

Teoría General de los Contratos

LOS CONTRATOS (*)

Sección Primera

DISPOSICIONES GENERALES

Por JORGE EUGENIO CASTAÑEDA

Catedrático Principal

CAPITULO III

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL CONTRATO

También existen los curadores especiales que, en principio, no tienen facultades para celebrar contratos de enajenación ni a título oneroso, sino mediante el cumplimiento de determinadas formalidades habilitantes (licencia judicial: arts. 1337 y ss. cód. de proc. civ.).

En algunos casos, se tiene en cuenta que el menor se hace pasar dolosamente por mayor de edad. Esto lo hará responsable por acto ilícito; (art. 513, § 2º cód. civ.); según el art. 515 responde si tiene discernimiento y lo tendrá si se acredita que cometió dolo y es mayor de 16 años.

Los contratos celebrados con los menores de 21 pero mayores de 16 años (incapaces relativos), no siempre son anulables, si se comprueba que los contratos que hubieren celebrado no les significa una pérdida apreciable.

En algunos casos, se comprueba que el menor se hace pasar dolosamente por mayor de edad. Esto lo hará responsable por

(*) La primera parte fue publicada en esta Revista, Año XXVIII - Nos. II - III, 1964.

acto ilícito; según el art. 515 responde si tiene discernimiento y lo tendrá si se acredita que cometió dolo.

Asimismo, el menor de 21 pero mayor de 16 años, puede ser autorizado para ejercer una industria, según el art. 514 del cód. civ. Por tanto, los contratos que ultime en este ejercicio, son válidos y firmes.

La mujer casada es ahora plenamente capaz. Puede contratar libremente respecto de sus bienes propios (art. 172 cód. civ.). Puede enajenar a título oneroso los bienes reservados (art. 207 cód. civ.). La mujer obliga el patrimonio conyugal y los contratos que celebre serán válidos si los celebra para llenar las necesidades ordinarias del hogar —art. 169 cód. civ.—, debiendo el Poder Judicial decidir cuándo el contrato ha llenado las necesidades ordinarias del hogar. Por último, la mujer casada puede celebrar contratos de enajenación onerosa de los bienes comunes cuando asume la dirección y representación de la sociedad conyugal, en los casos señalados en el art. 174 del cód. civ. La mujer comerciante obliga siempre a los bienes comunes, no obstante no asumir la dirección de la sociedad conyugal (art. 10 cód. de comercio).

En cuanto a los contratos celebrados por un menor de 21 pero mayor de 16 años, también debe consultarse la doctrina del art. 513 del cód. civ., el cual refiriéndose al precepto anterior que prevé que el menor que tiene más de 16 años puede contraer una obligación (por ej., contractual), siempre que el tutor autorice el contrato expresa o tácitamente, o, por lo menos, lo ratifique, declara que si el tutor no ratificara, queda obligado el menor a la restitución de la suma que se hubiere convertido en su provecho; y si el menor hubiere cometido dolo responderá de los daños y perjuicios que causare a tercero (por hecho ilícito).

Esta solución debe observarse igualmente cuando se trata de aquellas incapacidades que como la de los pródigos, malos gestores y ebrios habituales, sólo dan lugar a la anulabilidad del contrato. Esta nulidad relativa no puede dar lugar a que el incapaz se enriquezca.

Más fuerte es todavía la solución legislativa contenida en el art. 1129 del cód. civ., por el cual si de parte del incapaz hubiere existido dolo para inducir a la otra parte a la celebración del contrato, “ni él, ni sus herederos o cesionarios, podrán alegar la nulidad”.

También debe observarse lo dispuesto en el art. 1130 del cód. civ., que reza: “ninguno podrá repetir lo que pagó a un in-

capaz, en virtud de una obligación anulada, sino en la parte que se hubiere convertido en su provecho". Una aplicación restringida de esta doctrina la encontramos en el art. 1575 cód. civ., en cuanto dispone que no hay acción civil para demandar el pago de lo que se da en mutuo a persona incapaz de celebrar este contrato; pero que cesa esta prohibición cuando el incapaz celebró el mutuo para atender a su alimentación. Asimismo, en el 2º apartado del art. 1605 del cód. civ., se dice que la persona capaz que es depositaria de los bienes de un incapaz, queda sujeta a todas las obligaciones del contrato de depósito.

Los contratos susceptibles de ser anulados por incapacidad de una de las partes pueden ser asegurados con una fianza, ya que conforme al art. 1792 del cód. civ., la fianza subsistirá aunque se anule el contrato para el incapaz fiado (incapaz relativo).

Es necesario tener en cuenta la disposición del art. 575 del cód. civ., que previene:

"Se dará curador, conforme a las reglas de este título, al que por causa de debilidad senil está incapacitado para dirigir acertadamente sus negocios".

Se trata de dispositivo que se encuentra al final del título II, que el código denomina "De la curatela de los débiles mentales, de los que adolecen de enfermedad mental y de los sordo-mudos". Su campo de acción se encuentra dentro de los testamentos; y se pretende aplicarlo pese a que el notario ha dado fe de la capacidad del testador y de que su incapacidad no se encuentra inscrita en el Registro Personal y menos aún, ha sido declarado interdicto y no tiene curador (arts. 1073 y 556 cód. civ.).

No obstante que la incapacidad de uno de los contratantes daría lugar a la nulidad o anulabilidad del contrato, según fuere absoluta o relativa la incapacidad, los contratos celebrados por los menores de edad siempre que fueren incapaces relativos no son en todo caso anulables, si el menor procedió dolosamente. En el cód. civ. de Italia de 1942, tenemos a este respecto, el 1426:

"Engaños usados por el menor.— El contrato no será anulable si el menor hubiere ocultado mediante engaños su minoridad; pero la simple declaración hecha por él de ser mayor de edad no será obstáculo para la impugnación del contrato".

Y declarada la anulación del contrato, los efectos contra el incapaz (que no es sólo el menor de edad), los señala el cód. italiano en su art. 1443:

“Repetición contra el contratante incapaz.— Si el contrato se anulara por incapacidad de uno de los contratantes, éste no estará obligado a restituir al otro la prestación recibida sino dentro de los límites en que le hubiese resultado beneficiosa”.

La declaración de anulabilidad no perjudica a los terceros, en el derecho italiano. Esta es también nuestra solución. Sin embargo, anotada preventivamente la demanda de anulabilidad antes de que el tercero adquiera derechos del demandado, la sentencia firme que se dicte producirá efectos contra el tercero que contrató a sabiendas de la anotación registral, sea adquiriendo onerosamente el inmueble, sea gravándolo a su favor. El 1445 del cód. de Italia dice:

“Efectos de la anulación respecto de terceros.— La anulación que no dependa de una incapacidad legal no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros de buena fe, salvo los efectos de la transcripción de la demanda de anulación.

La transcripción de la demanda es nuestra anotación preventiva de la demanda, que autoriza el inc. 8º del art. 1042 del cód. civ.

Por regla general, son válidos e inimpugnables los contratos que hubiere otorgado el pródigo, el mal gestor y el ebrio habitual. Todos ellos son incapaces susceptibles de ser declarados en interdicción y sometidos a curatela.

Sin embargo, deberá declararse la anulabilidad de los contratos celebrados por estos incapaces relativos, si está inscrita su incapacidad en el Registro Personal, conforme al inc. 1º del art. 1069 del cód. civ., porque la no inscripción no puede perjudicar a quienes contrataron con estos incapaces, conforme al art. 1073 del cód. civ.

Sin embargo, el art. 580 del cód. civ. declara: “Los actos anteriores a la demanda de declaración de prodigalidad no podrán ser impugnados por esta causa”. Consideramos que también no pueden ser impugnados los actos posteriores a la demanda de prodigalidad, si no existe inscripción registral. Adviértase que se puede pedir la anotación preventiva de la demanda de declaración judicial de prodigalidad y es claro que dicha anotación habría de servir de advertencia a quien contrata con el pródigo.

La misma doctrina se observa con respecto a los malos gestores y ebrios habituales, de acuerdo con el art. 586, instalado en el título que se ocupa de la curatela de los que incurren en

mala gestión y de los ebrios, que dice: "Estas curatelas se rigen por lo dispuesto en el título anterior".

Asimismo, la anulabilidad de los contratos celebrados por pródigos, malos gestores y ebrios habituales no sería declarada, si los contratos que hubieren celebrado no importan ninguna lesión para su patrimonio; y serían responsables de la indemnización de daños y perjuicios si estos incapaces procedieron dolosamente, a fin de decidir a su cocontratante a la celebración del contrato.

Hay también incapacidades especiales. Así, la del quebrado. Este queda de pleno derecho desposeído de sus bienes desde la fecha del auto de declaración de falencia. Véase arts. 43, 44 y 69 de la ley procesal de quiebras N° 7566, de 2 de agosto de 1932.

Por tanto, son nulos los contratos que hubiere celebrado el fallido con posterioridad a la declaración de quiebra. El art. 44 de la ley procesal si bien declara que el desapoderamiento no transfiere la propiedad de los bienes del fallido a sus acreedores, priva al quebrado de la facultad de disponer de dichos bienes. El quebrado es un incapaz que no puede comparecer en juicio (art. 45 de la ley 7566). Sin embargo, la ley civil no determina si es incapaz absoluto o incapaz relativo, ya que de ello se seguiría si el contrato que celebra con posterioridad a la declaración de su quiebra, es nulo o anulable. El art. 70 de la ley especial dice que el fallido no cae en interdicción y puede ejercer sus derechos civiles.

Si bien es verdad que con arreglo al art. 69 de la ley 7566, son nulos los contratos celebrados por el fallido después de declarada la quiebra, aunque ésta no se hubiere incrito en el Registro de la Propiedad Inmueble (ahora, en el Registro Personal, según el inc. 4° del art. 1069 del cód. civ.), esta es una nulidad relativa, ya que prescribe en el término de un año (art. 79 de la ley 7566) y no afecta al tercer adquirente del inmueble a título oneroso (art. 73 de la ley 7566).

Otras incapacidades especiales se derivan también de disposiciones legales; ellas prohíben a tal o cual persona la aptitud para concertar determinado contrato. Así, están prohibidos los contratos entre esposos, según el art. 1339 del cód. civ. Sin embargo, la declaración del cód. fué objeto de reforma por la ley N° 9013, de 23 de noviembre de 1939, que establece la excepción de que los cónyuges pueden otorgarse entre sí, contratos de mandato.

Se encuentra prohibido todo contrato de venta o cesión del derecho hereditario de una persona que aún no ha fallecido. El art. 1338 del cód. civ. declara: "Se prohíbe todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha fallecido, o cuyo fallecimiento se ignora".

Y con respecto a la venta, el art. 1396 dice: "No puede venderse la herencia de una persona que vive, aunque ésta preste su consentimiento". Colateralmente, el art. 674 previene: "No hay aceptación ni renuncia de herencia futura".

En el derecho sucesorio existen ciertas incapacidades. V. g., las que relaciona el art. 691 del cód. civ., sobre quienes no pueden ser testigos testamentarios; se puede testar desde que se ha cumplido diez ocho años, pero no para otorgar testamento ológrafo (art. 682 cód. civ.); quien es mudo no puede testar por escritura pública (art. 683 cód. civ.); los ciegos y los analfabetos sólo pueden testar por escritura pública (art. 684 cód. civ.); incapacidades específicas para suceder a determinada persona se encuentra en el art. 665 cód. civ.

En lo que respecta al contrato de compra-venta, ciertas personas no pueden comprar por si o por medio de otro, determinados bienes (art. 1397 cód. civ.). Ciertamente, acusan incapacidad para adquirir bienes determinados.

20 b).—*La oferta obliga a quien la formula.*—Parece conveniente insistir sobre la obligatoriedad de la oferta o policitud, aún cuando la aceptación no se hubiere todavía producido. Ahora, se acepta, asimismo, la fuerza obligatoria que tiene la simple emisión de la voluntad unilateral. Es claro que la oferta en caso de ser aceptada por aquel a quien va dirigida importa la celebración del contrato, el perfeccionamiento de éste, en los casos de que se trate del llamado "contrato consensual", como ocurre con la compra-venta o con la locación-conducción. Empero, la aceptación de la oferta no genera el contrato en aquellos contratos que necesitan alguna formalidad especial (la escritura pública, la donación inmobiliaria, o el simple escrito, como en el contrato de fianza). Sin embargo, aún en estos últimos contratos la aceptación de la oferta obliga al peticitante u ofertante, pero como promitente.

Empero, aún cuando la aceptación no exista la oferta obliga al que la emite; tiene fuerza obligatoria. El art. 1330, inc. 1º del cód. civ. declara que la oferta deja de ser obligatoria si se hizo sin conceder ningún plazo a una persona presente, y no fué inmediatamente aceptada. Ello no obstante, puede ocurrir que la

oferta se haga a persona no presente, a la que no se le concede plazo para aceptar. En tal hipótesis el ofertante no está inmediatamente liberado si no se produce la aceptación, ya que deberá esperar para sentirse libre de su propuesta, que transcurra el tiempo suficiente para que llegue a sus manos la respuesta de la persona a quien dirigió la oferta; así lo declara el inc. 2º del art. 1330 del cód. civ.

Por tanto, la oferta tiene fuerza obligatoria. Y con mayor razón si el que debería aceptarla pidió que la formulara determinada persona.

Existen también supuestos en que la oferta debe ser mantenida si está subordinada a la efectuación preliminar de un contrato. Por ejemplo, *X* formula la oferta de prestar fianza por *U* a favor de *Y* para el caso de que éste proporcione un préstamo a *U*. Además, *X* conoce que para el otorgamiento del préstamo deben cumplirse determinados pre-requisitos. Es obvio que *X* se encuentra obligado a mantener su oferta por un término razonable, a fin de dar tiempo de que se cumplan dichos pre-requisitos, sobre todo, si así lo hizo saber *X* a *Y*.

Con mayor razón, si tanto *Y* como *U* han prestado su aceptación a la garantía ofrecida.

El peticitante no puede retirar su oferta en cualquier momento, sin comprometer su responsabilidad.

El § 145 del cód. civ. de Alemania declara:

“Quien propone a otro la conclusión de un contrato está vinculado a la oferta, a no ser que haya excluido la vinculación”.

Esta es también la doctrina del nuevo cód. civ. peruano, como se verá más adelante. Quien formula la oferta se vincula por el ofrecimiento que hubiere hecho, a menos que haya excluido este lazo obligatorio.

Si quien emite la oferta o peticitación la viola, la desconoce, incurre en culpa, que se denomina culpa pre-contractual o *culpa in contrahendo*, que es distinta de la culpa contractual y de la culpa que se comete en los actos ilícitos.

La doctrina de la culpa *in contrahendo* quiere decir la doctrina de la culpa al concluir el contrato.

J. W. HEDEMANN (22 *quatourvicies* -a-) expresa que Ihering es el que desarrolló la responsabilidad en el estadio de los tratos preliminares del contrato. Agrega que en los momentos que pre-

(22 *quatourvicies* -a-) En D. de obligaciones, vol. III, Editorial Rev. de D. Privado, Madrid, 1958, § 19, Nº V, p. 164 y ss.

ceden al contrato, quienes adoptan posiciones contrapuestas, han de observar un respeto recíproco, han de hacer todo lo que sea posible para evitar que la otra parte sea inducida a un lance erróneo, que es de antemano conocido por uno de los contratantes, han de "manifestar" lo que para el otro contratante pudiera ser una trampa.

Y en cuanto a la justificación teórica de esta responsabilidad por los actos preparatorios, reproduce HEDEMANN literalmente parte de una sentencia de los tribunales de Alemania, que declara:

"La conducta culposa en los tratos contractuales previos puede consistir en despertar en la otra parte la confianza de que se concluirá un contrato, cuando esto no es lo cierto, o en haber despertado la confianza en la inminente conclusión y en vista de ello la parte contraria ha sido inducida a hacer gastos o, finalmente, en que la otra parte ha sido inducida a renunciar a la celebración de otro contrato que le era favorable o a concluir el que le es perjudicial o a concertar uno con contenido distinto del que hubiera procedido concluir en el caso de que la declaración hecha conforme a deber hubiese revelado la verdadera situación de las cosas".

El cód. civ. alemán, en su § 242 declara:

"El deudor está obligado a efectuar la prestación como exigen la fidelidad y buena fe en atención a los usos del tráfico".

Francesco MESSINEO (22 quatuorvicies -b-) textualmente dice:

"Los tratos no son vinculantes, en el sentido de que el resultado de ellos no es todavía el contrato, sino un esquema meramente hipotético, que se convertirá en contrato si sobre él, es decir, sobre cada una de sus cláusulas, se forma, y en cuanto se forme, el consentimiento de las partes. Por tanto, los tratos no obligan; y lo mismo el contenido de los puntos sobre los cuales el debate se ha agotado, no es todavía vinculante para las partes".

"Pero los mismos obligan en otro sentido: en el sentido de que cuando hayan llegado a un punto tal que haga prever que el contrato podría celebrarse y una de las partes rompa esos tratos sin justo o atendible motivo (*culpa in contrahendo*, o sea,

(22 quatuorvicies -b-) En Manual de Derecho Civil y Comercial, T. IV, B. Aires, 1955, § 134, Nº 1, p. 456. Véase también § 134, Nº 15, p. 456 y s.

culpa en el curso de los tratos contractuales; responsabilidad precontractual), la contraparte tendrá derecho al resarcimiento del daño —esto es, al llamado interés contractual negativo (*id quod interest contractum initum non fuisse*), en contraposición al llamado interés contractual positivo, o interés en el cumplimiento— cuando pueda probar que confiando en el estado de los tratos, ha incurrido en gastos que no habría afrontado si hubiese podido prever que el contrato no se habría de concluir, o bien que ha rechazado otra oferta igualmente (o más) ventajosa, proveniente de otra persona, sufriendo así un daño; y similares”. (En el el cód. de Italia, la oferta puede ser revocada en forma legítima en el caso del precepto 1328, apartado 1) (22 quatuorvicies -c-).

“Todo cuando precede está implícito en la ley, cuando la misma dispone que las partes, en el desarrollo de los tratos, deben comportarse según la buena fe (objetiva) (art. 1337, primer inciso).

“No hay lugar a resarcimiento, cuando la ruptura de los tratos haya quedado sin consecuencias patrimoniales para la contraparte”.

Los preceptos del cód. civ. de Italia de 1942, son los que siguen:

“1337.— Negociaciones y responsabilidad precontractual.— Las partes, en el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, deben comportarse de acuerdo con la buena fe”.

“1338.— Conocimiento de las cláusulas de invalidez.— La parte que, conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato, no hubiera dado noticia de ella a la otra parte, será obligada a resarcir el daño sufrido por ésta por haber confiado, sin su culpa, en la validez del contrato”.

La responsabilidad es más neta en caso de *dolus in contrahendo*, o sea si hay intención de dañar al otro contratante, al revocar la oferta. Todo esto es anterior al contrato.

(22 quatuorvicies -c-) Declara el 1328 del cód. civ. de Italia de 1942., lo que sigue:

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

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

Es saltante la concordancia del art. 1328 en su primera parte, con el art. 1331 del mismo cód. italiano.

Adviértase que en la fórmula contenida en el 1338 de la ley italiana, existe responsabilidad de la parte contratante que celebró un contrato no válido con la otra parte, no obstante que conocía o, en otro caso, debía conocer la causa o las causas que lo hacían anulable. Esta responsabilidad no se produce en el lapso que precede al contrato, sino cuando éste se ha perfeccionado. V. g., institución de derecho público interno que celebra un contrato con un particular, que es inoperante y así lo declara una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, porque no se cumplieron determinados requisitos reglamentarios que resultaban indispensables para obligar por contrato a dicha institución. En este caso, la institución de derecho público interno deberá resarcir el daño que le ha producido al contratante particular, quien no estaba obligado a conocer los requisitos que los reglamentos exigían para formar la voluntad de dicha institución.

En nuestro derecho deberá invocarse, para exigir la responsabilidad precontractual, los arts. 1136 y ss. del cód. civ., ya que se trata de un acto ilícito. Lo mismo cuando el contrato después de perfeccionado resulta judicialmente anulado por causas que la institución contratante estaba obligada a conocer.

Para MESSINEO (22 *quatourvicies* -d-) la invalidez del contrato que no sea susceptible de detenerse, da lugar a que la parte responda a la otra en vía extra-contractual (responsabilidad por acto ilícito), no obstante que se invoque el art. 1338 de su cód., siempre que el demandante del resarcimiento del daño no se encuentre en culpa al haber confiado en la validez del contrato; y que el demandado haya omitido (o sea callado) informarle de la existencia de la causa de invalidez, que él conocía o tenía la obligación de conocer. Se refiere al principio de buena fe objetiva en materia contractual, que lo trata en § 15 bis, N° 16, p. 130, t. II; y al error en que la parte ha incurrido y que la otra parte que debe el resarcimiento ha reconocido (arg. art. 1341 del cód. civ. italiano).

También en el derecho francés, si la oferta se retira injustificadamente, el peticionario es responsable. Como expresa JOSSELAND (22 *quatourvicies* -e-), el ofertante comete un abuso del derecho de no contratar, más exactamente, un abuso del derecho de retractación, que quedaría sancionado por el pago

(22 *quatourvicies* -d-) Cf. Manual de D. Civ. y Comercial, t. IV, § 137, N° 4 bis, p. 519.
(22 *quatourvicies* -e-) JOSSELAND Louis, Derecho Civil, t. II, vol. 1, Teoría general de las obligaciones, N° 49, p. 43.

de los daños y perjuicios. La libertad contractual tiene sus límites; no está permitido hacer mal uso de ella. Y esto lo dice un francés, en cuyo derecho la doctrina y la jurisprudencia admiten que la oferta no liga o compromete al que la formula, ya que en ese derecho no se concibe que una voluntad se ligue por sí misma. También debe tenerse presente que en el derecho francés no existe declaración unilateral de voluntad capaz de obligar a quien la hace, como la tiene nuestro cód. en su sección VI del libro V, arts. 1802 y ss. (títulos al portados y promesa de recompensa).

El famoso abogado redactor del libro V del cód. civ. OLAECHEA Manuel Augusto, al enseñar Obligaciones y Contratos en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos (22quatourvicies -f-), decia con respecto a la culpa *in contrahendo*:

“Las relaciones precontractuales son capaces de crear obligaciones tales como la de indemnizar los gastos hechos durante la oferta. Yo prometo a Juan venderle mi casa y le concedo el plazo de cinco días para contestarme. Juan recibe la oferta, busca un ingeniero arquitecto para tasar y medir la casa. El arquitecto verifica la tasación y por ello Juan le paga X soles. Además, Juan ha ido a un Banco para pedir un crédito que está devengando intereses, a fin de abonarme el precio de venta de la casa. Juan, en suma, ha practicado de buena fe una serie de actos de los que se han derivado gastos. Yo rompo mi oferta; la rompo porque me da la gana; porque no obro de buena fe. Cabe entonces interrogarse si Juan que recibió la oferta, que buscó al arquitecto, que fué al Banco y consiguió el dinero, que hizo tales y cuales gastos, debe soportarlos todos ellos? Evidentemente que no. Esto quiere decir que la simple oferta cuando se está en el período pre-contractual, cuando todavía no se ha producido la aceptación, cuando no existe vínculo contractual, puede generar obligaciones. Esas obligaciones nacen de la oferta que no ha sido aceptada. Surge para el ofertante la obligación de indemnizar todos esos gastos. El derecho moderno deriva obligaciones de estos actos pre-contractuales. Hay, entonces, responsabilidad derivada de la oferta, sea que la oferta tenga un plazo, o que lo tenga implícito. La ponderación de estos gastos estará sujeta al prudente arbitrio del juez”.

(22 quatourvicies -f-) Véase las policopias de sus clases dictadas en el año académico de 1937 (no revisadas por el autor), p. 127 y s.

También el egregio OLAECHEA (22 quatuorvicies -g-) expresaba, en la exposición de motivos: "Puede decirse que la fuerza obligatoria de la voluntad unilateral es una cuestión de seguridad". Y más adelante proseguía: "Un industrial establece en un sitio público un distribuidor de aceite para automóviles, crea un estado de hecho que se asimila a la oferta una voluntad ha fundado en su propio interés un estado jurídico de oferta y otra voluntad llega y se adhiere".

Atendida la opinión reproducida, la responsabilidad precontractual vive en el cód. civ. de 1936; y puede ser demandada como acto ilícito.

20c).—*influencia del error en la declaración judicial de anulabilidad de los contratos.*

Examinemos el problema de la divergencia entre la voluntad y la declaración que contiene el contrato. Lo normal es que exista correspondencia entre la voluntad real y la declarada. Por excepción, se dan casos de contratos en los que por más que existe declaración, no hay voluntad efectiva, o la declaración expresa una voluntad que es diversa de la real. En estos casos, entran en conflicto el declarante que no ha querido lo que ha declarado, y el destinatario que, en realidad, no estaría obligado a indagar si la declaración del otro contratante corresponde a su voluntad real, o que existe coincidencia entre el pensamiento de éste y lo que se ha expresado en el contrato.

Este problema es en verdad el problema de la declaración de voluntad, en el que existirían intereses contrapuestos entre el que formula la declaración de voluntad y el contratante que la recibe.

Hay a este respecto, una teoría extrema que otorga valor al querer interno, a la voluntad real y no a la manifestación externa, o sea a lo declarado en el contrato. El defecto de esta teoría reside en que no tiene en cuenta las exigencias relativas a la seguridad de la contratación.

Otra teoría, que es la de la declaración, cae en el exceso o puesto. Para ella lo que vale es la declaración de voluntad extendida en el contrato. Considera que el acto del querer inter-

(22 quatuorvicies -g-) Véase los motivos en APARICIO y GOMEZ SANCHEZ G. Código Civil, t. III, concord., p. 451.

no escapa al dominio del ordenamiento jurídico, por lo que no lo toma en cuenta.

Ambas teorías son inaceptables. Los contratos, conforme al art. 1328 del cód. civ., no sólo obligan en cuanto se haya expresado en ellos, sino que se ejecutan de buena fe y hay que investigar "la común intención de las partes".

De otro lado, con referencia al contrato debe el juez investigar el consentimiento, o sea la voluntad. Ello resulta esencial en el contrato.

La intención común de las partes es, precisamente, lo opuesto al sentido literal de las palabras.

No se puede analizar esta cuestión *in abstractum*, como problema entre voluntad y declaración, sino haciendo jugar los dos intereses opuestos: el del declarante y el del destinatario. Y llegamos a la conclusión de que no se puede prescindir de la voluntad real del sujeto. No debe olvidarse tampoco que todo consentimiento deberá estar exento de vicios como error, dolo y violencia. Es cierto que para que la voluntad se tome en cuenta deberá ser "voluntad manifestada"; y que es necesario que exista correspondencia entre lo que se quiere y lo que se declara en el contrato. La declaración hace inferir la existencia de una voluntad real. Pero la declaración nunca constituirá un límite insuperable que detenga a quien quiere investigar la voluntad real. Puede ocurrir que la divergencia entre lo que se quiere y lo que se declara en el contrato sea atribuible a dolo o a culpa del declarante. En otros casos, podría probarse que el destinatario de la declaración sabía, conocía la divergencia existente entre lo querido y lo declarado por la otra parte, por lo que estaría incurso en mala fe y resultaría indiferente el dolo o la culpa de la otra parte.

Pueden darse hipótesis de la divergencia entre la voluntad real y la emitida debido a la violencia. El declarante nada quiere, pero está constreñido a emitir la declaración, v. g., que debe, sea por violencia física o por violencia moral (*vis compulsiva*).

Además de los casos de divergencias entre voluntad interna y declaración, hay en los contratos otros supuestos en que la voluntad aparece viciada por los llamados vicios del consentimiento. Su estudio deberá hacerse para saber cuándo es válido y operante un contrato.

El error se considera objetivamente. La violencia produce un temor en el agente, que invalida su proceso volitivo. La fuente del temor es la violencia. Y en cuanto al dolo, se le considera

como causa de error, pero se establece que el dolo es la causa que atenta contra el consentimiento y se examinan los caracteres que le son propios.

Hay también otro caso de divergencia entre la voluntad interna y la declaración contractual; es la derivante del llamado "error obstativo" y se produce en forma inconsciente. Se da cuando se comete un error al expresar el declarante su voluntad. Se quiere comprar la cosa "a" y el comprador declara que quiere la cosa "b"; o se quiere dar en mutuo y se da en comodato. A este matiz se dice que es un error en la declaración de voluntad para distinguirlo del error sobre el contenido de la voluntad. Este es el llamado "error impediante" de los franceses, que produce la nulidad absoluta, —no nulidad relativa—, del contrato.

El error puede recaer sobre la identidad del objeto que es materia del contrato; y entonces se dice que existe *error in corpore*. Este constituye un vicio de la voluntad (del consentimiento) cuando el contratante habiendo querido una determinada cosa, aparece claro que dicho contratante en su declaración de voluntad, ha confundido la cosa de que se trata con otra cosa por él conocida e imaginada.

En lo que respecta al error *in persona*, se acepta que puede recaer no sólo sobre la cualidad de la persona, sino también sobre su individualidad. Este error también produce la nulidad (anulabilidad) del contrato, sólo en el supuesto de que la persona es la causa principal de dicho contrato.

Tratándose del error en la persona que justifica la nulidad del matrimonio, deberá interpretarse restrictivamente el art. 147 del cód. civ., porque se observa que el legislador no admite otra clase de error entre las causas que invalidan el consentimiento para el matrimonio.

Existe error de hecho y de derecho. Este último consiste en la ignorancia, en el mal conocimiento o falsa aplicación de una norma de derecho, lo cual influye en la determinación de la voluntad.

Debe advertirse que este error de derecho que hace inválido el contrato, no se debe confundir con la máxima "*ignorantia iuris non excusat*". El error de derecho influye en la voluntad del contratante. La máxima, por el contrario, se refiere a la ignorancia que alega el sujeto sobre determinado precepto de la ley, a fin de sustraerse al cumplimiento de la obligación que dicho precepto le impone; invoca el sujeto el desconocimiento del precepto, o de las consecuencias que del mismo se derivan. Es-

ta *ignorantia iuris* excede del área de los contratos y se refiere a cualquier obligación que nace de un dispositivo.

Como expresan PLANIOL-RIPERT y Esmein (22 trevicies), el ignorar el derecho no constituye culpa, sino que ello resulta excusable en quienes carecen de preparación jurídica; y que la máxima "a nadie le es lícito ignorar la ley" sólo se admite su vigencia en el derecho penal, porque sólo así se puede asegurar el respeto a las reglas de conducta cuyo mantenimiento interesa al orden público. Opinan que el error de derecho, que no excluye la buena fe del que lo comete, anula el contrato, como el error de hecho, pero debe reunir los mismos caracteres que éste, para producir la anulabilidad.

El error substancial puede darse tanto en el error sobre la cosa, como en el error sobre la persona.

Dícese que existirá error en la substancia cuando el contratante no tiene duda sobre la identidad de la cosa que ha comprado, por ejemplo; pero dicho contratante ha sido engañado acerca de la cualidad esencial de dicha cosa.

Para determinar si la cualidad es o no substancial, se adopta o un criterio objetivo, para saber si la cosa según las necesidades del tráfico pertenece a una categoría más bien que a otra; o un criterio subjetivo, en cuanto por este medio se averigua si la cualidad de que se trata ha sido o no considerada como esencial por el contratante del que emana el acto de voluntad, o sea si éste consintió porque supuso que la cosa tenía esa calidad esencial.

Hay error substancial sobre la naturaleza del acto cuando el sujeto cree concluir un contrato y, en realidad, concluye otro contrato. Supone, v. g., que vende una cosa y otorga una donación; o que arrienda y en realidad vende.

Habrá error sobre el objeto principal de la declaración cuando el contratante cree que compra determinado inmueble y, en realidad, está adquiriendo otro inmueble.

Existirá error sobre las cualidades esenciales del objeto, cuando éstas son de tal naturaleza que influyeron decisivamente en la determinación de la voluntad del contratante, porque dicho contratante supuso que el objeto tenía tales cualidades esenciales y no era así. Por ejemplo, X compra a Z una joya que considera de oro y sólo es de plata dorada.

(22 trevicies) Trat. Práctico de D. Civ. Francés, t. VI, Las obligaciones, Nº 182, p. 245 s.

El error no es suficiente que sea substancial. Es necesario que sea excusable, es decir, que tenga por fundamento una razón plausible y que puede ser cometido por una persona de inteligencia normal.

El error vicia la voluntad y anula el contrato, cuando sin ese error el contrato no se habría celebrado. Este es el error substancial.

Error accidental es el que recae sobre las cualidades secundarias del objeto, o sobre el motivo del contrato. Este error no anula el contrato.

El error de hecho influye sobre la eficacia de la voluntad del contratante.

Cuando se trata del error de derecho, éste se refiere a la capacidad del contratante; o a la prohibición legal de un contrato de tal naturaleza; o a la forma que la ley exige para tal contrato. El error de derecho no se refiere a la esencia misma del contrato; a su contenido.

El error que hace anulable el contrato es el que ha determinado a consentir a la parte y que de no haber existido, dicha parte no hubiere contratado. Advierten PLANIOL-RIPERT y ESMEIN (22 *quatourvicies*) que el error deberá referirse a un hecho que por voluntad común de las partes sea elemento del contrato. Pero no que el error sea común a las dos partes. Asimismo, uno de los contratantes puede estimar substancial cierta cualidad de la cosa que, a la postre, le falta, pero el otro contratante ignoraba que su cocontratante hubiere estimado substancial esa calidad. Esto no acarrearía la anulabilidad del contrato. La calidad substancial debe ser conocida y admitida como necesaria por ambos contratantes, a fin de que su falta produzca la anulabilidad del contrato.

Para el art. 1081 del cód. civ., "se considera igualmente error sustancial el que se refiere a la persona cuando la consideración a ella hubiese sido el motivo principal del acto".

De lo anterior se desprende que el error en la persona viciará el contrato cuando éste se realiza *intuitu personae*, o sea que la persona constituyó la razón determinante del contrato.

Se ha dicho que los actos a título gratuito se hacen siempre en consideración a la persona. Empero, ello no siempre es ver-
dad; así, hay liberalidades que se hacen al pueblo, o a cierta clase de personas.

(22 *quatourvicies*) Tratado Práctico de D. Civ. Francés, t. VI, Las obligaciones, Nº 177, p. 239 ss.

Tampoco es exacto que en los contratos a título oneroso no interese la persona. Así, el contrato de locación-conducción es oneroso y, sin embargo, se hace en consideración a la persona; la venta a plazos se concluye teniendo en cuenta quién es el comprador.

Es interesante conocer qué decía la legislación abrogada sobre el error. En primer término, su art. 1236, ubicado dentro del título que se ocupaba de los requisitos esenciales de los contratos, rezaba:

“No es válido el consentimiento que proviene de error, de dolo o de violencia”.

Seguidamente, el art. 1237 decía del error lo que sigue:

“El error causa la nulidad del contrato, cuando recae sobre la substancia de la cosa que le sirve de objeto, o sobre cualquiera circunstancia que fuera la causa principal de su celebración”.

“Error substancial” significa algo más que el error sobre la materia de que está formada la cosa. La jurisprudencia francesa extiende el concepto a todo error sobre una cualidad que hubiere sido considerada como causa determinante del contrato, aún cuando para persona distinta del contratante no mereciera tal importancia. Se trata de una cuestión de hecho, en que hay que investigar la intención de los contratantes. V. g., se entenderá que el contratante consideró que compraba un lienzo pictórico auténtico si pagó un precio considerable, o si el vendedor es conocido como vendedor de lienzos célebres (22 quinquevies).

También existiría error substancial cuando hay error respecto a la persona con quien se contrata, si el contrato se concluyó sólo porque intervenía dicha persona.

Es de anotar que en la mayor parte de los contratos, no se tiene en cuenta la persona con quien se celebren. No interesa que el vendedor de un objeto mueble que necesito sea X o sea Z. Sin embargo, el error en la persona tiene importancia en el matrimonio.

Se dice que existe error en la sustancia, v. g., si el comprador fué engañado o se engañó, sobre la cualidad del terreno, o sobre la antigüedad de la cosa.

(22 quinquevies) Véase **PLANIOL-RIPERT** y Esmeln, *Trat. Práct. de D. Civ. Francés*, t. VI, Las obligaciones, Nº 183, p. 249 ss.

Si el contrato se declara judicialmente anulado por error en la persona, es obvio que ésta puede reclamar la indemnización de daños y perjuicios que la anulabilidad le ha ocasionado. Quien padeció el error deberá daños y perjuicios a quien contrató con él.

En general, los contratos no deben ser fácilmente anulados por error de una de las partes. Por ejemplo, porque el contratante afirma que le faltan a la cosa que ha comprado las cualidades que creía que tenía.

Ello atentaría contra la seguridad jurídica, contra la estabilidad de las transacciones, contra la confianza.

Ante esta situación, deberá el Poder Judicial exigir de la parte que alega haber padecido error, una prueba rigurosa. Además, no bastará comprobar la existencia del error, sino que dicha parte no incurrió en culpa, al padecer el error.

No debe incidir el error sobre meras y simples calidades de la persona con quien se contrata, o de la cosa materia del contrato, si la persona o la cosa se pueden identificar. V. g., compro un lienzo que creo que es de Miguel Angel y resulta ser sólo una copia. Aquí se trata de un error que versa sobre una calidad esencial del objeto; y no de un mero error en el nombre o calificación.

El error acerca del valor de la cosa no constituye una cualidad esencial en la intención de los contratantes. No justifica una anulabilidad del contrato. A lo más, en la compra-venta daría lugar a la acción rescisoria de lesión, siempre que se dé una diferencia de precio de la entidad que la ley reclama y, además, otras circunstancias.

Existe un error que en doctrina se conoce como error indiferente. Del mismo trata el art. 1082 del cód. civ., cuando dice: "El error sobre la persona o sobre la cosa a que se refiere la declaración de voluntad, no vicia el acto, cuando por su texto, o las circunstancias, se puede identificar la cosa o la persona designada".

Se trata de error que no se refiere a ninguna cualidad substancial. Por tanto, el error no atenta contra el contrato; éste es válido e inatacable. Por ejemplo, existió error sobre el nombre de la persona, pero consta su estado civil y el nombre de su cónyuge, por lo que es fácil rectificar el verdadero nombre del contratante.

Existen también contratos en los que, por lo general, es indiferente la persona del otro contratante. Así, en la compra-venta

la persona del comprador no es tan importante, sobre todo cuando el precio se paga al contado. Por el contrario, en los contratos de donación y de mandato la persona del donatario y del mandatario es esencial; el error sobre esa persona causaría la nulidad de dichos contratos.

Al tratar del error como vicio de la voluntad, no se habla del error que recae sobre la declaración de voluntad, que se llama error obstativo y que crea una divergencia inconsciente entre la voluntad interna y la voluntad declarada. Tratamos aquí del error que afecta a la formación del contrato mismo.

En el error existe una representación de la realidad incompleta, que vicia el consentimiento. La voluntad nace con el error, porque de otra manera no hubiera nacido.

Los franceses distinguen entre "error impediante"; que es el que destruye el consentimiento; el error que vicia el consentimiento; y el error que es indiferente para la validez del contrato.

Según los MAZEAUD (22 sexvicies) el "error impediante" es el que recae sobre la naturaleza del contrato, sobre el objeto o sobre la causa. Por el mismo, los contratantes no se han comprendido; no han querido verdaderamente contratar. Impide el acuerdo de voluntades. *X* cree vender una cosa a *U* y éste cree que se la dan en comodato o en donación. No habrá ni venta, ni donación. Este es el error "*in negotio*". Se trata de un error que produce no sólo la anulabilidad del contrato, sino su nulidad, su inexistencia.

Hay también error "*in corpore*", que se da cuando uno de los contratantes cree comprar una cosa y se le entrega otra por el vendedor; o cree comprar por un precio menor y resulta otro el precio. No hay compra-venta, en tales casos.

Y se admite, asimismo, por la doctrina francesa, el error sobre la causa. La teoría de la causa es la de la causa abstracta de la obligación; no se refiere a los motivos del contrato, o causa concreta. V. g., uno se obliga a reparar un daño del que no es responsable; el obrero transige con el patrono sobre la responsabilidad que a éste le incumbe por el accidente de trabajo; pero el obrero ignora la verdadera incapacidad que sufre. Todos estos son "errores impedientes".

No se considera, por los franceses, al "error impediante"

(22 sexvicies) Henri, Léon y Jean MAZEAUD, Lecciones de D. Civil, Parte II, volumen 1, Obligaciones: el contrato, la promesa unilateral, B. Aires, 1960, Lección VIII, p. 179.

como vicio del consentimiento, o vicio de la voluntad (22 septemvicies). El error como vicio se da cuando los contratantes se han entendido, cuando han concordado, por ejemplo, en una venta. Pero el consentimiento de uno de los contratantes se ha expedido por error; él se ha engañado sobre algún extremo del contrato.

El error que hace anulable el contrato debe ser, no cualquier error, sino un error substancial. Y ello es así porque si se tomara en cuenta cualquier error, sufriría la seguridad de las convenciones, ya que todos los contratos estarían al borde de ser anulados por cualquier error, por más leve que fuera, desde que siempre uno de los contratantes resulta engañado al prestar su consentimiento.

Por ejemplo, sería error en la substancia si se compra una perla de cultivo, creyendo que es una perla natural; o si se compra una obra que se supone tiene valor artístico, y resulta que es una copia que ni siquiera vale como tal.

Error substancial no sólo habría de ser error sobre tal o cual elemento material, sino error en la cualidad característica que ha sido determinante del consentimiento. Se compra terreno para construir una casa y resulta que el terreno, por sus condiciones no es apto para la edificación.

Es indiferente el error sobre los motivos o móviles. V. g., nada importa para la validez del contrato, comprobar que X compró la tierra con el fin de revenderla con ganancia considerable, que no hizo, aunque lo demuestre. Tampoco puede enervar el contrato que un fabricante pacte determinada publicidad, confiado en que tendría muchos pedidos sobre lo que produce.

Tratándose del error en la persona, debe advertirse que se admite muy restringidamente en el matrimonio, a fin de evitar la nulidad de un acto tan trascendente.

El error que vicia el consentimiento del contratante, deberá ser de tal naturaleza que si no lo hubiere padecido no habría contratado. En doctrina se discute si el error que anula el contrato deberá ser apreciado por el juez, con un criterio abstracto o concreto. Si el error habría impulsado o determinado a contratar, a un contratante normal, o si se debe atender, en cada caso, a si el error era susceptible de influir en el ánimo o voluntad de cada contratante en particular.

(22 septemvicies) Henri, Léon Jean MAZEAUD, *Lecciones de D. Civil, Parte II*, vol. 1, *Obligaciones: el contrato, la promesa unilateral*, B. Aires, 1960, Nº 161, p. 186.

De otro lado, el error debe ser excusable y no grosero, o sea capaz de determinar la voluntad de un tipo de hombre normal.

Casi todos los errores por los que se pide la anulabilidad del contrato resultan ser errores de hecho. Por el contrario, la anulabilidad por error de derecho es rara aún en aquellos países como Francia, en que abundan los procesos por esta causal de error. Se trata de casos en que el contratante prestó su consentimiento con ignorancia de la ley. Por ejemplo, la persona interviene en una cesión de derechos hereditarios ignorando que no se pueden transferir en vida de quien habría de causarlos. En otro caso, se compran determinados bienes muebles en la suposición de que el precio de dichos bienes estaba establecido por la ley.

El error de derecho deberá ser sustancial, al igual que el error de hecho, para producir la anulabilidad del contrato. Se exige también que no se trate de un punto de derecho sobre el cual exista duda en la doctrina y también en la jurisprudencia, porque esa interpretación vacilante impide que se admita el error como vicio del consentimiento.

En cambio, existe duda en la doctrina extranjera sobre si el error del contratante debe ser conocido por la otra parte (22 octovicies).

En cuanto a la prueba del error, corre a cargo del contratante que dice se ha engañado. Se admite la prueba por medio de presunciones. V. g., se compra un cuadro de autor célebre que no es, pero existe prueba de que se pagó un precio elevado acorde con la calidad del lienzo. Resulta claro que ese precio no habría de pagarse por una pintura de autor anónimo.

Tratándose de los efectos que produce el error, si lo que ha existido es el llamado "error impediante", o sea el error que impide el acuerdo de las voluntades, porque el contratante resulta engañado no sobre lo que él quiere, sino sobre lo que quería el otro contratante, parece razonable admitir no la anulabilidad del contrato, sino la nulidad absoluta, o sea la inexistencia del contrato. En este orden de ideas, dicha nulidad puede ser demandada por cualquiera, o declarada de oficio (art. 1124 del cód. civ.).

Empero, si el error constituye un vicio del consentimiento, la nulidad es sólo relativa, por lo que no podría ser deman-

(22 octovicies) Henri Léon y Jean MAZEAUD, Lecciones de D. Civ., Parte II, vol. I, Obli.: el contrato, la promesa unilateral. B. Aires. 1960. Nº 173, p. 199.

dada sino sólo por el contratante que ha padecido el error y cuyo consentimiento se encuentra viciado.

Se admite también que el contratante que consiguió que se declarara la anulabilidad del contrato, podría ser condenado, a pedido del otro, a indemnizar los daños y perjuicios experimentados por el contratante, si el engaño que sufrió el *errans* se debe a su propia culpa. Sin embargo, no tendría derecho a ser indemnizado el contratante que conocía el error que experimentaba el otro y no se lo advirtió.

Debe saberse también que si la culpa en que incidió el *errans* es inexcusable, o sea grosera y de bulto, no se habría de declarar la nulidad del contrato.

20d).—*El dolo de una de las partes que produce la anulabilidad del contrato.*— El dolo que vicia el consentimiento y torna anulable el contrato, es maquinación, artificio, maniobra, astucia, a fin de hacer consentir a la víctima, para que nazca en ella el propósito de contratar.

El dolo es más fácil de probar que el error, no obstante que el dolo también da como resultado el error del otro contratante. Además, el error sobre los motivos que impulsan a contratar a una de las partes no origina la nulidad relativa del contrato; pero si se da ese resultado si el error en los motivos fué provocado por el dolo del otro contratante.

El co-contratante ha consentido a razón del dolo del otro contratante. Por tanto, su consentimiento se encuentra viciado.

LABEON definía así el *dolus* romano:

“Omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, ad circumviendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam”.

Este dolo tiene un matiz peculiar, que lo diferencia del dolo en los actos (hechos) ilícitos y en la inejecución de las obligaciones. Sin embargo, en todo dolo existe intención, propósito, voluntad.

El dolo que importa vicio de la voluntad consiste en un conjunto de maniobras que en el caso de no existir éstas, el contratante no habría realizado el contrato.

En el dolo es indispensable la “maniobra”, o sea un conjunto de artificios que se emplean para inducir al otro contratante a error, creándole o manteniendo en él un falso o imperfecto conocimiento. Aquí se observa que el error nace de la maniobra.

En el cód. civ. 1852, dentro del título denominado “De los

requisitos esenciales de los contratos", estaba instalado el art. 1238, que daba idea del dolo:

"Dolo es toda especie de artificio, maquinación o astucia de que una parte usa contra otra, para inducirla a la celebración de un contrato, o para eludir el cumplimiento del que está celebrado".

El artículo siguiente —1239—, determinaba claramente cuándo debía estimarse que el dolo producía la anulabilidad del contrato. Decía:

"El dolo produce nulidad en los contratos, cuando es de tal naturaleza que sin él no se habrían celebrado".

Con respecto a esta cuestión, el 1439 del nuevo cód. civ. de Italia declara:

"Dolo.— El dolo es causa de anulación del contrato cuando los engaños usados por uno de los contratantes hayan sido tales que, sin ellos, la otra parte no hubiera contratado".

"Cuando los engaños hubieran sido empleados por un tercero, el contrato será anulable si fuesen conocidos por el contratante que obtuvo la ventaja".

En derecho alemán, Ludwig ENNECCERUS (22 novemvicies) expresa, al tratar de la impugnabilidad por el engaño doloso, que habrá dolo "siempre que el medio para el engaño sea empleado con la conciencia de que con ello otro es determinado a una declaración de voluntad, que no habría emitido sin el engaño". Esto es lo mismo que decir que *X* no habría, por ejemplo, comprado, si no hubiera mediado dolo del vendedor. Se inventan habilidosamente ciertos hechos a fin de que el co-contratante concluya el negocio. Adviértase la coincidencia de los derechos francés, —que es el nuestro—, y germano, sobre el dolo en los contratos, o sea que la parte no habría contratado si no hubiere existido dolo.

Dentro de la noción del dolo se incluyen una serie o conjunto de maniobras que utiliza uno de los contratantes para inducir al otro a celebrar el contrato.

Son maniobras de tal naturaleza que originan el error en el contratante engañado. Por otra parte, el juez comprueba que de no haber existido esas maniobras el sujeto no habría concluido el contrato.

(22 novemvicies) Tratado de Derecho Civil, tomo I, Parte general, Volumen II, Bosch, casa editorial, Barcelona, 1935, § 162, Nº 2, p. 219.

Tenemos entonces que lo que constituye el dolo es la maniobra, o sea el conjunto de artificios por medio de los que se induce a error a la otra parte contratante, suscitándole un falso o imperfecto conocimiento.

Se comprueba que en el dolo existe también error del contratante; empero, el error en que cae el contratante es debido al dolo del otro y no a motivos existentes en el mismo contratante que lo padece.

También debe anotarse que el error producido por el dolo es mucho más grave que el error que no se debe a la acción dolosa del otro contratante o de un extraño.

Otra diferencia se encuentra en que el error puro y simple, sólo da lugar a la acción de anulabilidad del contrato, la cual se prescribe en un plazo tan corto como es el de dos años (art. 1168, inc. 3º del cód. civ.). Por el contrario, el error que el contratante experimenta a causa del dolo de la otra parte, no sólo franquea la acción para pedir la anulabilidad del contrato, sino una acción de indemnización de daños y perjuicios; y si se estima que esta acción es derivante del contrato, vivirá 15 años (art. 1168, inc. 2º cód. civ.); y si es por acto ilícito la indemnización sólo podría ser exigida dentro de los dos años (art. 1168, inc. 6º cód. civ.).

En el área de los procesos, el juzgador deberá apreciar cuándo el dolo es de tal naturaleza que la maniobra hizo consentir al otro contratante. Este es el llamado *dolus causam dans*. Sin embargo, el juez reputará que sólo existe *dolus incidens* si aparece claro que aún sin el dolo el contrato hubiere sido siempre celebrado, aún cuando las condiciones de su celebración hubieren acusado variaciones.

Previamente, los jueces habrán de exigir que se pruebe que se usó el artificio con la intención de inducir al contratante a concluir el contrato. Cumplido este extremo es que procede la indagación acerca de si el contratante no hubiere sido pasible de dolo el contrato no habría sido concluído.

La doctrina enseña, aunque ello resulta casi innecesario, que para demandar la anulabilidad por dolo, el contrato debe haber sido perfeccionado; no siendo bastante la simple previsión de que el negocio pudiera nacer. Sin embargo, el presunto contratante que estuvo a punto de sufrir el error por las maniobras dolosas, puede reclamar indemnización de daños y perjuicios del autor del dolo, que ciertamente no serían contractuales, sino pre-contractuales (daños por el acto ilícito).

El dolo es artificio; denota astucia. Se emplea para inducir al otro a contratar.

Sólo el dolo principal es el que produce la anulabilidad del contrato. Es el dolo que fué causa del contrato y que los romanos llamaron *dolus causam dans*; se utiliza con el fin de perjudicar al contratante.

Por ser el dolo mala fé, no se presume. Por eso hay que probarlo por quien lo alega.

Con el dolo se induce a error al contratante; pero el error no es más que el medio de que el otro que utiliza el dolo, se vale para perjudicar a quien con él contrata.

En el dolo, como dicen los MAZEAUD (22 tricies), el contratante no sólo se ha engañado, sino que ha sido engañado.

El dolo es un error provocado; un engaño. El contratante no sólo se engaña, sino que ha sido engañado.

El juez, empero, no habrá de estimar como dolo, las alabanzas y exageraciones evidentemente excesivas, que, por ejemplo, de la cosa que pretende vender, hace un contratante hábil y diestro.

Por regla general, la reticencia no importa dolo sino en ciertos contratos, como el de seguro. El asegurado tiene la obligación de advertir a la compañía aseguradora sobre todas las circunstancias capaces de modificar la apreciación del riesgo.

Adviértase que sólo el error substancial es el que anula el contrato. Por el contrario, el campo del dolo es ilimitado. Probado el dolo por el contratante que afirma haber sido objeto de él, su efecto anulatorio se da siempre. V. g., el error sobre el valor de la cosa o el error sobre los móviles individuales de cada contratante, sólo se toma en consideración si provienen de dolo. Sin embargo, para la lesión en el contrato de compra-venta, sólo se atiende a una diferencia en la cuantía del precio, que viene dada por la ley, aunque se agregue que incumbiría al juez apreciar todas las circunstancias del contrato; por ejemplo, si hubo engaño del contratante (arts. 1439 ss., cód. civ.).

Es obvio que el derecho deberá siempre proteger y amparar más al contratante que ha sido engañado dolosamente por el otro, que al contratante que él mismo se engañó.

Conviene también tener presente que si bien hay anulabilidad en los contratos en que medió error y en los que existió

(22 tricies) Henri, Léon y Jean, Lecciones de D. Civil, Parte II, vol. 1, Obligaciones, el contrato, la promesa unilateral, B. Aires, 1960, lección IX, p. 204.

dolo, también lo es que si el otro contratante o un extraño se valieron del dolo para engañar al *errans*, éstos habrán de ser, además, responsables de la indemnización por los daños y perjuicios provenientes de su dolo.

Nótese, asimismo, que el contratante que obra con dolo procede con intención, a sabiendas. No es responsable de los daños y perjuicios, si originó el engaño de la otra parte contratante, sólo por su negligencia, descuido o imprudencia, aún cuando el contrato en sí mismo, sea judicialmente declarado anulado (nulidad relativa), por estar acreditado el error substancial del *errans*.

Los romanos al considerar el dolo, se referían a la "*machinatio*" (CICERÓN, Digesto, IV, 3. 1. 2).

Como lo exigía el art. 1239 del cód. civ. derogado y como lo reclama el art. 1116 del cód. de NAPOLEÓN, el dolo sólo será causa de nulidad relativa si "evidentemente, sin esas maniobras, la otra parte no habría contratado".

Una norma tan importante para la administración de justicia como la que acabamos de examinar, no la tiene ahora el nuevo cód. civ.

De acuerdo con la doctrina de tal precepto, se requiere: 1) que la maniobra o el silencio (omisión dolosa) hayan conseguido el propósito de hacer caer en engaño al otro contratante; y 2) que ese engaño hubiere determinado o impulsado al otro contratante, a consentir, o sea a celebrar o concluir el contrato. Todo esto debe ser comprobado por los jueces que conocen de la demanda en la que se pide se declare la anulabilidad de cierto contrato, a causa del engaño padecido por el contratante que acciona.

PLANIOL-RIFERT y Esmein (22 unumtricies) consideran que en el dolo se induce a otra persona a un error, a fin de que consienta en el contrato. El dolo viene a ser una fuente del error y no el error por sí solo. El dolo implica "maniobras", como en la figura penalística de la estafa.

Agregan que cuando dolosamente se guarda silencio, ello se denomina "reticencia". Por ella, se guarda voluntariamente silencio acerca de un hecho que la otra parte tendría interés en conocer. Así, en los contratos de seguro.

(22 unumtricies) Trat. Práctico de D. Civ. Francés, t. VI, Las obligaciones, Nº 199 y ss., p. 270 y ss.

El juez deberá determinar si la acción dolosa hubo de surtir efecto en el contratante examinado en particular. Tendrá en cuenta el juzgador la personalidad del contratante, o sea que su apreciación será *in concreto*; no *in abstracto*. No se referirá a un tipo ideal, a un patrón o "*standard*" de contratante. V. g., se ha elegido como víctima a un contratante ingenuo, de una puericia extrema; la acción dolosa toma en consideración la inteligencia del contratante, realmente disminuída; su debilidad; su inexperiencia; su pobreza de espíritu.

En los viejos códigos, el dolo es un vicio del consentimiento. Nosotros, lo tenemos como vicio de la voluntad; pero en cuanto como vicio impide consentir, o decidirse, si el acto jurídico no es contrato, sino, por ejemplo, testamento.

La anulabilidad podría ser declarada por los jueces, si no obstante no haberse probado dolo, si se ha acreditado el error del contratante y ese error es de tal entidad que es error substancial.

Un caso que no llegó a los tribunales, se dio en Lima cuando se vendió como de Goya, un lienzo que no lo era. Se había cometido un error considerable en el precio; y, ciertamente, concurría el dolo del vendedor, que había engañado al comprador, afirmandole a éste, que lo que le ofrecía en venta era un Goya.

Otro caso ahora frecuente es el que cometen las compañías urbanizadoras, las que dolosamente rellenan las tierras con detritus, y las venden como lotes a los particulares. Estos al construir experimentan la pérdida de sus edificaciones, ya que al ceder los cimientos se desploman o, por lo menos, se desnivelan.

Para el art. 1087 anula el contrato el dolo de un extraño, si uno de los contratantes lo conoce. Dice el dispositivo: "Puede también ser anulado el acto por el dolo de un tercero, si alguna de las partes tuvo conocimiento de él".

Se trata de dolo del extraño al contrato, pero que lo conoce una de las partes; y ésta no la instruye a la otra parte contratante, por lo que debe ser considerada como cómplice.

Sin embargo, si el dolo del extraño no era de conocimiento de alguno de los contratantes, el contrato será válido. Pero el contratante perjudicado puede reclamar los daños y perjuicios del autor del dolo.

La misma solución se observa si en el contrato varias personas figuran como una de las partes contratantes y sólo una de ellas conoce el dolo del tercero o, por si sola, incurre en dolo, sin que las otras personas lo conozcan. El otro contratante no po-

dría anular el contrato respecto de las personas de buena fe, pero si puede reclamar indemnización por los daños a quien conocía o cometió dolo.

Quien pide la anulabilidad del contrato por error, puede exigir el pago de una indemnización de daños y perjuicios, siempre que exista culpa o dolo del otro contratante.

El otro contratante puede, a su vez, contestar que no se declare la nulidad del contrato y exigir también indemnización de daños y perjuicios, si el contrario procedió dolosamente o con negligencia.

Según el art. 1088 del cód. civ., "la omisión dolosa produce los mismos efectos que la acción dolosa".

Esta omisión consiste en el silencio intencional de uno de los contratantes acerca de una calidad de la cosa, v. g., que de haber sido conocida por la otra parte, no se habría celebrado el contrato. Adviértase que es necesario que concurren los dos extremos: que el contratante guarde con intención silencio y que ese silencio sea tal que de haber sabido el otro contratante lo que dicho silencio encierra, no habría celebrado el contrato. Además, el dolo por omisión debe ser un dolo principal, o sea aquel del que los romanos decían *dolus causam dans*.

Dispone el art. 1086 cód. civ. que "el dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios".

Se trata de una especie de dolo que no obstante probarse que ha existido, no hubiera impedido que la otra parte celebrara siempre el contrato, aunque fuera de otro modo, como declara el art. 93 del cód. civ. del Brasil.

Debe distinguirse entre el dolo principal y el dolo incidente.

Asimismo, las afirmaciones inexactas de la otra parte tendientes a que pasen desapercibidos leves defectos de la cosa que quiere vender, o lo exagerado sobre sus cualidades, no importan dolo, ya que el otro contratante puede comprobar esos defectos y lo excesivo y desmedido en las recomendaciones.

Acerca del dolo incidental, el 1440 del cód. civ. italiano de 1942 previene:

"Si los engaños no hubiesen sido de tal entidad que hayan determinado el consentimiento, el contrato será válido, aunque sin ellos se hubiese concluido en condiciones distintas; pero el contratante de mala fe responderá de los daños".

Si los dos contratantes incurrían en dolo, el contrato no podría ser anulado por esta causa. El art. 1085 cód. civ. previene:

“Para que el dolo produzca la nulidad del acto, no debe haber sido empleado por las dos partes, cuando se trata de actos bilaterales”.

El art. 97 del cód. civ. brasileiro dispone diversamente:

“Se ambas as partes procederam com dolo, nenhuma pôde allegar-o, para annullar o acto, ou reclamar indemnizaçao”.

No se ve por qué nuestro dispositivo exige que esto se dé en los actos bilaterales, es decir, en los contratos bilaterales, tan sólo.

La ley protege al contratante de buena fe; pero si los dos contratantes son de mala fe, no hay a quien proteger. Se observa que cada uno quiere perjudicar al otro. Por tanto, el contrato aún incurso en dolo, es firme y válido; los dolos se compensan.

20e).—*La anulabilidad del contrato por error y los vicios redhibitorios.*— Existe una situación de orden práctico, que se da cuando la cosa, en el contrato de compra-venta, no reúne las calidades que el comprador le atribuyó y por cuya razón hubo de adquirirla. Por ejemplo, X compró a la compañía urbanizadora Z, un lote de terreno con el objeto de edificarlo; pero después de perfeccionado el contrato de enajenación y ya en posesión del lote, trató de levantar una edificación, lo que no pudo hacer porque el que se le vendió había sido rellenado después de haberle extraído la tierra para la fabricación de ladrillos. Obviamente, ese suelo relleno no soportaba ninguna obra de edificación. El problema aparece si la demanda del comprador X contra la compañía Z, le es notificada a ésta con posterioridad a los seis meses que el cód. civ. señala, como término, en sus arts. 1358 y 1359, para deshacer el contrato o pedir la reducción del precio por vicios ocultos de la cosa. Es de advertir que la demanda incoada por el comprador X contra la urbanizadora, no es por vicios ocultos, sino pidiendo que se declare la anulabilidad del contrato por dolo y error, ya que el error en que incurrió quien compró fué debido a las maniobras dolosas de la vendedora, que relleno el lote y lo ofreció como apto para la construcción. Sin embargo, la vendedora dedujo la excepción de caducidad, ya que se habían vencido con exceso los seis meses que la ley señala para reclamar por vicios redhibitorios; pero en cuanto a la acción de anulabilidad por dolo, error, intimidación, etc., el cód. civ. declara, en el inc. 3º del art. 1168, que el plazo de prescripción es de dos años.

Aparece claro que en esta venta el consentimiento del comprador se produjo por el dolo de la otra parte. Empero, lo que debe decidirse es si la venta de tierra urbana de relleno constituye o no vicio oculto; con mayor razón, en este caso en que el relleno no se descubre al simple examen y se encuentra oculto, por lo que sólo es susceptible de ser descubierto al cavar con el fin de construir los cimientos.

Es también fácilmente perceptible que se ha entregado por el vendedor, cosa distinta o de calidad distinta a la que el comprador creía que debía tener; y no cosa con vicios redhibitorios. Esa calidad o cualidad de la cosa era la de ser apta para la edificación.

Es de anotar que si el dolo o el error vician el contrato, ello autoriza a pedir su anulabilidad. Por el contrario, si la cosa tiene vicios ocultos se pide la resolución del contrato, o la rebaja del precio, pero no la anulabilidad.

En la nulidad relativa del contrato por dolo, hay mala fe del contratante; en el ejemplo anterior, es patente la mala fe del vendedor, quien ha reconstituido el terreno con el propósito de engañar al comprador, no obstante que se vendía específicamente para la edificación. Adviértase, asimismo, que si el comprador hubiere conocido que lo que se le vendía era de relleno, no habría optado por la *actio de quanti minoris*, que es la que persigue la reducción del precio en los vicios ocultos, sino que no la habría comprado jamás, porque la cosa no era susceptible de soportar construcción de ningún género.

Debe expresarse también que en la acción por vicios redhibitorios es indiferente la buena o la mala fe del contratante, en este caso, el vendedor. La mala fe o el dolo sólo se tiene en cuenta, en la acción redhibitoria, para determinar el monto de la indemnización de daños y perjuicios. A este respecto, PLANIOL-RIPERT y Hamel (22 duotricies) textualmente dicen "..... Cuando se pruebe el dolo por parte del vendedor y cuando el defecto constituya efectivamente un vicio oculto, el comprador podrá, a su elección, pedir la nulidad por dolo o hacer valer la garantía por los vicios ocultos".

Claramente diferencia LAURENT (22 tretricies) la acción de anulabilidad de la venta de la acción por vicio redhibitorio.

(22 duotricies) Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, tomo X, Nº 126, p. 127.

(22 tretricies) Principes de Droit Civil Français, tome 24, Nº 281, p. 275 y s., 2ª ed., Bruxelles, 1876.

Expresa que la ausencia de una cualidad esencial (en este caso, el ser tierra urbana), no es un vicio oculto. Esa ausencia da lugar a una acción de anulabilidad de la venta, si esa cualidad es sustancial, o sea "cuando las partes la han tenido principalmente en vista".

El error sobre la sustancia de la cosa no supone que la cosa esté viciada por un defecto que comprometa su duración, o que impida su uso. Supone que las partes han creído encontrar en dicha cosa, una cualidad dominante que le falta.

Por su parte, GUILLOUARD (22 quatortricies) pone el siguiente ejemplo: cuando compro candelabros plateados que creo que son de plata, o un cuadro que creo que es la obra de un pintor famoso y no es más que una copia sin valor, evidentemente compro cosas que no tienen vicios ocultos. Los candelabros son buenos y el cuadro es lo que parece, pero esos objetos carecen de la cualidad que he creído reconocer en ellos y que me ha determinado a comprarlos. Por el contrario, cuando existen vicios ocultos la cosa está alterada en su sustancia, no por la privación de una cualidad, sino por la existencia de un defecto: el animal vendido está afectado de una enfermedad que lo hace impropio para todo servicio; la casa que he comprado está sostenida por vigas carcomidas que le quitan toda solidez. Y los principios aplicables son diferentes en aquellos casos y en éstos: nulidad por causa de error sustancial; acción en garantía por los vicios redhibitorios.

No cabe entonces confundir las acciones en referencia. Para el derecho peruano ello es trascendente, en razón de la breve caducidad a que está sujeta la redhibición y la prescripción bianual de la acción de nulidad. El error sobre la sustancia de la cosa vendida no supone que la cosa se encuentre viciada por un defecto que compromete su duración o impide su uso, sino que una de las partes creyó que la cosa tenía una cualidad de la que realmente carece.

20f).—*La violencia y la intimidación anulan el contrato al viciar el consentimiento de una de las partes.*— La intimidación es coacción moral y no coacción física, o violencia (*vis absoluta*). Esta última es fuerza material irresistible para el que contrata.

La intimidación se llamaba *vis compulsiva*.

(22 quatortricies) *Traité de la Vente, & de l'échange*, tome I, N° 416, p. 432 y s., deuxième édition, A. Durand et Pedone-Lauriel, éditeurs, G. Pedone-Lauriel, successeur, Paris, 1890.

La existencia de cualquiera de ellas hace anulable el contrato. Estatuye el art. 1089 que "será ineficaz el consentimiento prestado por violencia o por intimidación". Y el consentimiento es la base del contrato; es la médula; es el sustentáculo.

La intimidación vicia la voluntad. La violencia priva de la libertad.

Nótese que el art. 1089 habla de consentimiento y éste es propio de los contratos.

Por el art. 1090, que no habla ya de violencia, "hay intimidación cuando se inspira al agente el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, ascendientes o descendientes" y agrega: "Tratándose de otras personas, corresponderá al juez decidir sobre la nulidad, según las circunstancias".

La intimidación es un estado de espíritu. Debe ser grave la amenaza de daño al cuerpo, a la vida, a la libertad, a la honra del mismo contratante, o de los parientes que la ley enuncia. Y también es intimidación la amenaza de un daño patrimonial al presunto contratante, o a los bienes de su cónyuge, ascendientes o descendientes. Estas amenazas lo obligan, lo constriñen a contratar.

Debe tratarse de un temor fundado y de un mal inminente, o sea actual e inevitable. Si el mal es remoto o evitable, no acarrea la anulabilidad del contrato.

La violencia y la intimidación, o sea, respectivamente, la *vis absoluta* y la *vis compulsiva*, necesitan ser analizadas en relación con el contratante que las sufre, para determinar si el contrato es susceptible de ser anulado. Preceptúa el art. 1091 del cód. civ.

"Para calificar la violencia o la intimidación debe atenderse a la edad, al sexo, a la condición de la persona y a las demás circunstancias que puedan influir sobre su gravedad".

La gravedad está subordinada a la fortaleza moral o física del mismo contratante. Dicho contratante puede ser un hombre tímido, o ser hombre duro y hosco. También deberá tenerse en cuenta el lugar y el momento en que se utilizan la violencia y la intimidación. Puede tratarse de un sitio aislado, en donde nadie puede socorrer o auxiliar al amenazado. Y en cuanto al momento también deberá examinarse si el contratante estaba ya transido de temor por otros acontecimientos.

No debe olvidarse que el juzgador habrá de decidir, en cada

caso, si el contratante fué obligado a pactar porque la violencia o la intimidación lo amedrentaron.

Acerca del art. 1092 del cód. civ., que dispone "La amenaza del ejercicio regular de un derecho, y el simple temor reverencial, no anularán el acto (contrato)", si hubiera la parte amenazado con el exceso en el ejercicio del derecho, a fin de infundir miedo a la otra parte y obligarla a celebrar el contrato, ello si constituye intimidación, y, por consiguiente, anularía el contrato. Se trataría de una amenaza sobre el ejercicio irregular, anormal, malicioso del derecho. Ello sería muy raro y, sobre todo, difícil de acreditar, desde que lo normal y acostumbrado es que se obligue a la otra parte a contratar porque de no hacerlo, estaría expuesta a sufrir, v. g., una ejecución por obligación que en realidad debe y no paga no obstante haber vencido con exceso. Puede, sin embargo amenazarse con el empleo o utilización de un derecho no con el fin de conseguir ese derecho, sino para agravar ilícitamente la situación del amenazado, a no ser que otorgue el amenazado el contrato dentro de las condiciones que para él son obviamente desfavorables.

El temor reverencial consiste en el respeto que se debe al padre, a la madre y a otras personas a quienes se debe obediencia. No se les quiere contrariar o disgustar y es por ello que se celebra el contrato, no obstante que es desventajoso para quien experimenta ese temor reverencial. Sin embargo, el contrato es válido e inimpugnable.

La sent. de 5 de julio de 1906 (23) declaró fundada la oposición a la ejecución, formulada por el aceptante de unas letras de cambio, en vista de que probó que la aceptación la hizo por la presión de un acto de violencia ejercida por el jefe de un movimiento revolucionario.

Es de notar que este vicio del consentimiento se hizo valer contra el endosatario ejecutante, lo cual carecería ahora de efecto, por virtud de lo dispuesto en el art. 437 del cód. de com. y el art. 664 del cód. de proc. civ. El endosatario, en la nueva ley de cambio, se encuentra inmune a cualquier excepción que pudiera hacerse valer contra el tomador y los endosantes que le precedieron en la posesión de la cambial. Sólo le son oponibles las excepciones que tengan el carácter de comunes y las personales contra él mismo.

(23) "A. J.", 1906, p. 186 y ss.

Véase, asimismo, la sent. de 21 de noviembre de 1912 (23 bis), que declara nulo un instrumento que se hizo firmar con amenaza; y cuando su otorgante se encontraba detenido, o sea cuando carecía de entera libertad.

20g).—*La supresión de la causa en el contrato.*— Acerca de la eliminación de la causa para la validez del acto jurídico, o sea para la validez del negocio jurídico o del contrato, su especie, el redactor del cód. civ. dice en la exposición de motivos:

“..... No se considera la causa como elemento vital en la elaboración del acto jurídico. En los actos gratuitos la causa se confunde con el consentimiento, y en los onerosos, se asimila al objeto. Puede afirmarse que la teoría de la causa es innecesaria, como lo revela el hecho de que este requisito haya sido eliminado por la técnica legislativa contemporánea. Los códigos suizo y alemán ignoran la causa. La excluyen también el austriaco y el brasileño. La doctrina anglo-americana de la “consideración” se refiere más al objeto que a la causa, porque aquella se mira desde el punto de vista de la utilidad que las partes derivan del contrato. La “consideración” es siempre un elemento económico vinculado al objeto y que no se equipara a la clásica noción de los causalistas” (23 ter).

Adviértase que el cód. mantiene en el art. 1084 la declaración de los casos en que la falsa causa vicia el contrato. OLAECHEA (23 quater) dice, en los motivos, que “la falsedad de la causa puede afectar la validez del consentimiento si se expresó como razón del acto, o bajo forma de condición. Ello es así, en el primer caso, porque la causa final del acto se confunde con el objeto y es parte integrante del acto mismo; y en el segundo, porque la condición es un evento que decide sobre la subsistencia del consentimiento”.

Asimismo, dentro del título de los actos ilícitos, el cód. trae el instituto del enriquecimiento sin causa, o enriquecimiento ilícito, o torticero, o indebido, en el art. 1149.

El legislador expresa, en la exposición de motivos, lo que sigue:

“..... Sin disolver la estructura de los actos jurídicos, deben evitarse las transmisiones de valores a las que falte “un

(23 bis) “A. J.”, 1919, p. 205 y ss.

(23 ter) Véase APARICIO y G. S., G., Cód. Civ., concord., t. III, p. 399.

(23 quater) En APARICIO y G. S., G., Cód. Civ., concord., t. III, p. 400.

fundamento obligatorio". Esta noción de fundamento obligatorio o de *causa* no puede ser establecida en su generalidad. La doctrina y las legislaciones no la han alcanzado" (23 quinquies).

Véase cómo la causa no ha sido totalmente abandonada por el legislador, dentro de las disposiciones del código. Aún cuando se admita una concepción distinta de lo que se entiende por "causa".

Bajo el imperio del cód. civ. abrogado, la causa era invocada, sin tenerse un concepto cabal de ella.

Así en la sent. de 12 de enero de 1933 (23 sexies) se declara que la causa en el contrato de compra-venta, que es conmutativo y a título oneroso, es la ventaja apreciable que cada uno de los contratantes pretende proporcionarse por efecto directo del convenio; y no el motivo opuesto a las leyes y a las buenas costumbres que anima al vendedor, quien distribuye posteriormente todo el precio que recibe, para que ni en mínima parte pueda ser aprovechado por el hijo legítimo. Esto último no puede afectar a la validez del contrato.

Por la sent. de 12 de setiembre de 1931 (23 sexies a) se establece que incumbe al deudor la prueba de que la obligación carece de causa. Sin embargo, si el demandante afirma la variación de la causa de deber, la prueba de la obligación pasa a aquél. Por lo tanto, para que la causa falsa no afecte a la obligación, se requiere la prueba, por parte del acreedor, de la existencia de la causa real que la generó.

El Fiscal había expresado que por presunción *iuris* en todo contrato hay causa lícita, aunque no se exprese; que ello admite prueba en contrario, que corresponde a quien alega la nulidad y no al acreedor. Invocaba el art. 1254 del cód. civ. de 1852. Sin embargo, el demandante en su confesión, había expresado que no había realizado gestión alguna para conseguir el fin señalado en el contrato y que la suma que reclamaba se le debía por otros servicios personales, por lo que había perdido su virtualidad la presunción *iuris* de la existencia y realidad de la causa, que se halla inválida en toda obligación, aunque se omita mencionarla. Se encontraba dicho acreedor obligado a probar la existencia y realidad de esta nueva causa, conforme a los principios generales del derecho.

(23 quinquies) En APARICIO y G. S., G., Cód. Civil, concord. t. III, p. 407.
(23 sexies) En "R. de los T.", 1933, p. 13 y ss.
(23 sexies a) "R. de los T.", 1931, p. 205.

Razones de orden práctico han creado el negocio abstracto. Con él se hace más firme la adquisición de determinadas obligaciones activas, ya que se priva al deudor de deducir determinadas excepciones; así, las excepciones que se refieren a los acreedores que fueren originarios o anteriores a aquel que exige su pago. Por ejemplo, el que se objetiva en la letra de cambio.

Uno de los preceptos instalados dentro del título que regula los vicios de la voluntad, es el del art. 1084, que dispone:

“La falsa causa sólo vicia el acto (es decir, el contrato) cuando expresamente se manifiesta como su razón determinante, o bajo forma de condición”.

La causa en el sentido del motivo o los motivos que se tuvieron para contratar. Esa causa o motivo es irrelevante para el derecho: éste no lo investiga en cuanto tiene carácter interno; está dentro de la psíquis del contratante. Pero el derecho si se ocupa de la causa cuando ésta forma parte integrante del contrato.

Conviene decir que el cód. civ. argentino, el alemán el portugués, el cód. federal suizo de las obligaciones y el peruano, no mencionan la causa entre los requisitos de los actos jurídicos.

Todo negocio jurídico —en especial, todo contrato—, exige como parte esencial una declaración de voluntad, o sea una exteriorización de la voluntad privada, dirigida a provocar una consecuencia jurídica, un efecto jurídico, es decir, la constitución, extinción o modificación de una relación de derecho.

Asimismo, un negocio jurídico, —una transmisión patrimonial, en particular—, debe tener un fundamento jurídico, una causa, fijada por acuerdo de las partes contratantes.

Las transmisiones patrimoniales cuya validez depende de la existencia de una causa, se llaman “causales”. Los negocios jurídicos (contratos, específicamente) tienen ordinariamente, normalmente este carácter.

La validez del negocio jurídico —o sea, del contrato—, sufre una grave alteración porque el declarante se obligó movido por una falsa idea o fiado en un hecho falso, si ese hecho o esa idea afectan cualidades esenciales del negocio.

Clovis BEVILAQUA (23 septies), comentando el art. 90 del cód. civ. del Brasil, que es fuente de nuestro art. 1084, dice:

(23 septies) Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, vol. I, 7a. ed. Rio de Janeiro, 1944, p. 356.

LEHMANN, ENDEMANN, Lehrbuen, I, § 108, nota 8. Citado por BEVILAQUA.

Los motivos del acto son del dominio de la psicología y de la moral. El derecho no los investiga ni les otorga influencia, excepto cuando constituyen parte integrante del acto (o del contrato), cuando aparecen como razón de él, o cuando se configuran como la condición de la cual el contrato depende.

Si los motivos se mantienen en la esfera de la elaboración interna, o, aunque estén de manifiesto en el contrato, si no forman cuerpo con dicho contrato, sería realmente peligroso considerar la falsa causa como que vicia la declaración de voluntad. Por otro lado, ocurre muchas veces que es de interés del agente no denunciar la causa del contrato.

Se trata, dice el maestro brasileiro, de la *causa efficiens* y de la *finalis*, en el dispositivo que comenta. Agrega que la causa de los contratos no declarada como razón o condición de ellos, dejó de ser considerada por su cód. civ; y que dicho requisito del contrato entró en el Código de NAPOLEÓN, por un equívoco.

La falsa causa no viene a ser, en este dispositivo, sino el móvil decisivo que decidió al contratante a obligarse; fue la razón determinante para el nacimiento de la obligación. La obligación no se hubiera constituido, o su constitución habría sido diversa si el contratante no hubiere padecido error con respecto al motivo. Ese motivo o causa son notoriamente falsos.

De los mismos términos del art. 1084 se desprende que la causa no sólo debe ser falsa, sino que deberá ser expresa y no tácita. Además, no basta que sea expresa, sino que constituya la razón determinante de la obligación. Puede acontecer que la causa falsa se encuentre mencionada en el texto del título, pero no constituya el motivo esencial que determinó a la parte a obligarse.

No bastaría en nuestro derecho, que ha eliminado a la causa, la comprobación de que no ha existido causa para obligarse. Lo que si subsiste es el principio de que en el comercio jurídico, toda obligación tiene necesariamente una contra-partida, que es —se dice— la causa determinante de ella. Todo prometiente, al obligarse, subordina la validez de su obligación a la existencia de una causa, de un motivo, que es esa contrapartida de que se ha hablado. Este sentido de causa es evidente que no ha desaparecido de nuestro derecho. El juez deberá indagar si existe también contra-prestación, la que constituye causa del nacimiento de la prestación.

Es incuestionable que si la causa que se encuentra expresada en el instrumento, es falsa, resulta intrínsecamente injusti-

ficada la obligación asumida por el co-contratante. Se entiende causa por motivo, por fin o finalidad del negocio; pero que, además, debe estar expresada y constituir la razón que determina la voluntad de quien aparece obligado. Por ejemplo, X resulta obligándose para con Z, por cierta suma, porque, como lo dice el título constitutivo de la obligación, X considera que en determinado negocio, Z le ahorró una suma considerable. Sin embargo, después se comprueba que Z no hizo nada y que tampoco la operación significó para X ahorro alguno. Por consiguiente, se infiere que X jamás se habría obligado con respecto a Z, si hubiere sabido que éste nada hizo en su favor.

Podría aceptarse que la causa a que se refiere el art. 1084, no es la "causa" en sentido tradicional, o sea la "causa legal" según el cód. francés, sino una que llamaríamos "causa convencional". Pero se trata de una causa declarada, escrita en el documento que prueba la existencia de la obligación. No se trata de un motivo de carácter subjetivo y, por tanto, íntimo y personal, sino de un motivo expresado y conocido por el acreedor, por lo que resulta una condición del acto mismo.

Insistimos: la regla legal exige que la falsa causa o motivo, se manifieste "expresamente"; que no se produzca una manifestación tácita del motivo. El derecho alemán, sin embargo, admite la manifestación tácita. El § 821 declara: "El que sin causa jurídica haya contraído una obligación, podrá rehusar su cumplimiento aún cuando haya prescrito su demanda de descargo de esta obligación". Y, más generalmente, el § 119 dice: "El que al hacer una declaración de voluntad esté en un error sobre su contenido, o el que no haya querido en modo alguno hacer una declaración de tal índole, podrá pedir su nulidad cuando pueda admitirse que no la habría hecho si hubiese tenido conocimiento del estado de las cosas o hubiera podido apreciar bien la situación". Y agrega: "Repútase también que hay error en el contenido de la declaración que versa sobre cualidades de la persona o de la cosa, consideradas como esenciales según el uso".

Para ser consecuente, nuestro cód. civ. no debería exigir, en el art. 1084, que la causa falsa se manifieste expresamente, ya que el art. 1076 admite la manifestación tácita de la voluntad, de donde resulta que el art. 1084 debe interpretarse como una excepción a la regla contenida en el art. 1076.

Conviene anotar que la falsa causa en cuanto se refiere al objeto, no produce la anulabilidad del contrato, sino la nulidad

absoluta. Por lo mismo, el plazo prescriptivo para demandar la nulidad no es de dos años (art. 1168, inc. 3º del cód. civ.), sino el de 30 años, que es el término que señala el art. 1169 del mismo código, para convalidar el contrato nulo de pleno derecho. Así parece ser, ya que el precepto que se refiere a la falsa causa hay que hacerlo conjugar con el art. 1075, que reclama objeto lícito en todo contrato; a tal punto que si el objeto no es lícito el contrato sería radicalmente nulo y no sólo anulable (y, por tanto, susceptible de ser convalidado por la confirmación). Es verdad que la falsa causa está instalada en el título segundo de la sección primera del libro quinto, que trata de los vicios de la voluntad (y que como tales vicios, afectan el consentimiento). Concorre, además, la circunstancia de que del texto del inc. 3º del art. 1168 aparece una enumeración restrictiva, que no comprende a la falsa causa. Se enuncian el error, el dolo, el fraude, la coacción y la incapacidad relativa del agente; pero por ningún lado aparece citada la falsa causa.

Sin embargo, debe expresarse que la falsa causa importa a la postre un error del contratante o, simplemente, obligado, aún cuando la causa se confunda con el objeto. Y siendo error resulta vicio que torna anulable el contrato; y la prescripción aplicable sería la de dos años.

En verdad, considerar a la causa como elemento del contrato (o del acto jurídico), resulta ilógico, si, además, consideramos como elementos la voluntad (capacidad) y el objeto.

Asimismo, no existe causa del contrato, sino, propiamente, causa de la obligación. Lo que hay es causa para obligarse; y esta causa es el motivo, el cual es diverso según fueren los contratantes. Así, X compra un predio para revenderlo y lucrar con ello; Z compra otro predio para alquilarlo; M, en fin, compra el inmueble para habitarlo. Aparece claro que estos motivos diversos no pueden constituir causa, porque son individuales.

Ahora, se llega a aceptar que la causa en la compra-venta, resulta para el vendedor en la obtención del precio; y para el comprador es la de adquirir la cosa. En la donación la causa del donante es la de enriquecer al donatario, sin contraprestación; y la causa en el donatario, es la de adquirir, sin sacrificio. Es evidente que así la causa resultará pulverizada, porque no deja de lado los cambiantes motivos individuales. Sigamos: la causa del mandato sería la gestión de negocios ajenos, sin retri-

bución. La causa en la permuta, la recíproca transmisión de la propiedad de las cosas.

El derecho ahora, para hacer más fácilmente realizable la pretensión, habla, de los contratos o negocios abstractos o sin causa, en contraposición a los negocios o contratos causales, que son los contratos normales. Por ejemplo, ciertos títulos de crédito resultarían abstractos, en ciertos supuestos, cuando por su circulación, se encuentran en manos de subadquirientes. En otros casos, (no circulabilidad) puede investigarse el llamado "negocio fundamental", entre el emitente (girador) y el tomador originario.

El nuevo cód. civ. de Italia consigna la causa entre los requisitos del contrato. Así el art. 1325:

"Indicación de los requisitos.— Son requisitos del contrato:

- "1) el acuerdo de las partes;
- "2) la causa;
- "3) el objeto;
- "4) la forma, cuando resultara prescrita por la ley bajo pena de nulidad".

El acuerdo de las partes constituye la conclusión del contrato, sea en el derecho italiano, sea en cualquier derecho. Y ese acuerdo nace cuando la oferta y la aceptación se produce.

La legislación italiana que rige no trata del acto jurídico, ni de sus elementos. Contiene precepto por el cual sus reglas sobre contratos se extenderían a otros actos jurídicos. Es la del 1324:

"Normas aplicables a los actos unilaterales. Salvo disposiciones contrarias de la ley, las normas que regulan los contratos se observarán en cuanto fueren compatibles, respecto de los actos unilaterales entre vivos que tengan contenido patrimonial".

Asimismo, el cód. civ. italiano tiene dedicado a la causa del contrato, toda una sección en el libro IV, que es la sección II, que contiene las siguientes disposiciones:

1343. "Causa ilícita.— La causa es ilícita cuando es contraria a normas imperativas al orden público o a las buenas costumbres".

1344. "Contrato en fraude de la ley.— Se reputa asimismo ilícita la causa cuando el contrato constituya el medio para eludir la aplicación de una norma imperativa".

1345. "Motivo ilícito.— El contrato es ilícito cuando las partes se hubiesen decidido a concluirlo exclusivamente por un motivo ilícito común a ambas".

También en la nueva legislación italiana al hablar de la causa del contrato existen las siguientes disposiciones:

"1343. Causa ilícita.— La causa es ilícita cuando es contraria a normas imperativas al orden público o a las buenas costumbres".

"1344. Contrato en fraude a la ley.— Se reputa asimismo ilícita la causa cuando el contrato constituya el medio para eludir la aplicación de una norma imperativa".

"1345. Motivo ilícito.— El contrato es ilícito cuando las partes se hubiesen decidido a concluirlo exclusivamente por un motivo ilícito común a ambas".

La causa es distinta del motivo, evidentemente. El motivo es variable, cambiante. Y también la ley italiana se refiere al motivo en el contrato de donación, en sus arts. 787 y 788.

Muchas veces la causa es el contrato. Así el enriquecimiento será lícito si la causa de él es el contrato.

Para investigar el negocio causal (convenio causal) en derecho germano véase ENNECCERUS (23 septies-a-). También el negocio inmoral, que exige la investigación de la causa, así como en el negocio usurario. La sanción es la nulidad.

En conclusión; nosotros no hemos abandonado el concepto de causa. La incorporamos al objeto del contrato o al consentimiento; y consideramos la causa cuando está expresa en el título de la obligación y es falsa.

Otros ejemplos de que la causa vive en nuestro derecho, los tenemos en el enriquecimiento ilícito (sin causa) y en el instituto del pago indebido.

21.— *Muerte del aceptante o del proponente.*— En cuanto a la muerte del destinatario o del proponente u ofertante, se presentan los siguientes casos:

a) Habiéndose producido la muerte del destinatario después de la expedición de la aceptación, es incuestionable que el

(23 septies -a-) Trat. de D. Civ., t. I, Parte gral., vol. 2, § 139, Nº I, p. 76. ss.; § 178, Nº II, p. 297, § 179 Nº III, p. 308; § 189. Nº I, 5, p. 356.

contrato deberá reputarse que se ha formado, de acuerdo con nuestra legislación; por tanto, los herederos del aceptante se encuentran obligados con respecto a los efectos del contrato.

b) Si es el oferente el que hubiere fallecido en el intervalo que existe entre la expedición de la aceptación y su recepción, es también obvio que los herederos del oferente están ligados al contrato, desde que el mismo deberá considerarse perfecto con la expedición de la respuesta en que consta la aceptación.

Lo expresado es teniéndose en cuenta que se trate de obligaciones transmisibles y no inherenciales.

La oferta mantiene su validez aunque se produzca la muerte del que la evacuó y aún cuando el contrato todavía no se hubiere formado con la aceptación.

Como dirían los alemanes, la oferta tiene fuerza vinculante. En el BGB, su parágrafo 145 previene:

“El que propone la conclusión del contrato está ligado por su oferta, a no ser que haya expresado después su voluntad en contrario”.

Esta regla, por ejemplo, opera para la oferta de compra y para la oferta de venta. Más adelante reproducimos la disposición del cód. civ. alemán sobre la muerte de quien formuló la oferta.

Para la teoría clásica la muerte del policitante o su incapacidad antes de la formación del contrato con la aceptación de aquel a quien va dirigida hace revocar de pleno derecho dicha oferta. Pero ahora la oferta una vez llegada a manos de quien debe aceptarla producirá todos sus efectos y si la acepta obliga a los herederos del policitante. Así, la oferta pasará a los herederos de quien la formuló como cualquier otra obligación. Véase el § 130 del cód. civ. alemán.

Aún cuando en nuestro vigente cód. esta cuestión que sigue no aparece con la necesaria claridad, debemos convenir en que la muerte del policitante u ofertante no impide la formación del contrato.

El § 153 del cód. alemán declara: “No impedirá la perfección del contrato el hecho de que antes de la aceptación muera el proponente o se incapacite para contratar, a no ser que deba admitirse una voluntad contraria del proponente”.

También contiene la misma solución el art. 1330 del cód. civ. italiano de 1942:

“Muerte o incapacidad del empresario.— La propuesta o la aceptación, cuando fuesen hechas por el empresario en el ejercicio de su empresa, no pierden eficacia si el empresario muriese o se hiciese incapaz antes de la conclusión del contrato, salvo que se trate de pequeños empresarios o que otra cosa resulte de la naturaleza del negocio o de otras circunstancias”.

El cód. civ. chino declara en su art. 154:

“Quien propone a otro la realización de un contrato queda ligado por el ofrecimiento, a menos que no haya excluido este lazo obligatorio”.

Para nosotros, la oferta es obligatoria en los casos precisamente no legislados en el art. 1330 del cód. civ., el cual regula las hipótesis en que dicha oferta deja de ser obligatoria. Por tanto, será obligatoria: a) si se hizo con plazo, por lo que debe ser mantenida durante el transcurso de ese plazo; b) si se hizo sin concederle plazo a la persona ausente, pero no ha transcurrido el tiempo suficiente para que llegue al oferente la respuesta de aquel a quien fue dirigida e intertanto muere el ofertante.

La oferta y la aceptación no sólo deberán coincidir en su contenido, sino que han de estar en íntima relación, o sea que la una se emitió teniendo en cuenta la otra.

En el derecho romano la oferta podía ser revocada en cualquier momento. Necesidades del tráfico exigen consagrar el principio opuesto. Sin embargo, el oferente puede estipular lo contrario, ya sea expresamente, como si dice “Quedando en libertad”, o “sin compromiso”, o también tácitamente.

22.—*Nociones complementarias.*— Objeto del contrato es la cosa o el hecho que una de las partes deberá entregar o cumplir en beneficio de la otra. Esta cosa o hecho se designa bajo el nombre de “prestación”.

Si el contrato tiene por objeto el cumplimiento de una obligación *intuitu personae*, por ejemplo, si un abogado conviene en defender judicialmente a determinado cliente, no cabe exigir medios coercitivos o compulsivos para su cumplimiento. Sólo podrá exigirse la indemnización por los daños y perjuicios. Se trata del cumplimiento de una obligación de hacer personalísima (art. 1183 cód. civ.).

Dícese que son efectos de los contratos las obligaciones que los mismos crean. Por el contrario, los efectos de las obligaciones conceden a los acreedores la facultad de exigir su cumpli-

miento y a los deudores les imponen la necesidad de satisfacerlas.

La falta de objeto importa la nulidad del contrato, desde que faltaría un elemento esencial del acto jurídico (art. 1075 cód. civ.). Es nulidad radical.

CAPITULO IV

MOMENTO Y LUGAR EN QUE SE ENTIENDE PERFECCIONADO EL CONTRATO

23.—*Contratos entre presentes y entre ausentes.*— Es necesario determinar cuándo se produce la formación del consentimiento para que un contrato se tenga por perfeccionado.

Si el contrato es entre presentes, o sea entre personas que se comunican de viva voz, o por medio de mandatarios, es inobjetable que el contrato se forma cuando la aceptación se produce. De lo expuesto se infiere que entre presentes no surge problema digno de consideración.

Por el contrario, existen dificultades si el contrato se celebra entre ausentes, no en sentido procesal, es decir, entre personas que se encuentran en lugares diferentes. Al respecto, existen las siguientes doctrinas:

a) *Doctrina de la declaración*, por la que el contrato se entiende perfeccionado cuando el destinatario otorga su aceptación. Es en ese momento que se produce la confluencia de voluntades y se reputará que el contrato ha quedado perfeccionado. Esta doctrina es jurídicamente inimpugnable; pero resulta inconveniente porque deja en manos del destinatario la formación del contrato; la manifestación de voluntad de éste hace que el contrato se forme, lo cual podría acarrear perjuicios. Habrá entonces contrato desde que la oferta es aceptada; no se exige el conocimiento recíproco.

BAUDRY-LACANTINERIE, et Barde (23), que sigue esta doctrina, expresa que debe siempre haber una traza de la acepta-

ción, porque el simple *propositum in mente* no se toma en cuenta en derecho.

En realidad, con esta doctrina el destinatario podría, a su arbitrio, decir si hay o no contrato cuando le plazca y según su conveniencia.

b) *Doctrina de la expedición.* Trata de corregir el defecto de la doctrina anterior, por lo que entiende perfeccionado el contrato cuando el destinatario envía su aceptación, se desprende de ella. Es sólo una modalidad atenuada del sistema de la declaración pura. No corrige evidentemente los inconvenientes de la teoría de la declaración o aceptación por cuanto los documentos en que consta la aceptación pueden ser retirados del correo cumpliendo ciertos trámites, por el destinatario.

c) *Doctrina del conocimiento o información.* Por la misma el contrato se reputa perfeccionado cuando el oferente tiene conocimiento de la aceptación del destinatario. Este sistema tiene como inconveniente que el contrato quede sujeto a la voluntad de quien formuló la oferta.

d) *Doctrina de la recepción.* El consentimiento se forma, de acuerdo con esta doctrina, cuando la aceptación llega a poder del oferente, no obstante que dicho oferente no tenga conocimiento que la aceptación se ha producido. Cuando el documento en que consta la aceptación llega a su destino, se considera que el contrato se ha perfeccionado, desde que se presume que el destinatario habrá de leerlo.

Nuestro cód. civ. se afilia a la teoría de la expedición, como se comprueba en el art. 1335 cód. civ.:

"Los contratos celebrados por correspondencia epistolar o telegráfica, se consideran perfectos desde que fue expedida la aceptación".

Sin embargo, los contratos mercantiles se perfeccionan de acuerdo con el sistema de la declaración. Así, el art. 54 del cód. de com. dispone:

"Los contratos que se celebren por correspondencia, quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada".

Aún la aceptación subordinada a modificaciones perfecciona el contrato. Es obvio que esta última parte de la ley mer-

cantil no puede subsistir, porque entraña un error. Dentro de la buena doctrina, nuestro cód. civ. estatuye, a este respecto, en el art. 1332:

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

Una excepción a la regla general que el cód. civ. tiene en el art. 1335, es la del contrato de donación; para que se perfeccione éste es necesario que se le ponga en conocimiento, se le notifique la aceptación al donante (parágrafo 4º del art. 1474 cód. civ.).

Existen hipótesis en que el contrato entre ausentes no se encuentra perfecto con la expedición de la aceptación. Por ejemplo, la que regula el inc. 3º del art. 1330 cód. civ. ("La oferta deja de ser obligatoria: Si hecha a persona ausente, no se hubiese expedido la respuesta dentro del plazo fijado"). El contrato no se reputará perfeccionado sino cuando llegue la respuesta a conocimiento del oferente o policitante, o sea que en este punto no se sigue la doctrina de la expedición. Este ejemplo es de ESPINOLA (24). Sólo con la recepción se sabe si la respuesta se expidió dentro del plazo señalado.

Otro ejemplo en el cual la expedición de la aceptación no perfecciona el contrato es el del art. 1333 cód. civ., ya que si la oferta no fué rehusada sin dilación, se considera que el contrato ha sido concluído, sea porque se trata de policitación en la que no se acostumbra la aceptación expresa, sea porque el proponente dispensó de la aceptación (25).

Determinar cuál es la doctrina legislativa en esta área no importa algo simplemente especulativo e intrascendente, sino que representa un interés pragmático indudable (25 bis). Por ejemplo, si nuestro cód. siguiera la doctrina de la declaración y premuere el oferente una vez que el destinatario aceptó la oferta, declaró simplemente que la aceptaba, ya habrá contrato porque el consentimiento se ha producido. Pero si el cód. se ha

(24) II, II, p. 152.

(25) Puede convenirse que el contrato no se perfeccione con la expedición de la respuesta aceptándola si el oferente se hubiere comprometido a esperar la respuesta; y también a) si no llegare la aceptación en el plazo convenido y b) si antes de la aceptación tante. Estos casos han sido previstos por el art. 1086 del cód. civ. del Brasil, antecedente de nuestro art. 1335 cód. civ., que contiene la doctrina de la expedición. Sin embargo, el caso a que se refiere el párrafo b) está contenido en el art. 1334 de nuestro cód. civ.

(25 bis) DE DIEGO, en transmisión de las obligaciones, p. 44, advierte que las cuestiones jurídicas no tienen una importancia académica o teórica, porque el derecho, por su propia naturaleza jamás puede ser puramente especulativo, ya que ha nacido en y para la vida.

afiliado a la doctrina de la información o del conocimiento, producido el fallecimiento del ofertante antes de que la aceptación llegare a su conocimiento no existirá contrato, por lo que debe entenderse que la oferta ha caducado. Nuestro cód., como ya se dejó establecido, sigue la doctrina de la expedición, por lo que si el oferente falleciera antes de la expedición de la aceptación el contrato no habrá nacido.

En cuanto a los riesgos, sabemos que en el contrato de compra-venta de inmuebles, los riesgos de la pérdida del bien los soporta el comprador, porque basta el consentimiento para que se transfiera el derecho de propiedad sobre los mismos. Es de trascendencia saber si el contrato quedó perfeccionado en el supuesto de haberse destruído el inmueble materia de la venta, por *casus*.

En cuanto a la prescripción también es importante determinar si el contrato quedó o no perfeccionado. Es desde su perfeccionamiento que nacen las obligaciones y comienza a decursar la prescripción extintiva.

Finalmente, existen contratos de venta en que se fija el precio de la cosa de acuerdo con la cotización del día en que se perfeccionó el contrato en una plaza determinada, por lo que se requiere saber qué día se perfeccionó el contrato (Véase art. 1338 cód. civ.).

§ 2

LUGAR EN QUE SE PERFECCIONA EL CONTRATO

24.—*Determinación de la ley.*— Nuestra legislación civil declara que el lugar de celebración es aquel en donde se formuló la oferta. Así, el art. 1336 cód. civ.:

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

Decidir el lugar del contrato tiene importancia cuando deben aplicarse los usos locales y éstos varían de plaza a plaza. En el campo internacional la determinación del país de celebración es trascendental porque indica la ley aplicable (véase arts. VII y XVIII del T. P. del cód. civ.). No tiene efectos en lo procesal, ya que el lugar del contrato no determina la competencia, sino el lugar para el cumplimiento de la obligación (inc. 1º del art. 45 del cód. de proc. civ.).

25.—*Contratos por teléfono.*— Se ha discutido en la doctrina si estos contratos por teléfono deben considerarse como celebrados entre presentes o entre personas ausentes. Nuestro cód. civ. da la solución que dan todos los códigos modernos como el alemán, el suizo, el brasileiro, el chino, el polaco y el turco. Se trata de un contrato entre presentes. Dice el 2º párrafo del art. 1330: "Considérase como presente a la persona que contrata con otra por medio del teléfono". Ello se explica porque la oferta llega a conocimiento del otro inmediatamente que se emite y por boca del oferente. De otro lado, en cuanto a la aceptación el policitante tiene conocimiento de dicha aceptación sin intervalo de tiempo, por boca del mismo aceptante.

Llámase "contratos entre ausentes" aquellos en que la aceptación no se produce en presencia de la otra parte.

Los contratos por teléfono los reputa la ley contratos entre presentes, en razón de que la confluencia de voluntades se produce en el acto mismo de la conversación telefónica. Pero si se examina el asunto desde el punto de vista del lugar de su celebración, es incuestionable que se trata de contratos entre ausentes.

Quien recibe una oferta por teléfono deberá aceptarla en el acto; si así no lo hace, quedará el oferente libre de todo compromiso. No existe intervalo entre la aceptación y su conocimiento por el oferente; éste conoce la aceptación en el mismo momento en que es emitida. Por lo mismo, el contrato se reputa entre presentes y se perfecciona al tiempo de emitirse la aceptación.

La única dificultad consiste en determinar dónde se celebró el contrato por teléfono: conforme a la fórmula del art. 1336 cód. civ., "repútase celebrado el contrato en el lugar en que se formuló la oferta".

C A P Í T U L O V

EFFECTOS DE LOS CONTRATOS

26.—*Concepto.*— El contrato, por regla general, sólo produce efecto entre las partes.

No debe confundirse, porque son cosas distintas, los efectos de los contratos con los efectos de las obligaciones.

Los efectos de los contratos son los derechos y obligaciones que emergen de dichos contratos.

Es, por el contrario, efecto de la obligación la necesidad en que se encuentra el deudor de cumplir su prestación y el derecho que le corresponde al acreedor para obtener el cumplimiento de lo convenido.

El cód. civ. ha regulado esta materia en el art. 1329:

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

Entre los efectos que produce el contrato y el principio de la cosa juzgada existe analogía; desde que las sentencias sólo producen efectos relativos, obligan a quienes han seguido o intervenido en el juicio; los contratos también sólo producen efectos relativos (véase art. 1082 cód. de proc. civ.).

La fórmula del art. 1329 cód. civ. se refiere a “herederos” no en el sentido restringido que este vocablo tiene en el derecho sucesorio, sino como causa-habientes o personas que derivan su derecho de los que originariamente celebraron el contrato. Nadie puede quedar obligado sino en virtud de una declaración de voluntad. Esa declaración la hacen las partes en el contrato; no los terceros.

Parte en un contrato no es solamente aquel que actúa por sí mismo, sino el que lo hace por medio de representante o mandatario.

Para esta cuestión de los efectos del contrato hay que tener en cuenta las partes, los terceros y, dentro de éstos, los terceros relativos y los terceros absolutos.

Son terceros los extraños al contrato, quienes no intervinieron en su celebración. Pero dentro de los terceros hay que subdistinguir los terceros relativos, o sea aquellos que con posterioridad a la celebración del contrato entran en relaciones jurídicas con las partes. Estos terceros relativos son sucesores a título universal y sucesores a título particular. El art. 1329 cód. civ. se refiere no sólo a los sucesores a título universal cuando habla de “herederos”. Estos suceden en todos los bienes, o en una cuota de ellos. En virtud del fallecimiento del causante los herederos entran en relaciones jurídicas con el otro contratante, porque los herederos son los continuadores de la personalidad del pre-muerto. Por eso se explica el apotegma “El que contrata para sí lo hace también para sus herederos”.

Continuando en la exégesis del art. 1329 cód. civ., es de notar que se refiere a la intrasmisibilidad de derechos. Los herederos, terceros relativos, no responden cuando las obligaciones contraídas activa o pasivamente por el causante fueren intrasmisibles. Así, las que emanan de los derechos reales de uso, de habitación y de usufructo, o del contrato de renta vitalicia si fallece la persona que goza de la renta y en cuya cabeza se constituyó ésta. También hay otras obligaciones que el causante puede haber asumido y que son *intuitu personae*, como las que derivan del mandato. (véase, sin embargo, art. 1655 cód. civ.; pero el mandato se acaba por muerte del mandatario art. 1649 inc. 3º cód. civ.); y otras como las obligaciones de hacer en el caso del art. 1183 cód. civ. (26).

No obstante lo expuesto, los herederos sólo responden de las deudas de su causante hasta donde alcancen los bienes que hubieren adido. Es en este sentido que hay que admitir los efectos del contrato entre los herederos (art. 658 cód. civ.); la responsabilidad de los herederos por las obligaciones pasivas del causante no es ilimitada.

Otros terceros relativos hemos dicho que son los sucesores a título particular. No todos; son éstos el legatario; si el bien que dicho legatario recibe está afecto a hipoteca, aunque no estuviere inscrita, lo obliga (No es tercero del registro, porque es adquiriente a título gratuito y ésta es una prueba de que el gravamen hipotecario puede existir sin estar inscrito). Viene así obligado el legatario a responder de la hipoteca constituida por el testador. Otro ejemplo de sucesión a título particular es el de la cesión de créditos (art. 1456 y ss. cód. civ.); el cesionario sucede a título particular al cedente y está obligado a cumplir todas las estipulaciones que dicho cedente hubiera celebrado con el deudor, y también a soportar todas las excepciones que dicho deudor cedido tuviera contra el cedente.

Por último, son terceros absolutos los totalmente extraños al contrato, que no han sido parte ni en su perfeccionamiento ni después. A ellos no los puede afectar el contrato: esto se objetiva en el aforismo "*res inter alios acta*". Hay, sin embargo, excepciones; así, en los contratos colectivos de trabajo (en el

(26) La obligación de rendir cuentas no se trasmite a los herederos ha establecido la jurisprudencia. Así, sent. de 19 de agosto de 1905, en A. J., 1905, p. 197; sent. de 29 de setiembre de 1905, en A. J., 1905, p. 251; sent. de 7 de noviembre de 1906, en A. J., 1906, p. 403; sent. de 31 de diciembre de 1913, en A. J., 1913, p. 229; sent. de 20 de junio de 1931, en R. de los T., 1931, p. 122.

Perú carecen de legislación adecuada) obligan a los obreros que ingresen en el sindicato con posterioridad a la celebración del contrato. Lo mismo ocurre con el contrato llamado *de concepción*, que obliga al público no obstante que éste no ha intervenido; y con las estipulaciones en favor de tercero que nuestro cód. civ. legisla en los arts. 1345 a 1347, en que los efectos del contrato se transmiten a terceros extraños llamados beneficiarios.

De todo lo que se ha dejado expuesto es fácil ahora entender lo que es la *teoría de la inoponibilidad*, que viene a ser la ineficacia respecto de terceros de un derecho nacido como consecuencia de la celebración o de la nulidad de un acto jurídico; propiamente, de un contrato.

Por ejemplo, existe en nuestro derecho una inoponibilidad que fluye de la falta de publicidad de los derechos reales inmobiliarios: el acto no inscrito no puede ser opuesto a terceros —art. 1050 cód. civ. La ausencia del registro hace que el acto sea inoponible a terceros. También con respecto a los derechos personales susceptibles de ingresar al registro de la propiedad inmueble; así los embargos deberán anotarse preventivamente para que puedan ser opuestos a ciertos terceros (acreedores) y aún a otros terceros que adquieran derechos reales sobre los inmuebles anotados. Por ejemplo, el tercero comprador, que en buena cuenta adquiere el derecho de propiedad, tiene que soportar las consecuencias de la anotación de un embargo (así aparece del art. 86 del Reglamento de las Inscripciones). Lo mismo cuando se trata del pacto de indivisión en el condominio (art. 906 cód. civ.).

También hay inoponibilidades en nuestra legislación que derivan de la falta de fecha cierta. La única en el código civil es la que proviene del contrato de prenda, que no puede ser opuesto a terceros si no consta en escrito de fecha cierta (art. 983 cód. civ.). O sea que entre acreedor y deudor el documento surte efecto aunque no tuviere fecha cierta. Estas son inoponibilidades de forma.

Hay otras inoponibilidades de fondo. Así, la que nace de un contrato hecho en fraude de los acreedores. Este contrato no puede ser opuesto a terceros.

La locación-conducción no termina con la muerte del arrendatario. Los herederos de éste continúan en el contrato. Así se desprende de lo dispuesto en el inc. 3º del art. 1531 del cód. civ. y en el art. 1534 del mismo código. Sin embargo, puede convenirse que el contrato termine con la muerte del locatario y ese

pacto es válido, constituyendo un ejemplo de que contractualmente puede acordarse que las obligaciones no se transmitan a los herederos. Se le da por convenio inherencia al contrato, salvo lo dispuesto respecto a la locación de inmuebles urbanos para la vivienda.

Los sucesores singulares o particulares no representan la persona del causante.

Los contratos no producen efecto alguno contra los terceros absolutos; ni les aprovechan, ni los perjudican. Son extraños al contrato y se les conoce bajo el nombre de *terceros*. Esto es así desde el derecho romano, en que existía el adagio *res inter alios acta alia neque prodesse neque nocere potest*, que significa: "las cosas otorgadas entre otros, no pueden aprovechar ni perjudicar". De donde resulta que el contrato no puede ser invocado por las partes contra los terceros, ni por los terceros contra las partes. Existen dos excepciones: 1) la promesa de hecho por un tercero; y 2) las estipulaciones en favor de tercero.

CAPITULO VI

LA FORMA DE LOS CONTRATOS

27.—*Sentido del precepto*.— En relación con la forma de los contratos, al igual que la forma de todo acto jurídico, rige el art. 1122 cód. civ.:

"Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente".

Empero, con respecto a los contratos existe un dispositivo especial. Es el art. 1340 cód. civ.:

"Si la ley exige el otorgamiento de escritura pública, u otra forma especial, las partes que han celebrado el contrato, pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida".

En general, en nuestro derecho la forma se exige como medio de prueba y no como elemento constitutivo de la obligación (*ad substantiam*); basta entonces el consentimiento para que el contrato exista. Hay unos pocos casos en que la forma es consustancial con el acto, a tal punto que si ella falta el acto es inexistente, radicalmente nulo (art. 1123 inc. 3º cód. civ.). Entre esos actos se encuentran los contratos de anticresis, de hipote-

ca y de renta vitalicia (véase arts. 1005, 1012 y 1750 cód. civ.); los dos primeros son derechos reales de garantía, pero es difícil de concebir un derecho real que no viva como contrato. Sólo algunas formas de posesión y de comunidad no nacen de contratos. También la hipoteca que nace de declaración unilateral de voluntad, para garantizar ciertos títulos al portador.

Para todos los códigos modernos, desde el de Napoleón, la convención, el contrato depende del consentimiento; basta la prestación del consentimiento para que el contrato quede perfecto; es un sistema espiritualista. En buena cuenta, prevalece ahora la voluntad del que se obliga, sobre el formalismo y simbolismo de los romanos.

El art. 1340 cód. civ., que el legislador ha copiado del art. 1279 del cód. español, no puede tener entre nosotros la interpretación que los civilistas hispanos le dan. Por lo mismo, no es aprovechable la doctrina por ellos expuesta. El precepto no se aplica a aquellos contratos en que la forma es esencial para su existencia, como ocurre con la hipoteca, anticresis y renta vitalicia, sino a aquellos otros en que la forma es subsidiaria, en que el contrato debe reputarse perfecto habiendo mediado el consentimiento (27).

(27) VALVERDE, III, p. 277, expresa, al comentar el art. 1279 de su cód., equivalente al 1340 del nuestro, que el contrato existe sin la forma solemne y liga la voluntad; pero que las obligaciones que de él dimanar no pueden hacerse efectivas si no las precede la solemnidad del título.

Consideramos que esta no es la interpretación justa, no obstante que tiene muchos prosélitos entre nosotros. Si en un contrato de compra-venta de inmuebles, v. g., se omite la escritura pública, las obligaciones que de él emergen son exigibles malgrado no exista la forma. Si en el derecho real de anticresis, en que la escritura pública la exige la ley como requisito necesario para su existencia, faltara ésta, no es que las obligaciones no existen, sino que ni siquiera se puede afirmar que el contrato se ha perfeccionado.

En nuestro derecho no es admisible el principio de que si no se cumple con la formalidad exigida por la ley, se origina un contrato preliminar, bajo reserva de perfeccionarse el contrato celebrado cuando se cumpla con la formalidad requerida. Siempre habrá contrato si la forma no ha sido requerida por la ley como solemnidad; en caso contrario, nada existe.

Lo cierto es que el precepto del art. 1131 cód. civ. se aplica a aquellos contratos que no exigen forma especial, en los que los instrumentos que sirven para probarlos adolecen de ciertos defectos que producen su nulidad. Declarada ésta debe reputarse que el contrato subsiste. Empero, si se trata de contratos en las que la forma instrumental es indispensable para su existencia la nulidad de la misma importa su inexistencia.

La fórmula del art. 1340 cód. civ. debe interpretarse en conjunción con la del art. 1131 del mismo cód. ("No debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo. Puede subsistir el acto aunque el documento se declare nulo por cualquier defecto"), o *nem*, por lo que la nulidad del instrumento no acarrea la nulidad del contenido que es su objeto. Por el contrario, si la escritura pública es requisito esencial, la nulidad de ella comporta la nulidad del contrato que contiene; más proplamente, su inexistencia, de acuerdo con los principios generales sobre nulidades.

En la compra-venta de cualquier clase de cosa la escritura pública no es indispensable para su perfeccionamiento; pueden, sin embargo, los contratantes exigirla. Así: Art. 1407 cód. civ.—“Háyase o no pagado el precio en la venta de un inmueble, se puede demorar la entrega para obligar al comprador al otorgamiento de la escritura pública del contrato. El vendedor debe emplazar judicialmente al comprador”.

Art. 1427 cód. civ. “El comprador de inmuebles o de derechos o acciones sobre ellos, aunque se le haya entregado la cosa, puede retener el precio o la parte que debiere, mientras el vendedor le demore el otorgamiento de escritura pública. En este caso, no debe el comprador intereses de la cantidad retenida”.

Los preceptos reproducidos no indican que para la perfección del contrato de compra-venta de inmuebles sea indispensable escritura pública. La regla general en este punto está contenida en el art. 1174 cód. civ.:

“Cuando la cosa fuese inmueble y concurriesen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarla, será preferido aquel cuyo título ha sido inscrito, o, en su defecto, el acreedor cuyo título sea de fecha anterior, salvo que el de alguno conste de instrumento público”.

Lo dispuesto en esta norma revela que la ausencia de instrumento público no impide al acreedor reclamar el bien inmueble, al que tiene derecho, v. g., por efecto de un contrato de compra-venta.

Por el contrario, la escritura pública es exigida por la ley como solemnidad en el contrato de donación inmobiliaria (art. 1474 párrafo 3º cód. civ.), por lo que no habría manera que el presunto donatario pudiera compeler al supuesto donante a otorgar la escritura pública del contrato de donación, suponiendo que ese contrato constara en instrumento privado. Es inobjetable que la donación inmobiliaria por documento quirografario nada vale. Caso distinto sería si existiera una promesa de donación de inmueble. Si la donación de inmueble no se celebra por escritura pública no existirá el contrato de donación y el donatario no puede compeler al donante a otorgar escritura pública.

También funciona la doctrina del art. 1340 cód. civ. en el caso de las hipotecas legales, en que existe la obligación de constituir hipoteca en determinadas personas. El acreedor de estas personas puede exigirles, conforme al art. 1027 cód. civ., el otorgamiento de la escritura pública correspondiente, a fin de re-

gistrarlas. Y ello a pesar de que la escritura pública es formalidad indispensable en la hipoteca (art. 1012 cód. civ.) (28).

Varios dispositivos del cód. civ. requieren que determinadas obligaciones consten por escrito. Así, "el mutuo cuyo valor pase de quinientos soles, debe constar por escrito" (art. 1585 cód. civ.); "el depósito de una cosa cuyo valor exceda de quinientos soles debe hacerse por escrito" (art. 1608 cód. civ.). A nuestro juicio, la falta de instrumento público o privado no impide comprobar, por otros medios, la existencia del mutuo o del depósito, ya que la ley no sanciona con la nulidad la omisión del escrito. En cambio, si lo dice tratándose del contrato de fianza en el art. 1776 cód. civ.:

"La fianza debe constar por escrito, bajo pena de nulidad; y sólo quedará obligado el fiador por aquello a que expresamente se hubiere comprometido, sin que pueda obligarse por mayor cantidad, ni con más gravamen que el fiado".

La omisión de la forma en aquellos contratos en que ésta no es de su esencia, no obsta para que lo convenido tenga fuerza obligatoria y produzca sus naturales efectos. Lo contrario debe ser admitido tratándose de los contratos formales, solemnes; en éstos es aplicable el aforismo *forma data esse rei*.

Y dentro del campo de las nulidades, parece conveniente examinar el contenido del art. 1131 cód. civ.:

"No debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo. Puede subsistir el acto aunque el documento se declare nulo por cualquier defecto".

Esta regla es inaplicable para los contratos formales, o solemnes, o sea para aquellos que como la renta vitalicia o la donación inmobiliaria el instrumento no es requerido *ad probationem* sino *ad solemnitatem*. Si funciona en los contratos no solemnes; v. g., la escritura pública en que aparece el contrato de compra-venta de un inmueble que X transfirió a Z se declara nula por defectos de forma; ello no supone que la compra-venta también se anule. Subsiste el contrato de compra-venta, no obstante que la escritura pública ha sido anulada.

(28) Para que la hipoteca legal se pueda inscribir es necesario que conste en instrumento público, conforme al precepto del art. 1041 del cód. civ. Parecería que la escritura pública no es requisito esencial de la hipoteca cuando el art. 1027 del mismo cód. declara que las personas a cuyo favor se establece hipoteca legal tienen el derecho de exigir el otorgamiento de escritura pública. Debe anotarse, sin embargo, que en este caso se trata de un gravamen que nace por ley y no por convenio; por lo mismo, no basta que la ley lo cree, sino que se encuentre contenido en un instrumento público.

Diversos elementos formales que los notarios deben cumplir al extender las escrituras públicas, pueden faltar en las mismas y ser causa de su anulabilidad. Por ejemplo, si el notario omite dar fe de haber cumplido con cerciorarse de la capacidad de los otorgantes, de la libertad con que proceden y del conocimiento con que se obligan, como lo ordena el art. 42 de la ley de notariado de 15 de diciembre de 1911, o si no consta el día y lugar en que se otorga la escritura, el nombre de los otorgantes, o no contiene la firma de las partes o de la persona que debió firmar por ellas cuando no pueden escribir, o la de los testigos (art. 60 de la misma ley).

La nulidad de la escritura pública en que consta la compra-venta no produce la nulidad de la compra-venta misma; pero la nulidad de la escritura en que consta la donación inmobiliaria a causa de defectos formales, acarrea la nulidad de la donación misma (28 bis).

En el derecho procesal civil peruano se estatuye que si el instrumento público es exigido por la ley como solemnidad, su falta produce la grave consecuencia de que no se puede probar su existencia. El art. 407 del cód. de proc. civ. previene:

"Si la ley exige como solemnidad de algún acto el otorgamiento de instrumento público, éste es el único medio de probar la realidad y legitimidad del acto".

Acerca de que las partes contratantes son libres de estipular que se cumpla una forma determinada, v. g., si se pacta que el contrato no se reputará concluído en tanto no se reduzca a escritura pública, el fallo de 18 de marzo de 1934 (28 ter) declara que cuando en la minuta se dice que el comprador recibirá el precio al tiempo de firmarse la escritura pública, a fin de que el notario dé fe de la entrega, ello no importa la celebración de una compra-venta condicional, sujeta a la condición de que se otorgase la escritura pública como requisito de la venta. Por lo demás, es usual que en las ventas inmobiliarias se declare que el precio se pagará al tiempo de firmarse la escritura

(28 bis) Nuestra jurisprudencia ha decidido que es consecuencia del contrato el derecho que tienen las partes a exigirse recíprocamente la escritura pública en que consiste. Así, sent. de 22 de setiembre de 1924, en "A. J." 1924, p. 140; sent. de 16 de Mayo de 1923, en "A. J.", 1923, p. 44; sent. de 18 de mayo de 1934, en R. de los T." 1934, p. 97.

Asimismo, suscrita la minuta de un contrato de compra-venta, es ineludible la obligación del vendedor de otorgar la escritura pública, declara la sent. de 22 de noviembre de 1949, publicada en "R. de J. P.", 1950, p. 322s.

(28 ter) "R. de los T.", 1934, p. 97.

que la minuta origina, de lo que cuidará de dar fe el notario. La venta queda perfeccionada desde que los contratantes convienen en la cosa y el precio, como consta en la minuta, no obstante que la cosa no haya sido entregada ni el precio pagado.

En cambio, el fallo de 19 de mayo de 1932 (28 quater) dice que cuando se conviene en el otorgamiento de escritura pública como requisito de la venta de inmuebles, no hay contrato hasta que la escritura sea otorgada, o sea hasta que se llene la forma pactada.

Para J. W. HEDEMANN (28 quinquies) la forma intimida y dificulta la contratación. Por eso rige ahora el principio de la ausencia de forma o libertad de forma. Sólo excepcionalmente se exige una forma especial y es para precaver a las partes sobre decisiones inpremeditadas, como ocurre con los contratos de enajenación, que el BGB exige en su § 313, forma judicial o notarial. Los contratos habrían de ser nulos por defecto de forma. Considera también este autor, como es lógico, que la forma puede ser exigida por voluntad de las partes, mediante estipulación dentro del mismo contrato. V. g., los contratantes pueden pactar que no existe fuerza vinculante entre ellas si el contrato no se reduce a escritura pública.

28.—*La forma en los contratos mercantiles.*— Nuestra ley mercantil es ecléctica. En un dispositivo inicial admite la libertad de la forma, para en seguida limitar la declaración en el precepto siguiente. Veamos las dos fórmulas del cód. de comercio que se refieren a esta materia:

Art. 51.— “Serán válidos y producirán obligación y acción en juicio los contratos mercantiles, cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, la clase a que correspondan y la cantidad que tengan por objeto, con tal que conste su existencia por alguno de los medios que el derecho civil tenga establecidos. Sin embargo, la declaración de testigos no será por sí sola bastante para probar la existencia de un contrato cuya cuantía exceda de doscientos soles, a no concurrir con alguna otra prueba.

“La correspondencia telegráfica sólo producirá obligación entre los contratantes que hayan admitido este medio previa-

(28 quater) “R. de los T.”, 1932, p. 106.

(28 quinquies) Tratado de D. Civil D. obligaciones, vol. III, Editorial Rev. de D. Privado, Madrid, 1958, § 4, p. 45 y ss.

mente y en contrato escrito, y siempre que los telegramas reúnan las condiciones o signos convencionales que previamente hayan establecido los contratantes, si así lo hubiesen pactado" (29).

Art. 52.— "Se exceptuarán de lo dispuesto en el artículo que precede:

"1º. Los contratos que, con arreglo a este código o a las leyes especiales, deban reducirse a escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia.

"2º. Los contratos celebrados en país extranjero en que la ley exija escrituras, formas o solemnidades determinadas para su validez, aunque no las exija la ley peruana. (Véase art. XX del T. P. del cód. civ.).

"En uno y otro caso, los contratos que no llenan las circunstancias respectivamente requeridas, no producirán obligación ni acción en juicio".

La forma constituye una garantía y debe considerarse como el mejor sistema de protección de los contratantes, pero su cumplimiento dificulta el tráfico comercial. En general, la forma obstaculiza la contratación; intimida a los contratantes. Por eso es que el legislador ha adoptado el principio de la ausencia de forma. Sólo por excepción la ley exige para la validez del acto o contrato, cierta forma, sobre todo para que las partes no adopten decisiones impremeditadas, sino reflexivas.

CAPITULO VII

INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS

29.—*Omisión del código sobre reglas de interpretación.*— El cód. civ. vigente no contiene ninguna regla sobre interpretación contractual. El legislador justifica este silencio en los siguientes términos:

(29) Tratándose de contratos de derecho civil este párrafo no es observable. La correspondencia telegráfica produce acción y obligación en juicio y fuera de él. He aquí una de las razones sustanciales por las que conviene dilucidar si un contrato es civil o comercial. El 2º párrafo del art. 1823 cód. civ. es inaplicable en la esfera mercantil, porque no se trata de materias a las que se hubiere hecho expresamente referencia en la ley civil. En el área comercial entendemos que conserva su eficacia el art. 51 párr. 2º del cód. de com.

“Se omite igualmente fijar reglas para la interpretación. Los problemas de este orden tienen una gran variedad y se hallan subordinados por su naturaleza a la práctica jurisprudencial. El arbitrio del juez es indispensable tratándose de procesos de lógica y de hechos de la vida apreciables en su momento, en su medio y en sus circunstancias. Las normas preconstituidas conducirían en muchos casos a aplicaciones contrarias a la justicia” (30).

Es de advertir que el cód. alemán sólo consagra una fórmula a este asunto en el § 157, por el que los contratos habrán de interpretarse según lo exige la buena fe en correlación con los usos admitidos en los negocios. Y también el cód. suizo de las obligaciones dedica un solo precepto a esta materia de la interpretación.

Por la interpretación se persigue esclarecer y determinar el sentido y alcance de las declaraciones que aparecen en el contrato, en una o en varias de sus cláusulas.

Para la interpretación debe atenderse a la intención de los contratantes, pero subordinándola a la voluntad manifestada.

Nuestro viejo códg. de comercio contiene estos dispositivos sobre la materia que estamos estudiando:

Art. 50.—“Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, *interpretación* y extinción, a la capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en leyes especiales, por las reglas generales del derecho común” (31).

Art. 57.—“Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueron hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras, dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del mo-

(30) Véase exposición de motivos en APARICIO y G. S., cód. civ., III, p. 427.

(31) Los contratos mercantiles son sólo derivaciones, especíes del acto de comercio y con arreglo al art. 2º del cód. de com., dichos actos se rigen por las disposiciones del código o “por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza” y sólo a falta de disposiciones legales o de usos, se aplicarán las reglas del derecho común. Empero, si los actos de comercio son contratos, se aplicará el cód. de com., las leyes especiales o el cód. civ. (art. 50); no manda que se aplique los usos y costumbres. Ello no obstante, los jueces aplicarán los usos antes que el derecho común, sobre todo si son contratos mercantiles no legislados, como el “crédito documentario”.

do con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones”.

El precepto reproducido en segundo término es de ejecución contractual, pero comporta también problemas de interpretación.

La interpretación se lleva a cabo no sólo para los contratos, sino para cualquiera acto jurídico, pero es en los contratos y en los testamentos donde tiene más trascendencia, siendo diferentes las reglas aplicables para unos y para otros.

La doctrina contemporánea ha abandonado la concepción tradicional que otorgaba importancia no a la voluntad manifestada, sino a la intención común de las partes. Ahora, se tiene en cuenta los usos del comercio, la costumbre.

Una regla de hermenéutica que es simplísima ordena interpretar la ley tomándola como un todo y no que se tome un artículo aislado para del mismo extraer una conclusión o principio que es contrario a otros preceptos que se ocupan del mismo asunto. Este principio es llamado por los autores norteamericanos de derecho, “*comparative interpretation*”. Este es el pensamiento de BLACK (31 bis).

Para establecer el auténtico sentido de una ley deben compararse todos sus partes y así se habrá de comprender su espíritu.

30.—*Diferencias entre la voluntad expresada o manifestada y la voluntad real en un contrato.*— Habiendo discordancia entre lo que aparece del contrato y lo que fué el propósito de los contratantes, la doctrina tradicional expresaba que debía estar-se a la intención de los contratantes, o sea que daba prevalencia al elemento subjetivo. Pero esta doctrina que no es sino la consecuencia del principio de la autonomía de la voluntad y del carácter marcadamente individualista del derecho, ha sido superada en las legislaciones modernas. Así, para el cód. civ. alemán tiene mayor valor la voluntad declarada, expresada, manifestada, exteriorizada, salvaguardando el interés de los terceros, en armonía con la tendencia que se observa en el derecho, que de un subjetivismo exacerbado acusa ahora carácter marcadamente objetivo.

Dice el § 116 del cód. alemán: “La declaración de voluntad no será nula porque el declarante se reserve secretamente

(31 bis) Handbook on the interpretation of laws, p. 317.

su intención de no querer lo declarado. Será nula cuando deba hacerse a otro que conozca la reserva".

La interpretación judicial se reclama cuando existen dudas sobre el contenido de la prestación o prestaciones emergentes del contrato. El juez debe preguntarse cuál fué la intención de las partes ¿qué quisieron?. Es él quien precisará si se trata en la ley de un derecho de orden público o de un derecho en que las partes pueden pactar lo contrario. Un fallo realmente anormal e insólito de nuestro Poder judicial, decidió en contra de lo manifestado en varios instrumentos por una de las partes, que no existía condominio, sino propiedad única y exclusiva (31 ter). Se observa, asimismo, que no obstante la discordia, se formó resolución, no con cuatro votos conformes, sino con cinco.

POTHIER (32) da las siguientes reglas para la interpretación de los contratos, que corresponden a la época romana:

1) Se debe buscar en las convenciones cuál ha sido la intención de los contratantes más que el sentido gramatical de los términos (D. 50, 16, fr. 219).

Esta regla no deberá ser observada entre nosotros. Debemos dar prevalencia a la voluntad manifestada, pero no hasta al punto de llegar a establecer algo realmente contrario a la equidad.

2) Si una cláusula es susceptible de dos sentidos, debe entenderse aquel en que pueda tener efecto, y no aquel en que ningún efecto pueda tener (D. 45. I, fr. 80).

Porque se considera que si existe en el contrato una cláusula es porque los contratantes desean que produzca efectos y no se convierta en una declaración estéril, inútil.

3) Cuando en un contrato los términos son susceptibles de dos sentidos, se debe entenderlos conforme al sentido que mejor convenga a la naturaleza del contrato (D. 50, 17, fr. 67).

V. g., se pacta una locación por 5 años y se expresa que la merced conductiva será de S/o. 10,000.00; es incuestionable que se deberá estimar dicha cantidad por cada año y no por los cinco años en total, teniendo en cuenta que la locación se devenga por períodos sucesivos.

Para nosotros, no existiendo señalado plazo para el pago,

(31 ter) Sent. de 29 noviembre 1948, en "A. J.", 1949, p. 50, especialmente p. 102.

(32) I, Nº 91 ss., p. 142 ss.

sino la anualidad a pagar, debe abonarse cada mes, por aplicación del inc. 2º del art. 1517 cód. civ.

4) Lo que puede parecer ambiguo en un contrato se interpreta por lo que es de costumbre en el país (D. 50, 17, fr. 34).

No se establece que deberá interpretarse a favor del deudor. Juega sobre todo tratándose de los contratos de locación, en que expresamente se alude a la costumbre (arts. 1496, 1510, 1511 y 1513 inc. 3º cód. civ.). No sólo en el campo mercantil se otorga importancia a la costumbre.

5) El uso tiene una autoridad tan grande en punto a la interpretación de los contratos, que en toda convención se sobreentienden las cláusulas que son de uso, aunque no se hubieran expresado (D. 21, I, fr. 31, § 20).

Por ejemplo, la cláusula por la que el vendedor responde por el saneamiento en el supuesto de que el comprador sea eviccionado, es de uso y se presume aunque no se exprese.

Por lo demás, nuestro cód. consigna el art. 1370.

6) Se debe interpretar una cláusula por las otras cláusulas contenidas en el instrumento, ya precedan o sigan a dicha cláusula (D. I, 4, fr. 24).

Las cláusulas contractuales deberán ser interpretadas de manera que exista entre todas ellas armonía; no aisladamente.

7) En la duda, la cláusula debe interpretarse contra el que estipula y a favor del que se obliga (D. 45, I, fr. 38, § 18).

8) Por más generales que sean los términos en que se haya concebido una convención, no comprende más que las cosas por las cuales las partes contratantes han entendido contratar, y no aquellas en las que no han pensado (D. 2, 15, fr. 9, § 3, *in fine*; véase también los fragmentos 5 del mismo título, y 27 pr. del título 14, liv. 2).

Por ejemplo, si habiendo transigido entre *A* y *B* por una suma determinada, después aparece que *B* tenía otros derechos contra *A* que desconocía al tiempo de la transacción, son ellos evidentemente exigibles.

9) Cuando el objeto de la convención es una universalidad, se comprenden en ella todas las cosas que la componen, inclusive aquellas de que las partes no tuvieron conocimiento.

Si en un contrato una de las partes conviene en renunciar a una herencia de persona ya fallecida, se entiende que la renuncia comprende todos los bienes que la componen aunque después aparezca algunos que no se tomaron en cuenta al tiempo de la renuncia (L. 29, cód. de transact.).

10) Cuando en un contrato se expresa un caso para la explicación de cierta obligación, respecto de la cual podría haber duda si estaría comprendida en ella, no se entiende por ello restringida la obligación a los otros casos que por derecho se comprenden en ella (D. 50, 17, fr. 81 y 17, I, fr. 56, pr. *in fine*).

11) En los contratos, lo mismo que en los testamentos, una cláusula concebida en plural se distribuye a menudo en varias cláusulas particulares.

12) A veces lo que se encuentra al final de una frase se refiere por lo común a toda la frase, y no tan sólo a lo que la precede inmediatamente; con tal que este fin de frase concuerde en número y en género a toda ella.

Ejemplo: se vende un inmueble con el trigo, las frutas y los vinos recolectados en el año de la enajenación. El término "recolectados" comprende no sólo los vinos sino las frutas y el trigo. Por tanto, no sólo los vinos añejos sino el trigo procedente de cosechas anteriores queda excluido. Caso distinto sería si al terminar se dijera "y el vino que se ha producido este año"; estando en singular no abarca toda la frase, ya que no concuerda con el número.

Como dice BEVILAQUA (32), estas reglas son expresión de la síntesis que da la experiencia; y atendido su carácter doctrinario no deben ser articuladas dentro de la ley.

30a).—*Lagunas de los contratos*.— No debe confundirse la interpretación de los contratos, que sólo está destinada a indagar la voluntad de las partes, con este problema de las lagunas del contrato, que son puntos no previstos por los contratantes. También debe diferenciarse de las lagunas de la ley.

Debe recurrirse en esta materia a la equidad, aplicándose los principios que parecieren al juzgador más justos.

Las lagunas se presentan en los contratos innominados; porque en los demás, en lo que las partes nada estipulan se aplican las disposiciones codificadas; sin embargo, aún dentro de estos contratos se presentan situaciones no previstas. En principio, la ley es supletoria de la voluntad de las partes.

Siendo contratos innominados deberán aplicarse las reglas generales de los contratos y después las de los contratos afines, razón por la que juega la analogía. Sin embargo, ninguna regla

(32) IV, p. 256.

general debe ser admitida, por lo que procede examinar cada caso aisladamente.

Si la voluntad de las partes no ha previsto en el contrato que hubieren concluido, lo que deberá hacerse en determinadas situaciones, o aunque fueron previstas, lo convenido es contrario al orden público y a las buenas costumbres (art. III T. P. cód. civ.), se aplicará las disposiciones que para cada relación contractual han sido instaladas en nuestro código; y si no existen, se acudirá a los principios generales del derecho.

30b).—*La interpretación de los contratos en el derecho italiano.*— El cód. civ. de Italia tiene un extenso capítulo destinado a la interpretación del contrato. Transcribimos los preceptos que contienen, como habrá de comprobarse, reglas aprovechables para cualquier derecho extranjero:

1362. "Intención de los contratantes.—Al interpretar el contrato se deberá indagar cuál ha sido la intención común de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras.

"Para determinar la intención común de las partes se deberá apreciar su comportamiento total, aún posterior a la conclusión del contrato".

1363. "Interpretación total de las cláusulas.— Las cláusulas del contrato se interpretarán las unas por medio de las otras, atribuyendo a cada una el sentido que resulte del conjunto del acto".

1364. "Expresiones generales.— Por generales que fueren las expresiones usadas en el contrato, éste no comprende sino los objetos sobre los que las partes se han propuesto contratar".

1365. "Indicaciones ejemplificativas.— Cuando en un contrato se hubiera expresado un caso con el fin de explicar un pacto, no se presumirán excluidos los casos no expresados a los que, de acuerdo con la razón, pueda extenderse dicho pacto".

1366. "Interpretación de buena fe.— El contrato debe ser interpretado de acuerdo con la buena fe".

1367. "Conservación del contrato.— En la duda, el contrato o cada una de sus cláusulas deben interpretarse en el sentido en que puedan tener algún efecto y no en aquel según el cual no tendrían ninguno".

1368. "Prácticas generales interpretativas.— Las cláusulas ambiguas se interpretarán de acuerdo con lo que se practique generalmente en el lugar en que el contrato haya sido concluido.

“En los contratos en que una de las partes sea un empresario, las cláusulas ambiguas se interpretarán de acuerdo con lo que se practique generalmente en el lugar donde esté la sede de la empresa”.

1369. “Expresiones con varios sentidos.— Las expresiones que puedan tener varios sentidos deberán, en caso de duda, entenderse en el sentido más conveniente a la naturaleza y al objeto del contrato.

1370. “Interpretación contra el autor de la cláusula.— Las cláusulas insertas en las condiciones generales del contrato o en formularios dispuestos por uno de los contratantes se interpretarán, en casos de duda, a favor del otro”.

1371. “Reglas finales.— Cuando a pesar de la aplicación de las normas contenidas en este capítulo, el contrato continúe siendo oscuro, deberá éste ser entendido en el sentido menos gravoso para el obligado, si fuese a título gratuito, y en el sentido que realice la armonización equitativa de los intereses de las partes, si fuese a título oneroso”.

FRANCESCO MESSINEO (32 bis) comenta muy sintéticamente las disposiciones que el cód. de Italia contiene sobre interpretación de los contratos. Habla, sin embargo, (32 ter) de la función integrativa o integración del contrato, diciendo que es propia de la ley, del uso y de la equidad. Aparte de lo que los contratantes hubieren pactado mediante las cláusulas, se debe considerar incluido en el contrato, a base del art. 1374, cualquier otro efecto o consecuencia que de dicho contrato derive, según la ley, o según los usos, o según la equidad.

30c).—*La interpretación en el derecho alemán.*—El cód. civ. alemán contiene dos preceptos generales sobre esta materia. Son el § 133: “En la interpretación de la declaración de voluntad ha de darse preferencia a la voluntad real sobre el sentido literal de las palabras”; y el § 157: “Los contratos han de interpretarse como lo exijan la buena fe y la consideración de los usos del tráfico”. Pero también contiene ese cód. otros preceptos de interpretación; así, § 314: “Si cualquiera se obliga a enajenar o gravar una cosa, se extenderá la obligación, en caso de duda,

(32 bis) Manual de Derecho Civil y Comercial, t. IV, Derecho de las obligaciones, Parte general, B. Aires, 1955, § 136, p. 489 y ss.

(32 ter) Manual de D. Civ. y Com., t. IV, D. de las obligaciones, Parte gral., B. Aires, 1955, § 136, Nº 2, p. 491.

a los accesorios de la cosa misma". Asimismo, en el arrendamiento de servicios, su § 613 declara: "En caso de duda, el obligado a la prestación de servicios deberá prestarlos en persona y no podrá cederse tampoco el derecho a los servicios".

J. W. HEDEMANN (32 quater) expresa que siempre que exista duda sobre el contenido de la prestación que se debe, ella habrá de ser decidida por el juez. Y éste habrá de investigar cuál fue la intención, la voluntad de las partes, qué era lo que querían. Asimismo, el juzgador deberá interpretar las disposiciones de la ley y establecer si se trata de un derecho coactivo o de un derecho dispositivo. Considera que esta actividad interpretativa es una de las más importantes funciones judiciales. Admite este autor alemán que el juez tiene una actitud creadora en cuanto interviene configurando la estructura del contrato y alternando el contenido de la prestación debida. Reconoce que la posición tradicional, seguida por el B. G. B. (cód. civ. alemán), es la de que el juzgador dentro del campo del derecho de obligaciones, sólo tiene, en principio, una función declarativa y no puede alterar el contenido del contrato. Es en los últimos tiempos que se visto en Alemania, la necesidad de reconocer en el juez una facultad de configuración. Hay, es evidente, en el B. G. B., aunque tímida, esta facultad del juez; así, el § 343 concede al juez la facultad de disminuir el monto de la cláusula penal (también le concede al juez esa facultad el art. 1227 del cód. civ. peruano).

CAPITULO VIII

LA EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO

31.—*Su concepto.*—Ha sido llamada *exceptio non adimpleti contractus*. Los contratos son siempre actos jurídicos bilaterales, porque presuponen el acuerdo de voluntades; empero, dícese que son contratos bilaterales cuando exista reciprocidad de prestaciones; y unilaterales, cuando las prestaciones se hacen por una sola de las partes. Sólo en los contratos bilaterales existen prestaciones recíprocas. Por lo mismo, en ellos funciona

(32 quater) Tratado de Derecho Civil, Derecho de obligaciones, vol. III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, § 5, p. 67 y s.

la *exceptio non adimpleti contractus*, en virtud de la cual si una de las partes, sin haber cumplido la prestación que le corresponde, exigiere a la otra su cumplimiento, ésta se defiende alegando que no puede ser compelida al cumplimiento porque el otro contrayente tampoco ha cumplido lo prometido. No sería justo que se obligara a cumplir a una de las partes, si la otra parte, a su vez, no cumpliera aquello a que se hubiere comprometido.

Lo expuesto está contenido en el art. 1342 cód. civ.:

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

No obstante que esta excepción ha sido vertida al latín, no es de procedencia romana; nace en el Derecho Canónico. CAPITANT (34) considera que esta excepción se funda en la teoría de la causa, ya que si un contratante no cumple, el otro no está obligado a cumplir porque su obligación carece de causa. En realidad, este precepto reposa en la relación de interdependencia que existe en las obligaciones que emergen de un contrato bilateral; y también en una razón de equidad, desde que no puede justificarse que se obligue a cumplir a una de las partes el contrato si la otra no lo hubiere cumplido. Hay, asimismo, otra razón y es la que deriva de la interpretación de la voluntad de las partes; un contratante se presume que se ha obligado porque el otro contratante también va a cumplir con su obligación.

Es esencial que quien pide la ejecución de un contrato de compra-venta, por ejemplo, hubiere cumplido con la obligación que le respecta, o se allanare a cumplirla. Así, X vende a Z un bien inmueble y como Z no le ha pagado el precio del mismo, lo demanda. Z declara no estar en mora y opone la excepción de contrato no cumplido porque X no le ha entregado el bien.

Ni X puede reclamarle a Z, ni Z a X, indemnización de daños y perjuicios por razón de la mora, desde que la mora purga la mora (art. 1255 cód. civ.).

Sin embargo, es incuestionable que si el actor no pide cumplimiento del contrato, sino la indemnización de daños y

(33) Otros informan que nace entre los glosadores. COLIN y CAPITANT, Curso Elemental, III, ed. castellana, 1943, p. 361 afirma que en Roma no existía y aparece en el antiguo derecho francés.

(34) De la cause des obligations, 3a. ed., París, 1927, Lib. Dalloz, Nº 124, text. y n. 1 de la p. 268.

perjuicios, porque el otro contratante incumplió su prestación, la sentencia no habría de ordenar el cumplimiento simultáneo —que, por lo demás, no ha sido demandado—, sino que declarará infundada la demanda. Empero, si el actor demandara la resolución del contrato y no su cumplimiento, más los daños y perjuicios, es obvio que los jueces deben ordenar el cumplimiento de las obligaciones al mismo tiempo, por ambos contratantes, y denegarán la acción indemnizatoria en razón de que la mora fue común. Adviértase que el cumplimiento o ejecución contractual se ordena judicialmente, no obstante que se trata de punto no demandado, ni controvertido.

Desde el derecho romano, la excepción cobra importancia en los procesos. Así, si el comprador reclama en juicio la entrega de la cosa que se le ha vendido, no es necesario que exprese que ha cumplido con la contraprestación que le respecta, o sea pagar el precio. Pero el demandado por el comprador, es decir, el vendedor, tiene a su disposición la excepción de contrato no cumplido; niega el pago de su obligación, que consiste en la entrega de la cosa, hasta que reciba la contra-prestación, o sea el precio; esta obligación puede cumplirla el mismo comprador, o un tercero por él, ya que el pago puede hacerlo cualquiera persona.

A este respecto, el § 320 del cód. civ. alemán dice:

“El obligado por virtud de un contrato sinalagmático podrá negarse a hacer la prestación que le incumba hasta que se haga la contraprestación, a no ser que se haya obligado a hacerla inmediatamente. Si la prestación hubiere de hacerse a varios derecho-habientes podrá rehusarse la parte correspondiente a cada uno hasta que se realice toda la contraprestación. No es aplicable a esta materia lo dispuesto en el párrafo 3º del § 273”.

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

El § 273 en su 3er. apartado, declara: “El acreedor podrá impedir el ejercicio del derecho de retención dando garantías, que podrán consistir en una fianza”.

Una aplicación de esta excepción está contenida en el art. 1255 cód. civ.:

“En las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora, sino desde que alguno de ellos cumple su obligación, o se allana a cumplir la que le concierne”.

Una de las partes no puede ser constituida en mora si la otra no cumple la obligación que le respecta. Debe hacerse notar que esta fórmula sólo funciona, como la *exceptio*, en los contratos bilaterales, ya que habla de “obligaciones recíprocas”.

Entre los efectos de la excepción se encuentra uno muy importante: la demanda exigiendo el cumplimiento del contrato no es definitivamente rechazada, por lo que no debe adoptarse resolución que afecte al fondo del derecho.

Al decir “obligaciones recíprocas” se quiere significar que existe contraposición entre dos prestaciones, al ser confrontadas. Las obligaciones se encuentran enlazadas entre sí y unidas por lo sinalagmático. X le da a Z por lo que, a su vez, Z le da a X.

Es de esta confrontación de prestaciones que nace la *exceptio* que ahora estudiamos y que surte efectos procesales. El comprador reclama la entrega de la cosa al vendedor. Procesalmente, no se le exige al comprador que se refiera a la prestación que le respecta, que es la del pago del precio. El vendedor, por su parte, al ser notificado con la demanda, puede deducir la *exceptio non adimpleti contractus*, es decir, negar la entrega de la cosa hasta que reciba la contraprestación.

Existe un adagio que reza: “*inadimplenti non est adimplendum*”, que importa la suspensión por tiempo indeterminado de la prestación; y que se funda en el nexo de causalidad recíproca, de interdependencia entre las prestaciones; y a la exigencia de la simultaneidad de las dos ejecuciones de las prestaciones. Existe correspondencia y reciprocidad en las prestaciones de las dos partes. Hay prestación y contraprestación. Ambas deben ser realizadas simultáneamente, “mano a mano”, o sea que una parte puede negarse a cumplir si la otra no está dispuesta a hacerlo, a su vez.

En el nuevo cód. civ. de Italia su art. 1460 dispone:

“Excepción de incumplimiento.— En el contrato con prestaciones recíprocas, cada uno de los contratantes podrá rehusarse a cumplir su obligación si el otro no cumpliera u ofreciese cumplir simultáneamente la suya, salvo que las partes hubiesen establecido o que de la naturaleza del contrato resultasen términos diferentes para el cumplimiento.

"Sin embargo, no podrá rehusarse la ejecución si, teniendo en cuenta las circunstancias, la negativa fuese contraria a la buena fe".

En el nuevo cód. civ. de Italia, la excepción de incumplimiento de contrato, está instalada, dentro del capítulo XIV, titulado "De la resolución del contrato", por lo que parece ser que la "e. n. a. c." también resuelve el contrato. Los otros dispositivos del cód. italiano son los siguientes:

1461. "Modificación en las condiciones patrimoniales de los contratantes.— Cada contratante podrá suspender la ejecución de la prestación debida por él, si las condiciones patrimoniales del otro llegasen a ser tales que pongan en peligro evidente la consecución de la contraprestación, salvo que se prestare una garantía suficiente".

1462.— "Cláusula limitativa de la oponibilidad de las excepciones.— La cláusula mediante la que se establezca que una de las partes no podrá oponer excepciones a fin de evitar o retardar la prestación debida, no tendrá efecto respecto de las excepciones de nulidad, anulabilidad y rescisión del contrato.

"En los casos en que la cláusula sea eficaz, el juez, si reconociera que concurren motivos graves, podrá, sin embargo, suspender la condena imponiendo, si fuese el caso, una caución".

Para el derecho italiano, la rescisión del contrato es distinta de la resolución. Nosotros confundimos resolución con rescisión; así, en la compra-venta.

La rescisión la trata el cód. civ. de Italia en los arts. 1447 y ss. y se pide si en el contrato existe lesión o fue concluido en estado de peligro. El contrato susceptible de ser rescindido no se convalida con la confirmación (art. 1451 Italia).

En derecho alemán, dentro de la excepción de contrato no cumplido, se encuentra la condena al cumplimiento simultáneo de ambas prestaciones, que es una figura, como dice HEDEMANN (34.bis), interesante y peculiar. No se desestima la acción en virtud de la deducción de la "*exceptio*", sino que se pronuncia una sentencia que condena al cumplimiento simultáneo. El vendedor que exige, en la vía judicial, que se le abone, por el comprador, el precio, habrá de vencer en el pleito, ya que el fallo mandará que se le pague; pero la sentencia condenatoria habrá de agregar que el demandado sólo habrá de pagar el precio al serle entregadas las cosas compradas.

(34 bis) J. W. HEDEMANN, D. de Obligaciones, vol. III, Obligaciones, Editorial Revis-
ta de Derecho Privado, Madrid, 1952, § 11, Nº II b), p. 103.

En el BGB, su § 322 declara:

“Si en la ejecución de un contrato sinalagmático una de las partes reclamase judicialmente la prestación que se le debe, se reducirá el derecho de la parte demandada, no a negar la prestación hasta que se haga la contraprestación, sino a que se ejecuten simultáneamente”.

Esta regla del art. 1342, tiene también su antecedente en el cód. civ. alemán, cuyo § 273 declara:

“El deudor que tenga un derecho vencido contra el acreedor por virtud de una relación jurídica en que se funde su propia obligación, podrá negar la prestación por él debida hasta que se ejecute la que a él se le debe, a menos que de la obligación resulte lo contrario.

“El que esté obligado a la restitución de un objeto, tendrá derecho, cuando haya hecho gastos en él o éste le haya ocasionado un perjuicio, a que se le abonen dichos gastos, a no ser que haya obtenido dicho objeto por medios ilícitos.

“El acreedor podrá impedir el ejercicio del derecho de retención dando garantías, que podrán consistir en una fianza”.

Para el derecho alemán, cuando el demandado deduce esta excepción, la sentencia no concluye desestimando la acción incoada, sino que condena al cumplimiento simultáneo. El 1er. apartado del § 322 del cód. civ. alemán establece: “Si en la ejecución de un contrato sinalagmático una de las partes reclamase judicialmente la prestación que se le debe, se reducirá el derecho de la parte demandada, no a negar la prestación hasta que se haga la contraprestación, sino a que se ejecuten simultáneamente”. Por ejemplo, el vendedor reclama el precio sin que hubiere precedido la entrega de la cosa al comprador; dicho vendedor triunfará en el juicio porque el comprador es obligado a pagar el precio, pero la sentencia agrega que el comprador sólo pagará el precio al serle entregada la cosa que ha comprado (34 ter).

Conviene advertir que en nuestro derecho, este problema en cuanto a la venta de cosas muebles, da lugar a la siguiente coyuntura: Si el vendedor reclama el precio y no puede entregar la cosa mueble porque se destruyó por *casus*, el juez no podría condenar al comprador a pagar aquello que no le ha sido entre-

(34 ter) HEDEMANN J. W., Tratado de D. Civ., D. de obligaciones, vol. III traducción del alemán, Editorial Rev. de D. Privado, Madrid, 1958, § 11, p. 103.

gado. Pero si la venta es de inmueble y éste no puede ser entregado sin culpa del vendedor, tiene éste derecho a recibir el precio. Y ello porque tratándose de cosas muebles la propiedad sobre las mismas sólo se transfiere con la tradición; y si son cosas inmuebles la traslación del dominio se opera con el simple contrato.

El derecho de retención recuerda a la excepción de contrato no cumplido. La diferencia reside en que en la excepción se da, desde el comienzo, una conexión orgánica entre ambas prestaciones (ya que emanan de un contrato bilateral); y en el derecho de retención no existe esa conexión inicialmente.

Por el derecho de retención quien se encuentra facultado para exigir de otro una prestación, puede retener la prestación que ese otro puede, a su vez, reclamarle.

Sólo debe haber conexidad y no emanar las prestaciones del mismo contrato. Deben tener las prestaciones cierta homogeneidad intrínseca, una conexión natural o económica, como exige la jurisprudencia germana (34 quater). Así, el deudor obligado a entregar un objeto ha hecho los gastos; puede negarse a entregar el objeto mientras los gastos no le sean pagados.

Ejercitado el derecho de retención, la sentencia que se dicte no habrá de rechazar la demanda, sino que ordenará el cumplimiento simultáneo, como ocurre con la *exceptio non adimpleti* en el derecho alemán. Véase al respecto, el § 274 del BGB (cód. civ. alemán).

Previene este precepto de la ley germana:

"Frente a la acción del acreedor, no producirá otro efecto el ejercicio de un derecho que el de hacer condenar al deudor a la prestación, contra el recibo de la prestación recíproca que a él se le deba".

"En virtud de esta condena podrá el acreedor ejercer su derecho por vía de ejecución forzosa, sin efectuar la prestación que le incumbe cuando el deudor no haya querido recibirla".

GIORGI (35), dentro de la doctrina general, afirma que "ninguno de los contratantes podrá exigir la prestación estipulada en beneficio propio sin cumplir, por su parte, la prometida en beneficio o ventaja del otro contratante. Al que lo pretendiese se le respondería con la *excepción de contrato no cumplido*".

(34 quater) HEDEMANN J. W., Tratado de D. civ., D. de obligaciones, vol. III, trad. del alemán, Editorial Rev. de D. Privado, Madrid, 1958, p. 140, § 16.

(35) IV, Nº 199, p. 203.

También expresa GIORGI (36), que si el art. 1165 del cód. civ. italiano anterior autoriza a la parte respecto de la cual no se ha cumplido la obligación, por el juego de la condición resolutoria tácita, la facultad de disolver el contrato, lógicamente debe autorizar también que la parte se niegue a la ejecución; por lo menos hasta que el contrato sea cumplido.

La *exceptio non adimpleti contractus* y la condición resolutoria tácita son dos conceptos jurídicos polares, entre los cuales existe vinculación, conexión.

Conviene también GIORGI (37) en que se aplica a todos los contratos productores de obligaciones recíprocas, incluyendo a los de bilateralidad imperfecta. Y observa, con razón (38), que al igual que en el derecho de retención, se requiere la conexión entre ambas obligaciones, que éstas deben nacer del mismo contrato.

Otro problema que examina GIORGI (39) es aquel que se refiere a la carga de la prueba: si al actor, que pide la ejecución de la prestación, o al reo que ha deducido la excepción de contrato no cumplido. Considera el autor italiano que es al demandado a quien corresponde probar la excepción; pero advierte que se ha dicho que la prueba es suministrada sin quererlo por el actor, desde que éste con el objeto de apoyar su demanda tiene que exhibir el contrato y al hacerlo confesará, a pesar suyo, las obligaciones que le competen y como una obligación se presume siempre subsistente mientras no se demuestre que ha sido extinguida, el demandado hallará la prueba de su excepción si el actor no prueba suficientemente que el contrato por su parte ha sido cumplido. Pone sin embargo, algunos ejemplos en que el contrato primitivo no sirve para acreditar la excepción. Concluye afirmando que no deben alterarse las reglas de la prueba.

Nosotros decimos, en cuanto a la carga de la prueba, que el autor sólo necesita probar que la obligación que reclama le es debida. Nada dice sobre la obligación que él, a su vez, debe. Pero si el demandado invoca la *exceptio*, corresponde al demandante probar que ha cumplido con la obligación que debía, o, al menos, deberá ofrecerla en ese momento.

(36) IV, Nº 200, p. 205.

(37) IV, Nº 201, p. 205.

(38) GIORGI, *Loc. cit.*

(39) IV, Nº 203, p. 206 s.

Otros autores, acerca de la prueba, consideran que cuando el precepto reclama que la parte para exigir el cumplimiento del contrato, ella debe haberlo cumplido, es obvio que la prueba de ese cumplimiento corre a cargo de la parte actora; y al agregar "... u ofreciese cumplirlo" debe tratarse no de un ofrecimiento vano, sino de algo real; por ej., si se trata de sumas de dinero procede su consignación. Puede también alegarse por el demandante que la obligación que le corresponde cumplir está sujeta a plazo y éste todavía no ha decursado, o subordinado a una condición suspensiva que aún no se ha realizado, o depende del previo cumplimiento de la obligación que está exigiendo.

La obligación de pagar el precio, en el contrato de compraventa, no habiéndose señalado plazo, se hará en el día y lugar en que la cosa debe ser entregada (art. 1411 cód. civ.).

Y habiéndose pagado parte del precio, si en el contrato no se señaló plazo para el pago del saldo, se declarará la rescisión que pida el vendedor, si el comprador no obla el resto del precio dentro de 8 días después de notificada la demanda (art. 1414 cód. civ.).

La cosa vendida deberá de entregarse inmediatamente después de la venta, si no hubo plazo para la entrega (art. 1400 cód. civ.).

De lo que se expresa resulta que si el vendedor exige judicialmente del comprador, el precio, no habiéndose señalado plazo para su pago, dicho comprador no se encontrará obligado a abonarle si no se prueba por el vendedor, que la cosa le fue entregada. Más claramente, el vendedor deberá acreditar, al exigir el pago del precio que entregó la cosa vendida inmediatamente después de la venta, como lo exige el art. 1400, en su parte final a no ser que en el contrato se hubiere señalado plazo para la entrega de la cosa.

A su vez, si el comprador exige judicialmente la entrega de la cosa, el vendedor podría negarse a la entrega, no porque no se le ha pagado el precio, sino porque dicho pago, conforme al art. 1411 del cód. civil., debe hacerse el día en que la cosa debe ser entregada; y todo parecería indicar, para dicho vendedor, que ese precio no habría de serle pagado.

Es evidente que, en nuestro derecho y a falta de estipulación diversa, en el contrato de compra-venta se establece que quien debe efectuar su prestación en primer lugar, es el vendedor. Esa prestación es la de entregar la cosa vendida; y lo ha-

rá inmediatamente después de concluído el contrato.

Otra obligación fundamental del vendedor es la de transferir el derecho de propiedad sobre la cosa inmueble vendida, por sólo el hecho de perfeccionarse la venta. Si no lo hace, es también incuestionable, el derecho del comprador, de deducir la "e. n. a. c.". La misma obligación de dar el dominio al comprador, la tiene el vendedor de cosas muebles. Sin embargo, además de la *exceptio*, el comprador puede reclamar el saneamiento por evicción.

En cuanto a la compra-venta de inmuebles por escritura pública, lo que acaece siempre, entre nosotros, es que el precio se pague en el acto de firmarse la escritura pública, aún cuando el vendedor no hubiere cumplido con entregar la cosa inmueble materia del contrato. Por lo demás, el contrato existe y el dominio lo ha adquirido el comprador, desde que se ha suscrito la minuta, no obstante que ni el inmueble ha sido entregado, ni el precio pagado. Ello se debe a que la propiedad inmobiliaria se ha trasladado del vendedor al comprador por sólo el efecto del contrato de compra-venta, en cuanto éste genera para el vendedor la obligación de dar un inmueble determinado y dicha obligación lo hace al comprador, como acreedor, dueño de dicha cosa de conformidad con el art. 1172 cód. civ.: "La sola obligación de dar al acreedor una cosa inmueble determinada, hace al acreedor propietario de ella, salvo pacto en contrario".

En el contrato de compra-venta existen diversos preceptos que constituyen una aplicación particular de la "e. n. a. c." Así, el art. 1407, por el cual no se realiza la entrega de la cosa inmueble por el vendedor, si el comprador se niega a otorgar escritura pública del contrato. Pero el precepto exige que el vendedor cite con ese propósito al comprador.

También el art. 1408 prevé el caso de que el vendedor retenga la entrega de la cosa vendida, porque el comprador no ha pagado todo el dinero del precio. Baste saber, a este respecto, que el comprador, si no se ha convenido algo diverso, cumple con pagar el precio si lo abona en su totalidad y no en parte. Sin embargo, puede ocurrir que sólo deba una cantidad diminuta por concepto de precio, en cuyo caso no se justificaría la decisión del vendedor de no entregarle la cosa. Este dispositivo declara que el vendedor no tiene derecho a reclamar, en esta hipótesis, ni intereses de la suma pagada, ni frutos de la cosa; y

menos, lógicamente, indemnización de daños y perjuicios por no entrega de la cosa vendida.

Otros supuestos que contemplan la aplicación de la "e. n. a. c." son el del comprador que no paga el precio en los plazos contractualmente establecidos, porque el vendedor no le ha entregado la cosa (art. 1409); vendedor originario que puede exigir que el subadquiriente oponga la *exceptio* no entregando el precio, pese a que ya se le entregó la cosa (art. 1417); derecho convenido de que el vendedor se abstenga de cumplir con su obligación de transferir la propiedad, o sea pacto por adelantado de hacer valer la *exceptio* en tanto el comprador no cumpla con pagar todo el precio —*pactum reservati dominii* (art. 1426); comprador que no paga el precio cuando el vendedor le demora el otorgamiento de la escritura pública (art. 1427). En algunos casos, los preceptos citados no consideran que el contratante hace valer la "e. n. a. c.", sino el derecho de retención.

Otro contrato bilateral en el que puede funcionar la "*exceptio non adimpleti contractus*", es el de locación-conducción. Conforme al art. 1511 del cód. civ., el locador debe entregar la cosa arrendada en el término convenido; y si el contrato no designa plazo para la entrega, deberá ésta hacerse inmediatamente, salvo que por costumbre deba hacerse en otra época.

Por tanto, si no se hubiere entregado la cosa arrendada, el arrendatario puede negarse a pagar la renta que se le cobra, haciendo valer la *exceptio* (no entrega).

En general, el arrendatario no debe merced o alquiler si la cosa que ha locado no le ha sido entregada. El cód. de proc. civ. sólo franquea al locador, la acción ejecutiva, si éste "afirma que el arrendatario ocupa actualmente la cosa" (art. 598 ley procesal). Aún cuando la obligación de pagar la merced derive de un contrato por escritura pública, cuyo testimonio se acompaña como recaudo, el juez no dictará auto de pago si el ejecutante no afirma que el demandado ocupa la cosa actualmente como conductor o inquilino. Como se ve, la ley de procedimientos se refiere, aunque indirectamente, a la *exceptio* que estamos estudiando. El pago de la merced o alquiler procede sólo si quien lo exige ha cumplido, a su vez, su obligación.

Normalmente, el locador no podría deducir la "e. n. a. c." contra el conductor que le pide la entrega de la cosa locada, ya que la obligación de éste de pagar la renta, es posterior. Sin embargo, puede haberse convenido en el contrato de arriendo, que se pagaría la renta adelantada, o que se suministraría cier-

ta garantía, en cuyo caso, el locador, en caso de incumplimiento por el arrendatario, podría oponer la "e. n. a. c."

La ley o el pacto determinan quien es el contratante que debe primero cumplir su prestación. En el arrendamiento, es el locador el que debe pagar primero.

La *exceptio* funciona como un contra-derecho.

El Tribunal Supremo ha aplicado, en varias sentencias, la doctrina de la *exceptio*. Veamos éstas:

La sent. de 28 octubre 1954 (39 bis) deniega el pago de indemnización de daños y perjuicios en un contrato bilateral, porque el incumplimiento de la prestación por una de las partes, se debió también al incumplimiento de la otra parte de la prestación que le corresponde.

Sent. de 1º de junio de 1957 (39 ter.) que erróneamente declara rescindido un contrato de locación de obra, a solicitud del constructor, porque el dueño de la obra había omitido suministrarle el dinero necesario en los plazos que el contrato señalaba.

Se observa que en ninguna de las dos resoluciones se cita el art. 1342 del cód. civ., pero se aplica su doctrina.

De lo que dejamos expuesto resulta que aún cuando la venta se hubiere perfeccionado por escritura pública, el vendedor no podría reclamar ejecutivamente el pago del precio, si no acredita que cumplió con entregar la cosa vendida, o que todavía esté decursando el término fijado contractualmente para la entrega de dicha cosa.

No habiéndose determinado en el contrato bilateral quien debe satisfacer su prestación en primer lugar, cualquiera de las partes puede exigir la prestación que le es debida, pero la otra parte puede oponerle la *exceptio non adimpleti contractus*. Se trata de un verdadero derecho de retención que ejercita el deudor que, a su vez, no recibe la contraprestación que le es debida. Sin embargo, este derecho de retención no puede cesar aún cuando se asegure el pago de la obligación que lo motiva (40).

Parece indispensable tener en cuenta para el funcionamiento de la *e. n. a. c.*, como deberá ser el orden en que deben cumplirse las obligaciones recíprocas. Si nada hubieren las partes estipulado sobre este punto de ejecución de las prestaciones debe

(39 bis) En "R. de J. P.", 1955, p. 2240 y ss.

(39 ter.) En "R. de J. P.", 1957, p. 1037 y ss.

(40) Véase ENNECERUS, II, 1, p. 165 ss., § 33 (§ 257).

ser recíproca y simultánea. Es lo que en la sistemática del derecho francés llámase *trait pour trait* y que vulgarmente dicese *donant, donant*; y en el derecho alemán se conoce *Erfüllung Zug um Zug*. Esta es la esencia del *synallagma*, invivito en los contratos bilaterales.

En estos contratos las obligaciones son unas condición jurídica de las otras. Son, asimismo, equivalentes; debiendo tratarse de prestaciones exigibles. De ahí que la parte retenga la prestación hasta que se realice la contra-prestación. Esto no es más que el derecho de retención.

¿Cuál es el resultado de la *e. n. a. c.*? Si a la parte a quien se exige el cumplimiento, aduce que quien demanda no ha cumplido, a su vez, con ejecutar la prestación que le respecta y ello se prueba, es incuestionable que el juez ordenará al actor ejecutar simultáneamente con la otra parte, su prestación. No se limitará a rechazar o declarar sin lugar la demanda.

La *exceptio* que estudiamos también procede deducirla, cuando el obligado ha pretendido pagar con una prestación que no corresponde, razón por la que también existe incumplimiento. En otro caso, procede, asimismo, la excepción cuando la prestación es incompleta. V. g., el comprador se niega a pagar el precio, porque todavía le falta recibir la tercera parte de las mercaderías. Sin embargo, tratándose de este último caso, debe reputarse que es infundada la excepción cuando, atendidas las circunstancias, es pequeña la parte incumplida en relación con el todo que comprende la prestación. A este respecto, el 3er. párrafo del § 320 del cód. civ. alemán declara: "Si la prestación ha sido parcialmente ejecutada por una de las partes, no podrá rehusarse la contraprestación cuando la negativa sea contraria a la buena fe, lo cual se aprecia teniendo en cuenta las circunstancias, y en particular la insignificancia de la parte restante".

Sea que la prestación sea distinta de la que se debe, sea que la prestación haya sido en parte cumplida, la excepción recibe el nombre de "*exceptio non rite adimpleti contractus*".

En la excepción *non rite adimpleti contractus* el demandado no niega haber recibido el cumplimiento, sino que el cumplimiento no ha sido exacto. Por tanto, le incumbe probar a él que dicho cumplimiento ha sido inexacto. Por el contrario, en la excepción de incumplimiento es al actor a quien corresponde probar el cumplimiento, a fin de poder resultar victorioso contra la excepción de incumplimiento deducida por el demandado.

Cumplir con dar o hacer una prestación distinta, o con dar o hacer una prestación incompleta, no importa pago de lo que se debe; y, por tanto, el deudor no se libera (art. 1234 cód. civ.).

Sobre la excepción de contrato no cumplido, consúltese un trabajo muy completo de SALAS Acdeel Ernesto (40 bis), quien advierte que según KELLER y KARLOWA, cada una de las partes no ha prometido la prestación más que deducción hecha de la contraprestación que le es debida; y para WINDSCHEID, cada contratante está obligado a cumplir la prestación dependiente del contrato, sólo cuando el otro contratante la cumpla. Dice que la doctrina la admite como excepción dilatoria (no en el sentido que tiene nuestra ley de procedimientos civiles); que von TUHR considera que la acción se rechaza por "prematuramente" promovida, si el acreedor no ha cumplido, por su parte, la obligación que a él le incumbe; pero que para él la "*exceptio non adimpleti contractus*" puede asumir la forma de una excepción dilatoria o como una demanda reconventional. Como excepción produce el efecto de paralizar la acción del demandante, sin provocar ninguna condena a su cargo; como reconención se consigue hacer condenar al actor a que cumpla la prestación que debe. Distingue después el diverso fundamento entre el derecho de retención y la excepción de contrato no cumplido y combate la opinión dominante de que considera a dicha excepción como un caso particular del derecho de retención. También expresa que no se pueden ligar la *exceptio non adimpleti* con la resolución del contrato, porque la primera constituye una negativa provisoria de continuar ejecutando el contrato y no importa la resolución del mismo. La resolución declarada destruye el contrato; la *exceptio* sólo dilata el cumplimiento de las obligaciones a cargo del demandado. El que alega y pide la resolución trata de liberarse de sus obligaciones en virtud de la inexecución de las obligaciones a cargo del adversario, derivantes del mismo contrato; quien deduce la *exceptio non adimpleti contractus* no niega la existencia de la obligación a su cargo, sino que posterga su cumplimiento. Se ocupa, asimismo, del caso en que la obligación principal a cargo del demandante sólo haya sido incumplida parcialmente y se interroga si cabe deducir la excepción de contrato no cumplido. Es lo que en doctrina se llama *exceptio non rite adimpleti contractus*. Cita una obra de SALEILLES intitulada "*Du refus de payement pour inexecution*

(40 bis) "Jurisprudencia Argentina", tomo 62, p. 674 ss.

de contrat", sobre la prueba de que la obligación ha sido cumplida totalmente o sólo en parte, por parte del actor, admitiendo que, en el caso de que se alegue por el demandado el cumplimiento parcial a dicho demandado le corresponde la prueba, porque como expresa SALEILLES "si bastase al demandado pretender que la ejecución es incompleta, para que el actor esté obligado a probar que ha cumplido íntegramente su obligación, se ve a qué abusos podría conducir tal sistema: un acreedor que después de haber recibido lo que le correspondía, quisiera ganar tiempo para cumplir su propia obligación, siempre podría, con toda facilidad, contestar el valor del pago recibido y la prueba podría ser delicada para quien lo haya hecho, y el demandado habrá encontrado un medio fácil de trabar el juicio". Hay que tener en cuenta también que el demandado ha recibido una prestación del actor sin formular contra ella objeción alguna, sino que lo hace al tiempo en que es notificado con la demanda; ello hace presumir que dicha prestación fué cumplida conforme a lo pactado por las partes. Considera que la *exceptio non rite adimpleti contractus* deberá ser siempre interpuesta como reconvencción, porque la parte que la alega ha recibido sin protesta una prestación que después considera que es incompleta y está constreñido a destruir la presunción de que la falta de impugnación al tiempo de recibirla hace suponer fundadamente que la prestación se cumplió conforme a lo contratado. Hace notar que la solución no puede ser la de que el demandado suspenda totalmente el cumplimiento de sus obligaciones, porque ello conduciría a aceptar que las partes quisieron el enriquecimiento de una de ellas en perjuicio de la otra, lo que en los contratos bilaterales resulta absurdo, porque es de la esencia de ellos que ambas partes obtengan ventajas. Por ello, la sentencia, atendiendo a que el principio de la *exceptio non adimpleti contractus* es el de la simultaneidad de las prestaciones, debe ordenar a que se condene al reconvenido a completar la prestación simultánea con el pago de la otra por el demandado. Tal cosa no ocurriría si se hace valer como excepción dilatoria, porque el demandado se pondría en ventaja al no cumplir nada frente al demandante que ha cumplido en parte. Concluye expresando que el fundamento de la excepción de contrato no cumplido es el principio de la ejecución simultánea de las prestaciones, que interpreta la voluntad de los contratantes.

Como un complemento del art. 1342 cód. civ. sigue el art. 1343 del mismo cód., siendo de advertir que ambos constituyen

un solo precepto en el cód. civ. del Brasil, bajo el número 1092. Expresa:

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

Se explica este dispositivo lo mismo que el anterior, en virtud del principio de que la reciprocidad de las prestaciones es de la esencia de los contratos bilaterales. En rigor, quien debe ejecutar su prestación en primer término no puede rehusarla sin infringir el contrato. Mas, si las condiciones económicas de la otra parte hacen suponer, razonablemente, que la prestación que a dicha parte le corresponde no se cumplirá conforme al contrato, la ley viene en auxilio de la parte obligada en primer término y la autoriza a rehusar la prestación.

Asimismo, el cód. civ. alemán tiene dentro del título que regula el contrato sinalagmático, el § 321, que previene:

“Cuando cualquiera está obligado a prestar inmediatamente en virtud de un contrato sinalagmático, y después de la conclusión del contrato sobreviene en la fortuna y posición de la otra parte un cambio tal que comprometería el derecho a la contraprestación, podrá negarse a hacer la prestación que le incumbe hasta que se haga la contraprestación o se le den suficientes seguridades”.

Para el examen de este dispositivo véase ENNECCERUS (40 ter) y LEON BARANDIARAN (40 quater).

En el cód. suizo de las obligaciones, su art. 83 dispone:

“Si, dans un contrat bilatéral, les droits de l'une des parties sont mis en péril parce que l'autre est devenue insolvable, et notamment en cas de faillite ou de saisie infructueuse, la partie ainsi menacée peut se refuser à exécuter jusqu'à ce que l'exécution de l'obligation contractée à son profit ait été garantie.

...“Elle peut se départir du contrat si cette garantie ne lui est pas fournie, à sa requête, dans un délai convenable”...

Atendidas las vinculaciones que la “exceptio” tiene con el derecho de retención, que el BGB incluye dentro del derecho de

(40 ter) Trat., D. de obligaciones, I, § 41, I, p. 206.

(40 quater) Comentarios, III, p. 97 ss.

obligaciones, conviene conocer lo que con respecto a dicho derecho declara el § 273:

“El deudor que tenga un derecho vencido contra el acreedor, por virtud de una relación por él debida hasta que se ejecute la que a él se le debe, a menos que de la obligación resulte lo contrario”.

“El que esté obligado a la restitución de un objeto, tendrá derecho, cuando haya hecho gastos en él o éste le haya ocasionado un perjuicio, a que se le abonen dichos gastos, a no ser que haya obtenido dicho objeto por medios ilícitos”.

“El acreedor podrá impedir el ejercicio del derecho de retención, dando garantías, que podrán consistir en una fianza”.

Considera HEDEMANN (40 quinquies), sin embargo, que la diferencia entre la retención y la “*exceptio*” se encuentra en que en ésta se da, desde el principio, una conexión orgánica entre ambas obligaciones, atendido el carácter sinalagmático del contrato, y en el derecho de retención ello no siempre es así. Ello no obstante, la retención exige no sólo la contraposición puramente objetiva de dos obligaciones debidas, sino una determinada relación denominada “conexión” o “conexidad”.

Lo evidente es que entre esas dos obligaciones no existe reciprocidad. Pero al igual que la “*exceptio*”, al ejercitarse judicialmente el derecho de retención, la acción no será desestimada, sino que la sentencia de condena trata y ordena el cumplimiento simultáneo.

Nuestro art. 1343 tenía como antecedente legislativo peruano el art. 1381, que prevenía: “Puede también eximirse el vendedor de la entrega de la cosa, aunque se haya concedido término para el pago, si el comprador, después de la venta, ha caído en quiebra o sufrido tan notable menoscabo en sus bienes, que el vendedor quede expuesto al inminente peligro de perder el precio. En ambos casos no puede el comprador exigir la entrega sino dando fianza para el pago del precio” Este último lo tomó el legislador peruano del art. 1613 del cód. civ. francés, que dispone: “No se le obligará tampoco a hacer la entrega, aunque haya concedido un plazo para el pago, si después de la venta quebrare el comprador o se hallare en estado de ruina, de modo que el vendedor esté en peligro inminente de perder el precio, a no ser que el comprador le dé fianza para pagar al término”.

(40 quinquies) J. W. HEDEMANN, Tratado de D. Civil, vol. III, D. de obligaciones, Editorial Rev. de D. Privado Madrid, 1952, § 16, Nº II, a), 139.

Haciendo la exégesis de este precepto, PLANIOL-RIPERT y Hamel (40 sexies) expresan que en principio el vendedor, al concederle al comprador un término para el pago del precio, ha renunciado a ejercitar el derecho de retención; empero, puede hacerlo si el comprador ha quebrado, caso en que pierde el beneficio del plazo, o si ha disminuído por actos propios las garantías o si no concede la hipoteca ofrecida.

Sobreviene a una de las partes contratantes la disminución de su patrimonio, que se traduce en que ha tenido dificultades en sus negocios, en que no ha cumplido otros compromisos. Esa alteración patrimonial hace concluir razonablemente que la prestación que le corresponde no habrá de ser cumplida. Se trata de una cuestión de hecho que decidirá el juez después de que ambos contratantes le presentan las pruebas respectivas.

La prestación que el contratante rehusa cumplir se ha convenido que se hará en primer término, no concomitantemente con la otra prestación, al mismo tiempo que ésta. Si fuera esto último entonces lo que habría que oponer sería la *exceptio non adimpleti contractus*.

Hay que fijar la atención que quien se obligó a cumplir la prestación antes que el otro contratante hiciera la suya y no lo hace esta incumpliendo el contrato. Sin embargo, siendo bilateral el contrato es necesario tener en cuenta si la capacidad económica del contratante que debe cumplir su prestación después de cierto término es suficiente para no tornar imposible o dudosa dicha prestación, o si hay la certeza de que la primera prestación habrá de quedar sin su correspondiente contrapartida obligacional.

Rehusar la prestación no es otra cosa que ejercitar el derecho de retención. Pero ese rehusamiento no es permanente; puede cesar si el otro contratante cumple la prestación que le respecta o da garantía de que habrá de cumplirla.

Esa garantía tiene que aceptarla el otro contratante y puede ser real o personal. Sin embargo, podría rechazarla si es notoriamente insuficiente o si la garantía personal es muy débil. Es también el juez quien deberá decidir sobre si la garantía es buena o mala. Por lo demás, si la obligación se garantiza con una fianza, el fiador deberá reunir las cualidades que reclama el art. 1793, que dispone: "El que está obligado a dar un fiador, debe-

rá presentar una persona que tenga capacidad de obligarse, que sea dueño de bienes suficientes para responder al objeto de la obligación, y que se halle domiciliada en el departamento".

Puede ocurrir en el contrato bilateral que una de las obligaciones tenga término para su cumplimiento y la otra no, por lo que el obligado que no goza de plazo debe cumplir su prestación en el acto y no cuando se realiza la prestación de la parte contraria. Existe entonces un riesgo para quien debe cumplir su prestación en primer lugar, ya que puede acontecer que después de haber cumplido con su obligación, vencido el plazo nada reciba de la otra parte. Sin embargo, la ley acude en esta hipótesis en beneficio del primer obligado en el contrato sinalagmático. Es incuestionable que el contrato no debe, en este caso considerarse extinguido. El obligado a la prestación previa, después de esperar el vencimiento del plazo fijado para la otra obligación, deberá exigir el cumplimiento simultáneo.

(continuará)