

mismo de ésta, que, como se ha visto, es un elemento constitutivo del negocio. Pero no todos están con respecto a ella en la misma situación en el sentido de que puede ser diversa la relación entre causa y voluntad.

Hay negocios en los cuales la relación es íntima y fija, apreciando tan estrechamente unidos ambos elementos, que la voluntad revela sin más la causa; ésta es consubstancial al negocio, que la lleva consigo porque la causa responde a la índole del mismo. Con otras palabras, la voluntad, no sólo no puede formarse más que con la existencia de aquella causa determinada, sino que sin más la revela, y ningún efecto puede producirse cuando la causa falte o sea ilícita. Son éstos los negocios *causales o materiales*, como la compraventa o la donación, en que la promesa del precio, en compensación de la cosa, o la obligación de dar una cosa sin contraprestación revelan por sí solas la causa consistente en el cambio de dos prestaciones o en el espíritu de liberalidad (I).

Hay otros, por el contrario, en los que tal relación falta y se presentan como independientes de la causa, y no es que ésta falte sino que como el negocio ni la expresa ni la lleva incorporada en sí, parece que la voluntad por sí sola es suficiente a producir el efecto que persigue debiendo la causa buscarse fuera del negocio en otra relación entre las partes y pudiendo, por tanto, ser varia y diversa según la índole de éste. Tales son los negocios *abstractos* llamados también *formales* porque en ellos debe ser manifestada la voluntad en formas determinadas, a veces solemnes, para que pueda ser idónea a producir el efecto jurídico. Por ello se ha afirmado que la causa se halla sustituida por la forma o que la forma se identifica con la causa, pero esto no es del todo exacto; una causa es también aquí necesaria y es distinta, como elemento esencial de la forma, solo que ésta asume frente a aquélla una función preponderante y hace sin más eficaz

(I) Ver Neubecker, *Dir. abstrakte vertrag in sei nen histor. und dogm.*, Grundzügen, (Arch. f. bürg. Recht, XXII, 1903, pág. 67; Thur, *Zur Lehre von den abstrakten Schuldverträgen nach dem G. B. G.* (Festschr. f. Schultze, Leipzig, 1903); Brütt, *Die abstrakte Forderung nach dentsch. Reichsrecht*, Berlin 1908; Stampe, *Das causa problem.*, *Causa und abstrakte geschäfte*.

el negocio mientras que la independencia de la voluntad respecto de la causa indica solamente que el negocio no tiene una causa propia y por esto mismo puede tener en concreto una cualquiera, entre las varias posibles. Los ejemplos más característicos los ofrece el Derecho romano con la *stipulatio*, la *mancipatio* y la *in iure cessio* que eran perfectas, apenas eran pronunciadas las palabras de la *sponsio* o cumplidas las formalidades de la venta o del proceso fingidos. En nuestro Derecho lo ofrecen los títulos al portador y más particularmente el contrato de cambio, desvinculada y hecha independientemente de su causa (Código de Comercio, art. 251), la letra de cambio ofrece al poseeder un título de ejecución rápida que no pueden detener las indagaciones sobre la existencia de la causa ni las excepciones fundadas en el defecto o en los vicios de la misma mientras por su naturaleza de promesa abstracta se presta a los fines prácticos más variados (1).

La diferencia fundamental entre ambos grupos consiste en que en tanto los negocios causales no pueden producir efecto alguno cuando se pruebe la inexistencia o ilicitud de la causa, es decir, que son nulos por defecto o vicio de un elemento esencial, los abstractos producen todos los efectos en todo caso incluso cuando la causa falte o sea ilícita; cuando esto ocurre se dan, sin embargo, remedios particulares de repeticiones y restituciones que sirven para destruir el enriquecimiento injusto producido por el negocio y a restablecer el equilibrio patrimonial.

Contra el concepto de causa no han faltado ni faltan aún hoy objeciones y críticas muy vivas; hay una serie de escritores que

(1) Muchos discuten que la letra de cambio sea un negocio abstracto; ver Vivante, *Dir. comm.*, III, n. 954, pág. 155 y siguientes; Marghieri-Scialoja, *Tratt. Dir. comm.* VI, 1913, pág. 97; La Lumia, *Il c. d. problema della causa nella cambiale*, en *Riv. Dir. comm.*, 1914, XII, pág. 741; *La cambiale e la sua causa*, Palermo, 1910; la afirmación de que existan en nuestro ordenamiento negocios jurídicos abstractos no es indiscutida; Ferrara, *Sul concetto dei negoz. astratti e sul loro giur riconoscimento* (*Riv. Dir. comm.*, 1904, II, I, pág. 281); *Negocio giur. ilícito*, pág. 301 y siguientes. Son para el Derecho alemán negocios abstractos, el reconocimiento, la remisión de deuda, la promesa de deuda, la delegación, la indicación de pago y otros.

discuten su existencia como elemento separado y distinto, y refiriéndose a los contratos afirman ser inútil el añadir este cuarto requisito propugnando la abolición de los artículos 1.119, 1.122 y del último párrafo del 1.104 (1). La objeción arranca para algunos de la aparente falta de unidad conceptual de la causa, ya que si consiste en los negocios onerosos en la contraprestación prometida o recibida, resulta violento en los gratuitos en que falta una tal contraprestación el tener que recurrir para llenar el vacío a la intención liberal. Y se añade: la causa se identifica en éstos con la voluntad, no es, pues, elemento distinto y por ello alguien ha eliminado la causa de los negocios gratuitos admitiendo solamente su existencia en los onerosos. Más radicales aún se muestran otros (2). Puesto que la doctrina expuesta considera que la causa en los contratos bilaterales radica en las dos prestaciones recíprocas y subjetivamente respecto a cada uno de los contrayentes en la prestación del otro, en los unilaterales a título oneroso en la previa entrega de la cosa o en el hecho realizado precedentemente por la otra parte y en los gratuitos en la intención de beneficiar su objeto que la causa se identifica en los dos primeros grupos con el objeto del contrato, no siendo la prestación prometida o recibida otra cosa que el objeto del contrato y en el tercero se identifica con el consentimiento, pues el espíritu o la intención liberal no es más que la voluntad de donar. De ello se infiere que el concepto de causa es una repetición de los demás elementos.

Las objeciones son infundadas y erróneas. El concepto de causa es unitario no obstante su diversidad de facetas frente a los tipos particulares del negocio; viene dada por la función que éste realiza y la función no puede ser diversa de negocio a negocio sin más que la diversidad del fin práctico que en cada uno se persiga. El haber recibido la cosa para su custodia o para su uso durante un cierto tiempo en el depósito y en el comodato, el

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Ver artículos 1.261 y 1.275 del Código civil español.

(2) Laurent, *Dir. civ.*, XVI, n. 110 y siguientes); Planiol, *Man.* II, número 1.037 y siguientes); Baudry-Lacantinerie, *Obblig.*, n. 321 y siguientes); Giorgi, *Obblig.*, III, núms. 41, 445; Melucci, *Ist.* pág. 363.

cambio de la cosa por el precio en la venta, de dos cosas en la permuta, del goce de la cosa o el aprovechamiento de un trabajo con el canon o alquiler en el arrendamiento, el espíritu de liberalidad en la donación, etc., son los fines prácticos y específicos, las causas que justifican en una y otra parte la adquisición y la pérdida, su variedad no destruye el concepto unitario de la función. Menos exacta es la opinión que sostiene la confusión de la causa con el objeto o con el consentimiento; es causa en el contrato bilateral la relación entre las dos prestaciones, el cambio de un valor por otro o sea la bilateralidad, no cada prestación en sí; en los gratuitos es causa el espíritu de beneficencia que justifica una atribución patrimonial sin contraprestación y este espíritu de liberalidad, este *animus donandi*, del mismo modo que no se confunde con los motivos individuales (la donación se hace para remunerar un servicio, para captarse la simpatía del donatario, por mera ostentación) así tampoco se confunde ni se identifica con el consentimiento que es independiente y distinto de aquél, pudiendo existir un consentimiento y faltar o ser ilícita la causa de liberalidad.

Las reglas que el Código civil dicta en los artículos 1.119 a 1.122 han creado un equívoco que ha contribuido no poco a obscurecer la noción de causa. El Código, en efecto, habla de la causa, ya en relación con la obligación (art. 1.119) ya en relación con el contrato (art. 1.120); de modo que aparecen confundidas entre sí al parecer la causa de la obligación y la causa del contrato. Pero causa de la obligación es la fuente de donde el vínculo deriva y puesto que entre las fuentes está el contrato, no puede confundirse con éste la causa del contrato. Puede, bajo otro aspecto, hablarse de causa de la obligación considerando, no la relación contractual en su conjunto, sino las especiales obligaciones que para una (unilaterales) o para entradas partes (bilaterales) nacen del mismo. Suele decirse entonces que, por ejemplo, en la venta es causa la obligación del vendedor de dar la cosa, la obligación del comprador de pagar el precio y viceversa y más brevemente que la causa es para el vendedor el precio y para el comprador la cosa; que en el mutuo es causa de la obligación de restituir que tiene el mutuatario la precedente entrega.

de la suma, etc. Esto no es inexacto pero nos ofrece la causa contemplada, subjetiva y unilateralmente como razón que determina a cada parte a asumir la obligación suya, no la causa en su orgánica unidad objetiva que es la razón (y única razón) para ambas partes; la causa del contrato no es la causa particular de uno u otro de los contratantes sino que está en la esencia de todo el contrato.

§ 30.—*Elementos accidentales del negocio jurídico. Condición*

Brugi, Inst. § 21; Pacifici, Ist. II, pág. 402; Gianturco, Sist. I, §§ 53-58; Chironi, Ist. I, §§ 64-66; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 431; Coviello, Man. I, §§ 132-137; Cromé, Par. gen. § 34; Savigny, Sist. III, §§ 116-124; Windscheid, Pand. I, §§ 86-95; Regelsberger, Pand. I §§ 151-156 (1).

La voluntad puede asumir, por virtud de la autonomía que el ordenamiento le reconoce, especiales actitudes, determinándose con modalidades que restrinjan los efectos normales del negocio y hasta excluyan la existencia de éste. Una venta, por ejemplo, es querida por las partes pero solamente en el caso de que se verifique determinado suceso; se presta *fideiussio* pero con duración limitada hasta un cierto día; una donación es hecha con la carga en el donatario de emplear parte de la liberalidad en un fin determinado. En esta y otras semejantes hipótesis, la determinación principal de la voluntad (vender, prestar seguridad, donar) va acompañada de una determinación accesoria que restringe los efectos de aquélla (vendo solo condicionalmente, presto seguridad hasta un cierto día, hago donación imponiendo una carga) y puede afectar incluso a la existencia del negocio en cuanto que es querido sólo en un caso y no en los demás. La voluntad se limita a sí misma introduciendo en el tipo abstracto del negocio elementos nuevos que lo modifican más o menos profundamente.

(1) Monografías de estos elementos accesorios, Scheurl, *Zur Lehre von den Neben bestimmungen bei Rechtsgeschäften*, 1871; Enneccerus, *Rechtsgeschäft Bedinguug und Anfangstermin*, 1888-9; Borgne, *Contrib. alla dottrina delle determinazioni accessorie negli atti giur.*, Cagliari, 1891.

te, elementos que son accidentales respecto al tipo normal, es decir, cuando la voluntad es pura, pero que cuando se emplea se convierten en esenciales en el negocio concreto imprimiéndole un carácter particular.

Estos elementos que pueden ser añadidos por el declarante (salvo en los casos en que el negocio mismo los excluya o la ley no los permita) los llamamos también autolimitaciones de los efectos de los negocios jurídicos o determinaciones accesorias de la voluntad, porque refiriéndose a la voluntad pura que sería suficiente a producir los efectos comunes, se agregan a la determinación fundamental y modifican la normal eficiencia del negocio. Como dijimos ya, los tres más importantes son: la condición, el término y el modo (1).

Condición (2).—Todo acontecimiento futuro e incierto del cual se hace depender la eficacia o la resolución del negocio jurídico, se llama condición (*condicio*); y también la circunstancia que se agrega a la declaración limitando la existencia del negocio inicial o sucesivamente (art. 1.157) (3). La voluntad se dirige en el negocio jurídico condicionado a una determinada hipótesis en la que sólo el negocio es querido y no en las demás o viceversa (4).

(1) También aquí se pone de manifiesto la falta en el Código del concepto general de negocio jurídico. Estos tres elementos no se tratan unitariamente sino de modo disperso entre las obligaciones, las disposiciones de última voluntad, las donaciones. Así en los artículos 1.157-1.171, se trata de las obligaciones condicionales, en los 1.065-1.068 de la donación condicional; en los artículos 848-850, 852-860 de la condición en los testamentos; del término se trata en los artículos 1.173-1.176 para las obligaciones, en el art. 851 para los testamentos, del modo a propósito de la donación en los artículos 1.051, 1.077-1.080.

(2) Czyhlarz, *Zur Lehre von der Resolutiobedingung*, 1871; Wendt, *Die Lehre von bedingten Rechtsgeschäften*, 1872; Schulin, *Ueber Resolutiobedingung und Endtermine*, 1875; Adickes, *Zur Lehre von den Bedingungen*, 1876; Missir, *Die Risolutiobedingung und ihre Wirkung*, 1879; Folchieri, *Della causalità giuridica. Appunti sulle nozioni di causa e condizione*, Napoli 1915.

(3) NOTA DEL TRADUCTOR.—Ver art. 1.113 del Código civil español.

(4) La declaración de la voluntad puede ser formulada de modo que se dude si las partes hayan querido someter el negocio a condición suspensiva o resolutoria, lo cual tiene especial importancia en materia de riesgo (ver Polacco, *Obbligazioni*, 2.^a ed. I, pág. 238 y siguientes). No pu-

y se dirige a ella de modo que tal hipótesis, identificada como un hecho objetivamente incierto, determina el producirse el efecto jurídico querido o la cesación o anulación de los efectos producidos (1).

Especies. — La primera y fundamental distinción que se ofrece, es la de condiciones que suspenden el perfeccionamiento del negocio jurídico en cuanto del hecho previsto depende la constitución de la relación (condición suspensiva art. 1.158) y condiciones que tienden a resolver el negocio constituido en cuanto que la eficacia de éste cesa, y cesa retroactivamente cuando el hecho se verifica (condición resolutoria, art. 1.158) (2) (3).

Ya sea suspensiva o resolutoria, la voluntad en el negocio condicional, no es la conjunción de dos momentos volitivos opuestos o de dos voluntades, una anterior y más amplia y otra posterior y más restringida que anule la precedente; la voluntad es una, puesto que la determinación accesoria forma un todo inseparable con la principal, es una voluntad especialmente formada, un querer y un no querer conjuntos (4). Una separación de los dos momentos volitivos es concebible en abstracto y debe admitirse para explicar el tratamiento especial de la condición; diendo presumirse el efecto suspensivo o el resolutivo, deberá indagarse la intención de las partes.

(1) Por lo demás, no en todos los negocios jurídicos puede insertarse una condición. Hay algunos que no la sufren (los *actus legitimi* de los romanos, ver fr. 77. D. 50. 17) porque repugna a la naturaleza de la relación el que sea incierta; así, por ejemplo, el matrimonio (art. 95) el reconocimiento de los hijos, la adopción, la tutela, la aceptación de la herencia (art. 929) letra de cambio (art. 266 del Código de Comercio). El agregar una condición determina la nulidad del negocio.

(2) Los romanos no concibieron de este modo la condición resolutiva, pues no concebían que el negocio jurídico llevase en sí, como expresa Ferrini, el germen de la propia destrucción. Todas las condiciones eran para ellos suspensivas y cuando la voluntad se dirigiera a revocar los efectos ya producidos, el negocio se consideraba puro pero con un pacto contrario dirigido a revocarlo y sometido éste mismo a condición de modo que éste suspendía la anulación prevista en el pacto (*negotium purum quod sub. condizione resolvitur*).

(3) NOTA DEL TRADUCTOR. — Concuerda con el 1.114 del Código civil español.

(4) Ver Windscheid, *Pand. I*, § 86, n. 3. a).

de otro modo no se comprendería cómo la ley puede, por ejemplo, en la condición imposible inserta en un testamento, dar vigor a la voluntad principal y negar eficacia a la condición considerando ésta como no puesta y el negocio puro.

El evento puesto como condición, puede ser el acaecimiento de un hecho o su no acaecimiento: la condición es *positiva* en el primer caso (*si navis ex Asia venerit*), negativa en el segundo (*si servum non manumiseris*). Se realiza si es positiva cuando el hecho se ha verificado: si negativa en tanto el suceso previsto no se verifique. Puesto que el verificarse o no verificarse el hecho puede ir unido a una determinación de tiempo, de modo que no se mire al hecho puro y simple sino en cuanto se verifique o no se verifique dentro de un determinado espacio de tiempo, (*si navis intra certum tempus ex Asia venerit, si servum ante kalendas Ianuarias non manumiseris*), la condición positiva cuyo cumplimiento podría todavía esperarse sin esta exigencia temporal, se cumple solamente si el hecho se verifica en el tiempo previsto (art. 1.167) y viceversa, la condición negativa se entiende cumplida cuando el tiempo haya transcurrido sin que se haya verificado el hecho, pues en otro caso, pudiendo verificarse en todo tiempo se entenderá cumplida sólo cuando se tenga la certeza de que el hecho no se realizara (art. 1.158) (1).

A su vez, el hecho positivo o negativo puede depender de la voluntad que ha emitido la declaración o de causas ajenas a esa voluntad como es el *casus* o la voluntad de un tercero y también de la voluntad del declarante y de causas ajenas a un mismo tiempo (art. 1.159).

La condición se llama potestativa en la primera hipótesis (*si Capitolium ascenderis, si Alexandri regn eris*), porque el verificarse o no verificarse el hecho se abarca a la voluntad de uno de los sujetos del negocio que debe realizar una acción o una omisión. Es necesario además que el hecho pendiente de su voluntad no se reduzca a la misma determinación volitiva de modo que se fije como condición la voluntad misma y menos el negocio (*si volam*); una condición de esta naturaleza negaría absoluta-

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Concuerda con los artículos 1.117 y 1.118 del Código civil español.

mente la voluntad principal y por ello sería obstáculo a la creación de un negocio cualquiera, incluso condicional (art. 1.162) (1) (2). *Casual* es en la segunda hipótesis, no hallándose en las facultades del declarante el verificar o no de la condición (*si navis ex Asia venerit, si Titius decem dedorit*). En la tercera, la condición se llama mixta porque por sí sola no bastarían la naturaleza o la voluntad de un tercero a producir el hecho sino que se necesita también el concurso de la voluntad de una de las partes (*si consul factus fueris, si Maeviae nupseris*).

Cualquiera que sea el hecho y de quien quiera que dependa debe ser siempre futuro, incierto, posible y arbitrariamente querido por el declarante. Son estos los elementos que determinan la objetiva incertezza en que consiste, la esencia misma del negocio condicional; por eso con razón la doctrina llama impropias las condiciones que no reúnen los citados requisitos.

Falta la incertezza objetiva cuando el hecho pertenece al pasado o al presente (*si Titius consul fuit, si Maevius vivit*); hay sólo una incertezza subjetiva que por sí no basta a suspender el momento de la perfección del negocio, porque ningún elemento falta en el momento en que la voluntad es declarada.

Por ello el efecto propio de la condición de presente o de pretérito es que el negocio se perfecciona inmediatamente si el hecho deducido en condición existe, y no se perfecciona si es inexistente.

Falta, igualmente, la incertezza en la condición, que se refiere a hechos que necesariamente deben verificar (*si Titius morietur*). La condición necesaria (*quae omnimodo extitura est*) es sólo aparentemente una condición, y por eso debe ser considerada como negocio puro, a no ser que pueda y deba darse a la cláusula el valor de un término.^{ju}

No se tiene condición temporal si el hecho condicional es el

(1) Lo mismo debe decirse si el hecho consiste en una acción o en una abstención que no cuesta sacrificio alguno, en un acto que se realiza o no indiferentemente. Por el nulo sacrificio que implican o por carecer de interés para la otra parte equivalen a dejar al arbitrio del declarante la constitución de la relación jurídica.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.—Ver art. 1.115 del Código civil español.

presupuesto necesario para la existencia del negocio jurídico, es decir, si se expresa como condición lo que el ordenamiento jurídico presupone ya y exige para dar eficacia a la voluntad. Así, por ejemplo, si una constitución de dote se estipula bajo la condición *si nuptiae fuerint secutae*, o se hace un legado a condición de que el legatario sobreviva al testador. Son condiciones que no vienen fijadas por la voluntad del declarante, sino que son inherentes a la declaración (*condiciones extrinsecus venientes quae tacite insunt*), porque es el derecho mismo quien los fija. Son llamadas también *condiciones iuris*, en contraposición a las otras que se llaman *condiciones facti* (ya se ponga como condición una circunstancia de hecho o de derecho) (1).

El expresarlas, pues, no añade ni quita nada al negocio; nada en ellas se halla en suspenso o es incierto que dependa de la libre voluntad del declarante, porque si la incertezza, existe es natural consecuencia del acto mismo.

Además, debe ser posible, y puesto que la posibilidad es física o jurídica, son condiciones impropias, tanto las condiciones físicamente imposibles (*si digito caelum tetigeris*) como las imposibles jurídicamente (*si forum aut basilicam vendiderit*); que la imposibilidad sea absoluta (el hecho objetivamente no es realizable) o solamente relativa (el hecho puede realizarse, pero no en una tal relación) no interesa, con tal que no sea meramente transitoria de modo que hubiera podido preverse una futura posibilidad. Desde el punto de vista lógico debiera decirse que quien quiere un efecto bajo condición de que se produzca un hecho irrealizable, manifiesta que no quiere el efecto; y la consecuencia debiera ser la absoluta nulidad del negocio. Pero el ordenamiento no aplica de modo riguroso y universaleste principio lógico y mientras pronuncia y establece la nulidad del ne-

(1) No faltan escritores que niegan la contraposición de ambas especies: Karlowa, *Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung*, Berlín, 1877, página 11, n. 11. Sobre el concepto de *condizio iures* en las fuentes romanas y su utilización en Derecho procesal, ver Belti, *Per una costruzione dogm. della consunzione processuale*, Parma, 1919, pág. 14 y siguientes; ver también Scialoja, *Condizione volontaria e condizione legale (Scritti di Diritto priv.*, Roma, 1906, pág. 3 y siguientes).

gocio cuando la condición haya sido agregada a un acto *inter vivos* (artículos 1.160 y 1.165) dispone, por el contrario, que debe considerarse como no puesta cuando se trata de un acto *mortis causa* (art. 849) (1), de modo que el acto en este caso es plenamente válido; la doctrina suele expresar esto diciendo que la condición en el primer caso *vitiatur et vitiat*, en el segundo *vitiatur sed non vitiat*.

Esta diversidad de la condición imposible deriva al Derecho moderno del romano, en el cual no fué tan absoluta como hoy la distinción entre actos *inter vivos* y los *mortis causa*; no a todos los actos *mortis causa* se aplicaba la regla *condicio impossibilis pro non scripta habetur*, sino solamente a la institución de herero, a los legados, a los fideicomisos y a las liberalidades en favor del beneficiado (2).

Limitada en estos confines la regla puede hallar una justificación en favor de las disposiciones testamentarias que contuviesen liberalidades. No hay que olvidar que ya Gayo en su tiempo confesaba que no sabía hallar una explicación satisfactoria, aunque, como Sabiniano, siguiese la teoría de su escuela, que proclamaba precisamente la validez del testamento contra los proculeyanos que mantenían la nulidad del mismo (3). Y aún

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. — Ver artículos 1.116 y 792 del Código civil español.

(2) Lo han demostrado con agudo análisis de los textos, Buonamici, *Nota al § 10 Inst. II, 14* (*Bull. ist. Dir. rom.*, VIII, pág. 31 y siguientes) y Scialoja, *Note minime sulle condizioni impossibili nei testamenti* (*ib.* pág. 36 y siguientes. XIV, pág. 5 y siguientes); ver Manenti, *Sulla regola sabiniana relativa alle condiz. imposs.* (*St. per Scialoja*, I, pág. 391 y siguientes); Fadda y Bensa en Windscheid, *Pand.* I, pág. 971 y siguientes; Brini *Legatum e impossibilis condizio* (*Atti R. Acc.*, Torino, XLIII, 1907, pág. 714 y siguientes); La Lumia, *Le condizioni impossibili e turpi nel testamento romano* (*Circ. giur.*, XLIII, 1912, pág. 144 y siguientes). En cuanto a la aplicación de la regla sabiniana a las donaciones, ver Vassalli, *Un texto romano risigoto sulle condiz. imp. e turpi* (en *Miscell. critica di Dir. rom.*, III, Roma, 1907, pág. 45 y siguientes; éste sostiene que el art. 900 del Código civil francés por el que la dicha regla se extiende a las donaciones (el Código italiano no la extiende), se enlaza a una tradición jurídica indígena que nos confirma el Breviario de Alarico.

(3) Gayo II, 98, *Item si quis sub condicione stipuletur, quae existere non*

es más difícil dar hoy una explicación suficiente, porque la regla se extiende sin excepción a todos los actos *mortis causa* (1). Se trata, en esencia, de una regla arbitrariamente fijada por la ley en obsequio a la vieja tradición, en parte aplicable, porque declarándose nulo el acto *mortis causa*, éste no podría renovarse, mientras que el acto *inter vivos* podría repetirse.

Pero no hay que creer que deba ciegamente aplicarse en todos los casos; debe indagarse siempre si el haber puesto una condición imposible no depende de la falta absoluta de voluntad o porque ésta no fué seria o porque dimane de persona que no estuviera en su sano juicio, en cuya consideración ejerce decisivo influjo la conciencia que el declarante tuvo de la imposibilidad.

Guarda semejanza con ésta, aunque no sea una condición imposible, la condición *perpleja* cuando se pone como condición un hecho que está en contradicción lógica con lo que se declara querer (*si Titius heres erit, Seius heres esto; si Seius heres erit, Titius heres esto*); aquí la imposibilidad se halla en el contenido mismo de la declaración, que está afectada de un absurdo intrínseco, de modo que el negocio en tal caso es siempre nulo, sin distinguir entre actos entre vivos o a causa de muerte.

A las imposibles se equiparan las condiciones ilícitas y las inmorales, es decir, las contrarias a las leyes o las buenas costumbres (artículos 1.160, 1.065, 849) (2). Ilícita o inmoral es no sólo la que directa y abiertamente se refiere a cosa prohibida

potest velut, si digito caelum tetigerit inutilis est stipulatio. Sed legatum sub impossibili condicione relictum nostri praeceptores proinde deberi putant, ac si sine condicione relictum esset; diversae Scholae auctores nihil minus legatum inutile existimant quam stipulationem. Et sane vix idonee diversitatis ratio reddi potest.

(1) Crome, *Par. gen.* § 54, pág. 314, halla por el contrario lógica la regla. «Este principio de Derecho romano es lógico y consecuente. Su fundamento es considerar existente en modo absoluto y por esto más fuerte que la limitación imposible que se añade, la intención liberal del dispónente. La limitación viene degradada por así decirlo y reducida a simple presupuesto inadmisible».

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.—Ver los artículos últimamente citados del Código español.

por la ley o reprobada por las buenas costumbres (*si homicidium feceris, si parentibus suis alimenta non praestiterit, si reliquias meas in mare heres abiciat*) (1), sino también las que indirectamente se refieren a tal fin (doy a Ticio a condición que tome en mutuo de mi amigo sumas con interés usurario) o que fijan precio al cumplimiento de un deber (hago donación a Mevio a condición de que no cometa adulterio) (2). También estas se consideran como no puestas en los actos *mortis causa*, pero para ellas aportaba el Derecho romano un medio distinto del ofrecido para las imposibles, cumpliéndose la disposición del testador merced a la *remissio* que el Pretor hacía al beneficiado del cumplimiento de la condición (3).

Una especie de las inmorales la constituyen las captatorias,

(1) Es notable en el texto en que se ofrece este ejemplo (fr. 27. D. 28. 7) de condición inmoral la advertencia del jurisconsulto de que se debe indagar si la voluntad del testador que impone al heredero el arrojar al mar su cadáver fuese seria *Sed hoc pius inspiciendum est ne homo qui talem condicionem posuit neque compos mentis esset*. Porque si lo fuese todo, el testamento hubiera sido nulo.

(2) Son infinitas las especies de condiciones en que puede verse la ilicitud o inmoralidad; en general son aquellas que restringen la libertad personal, la facultad de contraer matrimonio, de testar, de ejercer una profesión, profesar una religión, afiliarse a un partido político. En otras se discute si son o no inmorales o ilícitas como la condición *Si non impserit* (contemplada en el art. 850) la condición de viudez (art. 850) de hacerse sacerdote, cohabitar con una persona determinada, residir en un lugar determinado. Pacifici, Ist. VI, pág. 315 y siguientes y Venzi, iur. 368, n. h. 372, n. i.; Fadda y Bensa en Windscheid, Pand. I, pág. 989 y siguientes; Ramponi, *Le condizioni di celibato e di vedovanza nei teste nei contr.*, Firenze, 1893; *Del giudice, Il matrimonio religioso e la condizione di vedovanza nella legge e nei testamenti* (Riv. Dir. civ., VIII, 1916, pág. 293 y siguientes).

(3) De Ruggiero, *Sul trattamento delle condizioni inmorali e contra leges nel Dir. rom.* (Bull. ist. Dir. rom., XVI, pág. 162 y siguientes); ver además sobre las condiciones imposibles e ilícitas, Borgna, *Sulla dottrina delle condizioni*, Cagliari, 1887; Suman, *Favor testamenti*, pág. 84 y siguientes; Demante, *Men. dur. les conditions imposs. ou illicites* (Rec. de l' Acad. de leg. de Toulouse, VIII, pág. 163 y siguientes); Reinaud, *Des cond. imposs. illic. ou inmor. dans le disp. a titre gratuit*, París, 1879; Bartin, *Theorie des cond. imposs. illic. ou contraires aux mœurs*, París, 1887; Panien, *Theorie gen. des cond. imposs. illicites et inmor. dans les liberalités*, Lille, 1899.

con las cuales se tiende a determinar en otros disposiciones de última voluntad en favor de una cierta persona (*si heredem me non feceris tantum dare spondes?*; *Titius heres ento, si me Titius heredem instituat*): una tal condición anula la disposición testamentaria en que se pone (art. 852).

Efectos.—Para conocer qué efectos produce el negocio jurídico condicional, se deben considerar separadamente los tres momentos en que pueda hallarse la condición: pendencia, realización y falta.

a) La condición se halla en pendencia en tanto el hecho no se haya verificado, pero sea posible el que se verifique. Si la condición es suspensiva, la situación jurídica que se produce es algo intermedio entre la inexistencia del negocio y su perfección; no puede decirse que el negocio no haya aún surgido porque existe ya y sólo precisa para conseguir su plena eficacia que el hecho se verifique; pero tampoco puede decirse que los hechos todos que de él derivan hayan sido adquiridos por el titular y que sólo su ejercicio se halla en suspenso, porque la causa de la adquisición (hecho jurídico complejo) está aún en formación. Se da una relación distinta de la que se daría si el negocio fuese puro; una relación cuya esencia la constituye la esperanza de que el hecho se efectúe, y que engendre, no una nueva expectativa, sino un verdadero derecho patrimonialmente apreciable y por esto legalmente protegido. Esta protección se manifiesta: 1) en el vínculo que liga a una de las partes con la otra y en la facultad conferida a una de ellas, al posible titular, de adoptar las medidas conservativas para asegurar su derecho (artículos 1.176, 856, 2.064, 2.091); 2) en el poder del titular de disponer del propio derecho transfiriéndolo a otros o constituyendo derechos nuevos, si bien el acto dispositivo quede sujeto a las condiciones que afectan al primer negocio (ver art. 1.976) (1); 3) en la transmisibilidad del derecho condicional a los herederos del titular. Esta transmisión hereditaria tiene lugar solamente en los actos entre vivos, no en las disposiciones de última voluntad, de modo que si un contrato es condicional y el acreedor muere antes de

(1) *NOTA DEL TRADUCTOR.*—Véanse artículos 1.121 y 797 del Código civil y 109 de la ley Hipotecaria.

que se verifique la condición, su crédito pasa al heredero (artículo 1.170); si es condicionado un testamento y el agraciado con él muere antes, la disposición no tiene efecto alguno (artículo 858) (1), salvo que no resulte de la intención del testador que

(1) **NOTA DEL TRADUCTOR.** — Por error de imprenta se cita en el texto italiano el art. 858; el autor se refiere al 853 que concuerda con el 759 del Código civil español. Nótese que mientras el art. 853 citado del Código italiano se refiere concretamente a la condición suspensiva, el 759 del Código español que acabamos de invocar, tiene mayor amplitud puesto que hace referencia a la condición en términos generales. Del examen del art. 799 de nuestro Código, resulta, sin embargo, que la aparente generalidad del art. 759 viene limitada por lo que se refiere a la condición suspensiva que no impide al heredero o legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos a sus herederos aun antes de que se verifique su cumplimiento.

De la confrontación literal de los dos artículos, resulta una antinomia absolutamente insoluble, como afirman Sánchez Román y Castán. La interpretación literal de los dos artículos conduce a consecuencias absurdas. En efecto, si el art. 799 es la norma específica de la condición suspensiva, el 759 habrá, necesariamente, de referirse a la resolutoria, y así entendidas las cosas será absurdo sostener que el heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla aunque sobreviva al testador, no transmita derecho alguno a sus herederos porque la institución con condición resolutoria tiene actualidad y existencia precisamente en tanto que la condición no se cumpla y en cuanto este cumplimiento tenga lugar es cuando no se podrá transmitir derecho alguno a los herederos. En la suspensiva, por lo contrario, el derecho no nace hasta que la condición se cumple y si no ha llegado a existir mal podrá transmitirse. Con razón Sánchez Román calificó de desdichado el art. 799.

Entre los diversos intentos para resolver la antinomia hay que destacar uno, muy afortunado, del maestro Clemente de Diego; el art. 799 se refiere —dice— a las condiciones que según la mente del testador suspenden la ejecución de la disposición, no la disposición misma. Se trata de un «término» que ha sido convertido en «condición» por voluntad del testador; y recuerda cómo este artículo es una traducción equivocada del 854 del Código italiano. («La condición que según la voluntad del testador no hace más que suspender la ejecución de la disposición, no impide que el heredero o legatario tengan un derecho adquirido y transmisible a sus herederos aun antes de que la condición se verifique»).

El ilustre jurisconsulto aragonés D. Marceliano Isábal se ocupa del problema, como extensión y profundidad, en reciente trabajo publicado en la *Revista de Derecho privado* (15 de Junio de 1926) llegando a la siguiente solución: la redacción del art. 759 ha sido deficiente; la del 799 equivocada. En el 759 debió agregarse la palabra *suspensiva* que no debió, por las razones expuestas al principio de la nota, ser empleada en el 799. En este artículo no se trata, en realidad, de una condición sino de un término o plazo *ex die o a quo*. Término y condición producen efectos suspensivos pero es distinta la naturaleza de la suspensión. Si hay condición, lo que está en suspenso es el nacimiento del derecho, si hay término, la suspensión se refiere únicamente a la ejecución del derecho que ha nacido ya. Por eso hay transmisión en el término y no la hay en la condición, porque lo que no existe no puede ser transmitido.

la condición deba simplemente suspender la ejecución de la disposición (art. 854) (1); por el contrario, se comprende que no pueda ejercitarse ninguna de las facultades que presuponen ya nacido y perfecto el derecho; así, por ejemplo, no puede el acreedor condicional compensar una deuda ya vencida, y viceversa, corresponde al deudor condicional la *repetitio indebiti* si ha pagado antes de que se verifique la condición.

Si la condición es resolutoria, mientras se halla pendiente el negocio, produce todos los efectos normales, como si fuese puro y simple, pero como al verificarse la condición cesarán los efectos, el interesado en el cumplimiento de la misma, tiene todas aquellas facultades que se han examinado en la hipótesis inversa.

b) Se dice que la condición se ha cumplido cuando se ha verificado el hecho previsto; y más arriba se ha indicado ya cómo se debe entender esto en las condiciones positivas y en las negativas (artículos 1.167 y 1.168) (2). El modo del cumplimiento es una cuestión de hecho en la cual debe mirarse, sobre todo, a lo que las partes hayan querido e intentado (art. 1.166). Pero hay un caso en que, por determinación de la ley, la condición se considera cumplida, no obstante no haberse verificado el hecho, y es que el interesado en que el hecho no se realice lo impida él mismo (art. 1.169).

Aquí, más que una ficción, se da un medio de represión de la conducta antijurídica del interesado, que contra la buena fe, con dolo o con simple culpa, procura librarse del vínculo impi-

(1) Esta diferencia del acto entre vivos y el testamentario deriva del derecho justiniano, el cual exigía solo para las disposiciones de última voluntad que la condición se verificase en vida de la persona en quien había recaído. Es discutido el fundamento de esta regla que es juzgada por el Derecho moderno como una anomalía injustificable; ver Fadda y Bensa en Windscheid, Pand. I, n. 950, n. 11. y, por último, Vassalli, *L'origine della trasmissibilità ereditaria dei crediti e dei debiti condizionali* (*Riv. it. per le Sc. giur.*, 1915, LVI, pág. 195 y siguientes).

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.—En el sentido explicado concuerda el artículo 854 del Código italiano con el 799 del Código español; y los 1.167 y 1.168 de aquél con los 1.117 y 1.118 de éste.

diendo el libre desenvolvimiento del hecho que generaría tal vínculo (1).

La especial virtud de la voluntad condicional estriba en que, realizado el hecho y desaparecida la incertidumbre propia del estado de pendencia, la relación jurídica se purifica, considerándose pura desde el instante en que fué emitida la declaración, no sólo desde aquel en que la condición se realice. Puesto que todo el período intermedio se borra como si no hubiera existido jamás la incertezza, el momento del cumplimiento se liga sin más al inicial en que fué emitida la declaración, lo cual se expresa diciendo que el cumplimiento tiene efecto retroactivo (artículo 1.170) (2). Por consiguiente, si la condición era suspensiva, el negocio se considera creado y sus efectos producidos desde el principio, como si la voluntad no hubiera sido condicional; se confirman los actos de disposición realizados *medio tempore* por el derecho habiente condicional y se anulan los realizados en el mismo período por quien había enajenado condicionalmente. Por el contrario, si la condición era resolutoria, el negocio, no desde su cumplimiento, sino desde el principio, se considera como inexistente; todos los efectos producidos se reputan como jamás verificados y se considera la relación como que no ha existido nunca, y mientras se confirman los actos dispositivos hechos por el enajenante, carecen de eficacia los hechos por el adquirente *sub condicione*. Esta retroactividad no es meramente obligatoria, no lleva consigo una obligación de restituir, de anular, de resarcir el daño; es real, actúa directamente sobre las relaciones creadas y sobre los actos realizados *medio tempore*, restableciendo la situación jurídica tal y como hubiera resultado si el negocio hubiera sido concluído desde el principio puro y simple (3).

(1) Fadda y Bensa en Windscheid, Pand. I, pág. 955.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR. — Concuerdan el 1.169 y el 1.170 del Código italiano con el 1.119 y 1.120, respectivamente, del Código español.

(3) Sobre la retroactividad ver Fitting, *Ueber den Begriff der Ruckgewöhnung*, 1856; Dusi, *Cenni intorno alla retroattività delle condizioni* (St. per Schupfer, III); Le Loutre, *Etude sur la retroactivité de la condition* (Riv. trim. de Dr. civ., 1907, pág. 753).

Pero en la retroactividad hay siempre una ficción, y como todas las ficciones es ésta incapaz de destruir los hechos que realmente se han creado o de crear los que no existían. Por tanto, si una obligación se ha contraído bajo condición suspensiva y la cosa que constituye su objeto perece antes que aquélla se verifique, la obligación se considera como jamás contraída, cuando la cosa pereció sin culpa del deudor, ya que en el momento de verificar la condición faltaba un elemento esencial para la existencia del negocio (art. 1.163), mientras que si la cosa pereció por culpa del deudor sub-entra la obligación del resarcimiento (art. 1.161 (1), párrafo 2.º; para el simple deterioro la norma es diversa, párrafos 3.º y 4.º). Por otra parte, si se verificó una enajenación bajo condición resolutoria, los actos de gestión hechos en el intervalo por el adquirente subsisten y son válidos, no pudiendo ser destruídos con una simple ficción y no siendo por lo demás incompatibles con el interés de aquel que deriva su derecho del cumplimiento de la condición, lo cual vale también para el caso inverso de la condición suspensiva.

c) Falta la condición cuando el hecho no se ha verificado o se tiene la certeza de que ya no se verificará. Si es suspensiva, el negocio se considera como jamás existente; si es resolutoria, el negocio continuará produciendo sus efectos y ya producidos se consideran definitivos, habiendo cesado ya la amenaza de su revocación.

§ 31.—*Término o plazo y modo*

Brugi, Ist. § 21; Pacifici, Ist. II, pág. 411; Gianturco, Sist. I, §§ 59-61; Chironi, Ist. I, §§ 67-68; Chironi y Abello, Tratt. I pág. 451; Coviello, Man. I, §§ 138-141; Cromé, Par. gen., §§ 53-56; Savigny, Sist. III, §§ 125-129; Windscheid, Pand. I, §§ 96-100; Regelsberger, Pand. I, §§ 157, 158, 166.

Término (2).—Llámase así el momento en que el negocio jurídico debe comenzar a producir o cesar de producir sus efectos.

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. —Véanse artículos 1.122 y 1.123 del Código civil español.

(2) Monografías especiales sobre la materia, ver Lenz, *Zur Lehre von dies nach rön Recht*, 1858; Schulin, *Ueber Resolutiobedingungen und End-*

Su virtud no estriba como la de la condición en condicionar el nacimiento o la persistencia de la relación, sino solamente en prefigurar la duración de sus efectos haciéndolos comenzar *desde* un cierto día o durar *hasta* un cierto día. Según esto, distingúense también aquí dos especies fundamentales: el *término inicial* (*dies a quo*) que señala la iniciación de los efectos y el *término final* (*dies ad quem*) que señala su cesación. Hay, por consiguiente, bajo este aspecto un cierto paralelismo entre término y condición, correspondiendo a la condición suspensiva el término inicial, a la resolutoria el final (1); pero su intrínseca diversidad aparece clara si se considera que el negocio con término inicial surge ya en el acto de la declaración y el derecho es ya adquirido, quedando solo en suspenso su ejercicio; que en el negocio con término final nada se destruye cuando el término vence, sino que solamente desde este momento dejará de producir ulteriores efectos de modo que no puede hablarse de retroactividad o de pendencia. La diversidad es también puesta de manifiesto en el art. 1.172, si bien éste considere el término en las obligaciones y solo el inicial el término puesto en las obligaciones difiere de la condición en que no suspende la obligación sino que retarda solamente su ejecución (2) (3).

Requisitos suyos son el ser un momento futuro y (contrariamente a la condición) cierto; cierto; sin embargo no en cuanto al

termino, 1875; Simeon, *Das Wesen des befristeten Rechtsgeschäfts*, 1889; Salomón, *Das Wesen des befristeten Rechtsgeschäfts*; Ramponi, *La determinazione del tempo nei contratti* (Arch. giur., 1890).

(1) El paralelismo se acentúa en el Derecho justiniano según Vassalli, *Dies vel condicio* (Bull. ist. Dir. rom., 1914, XXVII, pág. 192) que cree advertir en la compilación justiniana el resultado de un movimiento que tiende a aproximar las relaciones suspensivamente condicionadas a las sujetas a término inicial.

(2) Hay negocios que no toleran el término porque el aplazar el ejercicio del derecho o el hacerlo cesar en un momento determinado contrasta con la índole del negocio o del derecho. En general, los que no admiten la condición no admiten tampoco el término. Hay algunos, sin embargo, que sólo no admiten el término como es, por ejemplo, la institución de heredero que no soporta *in dies a quo in dies ad quem* (art. 851).

(3) NOTA DEL TRADUCTOR.—Véase art. 1.125 del Código español.

instante mismo en que llegará sino en cuanto al hecho de que ha de llegar. Cuando, en efecto, sin recurrir al calendario se fije el término (*Kalendis Martis die navitatis*) con referencia a un hecho futuro, dos hipótesis son posibles en abstracto: o que sea incierto respecto a cuando ocurrirá el hecho, siendo seguro que ocurrirá (*cum moriar; cum Titius morietur*) o que sea incierto que el hecho ocurra (*cum Iietius a unorum quathuor decim factus rit*). La escuela, combinando las varias hipótesis de incertezas en el *quando* y en el *an* construye cuatro tipos de término: el *dies certus an et quando* (el 1.º de Enero de 1926, el día de Pascua de 1930) el *dies certus an incertus quando* (el día de mi muerte) el *dies incertus an certus quando* (el día en que serás mayor de edad) *dies incertus an et quando* (el día de tu casamiento) ahora bien, puesto que solo la incertezas en el cuando no condiciona la existencia del negocio, resulta claro que el último tipo de término no es otra cosa que una condición (lo mismo es decir «el día de tu casamiento» que «si contraes matrimonio»); y que el penúltimo en la duda debe interpretarse como condición cuando *aliunde* no resulte que las partes le hayan atribuido el carácter y la eficacia de un término (el día de la mayor edad puede no llegar nunca si la persona muere, pero llega ciertamente si se prescinde de su vida y se adopta aquel hecho como una simple determinación del tiempo) (1).

Además de cierto y futuro, el término debe ser también posible; debe fijarse como principio o fin de la eficacia del negocio

(1) Esto vale en nuestro Derecho lo mismo que en el romano. En el Derecho romano hay además esta regla: que el término simplemente incierto en el cuando (*certus an incertus quando*) es considerado en los testamentos como una condición *dies incertus condicione in testamento facit* (fr. 75. D. 35. 1) requiriéndose la supervivencia del heredero al momento en que el hecho se verifique. Esta regla no ha sido incorporada al Derecho civil; sobre su fundamento y su alcance, ver Ferrini, *Dies incertus nei legati* (Aut. giur., 1894, pág. 179; *Rend Ist. Lomb.*, 1894, pág. 782); Da Boistel, *Du dies incertus et de ses effets dans le disp. test.* (Rev. gen. du Dr. 1885); Brunetti, *Il dies incertus nelle disp. test.*, Ferenze, 1893; Segré, *Gli effetti del dies incertus quando nelle disp. di ultima volontà* (Riv. it. p. le Sc. giur., XVIII, 1895); Maassen, *Ueber die Rechtsregel dies incertus* (en civ. Erörtert, I, 2. pág. 854).

un momento que pueda llegar; un término puede llegar o no absolutamente porque no existe físicamente (el 380º día del año, el día de la mayor edad de una persona ya muerta) o llegar pero ser inadaptable por hallarse en contradicción con la naturaleza del negocio (el día de la muerte del usufructuario como *dies a quo* en la constitución del usufructo) o por la brevedad del tiempo que se concede para realizar un acto (*hodie Carthagine dare Spondes* si la estipulación se ha hecho en Roma). Frecuentemente el fijar un término imposible da a la determinación accesoria el carácter de una condición; y por otra parte la indagación de la voluntad puede eliminar la imposibilidad reduciéndola a una imposibilidad aparente (el 380º día del año puede interpretarse como el 15º del año siguiente). Cuando esto no ocurre, la fijación de un término imposible hace nulo el negocio (1).

Los efectos del término son como ya se ha dicho, el suspender el ejercicio del derecho o hacer cesar la eficacia del negocio sin que se dé nunca la retroactividad.

Si el término es inicial, no sólo tiene el titular (como en la condición) la facultad de adoptar los oportunos medios de conservación (artículos 856, 1.171, 1.172) (2) sino que se da el cumplimiento por parte del obligado antes de llegar el término, éste no puede repetir aunque haya ignorado la existencia del término (art. 1.174) porque la existencia de la obligación es ya cierta desde ahora y no puede, por tanto, repetirse lo que más tarde hay que entregar. Si el término es final, al vencer, cesa todo ulterior efecto del negocio, y se extinguen también todos los actos que el titular haya realizado en oposición a la limitada duración de su derecho (3).

(1) Ver De Ruggiero, *Il dies impossibilis nei contratti e nei testamenti* (*Bull. ist. rom.*, XV, pág. 5 y siguientes) donde sostengo la existencia en el Derecho romano de una regla análoga a la seguida para las condiciones imposibles.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.—Véanse artículos 805 y 1.129 del Código español. Con el 1.174 del Código italiano el 1.126 del español.

(3) Las demás reglas sobre las obligaciones a término (término, expreso o tácito, fijación en favor del deudor o del acreedor, cesación del beneficio del término, etc.), serán expuestas en la teoría del cumplimiento de la obligación (vol. II, § 73).

Modo (1).—Es este un elemento accesorio propio de los actos de liberalidad, ya sean a causa de muerte, ya *inter vivos*; con él se establece una limitación en la medida de la liberalidad en cuanto que aquél en quien recae una disposición testamentaria (heredero, legatario) o el gratificado con una donación es gravado con determinadas cargas que restringe y aun puede absorber todo el emolumento. *Modus* es, en efecto, una carga que el gratificado con una liberalidad sufre por la voluntad de quien le gratificó y puede consistir en la aplicación de toda o parte de la ventaja patrimonial a un cierto fin, como el efectuar una acción o una omisión en favor del disponente (donante, testador) o de un tercero; (*«Centum Titio lego ut mihi monumentum faciat»*; *ut opus aut epulum municipibus faciat»*; *ut partem dimidiā Seio restituat*). Su esencia consiste en que el disponente persigue con él un fin que se añade al fin principal del título gratuito y actúa como móvil ulterior del ánimo liberal sin destruirlo y a un mismo tiempo sin condicionarlo a la realización del fin accesorio. De esto se deducen sus notas características por las que se diferencia de todo otro elemento esencial o accesorio del negocio jurídico: 1) como autolimitación de la voluntad es siempre un elemento accesorio arbitrariamente introducido en el negocio por voluntad del disponente y que se distingue netamente de la contraprestación en los negocios a título oneroso; en efecto, por gravosa que sea la carga no asume nunca el carácter de contraprestación que constituye el elemento esencial de aquellos, siendo siempre una limitación de la liberalidad; de lo que resulta la inconciliabilidad del *modus* con los negocios a título oneroso, en los cuales, toda obligación de la otra constituye el contenido de la contraprestación; 2) como móvil agregado y ulterior de la voluntad, el fin no se eleva a causa determinante y exclusiva de la voluntad, ya que no se hace depender el surgir el derecho de la consecución de aquél, el derecho se atribuye inmediata e incondicionalmente si bien con una limitación en su contenido patrimonial; el modo se distingue netamente de la condición porque

(1) Scuto *Il modus nel Dir. civ. it.*, Palermo, 1909; Cottino, *L'ina dempienza del modo nel c. civ. germ. (Studi per Chironi, 1, pág. 95 y siguientes)*.

ni suspende la atribución patrimonial hasta el cumplimiento de la carga como haría una condición suspensiva, ni produce en caso de incumplimiento la resolución del negocio con efecto retroactivo como produciría una condición resolutoria. A lo sumo puede decirse que es una condición no desarrollada y que aquel estrecho nexo entre la determinación principal y accesoria de la voluntad en el negocio condicional es menos íntimo en el negocio *cum modo*; 3) como obligación impuesta al gratificado y coercible se distingue de un consejo que pueda dar el disponente sobre el empleo de la atribución patrimonial, no es un deseo expresado por el donante o testador, es una voluntad que exige respeto.

El fin que el modo persigue debe ser a un tiempo posible y lícito; si es ilícito o imposible, el *modus* se considera como no puesto y el acto de liberalidad se convierte en puro sin distinguir entre negocios *mortis causa* e *inter vivos*. De esta última circunstancia se deriva que el modo no se regula con una extensión analógica de las reglas de las condiciones imposibles o ilícitas. La cancelación del modo es una consecuencia lógica del carácter accesorio que aquel fin tiene respecto de la intención liberal; la liberalidad resulta salvada en todo caso, excepto en el que conste que sin la carga no hubiera sido hecha, en cuyo caso la disposición es nula (art. 828) (1).

La eficacia del modo resulta de lo dicho un vínculo obligatorio, surge en el agraciado, por virtud de la aceptación que hizo de la liberalidad y puede ser forzado al cumplimiento por el disponente mismo o por su heredero o el tercero a cuyo favor se impuso la carga. Si bien el modo no desenvuelve su eficacia sino desde el momento en que la atribución patrimonial es perfecta, una preventiva aseguración del cumplimiento puede ser exigida pidiendo que el agraciado preste su caución (art. 855). El incumplimiento, por otra parte, puede reprimirse con la acción de revocación; así en la donación modal, en la que el donante puede elegir entre la ejecución de la carga o gravamen y la revocación

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. — Véanse artículos 797 y 798 del Código civil español.

de la atribución (art. 1.080) (1). La revocación implica la restitución de los bienes, no implica la resolución de los derechos adquiridos por los terceros sobre los inmuebles anteriormente a la transcripción de la demanda.

§ 32.—*Ineficacia del negocio jurídico*

Brugi, Ist. § 23; Pacifici, Ist. II, pág. 493; Gianturco, Sist. I, §§ 63-64; Chironi, Ist. I § 71; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 491; Coviello, Man. I, §§ 105-110; Crome, Par. gen., §§ 22-32; Savigny, Sist. VI, §§ 202-203; Windscheid, Pand. I, §§ 82-83; Regelsberger, Pand. I, §§ 174-176 (2).

Varias veces se ha hecho referencia a la nulidad e ineficacia del negocio jurídico; el concepto debe ahora ser examinado con más detenimiento. Ante todo conviene advertir que en esta materia de por sí ardua, las dificultades aumentan por la variedad de las expresiones por los autores empleadas y la distinta significación que cada uno atribuye a los términos; se habla de *nulidad*, de *inexistencia jurídica*, de *ineficacia*, de *invalidez*, de *impugnabilidad*, de *anulabilidad*, de *una nulidad absoluta o relativa*, etcétera. La ley misma peca de imprecisa hablando de *nulidad* cuando solo de *anulabilidad* debe hablarse.

Forzada resulta toda tentativa de contraponer la ineficacia a

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Ver art. 647 del Código español.

(2) Windscheid, *Zur Lehre des Code Nap. über die ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, 1847; Gradanwitz, *Die ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte*, Berlín, 1887; Mitteis, *Zur Lehre von der ungültigkeit der Rechtsgeschäfte* (Ihering's Jahrb., XXVIII, pág. 85 y siguientes); Lemke, *Unwirksamkeit Leipzig*, 1908; Goettinger, *Der Begriff. unwirksamkeit in B. G. B.*, Berlín, 1904; Jacobi, *Die fehlerhaften Rechtsgeschäfte* (Arch. f. civ. Pr., LXXXVI, pág. 54 y siguientes); Ferrarini, *Rappresentanza e invalidità degli atti giuridici* (en Note di Dir. civ., Módena, 1898, pág. 107 y siguientes); De Pirro, *Sugli articulos 336, 337, 1.311 c. c. in relaz. alla dottrina della millita degli atti giur.* (Foro it., 1893, pág. 299); Chironi, *L'inesistenza del negocio giur. e la possibilità di Sanarlo* (Riv. Dir. comm., 1914, II, página 182); Fadda y Bensa en Windscheid, Pand. I, pág. 926 y siguientes; Finzi, *Studi sulla millita del negocio giur.*, Firenze, 1921; Drogoul, *Essai d'une theorie gen. des millités*, Aix, 1902; Planiol, *Traité* I, núm. 326 y siguientes.

la invalidez queriendo ver en la primera un concepto más amplio que la segunda o simplemente un concepto diverso. Es también inoportuno hablar de inexistencia de acto—entendiéndose inexistencia jurídica ya que no puede negarse que el negocio exista como hecho aunque imperfectamente formado y carente de algún elemento esencial—ya que el acto llamado inexistente es una entidad jurídica que el ordenamiento toma en cuenta, y, por tanto, que produce efectos jurídicos si bien no sean estos los propios del acto válidamente realizado. Seriamente discutida es la diferencia entre inexistencia y nulidad. Solo dos términos tienen una significación bien determinada y precisa por corresponder a ellos dos especies de ineficacia o invalidez del negocio jurídico: nulidad y anulabilidad. Y todos los casos en que el negocio surge imperfecto pueden incluirse en estas dos formas (1).

Son netamente contrapuestas tanto por la causa que produce la imperfección como por los efectos subsiguientes. Cuando se designan como *anulables* los actos de una categoría, no hay necesidad de añadir determinaciones ulteriores a la palabra *nulos* con que se designan los de la otra; el hablar de una nulidad *radical* o *absoluta* presupone el que sean llamados también nulos los actos anulables que es frecuente causa de torcidas interpretaciones como lo es también el hablar de una nulidad propia y de otra impropia.

I. La *nulidad* del acto es la más grave imperfección que no permite que el acto produzca alguno de sus efectos propios; el negocio jurídico es tratado por el ordenamiento como si no hubiese sido realizado y si se dan algunos de los efectos, éstos no son efectos del negocio como tal sino consecuencias de los hechos verificados al realizar el acto nulo (una compraventa inmobiliaria verbalmente concluída no es un contrato de compraventa pero puede producir el efecto de que el comprador sea considerado como un poseedor de buena fe en lo que respec-

(1) Ver Barsanti, *Contributo alla teoria degli atti giuridici inesistenti e anunllabili* (Arch. giur. 1897, pág. 171 y siguientes, Bourgeon, *Distinction de l'inexistence et de l'anunlabilité des actes juridiques*, Dijon, 1885; Hatemann, *Etude sur la distinction des actes inexistantes et des actes anunllables*, Nancy, 1889.

ta a la adquisición de los frutos y al derecho de retención).

Las causas de nulidad por multiformes y heterogéneas que sean en los casos en que el negocio sea afectado por ellas, pueden reducirse a dos: *a*) o el negocio contradice una disposición de ley de interés público, es decir, preceptos imperativos que no sean derogables por la voluntad privada; por eso son nulos los actos todos que contravengan una prohibición categórica de la ley, que son contrarios al orden público y a las buenas costumbres, que tienden a desviar una norma del fin que persigue, (por ejemplo, un matrimonio contraído entre hermano y hermana o ante un Notario en lugar de serlo ante el oficial del Registro civil, reconocimiento de un hijo adulterino, pacto de no prestar el dolo, una venta con la prohibición impuesta al comprador de enajenar un testamento imponiendo al heredero la conservación de los bienes y su trasmisión a otros después de su muerte); *b*) o bien falta en el negocio uno de los elementos esenciales para su existencia jurídica, uno de los requisitos substanciales como son la declaración de voluntad, la causa, el objeto o un requisito de forma exigido por la ley como elemento esencial del acto (ejemplos, un contrato celebrado por un demente o un infante, una compraventa sin obligación en el comprador de pagar el precio, una promesa de cosa fuera del comercio, una enajenación de inmuebles o un testamento que no hayan sido hechos en forma escrita, una donación que no haya sido hecha en instrumento público).

Se comprende—sentado ya lo anterior—que la nulidad no sea siempre declarada expresamente en la ley (nulidad textual); muy frecuentemente ocurre que no es declarada (nulidad virtual o tácita), debiendo el intérprete deducirla de la naturaleza de la disposición infringida, de los principios generales del derecho y del sistema que el legislador adopta. Especialmente, cuando se trata de causa del segundo orden, no tiene lugar jamás una expresa declaración de nulidad porque no hay necesidad de ello. De que la ley haya expresamente declarado nulos algunos actos (artículos 1.314, 1.056, 1.459, 1.460, 1.461, 1.418) (1), no

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Concuerdan respectivamente con los ar-

puede inferirse que no pueda darse también la nulidad de otros. La regla es que cuando tales principios lleven a considerar nulo el negocio, para excluir la nulidad precisaría una expresa disposición legal.

El acto puede ser nulo todo o en parte, según que el vicio afecte a toda la declaración de la voluntad y a todas las partes del negocio o bien sólo a una cláusula accesoria o parte que no sea principal. En este segundo caso queda a salvo la parte del negocio que no es afectada por el vicio (*utile per inutile non vitiatur*); por el contrario, cae el acto todo si el vicio afecta a un elemento principal o si hay un nexo tan íntimo entre la parte nula y la válida que no pueda considerarse querida la una sin la otra. También frecuentemente es la ley misma la que declara la nulidad parcial; por ejemplo, en la sustitución fideicomisaria es nula la sustitución, pero es válida la institución de heredero o legatario (artículos 900, 1.073); es nula en el contrato de sociedad la cláusula que persiga el hacer común la propiedad de los bienes que los socios adquiriesen por donación o sucesión, pero tal comunidad es válida en otros respectos (art. 1.701) (1). La *fideiussio*, en medida superior a la deuda o en condiciones más graves, es válida solamente en la medida de la obligación principal (art. 1.900). La donación que comprenda bienes presentes y futuros del donante es nula sólo en relación a estos últimos (2) (art. 1.064).

Son nulos los actos por el tiempo que excede a la duración permitida en la ley; ejemplo, el pacto de retroventa establecido por un término mayor de cinco años (art. 1.516), usufructo establecido en favor de una persona jurídica por más de treinta años (art. 518), en los arrendamientos de inmuebles por más de treinta años (art. 1.571) (3).

tículos 1.280, 633, 1.473, 1.271 (párrafo 2.^o), 1.460 y 1.365 del Código civil español.

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.— El art. 900 del Código italiano concuerda con el 786 del español, el 1.073 con el 620 y el 1.701 con el 1.674.

(2) Id.— El 1.900 concuerda con el 1.896 del español y el 1.064 con el 635.

(3) Id.— En el Código civil español se señala un término de cuatro años en defecto de pacto expreso que puede aumentarse hasta diez años. (artículo 1.508).

No siempre, sin embargo, la ley se inspira en el mismo principio, ya que a veces, en lugar de reducir el exceso, la ley declara la nulidad de todo el negocio. Así, por ejemplo, al pactar intereses en cuantía excesiva, la tasa legal debe consignarse por escrito y si falta éste es nula la estipulación y no es debido interés alguno, ni siquiera el legal (art. 1.831) (1).

La nulidad puede afectar al negocio desde el momento mismo en que se constituye (nulidad originaria, donación hecha verbalmente) o puede ser *sucesiva* cuando la causa viene luego de la perfección del negocio (el testador, luego de haber dispuesto de sus bienes, es condenado a presidio) entonces se da una invalidación sucesiva del acto, la cual produce los mismos efectos que si hubiese sido nulo desde el principio (2).

Estos efectos son: α) que el acto nulo no puede crear, modificar ni extinguir la relación jurídica a que se dirigía el declarante (*quod nullum est nullum producit effectum*) (3); β) por esto no

El art. 518 citado en el texto concuerda con el 515 del Código español.

En el Código civil español se puede constituir el arrendamiento por tiempo indefinido.

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.— También en el Código español pueden las partes pactar el tipo de interés (art. 1.755) pero la convención que se establezca resultará limitada por las prescripciones contenidas en la llamada ley de Azcárate sobre nulidad de préstamos usurarios de 23 de Julio de 1908 (art. 1.º).

El derecho español no establece diferencia de tipo de interés según se trate de materia civil o comercial. Cualquiera que sea la naturaleza del acto o contrato, el interés legal es el 5 por 100 anual por disposición expresa de la ley de 2 de Agosto de 1899 que modificó en este punto el párrafo 2.º del art. 1.108 del Código civil. Ahora bien, por razón de la esencia misma de la contratación mercantil, la ley de usura no parece ser de aplicación a los contratos puramente mercantiles y así lo ha proclamado el Tribunal Supremo en sentencia de 13 de Enero de 1911, pero en otras ocasiones ha sostenido un criterio vacilante menos conforme con la naturaleza del acto mercantil.

(2) Ferrini, *L'invalidazione successiva dei negozi giuridici* (Arch. giur., N. S. VII, 1901, pág. 201 y siguientes).

(3) ¿Debe exceptuarse el caso en que el hecho que ha determinado la nulidad sea debido a un *error communis*? Aun hoy vale el aforismo *error communis facit ius*? Se sabe que es debido a los comentaristas de la famosa *lex Barbarius Philippus* (fr. 3. D. 1. 14) y sirvió para explicar las decisiones de casos análogos del derecho común (ver Fadda, *Diritto delle persone*, Napoli, 1910, pág. 120). En el derecho moderno la doctrina más rigurosa tiende a negar valor al principio y con razón. La circunstancia

precisa de una especial impugnación de la parte para impedir que produzca consecuencias jurídicas ni de una declaración del Juez ya que la nulidad se produce *ipso jure* y la pronunciación de nulidad tiene función meramente declaratoria; γ) que puede hacer valer la nulidad cualquiera que tenga interés y no solamente una de las partes contra la otra; δ) que con ningún medio es posible sanar la nulidad sin que se pueda hablar de confirmación o convalidación respecto de un acto carente de uno de sus requisitos esenciales o que sea contrario a las disposiciones prohibitivas, ya que aquella puede referirse únicamente a los actos anulables; ni tampoco el transcurso del tiempo serviría a subsanarlo (*quod initium vitiosum est non potest tractu temporis convalescere*, fr. 29. D. 50. 17) (1); no hay otro medio, pues, que no sea el renovarlo, es decir, repetirlo íntegramente eliminando la causa de la imperfección (2). Solo por excepción expresamente establecida en la ley derogando el principio de la no confirmabilidad del acto nulo por vicio de forma (art. 1.310) se admite que puedan convalidarse la donación o el testamento nulos por vicio de forma mediante confirmación o ejecución voluntaria de parte de los herederos o causahabientes del donante o testador (artículo 1.311) (3).

que el error sea común explicará solamente la excusabilidad del error individual en el caso particular y siempre que no recaiga en un requisito legal del negocio; ver Caporali, *Error etc.* (*Diz. pr. Dir. priv.*); Coviello Man. I, § 109, pág. 343; Gabba, *Contr. alla teorie dell'errore* (en *Nuove, questioni di Dir. civ.*, I, pág. 23).

(1) Ver Lutteken, *Erörterung über den Satz Quod ad initio vitiosum est non potest tractus temporis convalescere*, Halle, 1890.

(2) Rocco, *L'a convalescenza dei negozi giuridici* (*Riv. Dir. comm.* VIII, 1910, parte II, pág. 178 y siguientes); Pacchioni, ib. X, 1912, pág. 860 y siguientes.

(3) Ver Fadda y Bensa en Windscheid, *Pand.* I, pág. 905; Venzi en Pacifici, *Ist.* II, pág. 520 y Finzi, *Studi sulle nullità del negozio giur.* (fasc I, L'art. 1.311 del Código civil), Firenze, 1921. Según este último autor, el artículo no contiene una disposición irracional e inconciliable con los principios sino una norma necesaria y tradicional; en su virtud, la voluntad del testador o donante defectuosa de forma, adquiere vigor y validez por la adhesión del heredero, la cual viene estructurada como una *condicio iuris* respecto a la voluntad del disponente, mientras que en los casos

Puede suceder que el acto nulo como negocio de tipo determinado contenga en sí todos los elementos substanciales y formales de otro; es racional que en tal caso surja y sea válido el negocio en que se dan los elementos requeridos porque de este modo se actúa y se respeta aquél tanto de la voluntad privada que el ordenamiento permite. Hay aquí una *conversión* de un tipo de negocio jurídico en otro; una transformación ya substancial, si el negocio válido es substancialmente diverso y tiene una causa y una estructura completamente diversas de las del nulo (por ejemplo, en una substitución fideicomisaria se contiene una substitución vulgar), ya formal si entre el negocio nulo y el válido sólo hay una diferencia de forma, por ejemplo, el testamento secreto nulo puede valer como testamento ológrafo, art. 804; el préstamo marítimo puede valer como mutuo simple (art. 590, Código comm.) (1). En todos los demás casos puede producirse por voluntad de las partes (2).

2. *Anulabilidad* (3) es no sólo una imperfección menos grave del negocio (en el cual existen, se dan todos los elementos esenciales si bien con algún vicio); es también una condición jurídica substancialmente diversa de la nulidad. Para decirlo como Crome (4) es «lo contrapuesto a nulidad, es la que no puede hacerse valer sin una reacción del derecho habiente, ya sea con ac-

de nulidad substancial la acción o excepción correspondientes al heredero se suprinen por la ley con los hechos (confirmación, ratificación, ejecución) por él realizados.

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. — Véanse artículos 715 del Código civil español y 729 del de Comercio.

(2) Ver Satta, *La conversione dei negoci giuridici*, Milano, 1903; Ferrara, *Sulla conversioni del neg. giur. processuali* (*St. per Fadde*, I, pág. 223); Fadda y Bensa en Windscheid, *Pand.* I, pág. 930; Fischer, *Konversion un wirksamer Rechtsgeschäfte* (*Festchrift fur wach* I, pág. 179 y siguientes); ver también Pacchioni, *Elem. di Dir. civ.*, pág. 296 y siguientes.

(3) Del concepto de anulabilidad conviene distinguir nociones afines pero que poseen esferas de acción diversa, así la *revocabilidad* (artículos 888, 1.081, 1.033 del Código civil) *rescindibilidad* (artículos 1.038, 1.529), *resolubibilidad* (artículos 1.079, 1.080, 1.165, 1.235, 1.515); como tentativa de sistematización de la materia puede verse Maroi, *Irrevocabilités* (*Diz. práct. Dir. priv.*).

(4) *Par. gen.*, § 22, pág. 248.

ción, excepción o declaración extrajudicial teniendo por efecto declarar la invalidez ya existente pero hasta entonces ineficaz». El negocio anulable; en efecto, no es ya un negocio que el ordenamiento considere como inexistente; por el contrario, existe y tiene plena eficacia como si no estuviese afectado por vicios hasta que la persona interesada y autorizada por la ley a hacer valer el vicio, provoque con una acción o con una excepción la anulación. La eficacia del negocio se halla, pues, condicionada al no ejercicio del derecho a invocar la invalidez de aquél y no hay en la práctica diferencia alguna entre el acto anulable y el acto plenamente válido cuando el derecho de impugnación no sea ejercitado por quien está autorizado o cuando haya transcurrido el tiempo hábil para el ejercicio de tal derecho. Este fenómeno, por el cual el acto expuesto a la impugnación se purifica del vicio y deviene inatacable (convalidación) es precisamente lo inverso de la nulidad sobrevenida por la cual un acto que nació plenamente válido se convierte en nulo (invalidación).

Las causas de las cuales procede la anulabilidad son: *a*) la capacidad menos plena de quien realiza el acto (menor, sujeto a interdicción, inhabilitado; *b*) inobservancia de las formas prescritas para tutela de los incapaces respecto de los actos que para ellos se realizan y sobre todo la falta o imperfección de las autorizaciones o aprobaciones que ciertos órganos (consejo de familia, Magistrado) deben dar en interés de tales personas; *c*) vicio del consentimiento (violencia, error, dolo).

Pero la ley sólo a determinadas personas atribuye el derecho de invocar la invalidez y provocar la anulación; y la persona a esto autorizada es, por regla general, aquella afectada de incapacidad o cuyo consentimiento fué viciado, o en favor de quien fueron prescritas las formas, o su heredero (art. 1.301) o el que asiste o representa al incapaz (padre que ejerce la patria potestad, tutor, curador). No pueden jamás hacer valer la invalidez ni los terceros, ni aquellos con los cuales haya contratado el incapaz (art. 1.107) excepción hecha del sometido a interdicción por razón de pena, cuya incapacidad pueda oponer cualquiera que tenga interés (art. 1.107).

Mientras el Derecho romano proveía para casos análogos

con la institución de la *restitutio in integrum* y el antiguo Derecho francés con las *lettres de rescission*, el derecho civil moderno reacciona contra la acción de anulación (art. 1.300, impropriamente llamada acción de nulidad) que es al propio tiempo acción rescisoria y acción de restitución (1). Por ella se pronuncia la ineficacia del acto desde el momento en que se realizó de modo que el acto se considera como si nunca hubiera producido sus efectos; esta declaración obra retroactivamente, destruye las adquisiciones verificadas antes, incluso en relación con los terceros, y obliga a la parte que haya recibido a restituir cuanto le fué prestado. Excepcionalmente, si la anulación se da por incapacidad de la persona (menor sujeto a interdicción, inhabilitado) la demanda de restitución contra ellos no puede exceder la medida del beneficio que estas personas hayan obtenido de la prestación (artículo 1.307).

La seguridad de las relaciones y la firmeza de los derechos exigían que no fuese abierta y amplia la vía de la impugnación. Por esto la ley limitó a un quinquenio el tiempo, dentro del cual puede únicamente ejercitarse la acción para anular un contrato (artículo 1.300) y el quinquenio comienza a contarse desde el día en que ha cesado la incapacidad (mayor edad en el menor, revocación de la interdicción o inhabilitación, extinción de la pena) o ha cesado la causa que producía el vicio del consentimiento (cesación de la violencia, descubrimiento del dolo o del error). Pero puesto que el derecho a la anulación puede hacerse valer también por vía de *excepción* no se aplica a esto el mismo término que para la acción; la *exceptio nullitatis* presumiendo el negocio aún no realizado y la acción que la otra parte dirige a constreñir al cumplimiento, puede ser opuesta siempre en tanto dura la acción (art. 1.302). Se aplica el principio contenido en el aforismo *quoe temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum*.

El acto anulable, al contrario del nulo, es capaz de confirmación, puede adquirir validez irrevocable; un medio para darles

(1). Sobre los precedentes históricos, ver Renard, *L'idée d'annulabilité cher les interpr. du Dr. rom. au moyen age*, París; Japiot, *Des nullites en matière d'acte jur.*, París, 1909.

firmeza definitiva es precisamente el transcurso del quinquenio sin ejercitar la acción. El otro es la confirmación.

Confirmación (1) es la declaración de aquel a quien corresponde el derecho de impugnación de no querer usar de este derecho; es una renuncia a la facultad de pedir la anulación y como tal es un acto unilateral que se perfecciona sólo con la declaración del confirmante. Para que esta obre eficazmente para que sane el defecto, el acto de confirmación debe contener la substancia del negocio anulable, la mención del motivo que lo vicia y la declaración con que se persigue corregir el vicio sobre el cual se fundaría la acción de anulación que se renuncia (artículo I.309); con esto la ley tiende a evitar toda incertezza sobre el alcance del acto de renuncia y a impedir que por vía de inducciones o conjeturas, el Juez declare la pérdida del derecho de impugnación.

Esta es la confirmación en su forma expresa. Al lado de ésta existe la confirmación tácita, la cual consiste en la voluntaria ejecución del negocio por parte de quien tiene derecho a la anulación. No precisa que sea íntegra y completa la ejecución, basta que se haya realizado en su mayor parte; también aquí es necesario que la tácita manifestación de voluntad no sea dudosa o ambigua y que a más de libre sea hecha con conocimiento de vicio (art. I.309).

Ya sea expresa, ya tácita, la confirmación tiene la virtud de hacer inimpugnable el negocio y definitivos los efectos ya producidos. No tiene sentido decir que actúa retroactivamente si se considera que los efectos han sido producidos ya válidamente por el negocio anulable en tanto no se pronuncia su anulación; con la confirmación se suprime la posibilidad de destruirlos y esta indestructibilidad (o sea la certeza de que el negocio quedará firme definitivamente) no se da sino en el momento de la con-

(1) De Crescenzo, *La dottrina della conferme e della ratifica degli atti nulli per difetto di forma sec. il c. c. it.* (*Atti R. Acc. di Napoli*, 1885; Bertolini, *La ratifica degli atti giuridici*, Roma, 1889-91; Barassi, *La ratifica del contratto annullabile*, Milano, 1898; Cannada-Bartoli, *La ratifica riguardo alla inesistenza e alla rescindibilità degli atti giuridici*, Napoli, 1885; Fadda y Bensa y Windscheid, *Pand. I*, pág. 933 y siguientes.

ción. Concibiendo como retroactiva la eficacia de la confirmación, el art. 1.309 declara salvos los derechos de terceros: lo cual quiere decir que si verificado el negocio anulable, el que tiene la facultad de impugnarlo constituye derechos en un tercero sobre supuesto de que el negocio sea anulado, la renuncia que haga aquél de la facultad de anularlo no puede perjudicar los derechos adquiridos por el tercero precisamente por haberlos adquirido antes de la confirmación (1).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. — Véanse artículos 1.302, 1.301, 1.304, 1.310 y 1.311 del Código español. La acción de nulidad sólo dura cuatro años.