prevista en el anuncio, viene a ser acreedor de la promesa. El temperamento es el adoptado, además de por el Código brasileiro, por el alemán (art. 657). En cambio el derecho inglés es de parecer distinto: el tercero que no obra en vista de la promesa, no tiene derecho a ésta (Jenks). Sitúa así la apreciación de la cuestión en un punto de vista subjetivo, y no objetivo. Pero la promesa pública no se hace *intuito personae*; así, no es acertado apreciar el motivo por el cual obró el tercero, y no apreciar la génesis de la obligación en la declaración de la promesa, en la cual declaración estaba ausente toda determinación anticipada de persona acreedora, y por lo tanto el móvil que inspirara a la misma.

Por otra parte, en lo que se refiere al recompensante, no es necesario averiguar en razón de qué interés ha procedido al ofrecer la recompensa. (Staudinger); no es necesario que tenga un interés personal en cuanto a la realización del hecho que origine el pago de la recompensa prometida.

La recompensa puede consistir en dinero (que es lo común); pero también puede consistir en otra cosa y aún en una de carácter puramente ideal, ejemplo un diploma (Staudinger).

En general, para determinar cuándo se tiene derecho a la recompensa se estará en lo posible a lo que se haya determinado sobre el caso, especialmente en el anuncio respectivo, por el promitente. En otro caso, la cuestión se decidirá judicialmente, si hubiera divergencia acerca de si el reclamante ha cumplido efectivamente con las condiciones fijadas respecto al derecho a la promesa.

Sería de manifestar que el artículo 1817 no es sino una confirmación del 1816; el último de los citados declarando la obligación y el primero el derecho correlativo. Los dos artículos podían formar uno sólo, conforme al modelo del artículo 657 del Código alemán.

Art. 1818.—“La promesa pública de recompensa podrá retirarse antes de la ejecución del actor; pero la retractación sólo producirá efecto cuando se hiciere del mismo modo que la promesa.

Podrá el promitente renunciar anticipadamente al derecho de revocar la promesa.

La fijación de un plazo para ejecutar el acto implica la renuncia de revocar la oferta durante dicho plazo”.

Referencias: Código alemán, art. 658; brasilero, 1514; italiano, 1989, segunda parte, 1890.

La ejecución del acto o la realización de la condición indicada en la promesa, determinan la persona acreedora; antes, nadie puede considerarse teniendo derecho a ella. Luego, hasta tal ejecución del acto o tal realización de la condición de la promesa, puede ser retirada. Esta solución, sin embargo, es criticable. “Si

se quiere dar seguridad al público, lo que es indispensable, precisa que toda persona que emprenda trabajos en vista de la recompensa pueda contar con que ésta le sea debida si tiene éxito" (Demogue).

Los Códigos de Tunes (art. 20) y de Marruecos (art. 17) prescriben que la promesa no es revocable después que se ha comenzado la ejecución del acto previsto en aquélla. El Código alemán, seguido por el brasilero y también por el suizo, permiten la revocación de la promesa antes de la ejecución del acto, porque consideran que el promitente se ha obligado bajo la condición de que se llegue a ejecutar el acto, de modo que hasta entonces el vínculo obligacional no se perfecciona, o en otros términos, la promesa aún le pertenece al promitente y, por lo tanto, puede retirarla.

El art. 1818 del Código Nacional siguiendo el anterior criterio, hace revocable en principio las promesas hasta la ejecución del acto; la excepción es la contenida en los apartados segundos y tercero del artículo 1818.

La promesa es retirable, pues, tenga o no conocimiento el promitente de los preparativos o esfuerzos que haya comenzado a realizar cualquiera persona; sólo con la ejecución misma del acto cesa el derecho de revocar la promesa. Según el Código Italiano (art. 1990) hay una limitación a la facultad de retirar la promesa antes de la ejecución del acto, pues tal retiro sólo es procedente "por justa causa"; pero de otro lado, la determinación de un plazo judicial a falta de uno convencional para la obligatoriedad de la promesa, no impide que pueda ser retirada antes del vencimiento de dicho plazo.

Como en el caso de la oferta a persona determinada (art. 1330), no hay obstáculo alguno para que el promitente se obligue a mantener la oferta. Pero este mantenimiento debe subsistir durante un plazo; no puede ser indefinido. Si hay plazo señalado, no existe dificultad al respecto; si no lo hay (y no existiendo plazo legal) puede tomarse en cuenta un plazo moral, que el juez

apreciará según las circunstancias, o deberá regir el plazo de prescripción común.

El art. 1989, segundo acápite del Código italiano fija un plazo legal a falta de uno convencional, o cuando tal plazo no resulta "de la naturaleza o del fin" de la promesa.

Señalar un plazo legal parece poco aconsejable, por la variedad de casos que pueden ofrecer los actos a que se contraigan las promesas, que exigirán para su ejecución períodos de tiempo sensiblemente variables. Hacer que venga a imperar un plazo que judicialmente se determina parece peligroso, porque puede dar cabida a la arbitrariedad. Preferible parece ser, pues, la aplicación del plazo de prescripción común; guardando esta solución analogía con la concerniente a la promesa de *incundo contractu*.

En cuanto a la indicación contenida en el segundo apartado del art. 1818, se explica por sí misma, pues como se trata de un derecho de orden privado es perfectamente renunciable.

En caso de revocación de la promesa, ¿el promitente debe indemnizar al tercero por los gastos que haya efectuado en mira de la ejecución del acto indicado en la promesa? El caso ha sido contemplado en el Código suizo, en su artículo 8, segunda parte, y resuelto en sentido afirmativo. Dice tal disposición que el promitente indemnizará los gastos hechos de buena fé, hasta lo concurrencia de lo prometido, a menos que pruebe que el resultado esperado no habría sido obtenido. La jurisprudencia ha extendido la responsabilidad a una indemnización por las diligencias o trabajos personales efectuados (Rossel). Es un caso de apreciación de *negative Vertragsinteresse*.

Se objeta a la anterior solución con las siguientes observaciones: 1.°, si se reconoce expresamente el derecho en el promitente de retractarse de la realización de la prestación, si no hubo plazo fijado, no se le puede imponer una pena civil por usar de su derecho; 2.°, no habiendo existido promesa a persona determinada, no tiene porque alguno juzgarse con derecho a daños y perjuicios por incumplimiento de lo prometido; 3.°, el vínculo obligacional sólo es definitivo por la ejecución del acto a que se contrae la promesa; antes no hay, pues, causa para originar una responsabilidad de parte del promitente; 4.°, el número de perso-

nas que podían reclamar por daños y perjuicios vendría a ser indeterminado, de donde resultaría la responsabilidad del promitente sin límites precisables; lo que es notoriamente absurdo; pues el promitente sólo quiso resultar obligado frente a una persona, y quedaría responsable frente a un número no determinable de sujetos (Bevilaqua).

Entre los comentaristas del B. G. B., Staudinger así como Oertmann han manifestado su modo de pensar sobre el particular, indicando que no cabe hacer valer una reclamación por perjuicios contra el revocante, salvo el caso, por excepción, de que hubiese procedido dolosamente o de que hubiese tenido conocimiento de la imposibilidad de la ejecución del hecho señalado como originante de la obligación prometida.

La retractación debe hacerse en la misma forma que fué hecha la promesa, advierte la disposición 1818. Esta es una garantía frente a los terceros, para que puedan llegar a su conocimiento la revocación de lo prometido. En consecuencia, la revocación debe ser expresa y pública.

Como cualquiera otra declaración de voluntad, la incapacidad sobreviniente a la muerte del autor de la promesa no afecta a ésta. Y aún más, en este caso no podría de manera alguna inferirse la caducidad de la promesa por tal circunstancia, ya que la revocación se ha de hacer del mismo modo que la promesa. Los representantes del promitente devenido incapaz, o los herederos del promitente fallecido, deberán pues si quieren revocar la promesa de su representado o causante, proceder a esa revocación en los casos en que conforme al artículo 1818 proceda y en la forma ahí indicada.

Según explica Enneccerus, "cabe también impugnar la promesa pública fundándose en la intimidación, engaño o error, pero dado el carácter revocable de la promesa, la impugnación sólo tiene importancia práctica cuando el acto ha sido ejecutado ya o cuando se ha renunciado a la facultad de revocar. En este último caso hay que admitir (de acuerdo con PLANCK 657,

2a.) que la impugnación puede hacerse no sólo por medio de notificación judicial pública (132 ap. 2) sino también de cualquier otra manera pública”.

Art. 1819.—“Si el hecho por el cual se prometió la recompensa se hubiera ejecutado por varios, tendrá derecho a percibirla el que primero realizó la ejecución.

Si el acto fué ejecutado simultáneamente, cada uno recibirá una parte igual de recompensa. Si la recompensa no es divisible, o si según el tenor de la promesa hubiera de obtenerlo uno sólo, lo decidirá la suerte”.

Art. 1820.—“Si varias personas hubieran cooperado al objeto por el cual se prometió la recompensa, deberá el promitente distribuir la recompensa entre todas, teniendo en cuenta la equidad de la distribución.

Si alguno de los interesados en la recompensa impugnare la distribución acordada por el promitente, podrá éste suspender la distribución hasta que los interesados arreglen entre sí las diferencias suscitadas. Cualquiera de ellos puede pedir que se deposite la recompensa a nombre de todos.

Será aplicable, en su caso, lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo anterior”.

Referencias: Código alemán, artículos 659 y 660; brasilero, 1515; italiano 1991.

Lo que determina la exigibilidad de la recompensa es la ejecución del acto solicitado. Es el acto ejecutado el que determina el derecho del acreedor, como dice Köhler, En consecuencia, al

que primero realizó la ejecución corresponde la recompensa, como indica el primer apartado del artículo 1819. No interesa para hacer surgir el derecho, la comunicación al obligado, de la ejecución del acto (que es la solución adoptada por el art. 1991 del Código italiano), puesto que la promesa es en cuanto a su obligatoriedad independiente del concurso de voluntades. Es una declaración de voluntad unilateral que por sí obliga al declarante frente al acreedor, que resulta por la ejecución del acto solicitado. Desde el momento en que el acto se ejecuta surge, pues, el derecho para su autor; la comunicación de tal circunstancia al deudor no imprime carácter al derecho, desde que éste ya se había constituido con la ejecución del acto.

De consiguiente, si varios han ejecutado el acto, el primer ejecutor es el acreedor. El segundo y los subsiguientes ejecutores no pueden reclamar, porque al ejecutar el acto ya se había extinguido la obligación del promitente, al quedar obligado frente al primer ejecutor, ya que la promesa ofrecida lleva consigo que su autor pagará sólo una vez la recompensa.

De lo anterior se desprende que no es preciso que al hacerse la declaración a que se contrae la promesa, se diga expresamente que el promitente pagará una sola vez y al primer ejecutor del acto solicitado. Esto se sobreentiende *ex lege*.

Quien reclame para sí la recompensa invocando la circunstancia a que se contrae el primer apartado del art. 1819, deberá probar tal circunstancia, o sea que ha sido el primero en ejecutar el hecho por el cual se prometió la recompensa.

Si la persona que así tiene derecho a la recompensa no hace valer su pretensión en tal sentido, o la misma caduca por renuncia de su titular, esto no puede dar pábulo para que otra persona que venga también a ejecutar el hecho (posteriormente), puede reclamar la recompensa (Planck). El derecho sólo pertenece a quien ejecutó primero el hecho, y lo demás ejecutores no son concesionarios de aquél.

Indica el artículo 1820 que si el acto fuera ejecutado simultáneamente por varios, cada uno percibirá una parte igual de la recompensa. Como el promitente debe pagar una sólo vez y como todos los ejecutores del acto tienen derecho igual a la recom-

pensa, por la simultaneidad en la ejecución, la solución justa es la de que la recompensa se divida por iguales partes entre los acreedores. La ejecución para que dé derecho a la recompensa, debe llenar las condiciones previstas en el anuncio y, así, todas las ejecuciones se hallan desde este punto de vista en igualdad de apreciación. La división de la recompensa sólo puede hacerse, pues, por iguales partes. La obligación viene de este modo a convertirse en una mancomunada, a la que se aplica el principio de *concurso partes fiunt*.

Por lo demás, en toda esta materia se tendrá en cuenta lo que hubiese indicado el promitente al hacer la promesa pública; pues las disposiciones del art. 659 del Código Civil alemán (de que es reproducción del 1819 del Código patrio) son meramente supletorias. (Warneyer).

La demanda por el pago en este caso del art. 1820, puede incoarse por cualquiera de las personas con derecho a participar en la recompensa. Oertmann se refiere al caso de muerte del promitente o que devenga incapaz, correspondiendo entonces la distribución prevista en el primer apartado del precepto a sus herederos o sus representantes legales. Si son varias las personas que deben intervenir en la determinación de la distribución de la recompensa, ha de conseguirse una decisión uniforme, y si esto no es posible, la fijación se hará por decisión judicial.

Si la prestación fuera indivisible, o si según el tenor de la promesa debiera de obtenerla uno sólo, lo decidirá la suerte, agrega el art. 1819,

El hecho de que la prestación sea indivisible o de que deba ser obtenida por una sólo persona a tenor de la promesa, no debe afectar la situación jurídica existente. Si la prestación es indivisible, hay la imposibilidad material de que ella puede ser dada por partes viriles a los varios acreedores. Y si a tenor de la promesa la recompensa deberá obtenerla un sólo sujeto, el promitente lo único que querrá con ello es dejar explícita constancia de que sólo se obliga a pagar una vez y de que quiere entenderse

con un sólo acreedor. Entonces, en lo que respecta al deudor la prestación sólo le puede ser exigida por el todo. Pero cada uno de los varios acreedores no tiene porque ver arrebatado su derecho, que le corresponde dentro de lo establecido como principio normativo en este punto en el apartado segundo del artículo 1819. El deudor pagará la recompensa totalmente a uno de los acreedores; pero este deberá responder ante los demás acreedores por la parte que a prorrata corresponda a cada uno. Es decir, que debería aplicarse en este punto la disciplina que es propia de las obligaciones indivisibles.

Más, no es tal la solución del tercer apartado del art. 1819, toda vez que en las hipótesis mencionadas, la indivisibilidad de la recompensa y la indicación impartida por el promitente de que una sola persona reciba la promesa íntegramente, ésta última será obtenida por aquél a quien favorezca la suerte. Es decir, que sólo en el caso de que la promesa consista en una prestación divisible y nada se haya dicho por el promitente, se procederá a la distribución a que se contrae el segundo apartado del art. 1819.

En cuanto al artículo 1820 debe hacerse destacar que la distribución por obra del promitente, teniendo equitativamente en cuenta la parte que cada persona haya tenido en el resultado, como advierte sagazmente el artículo 660 del Código alemán, sólo tendrá lugar si los interesados se conforman a ella. “La partición—dice el mismo artículo del Código alemán— no es obligatoria cuando es notoriamente contraria a la equidad; en tal caso la distribución se hace por decisión judicial”. Esto también debe entenderse que resulta del segundo apartado del artículo 1820 del Código nacional, aunque no haya suficiente precisión en cuanto a tal punto.

La consignación que preve la última parte del segundo párrafo del artículo 1820 (que impropriamente habla de depósito de la recompensa), se regirá por las reglas contenidas en el artículo 1258 y siguientes.

Art. 1821.—“La recompensa prometida como premio de un concurso no será válida sino cuando el anuncio fija un plazo para la ejecución.

La cuestión relativa a determinar si un concurrente ha satisfecho las condiciones del concurso, o cual de los concurrentes merece la preferencia, se decidirá por persona designada en la promesa, y a falta de esta designación, por el mismo promitente, siendo obligatoria en ambos casos la decisión.

Cuando todos los concurrentes tuvieran el mismo mérito, se adjudicará la recompensa con sujeción a lo dispuesto en el segundo o tercer párrafo del art. 1819”.

Art. 1822.—“El promitente sólo podrá exigir la propiedad de la obra premiada cuando haya estipulado esta condición en la promesa”.

Referencias: Código alemán, art. 661; brasilero, 1516, y 1517.

El caso atendido por el artículo 1821 es una variedad de la promesa de recompensa, con sus particularidades propias. El legislador la trata especialmente porque la realización del acto a que se contrae la invitación por un concurso, presupone un esfuerzo de diligencia, preparación profesional o conocimientos técnicos, que la distinguen de la realización de cualquier otro acto referible en general a la promesa pública de recompensa.

El expresado concurso como premio a que se contrae el art. 1821, se distingue de la promesa pública corriente en que sólo se promete a aquellos que aspiren al premio y en que la decisión no se produce por la sólo prestación del aspirante, sino sólo en méritos de la adjudicación del premio,

Por la naturaleza del caso a que se contrae el artículo 1821, es indispensable que cada aspirante formule su respectiva solicitud explícitamente acerca del premio, mediante la realización del hecho preindicado; y del mismo carácter del caso se deduce que

dicho hecho permite que él sea realizable por varias personas. (Planck). El propio promitente puede pretender la promesa pero sólo en el caso a que se contrae el 1821, cuando se haya estipulado ésta condición en la promesa o el anuncio.

La decisión puede ser ya a favor de determinado concursante o de varios (caso previsto en el segundo apartado) o en el sentido de que ninguno es merecedor del premio (Planck). La decisión se producirá mediante la respectiva declaración del encargado para ella, sin que sea necesario una declaración de carácter recepticio (Staudinger).

A semejanza del caso contemplado en el artículo 1820, que habla de que se tome en cuenta la equidad en la distribución; aquí tratándose del premio por concurso ocurrirá lo mismo, porque aunque el artículo 1821 no habla de tal equidad en cuanto a la distribución, el último párrafo se remite al apartado segundo del art. 1820 que permite impugnar la distribución de la recompensa, precisamente por falta de equidad. Discrepamos, así, de la opinión de los comentaristas del Código alemán; pero es que el artículo 661 de éste no contiene una remisión al 660, como ocurre con el artículo 1821 de nuestro Código respecto al 1820.

En cambio sí sería procedente una acción de impugnación basada en procedimientos dolosos: un plagio, o por causa de error; acción ésta que corresponderá al promitente. (Staudinger).

Es conveniente, es de utilidad social, rodear los servicios que supone el artículo 1821, (artísticos, literarios, científicos) por la propia excelencia de su carácter, de determinadas garantías en interés de los mismos. De aquí que dicho precepto exija necesariamente la fijación de un plazo en el anuncio; lo que confiere a la promesa un carácter irrevocable, a tenor de lo mandado en el tercer apartado del artículo 1818. Por la misma razón, han de indicarse las reglas para que no haya dudas acerca de la forma en que ha de hacerse la decisión; y de aquí también que se remarque que es obligatoria la decisión, o como con más precisión establecen los Códigos alemán y brasileiro, que la decisión es obligatoria para los interesados; esto es, para los concursantes y para el promitente.

En cuanto al artículo 1822 se justifica considerando que "si el promitente no estipula en el anuncio que el premio prometido será precio de la obra, se entenderá simplemente que es un estímulo desinteresado en favor de la ciencia o del arte o una recompensa al esfuerzo desplegado. No se presume la alienación de la propiedad de la obra, que contiene un doble valor, el económico y el espiritual". (Bevilaqua).

Enneccerus, comentando el apartado cuarto del art. 661 del Código alemán, escribe: "la obra hecha a consecuencia de la pública promesa, por ejemplo una obra artística, un trabajo científico o un invento, sólo tiene que transmitirse al promitente si así se determinó en la promesa pública, lo cual por lo demás a veces puede resultar, aún sin determinación expresa, del contenido o de la finalidad de la promesa pública".

JOSÉ LEÓN BARANDIARÁN.
