TEMA Nº 1

TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS

1) CONCEPTO.-

Nuestro Código Civil en su Art. 450, nos da una noción de lo que se entiende por contrato, expresando que "hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo para constituir, modificar o extinguir entre sí una relación jurídica", noción que según Walter Kaune es errada e incompleta por cuanto sostiene "que el legislador no debió referirse a dos o más personas, sino a dos o más partes, toda vez que el acuerdo de dos o más personas, no siempre hace surgir el consentimiento que es el elemento esencial de la contratación, así tenemos por ejemplo, el caso de que tres copropietarios se pongan de acuerdo entre sí para vender un bien en lo pro indiviso, en tal caso este acuerdo de voluntades no perfeccionará el contrato de compraventa, sólo constituirá una parte de tal operación, en su calidad de vendedor, faltando para concretarla que una o más personas se constituyan en la otra parte, como comprador, para que una vez integradas las voluntades de las dos partes contratantes surja el contrato de compraventa".

Merced a dicha critica, en el anteproyecto del Código Civil, el termino "personas " fue reemplazado por el de "partes" ¹.Como un segundo comentario digno de citar, en relación al mismo articulo, lo realiza el profesor Carlos Morales Guillen , quien sostiene: " el legislador omitió insertar el termino "patrimonial" , termino que hace referencia el código fuente, en sentido de que los derechos que se constituyen , modifican o extinguen a través de contratos son precisamente de carácter patrimonial.² "

¹ Kaune Arteaga, Walter. TEORÍA GENERAL Y LOS PRINCIPALES CONTRATOS. Editorial Teddy Libros Ediciones, Edición, 1982-La Paz-Bolivia. Pág. 38.

² Morales, Guillen Carlos. CÓDIGO CIVIL Concordado y Anotado, Editorial Gisbert y Cia. S.A. Edición. 1981 La Paz-Bolivia. Tomo I, pág. 602. Este estudioso del derecho, analizando el referido artículo (450 Código Civil) manifiesta que el legislador omitió insertar el termino "patrimonial", termino que hace referencia el código fuente, en sentido de que los derechos que se constituyen, modifican o extinguen a través de contratos son precisamente de carácter patrimonial. Cód.Civ. Concordado y Anotado T.I. pag. 602

Luego de haber citado los referidos comentarios, con relación al Art. 450 del Código Civil, consideramos oportuno y a manera de definición manifestar que "hay contrato cuando dos o más partes se ponen de acuerdo para constituir, modificar o extinguir entre sí una relación jurídica de carácter patrimonial."

2) LOS CONTRATOS COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES.-

Mazeaud, al clasificar las fuentes de las obligaciones, sostiene que existen dos fuentes que originan estas; por un lado son las fuentes voluntarias y por otro las involuntarias.³

Dicha distinción no es novedosa en lo relativo a la fuente de las obligaciones por cuanto en el esquema jurídico de Roma, como fuente de las obligaciones, sólo se admitía el contrato y el delito. Mucho mas desarrollada esta teoría se la puede encontrar en las Instituciones de Justiniano, en la cual esta teoría adopta una disposición cuatripartita: El contrato, el delito, el cuasicontrato y el cuasidelito, hasta que Pothier, cuyas enseñanzas se incorporaron en el Còd.Civ.Frances, añade una quinta causa, la ley. Planiol ataca con razòn esa estructura porque cabe afirmar con plena lógica que todas las obligaciones proceden de la ley por cuanto al reconocerlas las hace válidas y sin ella se encontrarían en esfera de licitar dudosa.

2.1) FUENTES VOLUNTARIAS.-

Cuando uno se refiere a la fuente de las obligaciones, no puede negar que lo evidente y cierto es que el acuerdo de voluntades, la convención o contrato, constituye la fuente primera y principal de las obligaciones, la más rica de todas, el manantial de donde surge caso todo el Derecho Privado. Se sostiene así que la voluntad y el contrato son suficientes para crear todas las relaciones jurídicas comprensivas de esta rama del derecho⁴.

³Mazeaud, León. DERECHO CIVIL. Resúmenes de Mazeaud. Editorial Heliasta. Edición 1986-Bs.As. Argentina. Pág. 209

⁴ Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta. Edición 1987. Tomo IV Pàg. 118.

TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS

El acuerdo al cual se llega mediante un contrato, tiene fuerza de ley entre parte (Art. 519 Còd.Civ.), es en tal sentido que se asemeja el contrato a un ley particular, a diferencia de una ley general que es creada en virtud a un procedimiento legislativo. (Art. 71 y sigtes C.P.E.)

2.2) FUENTES NO VOLUNTARIAS.-

En el diario vivir de la sociedad, una persona puede ser responsable de cumplir una obligación a favor de otra, sin haber demostrado voluntad para ello, vale decir que emergió su obligación sin su voluntad, y este aspecto se puede dar por distintas razones o situaciones, pudiendo ser estas las siguientes:

Un *delito*, de la cual emerge una acción penal y otra civil, siendo esta ultima básicamente la reparación del daño civil o valuable en dinero, misma que no es sino una obligación que debe de cumplirse a favor de la victima o querellante. (Arts.87-88 y 89 del Còd.Pen.)

El cuasicontrato, mismo que se lo llega a definir como un acto lícito, voluntario, que produce aun sin mediar consentimiento expreso, obligaciones a veces reciprocas entre las partes, otras sólo respecto a uno de los interesados y en ocasiones en beneficio de un tercero, teniendo como ejemplo de este tipo de fuente de las obligaciones la gestión de negocios ajenos, resulta innegable en ella una voluntad concreta , expresada de manera tácita por el gestor oficioso, movido por razones de familia, a veces de amistad. Pero en todas estas gestiones estimulados por móviles altruistas que el derecho debe amparar siempre, cuando la actividad es de buena fe. Del otro lado completando de manera muy peculiar la bilateralidad consensual aparece un semiconsentimiento, por ser presunto. De ahì el acierto del vocablo cuasicontrato por la extrema semejanza convencional con el contrato del que lo diferencia una imperfección al manifestarse la voluntad o una separación extrema de índole póstuma, cuando se ratifica lo hecho por el gestor. (Arts 973 y sgtes del Cód.Civ.)

El pago de lo indebido, cuando hay buena fe por ambas partes, un mutuo error, por lo general, se produce una resolución facilitada por la ley y fundada en que salvo dolo genuino, nadie quiere pagar lo que no debe ni recibir a título oneroso lo que no se le adeuda, han coincidencia en deshacer (Art. 963 y sgtes del Còd.Civ.); el enriquecimiento sin causa, de perfiles más amplios, cabe descubrir el consentimiento presunto de que el deudor no ha querido favorecer sin causa, y que el aparente acreedor no puede demostrar su voluntad o título lucrativo, (Arts. 961 y 962 del Còd.Civ.).

El *cuasidelito*, entendiéndose por ello , la acción u omisión con que se causa daño o perjuicio a otra por propio descuido, imprudencia o impericia, sin deseo ni intención de producir un mal en la persona, en los bienes o en los derechos ajenos y responsabilidad derivadas de tal proceder.

Doctrinalmente se diferencia del delito, en que el primero se obra sin intención dolosa, aunque si por impericia o negligencia que causa daños o males de lo que resulta por ley la obligación de resarcir los mismos. Obligación que como se observara tiene una fuente extracontractual, misma que en la antigüedad se la llegó a denominar como delito civil.

En la actualidad en materia penal esta diferenciación entre delito y cuasidelito se la a identificado como dolo (Art. 14 del Cód.Pen.) y culpa (Art. 15 Cód.Pen.)

Finalmente otro de los ejemplos de fuentes no voluntarias, consideramos al igual que Pothier es la *Ley*, por cuanto existen casos en donde la misma norma jurídica de forma imperativa obliga a una persona a cumplir determinadas obligaciones.⁵

Bonnecase, citado por Guillen, ⁶ manifiesta al respecto "en lo referente a la fuente de las obligaciones, que es la parte del Derecho Civil que mayores transformaciones presenta desde fines

⁵ Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta. Edición 1987. Tomo V Pàg. 428.

⁶ Morales Guillen. Ob cit. T. I Pág. 602

del siglo XIX, más como resultado del desenvolvimiento de la doctrina y de la jurisprudencia que de las reformas legislativas, es en función a ello que se considera al contrato, la expresión tipo de las fuentes de las obligaciones voluntarias como expresión tipo que es del acto jurídico, noción que absorbe la del contrato y que se funda a su vez en la de hecho jurídico en el sentido lato del término"

De igual manera, Pothier, cuya enseñanza recogió el Art. 1.101 del Código Napoleón, definía al contrato como "una convención por la cual una o varias personas se obligan frente a una o varias otras a dar, hacer o a no hacer alguna cosa", reproducida después entre otras por el Cód.Civ. Abrog. (Art. 692) y por el Cód.Civ. Italiano de 1865, del que ha recibido el Cód.Civ. Italiano de 1942 que es modelo del Cód.Civ. vigente boliviano.⁷

Es en función a estas citas, que se a definido que los contratos <u>son</u> <u>fuente principal de las obligaciones voluntarias</u>, por lo tanto consideramos que el estudiante debe comprender que cuando uno se refiere a un contrato (cualquiera que sea su modalidad) en el fondo se refiere a una obligación o fuente de una obligación, es por ello que en el presente texto guía el estudio que se realice de estas dos instituciones del derecho civil muchas veces se lo realizara de forma paralela.

Al amparo de lo manifestado hasta el momento, considero que la estructura del libro *TERCERO* de nuestro Código Civil es inadecuada, por cuanto en lugar de tener dos partes como hasta ahora, la primera titulada *DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL*, que abarca del Art. 291 al 583 y la segunda *DE LOS CONTRATOS EN PARTICULAR* que es del Art. 584 al 999 no se acomoda a la doctrina citada, puesto que si los contratos son fuente principal de las obligaciones voluntarias, entonces se debería estructurar el libro tercero de las obligaciones, como una primera parte *DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL*, que abarcaría del Art. 291 al 449, una segunda parte *DE LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES*

⁷ Morales Guillen Ob cit. T. I pag. 609 (en lo referente a la clasificación de las fuentes de las obligaciones, se recomienda leer, comentario que cita el autor de la presente obra al Art. 450 del Cód.Civ. vigente.)

que a su vez estaría conformada por dos títulos, el primero DE LOS CONTRATOS EN GENERAL, del Art. 450 al 583, artículos que están referidos a las normas generales que son de aplicación a todos los contratos en materia civil, y un segundo título que seria *DE LOS CONTRATOS EN PARTICULAR*, que va del Art. 584 al 999 título en el cual como se observa en el Código Civil, se refiere precisamente a ello a los contratos pero de forma particular.

De esta manera considero que estaría mejor sistematizado el libro tercero del nuestro Código Civil, y respondería al espíritu fuente del mismo. Asimismo y valga la aclaración , a los alumnos de la asignatura, según el programa analítico de la Facultad de Derecho, el libro tercero se lo avanza en dos años, en Civil "III" la primera parte referida a las obligaciones en general y en Civil "IV" la segunda que esta referida a los contratos, asignatura que por lo demás como se observa, esta dividida en dos partes la primera que es de los Contratos en General, en donde se estudiarán elementos indispensables para la formación de cualquier contrato y una segunda parte que esta referida al estudio de los contratos en particular, contratos tales como la donación, hipoteca, préstamo, arrendamiento, etc.

3) ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS CONTRATOS.-

La forma mas antigua de contratar es el <u>nexum</u>, que tenia por causa un préstamo de dinero, se realizaba por medio del cobre y de la balanza, *per es et libram*. En una época en que los romanos ignoraban aún el arte de acuñar la moneda, la cantidad de metal dada en préstamo se pesaba en una balanza tenida por un *librepens*, investido, sin duda de un carácter religioso, en presencia de cinco testigos *ciudadanos romanos y púberes*.

El peso del metal subsistió aún después de empezar a acuñar el cobre, porque esta moneda, aun tosca, no tenía valor más que según su peso, que era preciso verificar.

Pero después de de la aparición de la moneda de plata, no se tuvo necesidad de pesar las piezas, se las contaba, el empleo del cobre y de la balanza no tuvo ya desde entonces trato más que a título de símbolo. A esta solemnidad iba unida una declaración del acreedor,

o *nuncupatio*, que fijaba la naturaleza del acto y contenía una damnatío, esto era el equivalente de una verdadera condena, que autorizaba el empleo de la *manus injectio* contra el deudor que no pagaba. La persona misma del obligado (corpus) estaba, pues, comprometida y respondía del pago de la deuda.⁸

Al lado del nexum, los ciudadanos romanos parecen haber empleado pronto la **sponsio** como medio de dar fuerza jurídica a las convenciones destinadas a producir una obligación.

Desde el siglo V, la sponsio consistía en una interrogación del acreedor seguida de una respuesta hecha por el deudor, por medio del verbo spondere, spondesne? Spondeo. Pero es difícil saber lo que era la sponsio primitiva y cuál fue su origen. Unos lo hacen proceder de una simplificación del nexum, pues la nuncupatío habría llegado a ser suficiente para obligar, pero si era así, ¿por qué se había suprimido la solemnidad del es et libra, mientras que se conservaba a título de símbolo en la mancipatío?. Después de la nuncupatio emanada del acreedor, solo en la sponsio, hay una pregunta y una respuesta, diferencia considero importante para que se pueda admitir entre estos dos contratos una relación de filiación. Otros hacen derivar la sponsio de un juramento prestado por el deudor sobre el altar de Hércules.

Lo que parece cierto es que tuvo primero un carácter religioso, pero las ceremonias que la acompañaban fueron descuidadas a continuación a medida que tomó extensión. Recibió un nombre más en armonía con su función que era fortalecer la convención de las partes, este fue la *stipulatio*. Esta manera de contrata acabó por ser accesible a un a los extranjeros a condición sin embargo de empelar otros términos, porque la palabra spondere quedo exclusiva para los ciudadanos.

Al mismo tiempo que la *stipulatio* venia a ser un instrumento cómodo para sancionar el acuerdo de las partes nacía dos nuevos contratos por decirlo así, de las ruinas del nexum, emergieron el contrato **litteris** y el **mutuum.**

⁸ Petit, Eugene. TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO. Editorial ALBATROS, Edición 1980 Bs.As. Argentina. Pág. 374,

El *litteris*, se dice que nació del *nexum* en función a que si bien se realizaba todas las formalidades del *nexum*, luego de haber pesado el metal, dicho acto se lo registraba en el codex, (era un registro que todo ciudadano acostumbraba tener, en donde consignaba los actos de su vida privada), con el permiso del deudor, siendo este acto suficiente para hacer emerger la obligación y hacerla exigible.

En relación al <u>mutuum</u> la misma surgió cuando ya existía la moneda de plata acuñada, momento en donde no era necesario pesarla sino simplemente contarla, fue entonces que las obligaciones o prestamos de dinero se las perfeccionaba con la simple tradición del dinero a manos del deudor, a este acto se lo llamo el *mutuum*.

Posteriormente, con la llegada del cristianismo y la edad media en base a estos cuatro contratos, se llagaron a desarrollar los demás contratos, siendo los primeros el comodato, el depósito, el pignus o contrato de prenda, etc. ⁹

4) CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS.-

Barios fueron los estudiosos que clasificaron a los contratos, siendo uno de los principales Messineo , quién planteo una clasificación extensa y por ende completa de los contratos, aporte que esta ampliamente contenido en su obra Derecho Civil y Comercial del Tomo"I" al "V" principalmente.

Nosotros para efectos pedagógicos y toda vez que el principio esencial de un contrato es el consensualismo, <u>seguiremos la clasificación realizada por Mazeaud</u>, quien manifiesta que existe en principio solo una clase de contrato que seria aquel que se perfecciona por el solo acuerdo de voluntades, pero que posteriormente emergen los contratos reales y los contratos solemnes que constituyen excepciones. ¹⁰

4.1) CONTRATOS CONSENSUALES.-

⁹ Petit Eugene Ob cit. Pág. 377.

¹⁰ Mazeaud. Ob cit. Pág. 211

En estos contratos la voluntad de las partes es suficiente para dar nacimiento al contrato, es decir que se perfeccionan con el simple consentimiento de las partes contratantes y con ausencia de toda formalidad, entre estos tenemos: la compra venta.

4.2) CONTRATOS REALES.-

Para la formación de estos contratos, si bien el consentimiento es necesario, sin embargo no es suficiente, porque para su perfeccionamiento se requiere la tradición de la cosa, dentro de este tipo de contratos tenemos, el préstamo, el depósito, la prenda. El contrato de prenda por ejemplo de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1403 del Cód.Civ., manifiesta que se perfecciona con la entrega de la cosa, sólo así el acreedor prendario tendrá el derecho de preferencia y el de persecución, que le asignan los Art. 1404 y 1405 del Código Civil.

4.3) CONTRATOS SOLEMNES.-

En los contratos solemnes, además de ser necesario el acuerdo de voluntades de las partes contratantes para su formación se debe cumplir con determinadas formalidades expresamente señaladas por ley, porque la ausencia de las mismas da lugar a la nulidad del contrato en virtud del principio: "la forma da el ser a la cosa", así lo prevé los Art. 452 num 4) concordante con el Art. 549 num 1) del Código Civil.

Cabe señalar que en relación a la solemnidad de los contratos, existen según la doctrina dos clases, el *Ad solemnitatem* que es aquella solemnidad que da esencia y validez al contrato, vale decir que de no constituirse dicho acto contractual conforme la formalidad prevista, este se lo tiene como no existente. Esta clase de contratos estarían previstos en el Art. 491 y 493 del Código Civil, toda vez que si no se lo realiza conforme lo previsto , este acto es nulo al amparo de los Art. 452 num . 4) y 549 num 1) del Código Civil.

En cambio la *Ad probationem*, se lo exige solamente para efectos de prueba, vale decir que el contrato en si no exige ningún tipo de solemnidad y simplemente precisan del consentimiento de las partes, pero por mutuo acuerdo convienen en realizar determinadas formalidades a efectos de probar en un futuro la efectivización de dicho acto, tal el caso de la compra venta, o transmisión gratuita de bienes, etc. Actos en donde intervienen testigo, una determinada autoridad, utilización de instrumentos adecuados, etc.

Como se apreciara la presente clasificación es de por si limitada, considero que una clasificación de los contratos se la debe aprender o realizar luego de conocido todas o casi todas las modalidades de contratos, en este caso en materia civil, para que luego el estudiante realice su propia clasificación, no de forma discrecional, sino lógica, pudiendo ser esta por decir en oneroso y gratuito, individual, colectivo, aleatorio, etc.

5) LA LIBERTAD CONTRACTUAL.-

El artículo 454 de nuestro Código Civil, expresa:" las partes pueden determinar libremente el contenido de los contratos que celebre y acordar contratos diferentes de los comprendidos en este Código." Lo cual hace entender que el principio básico de la constitución de un contrato es el acuerdo de voluntades o consentimiento, pero dicha libertad contractual no significa que puedan realizar contratos de forma irrestricta, sino que el limite a dicha libertad es el orden público y las buenas costumbres, así también lo entiende nuestro legislador cuando en el parágrafo segundo del Art. 454 expresa: "La libertad contractual está subordinada a los limites impuestos por la ley y a la realización de intereses dignos de protección jurídica" concordado con el Art. 519 del Código Civil, toda vez que si bien el acuerdo de voluntades es ley entre las mismas, dicho acuerdo se lo puede disolver ya sea por acuerdo mutuo o por las causas autorizadas por la ley.

En esta última parte del Art. 519 considero que es necesario citar lo señalado por el Art. 451 del Código Civil que dice: "Las normas contenidas en este título son aplicables" a todos los contratos,

tengan o no denominación especial, sin perjuicio de las que se establezcan para algunos de ellos en particular y existan en otros códigos o leyes propias." "son aplicables también, en cuanto sean compatibles y siempre que no existan disposiciones legales contrarias a los actos unilaterales de contenido patrimonial que se celebran entre vivos así como a los actos jurídicos en general". 11

Resumiendo, diríamos que en nuestra calidad de abogados, podemos redactar o constituir cualquier tipo de contrato y no limitarnos simplemente a los señalados en el Código Civil o el Código de Comercio, por cuanto la libertad contractual es la regla y sus limites la excepción.

Pero dicha libertad contractual esta limitada por el ordenamiento jurídico, para lo cual el legislador introdujo el Art. 451, mediante el cual nos estaría guiando, toda vez que dicho artículo se refiere a la parte general de los contratos, que abarca del Art. 450 al 583, artículos en los cuales están todos los requisitos de formación y de valides, modalidades, etc que tienen o que pueden tener cualquier contrato.

Es en función a ello que en los futuros temas de la asignatura se profundizara estos artículos referidos a la parte general de los contratos, por cuanto considero que si el estudiante de derecho y futuro abogado llega a conocer perfectamente dichas figuras jurídicas y sus consecuencias, estará suficientemente preparado

su reemplazo por aquella más ajustada como es la de típico y atípico".

¹¹ Este artículo se refiere básicamente a los contratos innominados, al respecto cabe señalar lo siguiente: "Clasificar a los contratos en nominados (que serian aquellos contratos previstos y legislados en el Cód.Civ., u otras normas jurídicas, por ejemplo, compra venta, permuta, etc) e innominados (que son aquellos que no están legislados en el Cód.Civ. u otras normas jurídicas, pero que existen), fue una categoría válida para el derecho romano pero que ya no se corresponde con la doctrina moderna que asume al contrato como negocio jurídico y propone

En relación a los contratos atípicos, cabe señalar que en el Art. 1143 del Código Civil Argentino se regula dichos contratos e incluso se cita un ejemplo de Pothier sobre dicho tipo de contrato el cual consiste en: "que dos vecinos, cada un de los cuales no tiene sino un buey, convienen que el uno se lo preste al otro durante una semana para trabajar su campo y que este último le dará el suyo a su turno la semana siguiente". Esta convención no es un alquiler, porque el precio no es dinero, no es tampoco un préstamo, porque el contrato no es traspasada; ni sociedad, porque el convenio es hecho en mira de intereses distintos y separados. Sería un contrato innominado..." Calegari, Lydia E. De Grosso. Contratos Atípicos. Editorial Némesis, Edición 1996, Bs.As. Argentina. Pág. 18.

para constituir cualquier tipo de contrato, principalmente en materia civil.

TEMA Nº 2

DE LOS REQUISITOS PARA LA FORMACIÓN DE LOS CONTRATOS.

(PRIMERA PARTE)

1) INTRODUCCIÓN.-

En el primer tema de la asignatura, señalamos que "hay contrato cuando dos partes se ponen de acuerdo para modificar, crear o extinguir una relación patrimonial", definición que de por sí presupone para su formación la concurrencia de elementos esenciales que la ley llama requisitos de formación, indispensables para fijar su existencia, perfección y eficacia.

Dichos requisitos, emergen de la misma definición de un contrato, por cuanto cuando uno se refiere "al acuerdo de dos partes" se abstrae los elementos de consentimiento e implícitamente capacidad, "para modificar, crear o extinguir " da lugar al objeto, actos que no resultarían sin una causa.

De esa manera surgen del mismo contrato los denominados requisitos de formación, toda vez que como manifestamos, son los elementos indispensables para que exista un contrato, según la doctrina.

Pero nuestro legislador al referirse a esta temática a través del Art. 452 pone como un cuarto requisito de formación, a la *forma*, requisito que según Messineo no se lo debe considerar en dicho artículo por cuanto al manifestar que son requisitos de formación de los contratos se hace referencia a los requisitos esenciales de todo contrato para su constitución y como se manifestó ya en otro tema, la forma no se la puede considerar como un elemento

indispensable para todos los contratos sino solamente para algunos, en tal caso en lugar de incluirlo en el art. 452 num 4) simplemente se lo podría haber mencionado de forma particular para cada contrato que así lo necesite.¹²

Como un segundo comentario, consideramos que se debía haber incluido en el Art. 452 del Cód.Civ. el elemento de la capacidad, toda vez que como ya se explico , es un elemento implícito que esta junto al consentimiento. 13

Pero así como nuestro legislador señala cuales son los requisitos de formación (Art. 452 Cód.Civ..), también cita mecanismos jurídicos mediante los cuales podemos hacer valer nuestro interés legítimo, cuando nos encontremos ante un contrato que no tenga dichos requisitos conforme lo prevé la ley, estos mecanismos jurídicos o acciones son la nulidad y anulabilidad, figuras previstas en los artículos. 549 y 554 del Código Civil.

Es en función a ello que tanto en el tema dos y tres desarrollaremos in extenso individualmente cada uno de los requisitos de formación, como ser el consentimiento, la capacidad, el objeto y la causa.

2) EL CONSENTIMIENTO.-

2.1) CONCEPTO.-

Gorgi, define el consentimiento como "la manifestación recíproca del consenso, completo de dos o más personas, con objeto de obligarse cada una a una prestación respecto de la otra u otras, o bien con el de obligarse una o solo alguna para con la otra u otras que aceptan sin asumir ninguna obligación correlativa."

El consentimiento, presupone un acto interno de voluntad deliberado del contratante que consciente de lo que hace, se determina a hacerlo libremente.

 $^{^{\}rm 12}$ "Tal cual lo previsto por el Art. 491 del Cód. Civ.Vigente"

¹³ Morales, Guillen Carlos. Ob cit. Tomo I, Pág. 620

"El consentimiento es un acuerdo de voluntades, mediante el cual, una persona presta su asentimiento a otra para vincularse entre si contractualmente, ya sea para crear, extinguir, modificar una relación jurídica" (Messineo)

De todas las anteriores definiciones de consentimiento, considero que la citada por Carlos Morales Guillen es la mas completa y que a la letra dice: "El consentimiento es el acuerdo de voluntades integradas por la composición de intereses opuestos en el que las partes, cediendo a sus pretensiones, hace que las voluntades se combinen dando lugar a una nueva relación contractual. "

2.2) CARACTERES DEL CONSENTIMIENTO.-

El consentimiento no es nunca un hecho jurídico unilateral, puede ser unilateral el contrato, por ejemplo la donación, (Art. 655 del Cód.Civ.) pero pese a ser unilateral, es necesario que el beneficiario exprese su voluntad.

Es en función a ello que como su principal característica del consentimiento es el hecho de que esta compuesto de dos partes un **OFERENTE** y otro **ACEPTANTE**, motivo por el cual a continuación desarrollaremos dichas características del consentimiento:

2.2.1) LA OFERTA.-

Llamada también propuesta, es la invitación que hace una de las partes contratantes a la otra, en forma especifica e individual o en forma indeterminada pública o general, para la realización de un determinado contrato.¹⁴ Cabe puntualizar que tanto en la oferta como en la aceptación deben estar insertos los requisitos esenciales de formación.

2.2.2) CARACTERÍSTICAS DE LA OFERTA.-

La oferta por si misma no crea modifica, ni extingue una situación de derecho, toda vez que solamente constituye uno de los elementos de formación del consentimiento y por ende del

¹⁴ Messineo. Ob cit. Tomo II Pág. 345

contrato, por lo que puede ser revocada, hasta tanto la aceptación no sea del conocimiento del oferente.

La oferta en principio no compromete jurídicamente al oferente pero una vez que se ha perfeccionado el contrato, o sea el momento en que el aceptante exterioriza su voluntad y este deseo llega a conocimiento del oferente el ligamento es irrevocable, tal cual lo establecen los Arts. 455 parágrafo I y 458 parágrafo I, del Código Civil.

2.2.3) CLASES DE OFERTA.-

Se la puede clasificar según los siguientes criterios:

-Según su expresión, puede ser <u>oferta expresa</u>, la cual a su vez se sub divide en escrita o verbal y <u>oferta tácita.</u> (Art. 453 Código Civil.)

-Según el destinatario, la oferta puede ser dirigida a persona **determinada o indeterminada**, esta última a través de los periódicos o medios de publicidad, por ejemplo. Una convocatoria pública en el segundo caso y una compra venta en el primer caso.

2.2.4) REVOCATORIA DE LA OFERTA.-

Mientras no llegue a conocer el ofertante la aceptación de la otra parte, este puede revocar libremente su oferta, tal cual lo prevé el Art. 458 del Código Civil.

De igual manera si la aceptación, introduce modificaciones a la oferta, se la considera como nueva oferta y se la puede rechazar.

Doctrinalmente existe una oferta que luego de ser emitida no se la puede revocar aunque el posible aceptante no hubiese mostrado interés, es el caso de la <u>OFERTA FIRME</u> de las cuales Messineo sostiene que son ofertas en las cuales implícitamente el oferente renuncia al derecho de revocación , por cuanto van acompañadas de un plazo dentro el cual el destinatario tiene la facultad de aceptarlas o no , pero el oferente no puede revocarla, al amparo de dicha condición , tal el caso de las ofertas publicas, o llamadas también convocatorias o licitaciones que constantemente se ven en

Favio Chacolla Huanca

los periódicos o se escuchan en emisoras, en donde se otorga un plazo para que acepten , plazo en el que no se puede revocar la oferta.(Art. 458 Cód.Civ. y 828 Código de Comercio.)

2.2.5) CADUCIDAD DE LA OFERTA.-

Caducar no es lo mismo que revocar, es por ello que se debe saber diferenciar lo previsto en el Art. 458, el cual se refiere a la revocatoria de la oferta y 459 que se refiere a los casos en que la oferta caduca o queda sin efecto, hecho que sucede al amparo de dos situaciones, cuando fallece o pierde su capacidad antes de que reciba la aceptación, tiendo como consecuencia que el contrato no se haya perfeccionado, resultando por consiguiente inútil la ejecución iniciada.

En caso de que fallecer el oferente luego de recibida la aceptación, se actuara conforme lo previsto por el Art. 524 del Código Civil, que a la letra expresa: "Se presume que quien contrata lo hace para si y para sus herederos y causahabientes a menos que lo contrario sea expresado o resulte de la naturaleza del contrato".

2.2.6) DE LA ACEPTACIÓN.-

La aceptación es la conformidad que da el destinatario de la oferta, en sentido de realizar el contrato o acto jurídico propuesto por el oferente.

En aplicación estricta del parágrafo I, del Art. 455 del Código Civil, el contrato no se forma cuando existe aceptación de la oferta, sino cuando el oferente conoce de la aceptación.

2.2.7) CARACTERÍSTICAS DE LA ACEPTACIÓN.-

La aceptación para que surta efectos, debe ser realizada por persona capaz y recaer sobre un objeto de interés jurídico, provenir de una conducta lícita y estar hecha en forma seria, requisitos estos

TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS

que son comunes para la oferta y la aceptación, debe ser hecha en forma pura y simple, requisito este que no se exige para la oferta.

La aceptación que no esté conforme a los linimientos de la oferta, es decir que tenga variaciones aunque sea sobre puntos secundarios, no vale como aceptación, porque se convierte en una contraoferta, en la que el originario oferente adquiere la calidad de aceptante o destinatario (Art. 456 Código Civil)

2.2.8) CLASES DE ACEPTACIÓN.-

La aceptación puede ser de las siguientes modalidades:

EXPRESA.- Es aquella aceptación que se la realiza de forma verbal o escrita.

TACITA.- Es aceptación tácita cuando la conducta del destinatario está dada por hechos o actitudes que relacionadas con ciertos antecedentes, denotan una manifestación de su aceptación con relación a la oferta. (Art. 453 Código Civil)

2.2.9) EL SILENCIO COMO MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD.-

No debemos confundir la aceptación tácita que es conducta positiva, con el silencio del destinatario de una oferta, porque el silencio es inactividad. "El que calla no afirma ni niega ya que nada expresa" Pero en ciertas circunstancias el silencio puede hacer como una forma sui géneris y excepcional de aceptación cuando mediante hechos negativos se calla en señal de asentimiento (Art. 460 Código Civil) Un ejemplo de este caso seria lo previsto en el art. 19 inc. c) de la ley 1760 y el Art. 692 del Código de Procedimiento Civil.

2.3) MOMENTO Y LUGAR DE LA FORMACIÓN DEL CONTRATO.-

Conforme lo previsto por el Art. 455 del Código Civil, "el contrato se forma desde el momento en que el oferente tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte, salvo pacto diverso u otra disposición de la ley"

Favio Chacolla Huanca

Esta disposición considero es bastante clara, por cuanto como se notara el momento de conclusión del contrato, no se lo realiza cuando el destinatario de la oferta emite su aceptación, sino cuando, el oferente tiene conocimiento de la misma. Salvo acuerdo contrario de partes, al amparo del Art. 519 del Código Civil.

Pero esta disposición legal se la puede aplicar bajo dos circunstancias, el contrato entre presentes y entre ausentes o no presentes.

2.3.1) DEL LUGAR DEL CONTRATO ENTRE PRESENTES.-

Este tipo de contratos se lo realiza cuando tanto el oferente, como el aceptante están en un mismo lugar, circunstancia esta que facilita enormemente el hecho de que a sola emisión de la oferta el destinatario de la misma emita su aceptación o contra oferta , tal cual lo previsto por el Art. 461 del Cód.Civ.

2.3.2) DEL LUGAR DEL CONTRATO ENTRE NO PRESENTES.-

El Art. 462 del Cód.Civ. al respecto de lo señalado regula el tema del contrato entre no presentes, disponiendo que "entre no presentes el lugar del contrato es aquel donde ha sido propuesto..." esta primera parte se copia del Código Civil Italiano, país que por lo demás como es de conocer, es una nación productora, exportadora, es en virtud a ello que en el caso de contratos entre no presentes les convenía de sobre manera que el lugar de formación sea en donde se emitió la oferta, por cuanto los contratos mercantiles en los cuales participara Italia deberían de ser sometidos a las leyes Italianas, ya que es allí en donde surgió la oferta.

En el caso de Bolivia la situación es a la inversa, toda vez que en lugar de ser pais exportador, somos un país importador, entonces no emitimos ofertas, sino demandas, es por ello que seguidamente el legislador aditamento lo siguiente: "salvo pacto contrario u otra disposición de la ley"

TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS

La importancia de determinar en donde se formara el contrato esta íntimamente ligado a situaciones jurisdiccionales y de pleito procesal.

2.4) TEORÍAS RESPECTO A LA FORMACIÓN DEL CONTRATO ENTRE NO PRESENTES.-

En resumen diríamos que para regular el tema de los contratos entre no presentes, se debe de partir de la premisa dispuesta en el Art. 453 del Cód.Civ. Concordado con el 462 del mismo cuerpo lega, pero antes cabe señalar que en la legislación francesa, para realizar el tratamiento de este asunto emergieron cuatro teorías que las ponemos a consideración del lector, con el fin de que él identifique si es que se aplico en nuestro país alguno de ellas o no.

- a) TEORÍA DE LA DECLARACIÓN.- Dicha teoría se funda en que recibida la invitación por parte del oferente, el momento en que el aceptante declare acogerse a esa invitación. , es cuando se perfecciona el contrato. Esta teoría a sido desechada por que no tiene los elementos objetivos de comprobación.
- b) TEORÍA DE LA EXPEDICIÓN.- Sostiene que se perfecciona el contrato en el momento en que la aceptación es expedida o remitida por fax, telegrama, correo, etc. Supera los inconvenientes de la teoría de la declaración, porque existen elementos de prueba, por Ejemplo, la fecha de la remisión de la aceptación es fácil de demostrar.
- **c) TERCERA DE LA RECEPCIÓN.-** Propugna que el contrato se perfecciona en el momento en que la voluntad del aceptante llega a manos del oferente, aunque éste no se entere de su contenido.

Esta teoría también es rechazada porqué no existen elementos de prueba para poder demostrar que el oferente ha recibido la aceptación.

d) TEORÍA DEL CONOCIMIENTO.- Es la que nuestra legislación llego a adoptar, manifestando que el momento en que se

perfecciona el contrato es cuando el oferente se entera de la aceptación. (Art. 455, parágrafo I)¹⁵

Ninguna de estas cuatro teorías de una solución plena al problema de la determinación del momento en que se perfecciona el contrato a la vez no proporciona los suficientes elementos de prueba para su constatación, así por ejemplo en el caso del art. 455 del Cód.Civ. Puede surgir la situación de que el oferente alegue que la aceptación no ha llegado a su conocimiento y de esta manera trate de impugnar la formación de contrato, sin que se disponga de los medios de prueba apropiados para demostrar lo contrario.

Algunos autores, sostiene que lo correcto sería que a su vez el oferente una vez recibida la aceptación, haga conocer al aceptante que la misma ha llegado, a su conocimiento, dando su conformidad. No obstante la lógica de este criterio sin embargo se lo tiene que rechazar, porque de lo contrario nos conduciría a un círculo vicioso, ya que el oferente a la vez tendría necesidad de saber si el aceptante ha recibido tal comunicación y así sucesivamente.

2.5) VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.-

Todo lo que afecta la inteligencia (aun no dependiendo de enfermedad mental), como también lo que restringe o merma la libertad, constituye, según su gravedad, defecto o vicio en el acto interno de la voluntad que importa el consentimiento. Para obligarse validamente el consentimiento debe estar exento de vicios que tradicionalmente son el error, la violencia y el dolo. Algunos autores consideran incluso como otro vicio del consentimiento a la lesión e incluso la simulación (Gorgi)¹⁶, más por una errónea tradición fundada en la estrecha afinidad de la materia que ahora se examina.

Estos vicios (el error, la violencia y el dolo), no destruyen el consentimiento, ni impiden la formación del contrato, solamente

¹⁵ Kaune, Ob cit Pág. 87

¹⁶ Morales, Guillen Carlos, quien lo cita en su obra Código Civil Concordado y Anotado Tomo I, pág. 654." Se la considera a la lesión como vicio del consentimiento, dentro la teoría subjetiva de la lesión, teoría que la desarrollamos en el tema Nº 8 del presente texto"

hacen inválido el consentimiento y abren el camino a la anulabilidad o nulidad del contrato mismo (Arts. 549 y 554 Cód.Civ.)

2.6) EL ERROR.-

2.6.1) CONCEPTO.-

El error es la falsa apreciación de la realidad, que consiste en creer verdadero lo falso y falso lo que es verdadero. ¹⁷ Gorgi, "es la disconformidad entre las ideas de la mente y el orden de las cosas".

Se considera al error como un vicio del consentimiento, en sentido de que la manifestación de la voluntad vicia el consentimiento, puesto que el contratante se obliga partiendo de una creencia falsa. Messineo manifiesta que el error "consiste en una falsa representación, y por consiguiente en un falso conocimiento de la realidad o en tener una opinión contraria a la realidad."

El error no es lo mismo que la ignorancia, pues mientras el error es la creencia contraria a la realidad, la ignorancia es la falta de cualquier idea.

2.6.2) CLASES DE ERROR.-

Según la doctrina, se ha identificado dos clases de error:

- a) ERROR DE DERECHO.- Es aquel que recae sobre el sentido o alcance de una determinada disposición jurídica, por ejemplo, "realizar un contrato de compra venta entre cónyuges, sin conocer de su prohibición,(Art. 591 Cód.Civ.)"¹⁸
- **b) ERROR DE HECHO.-** Es el que recae sobre la *naturaleza del contrato*, que se quiere celebrar, sobre la *identidad del objeto*, sobre *la materia* de la que está formado la cosa, sobre sus

¹⁷ Morales, Guillen Carlos Ob cit. Tomo I.

 $^{^{18}}$ Art. 591 del Cód.Civ. (PROHIBICION DE VENTA ENTE CONYUGES) "El contrato de venta no puede celebrarse entre cónyuges, excepto cuando están separados en virtud de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada" Conc. Art. 1318 Cód.Civ.

cualidades de la cosa, sobre la identidad y cualidades de las personas.

En función a esta segunda definición, que <u>emerge una sub</u> <u>clasificación</u>, del error de hecho el cual es la siguiente:

b.1) ERROR ESENCIAL.-

Llamado también de primer grado. El error de hecho es esencial cuando recae sobre la naturaleza o sobre el objeto del contrato. (Art. 474 Cód.Civ.), este error esencial, llamado también error obstáculo, impide la formación del consentimiento o concurso de voluntades, debido a que las partes no están de acuerdo sobre la naturaleza del contrato o sobre la identidad del objeto, de tal manera que hacen sus respectivas manifestaciones de voluntad, pensando que celebran contratos diferentes o bien que se refieren a cosas distintas, lo cual impide que se forme el contrato. (Art. 549 num 4 Cód.Civ.)

b.2) ERROR SUSTANCIAL.-

Llamado también de segundo grado, Es aquel que recae en la falsa apreciación de la materia de la que está formada la cosa, sobre sus cualidades que ha sido tomadas en cuenta para la celebración del contrato y sobre la identidad o cualidades de los contratantes (Art 475 Cód.Civ.) asi por ejemplo se compra un candelabro creyendo que es de oro, siendo que es de bronce, o se contrata a un pintor creyendo que es Pablo Picasso, cuando es Pablo Picasso Hijo.

Se incurre en este error cuando las partes asignan al objeto características sustanciales o cualidades diferentes, Por ejemplo, un vendedor que actúa sin dolo, ofrece en venta un objeto de cobre y el comprador por error piensa que el objeto es de oro o de platino, el error influye en la voluntad y de haber sido conocido hubiera impedido indudablemente la celebración del contrato.

La esencialidad concierne a la materia sobre la que recae el error, es relevante cuando incurre en él la parte contractual perjudicada. No lo es cuando incurre en él la parte para la cual es indiferente la exacta o inexacta representación de la situación contractual.

b.3) ERROR DE CÁLCULO O ARITMÉTICO.-

Este tipo de error no da cabida sino a una rectificación en cuanto al precio, por cuanto no es tan determinante como para iniciar una acción de nulidad o anulabilidad del contrato. ¹⁹

Al margen de esta sub división, existen otras pero que nuestro legislador las ha omitido y más al contrario trato de resumirlos en estos tres tipos de errores que legislo.

2.6.2) CARACTERÍSTICAS DEL ERROR.-

El error para considerarse como un vicio del consentimiento debe conllevar las siguientes características.

DETERMINANTE.- Vale decir que la falsa realidad haya sido motivo determinante para que el errans (persona que cae en el error) manifieste su voluntad contractual.

RECOGNOSIBLE.- Que el error haya sido susceptible de ser reconocido por una persona común que emplee una diligencia media. Este acápite se refiere a la posibilidad abstracta de reconocer el error.

2.7) EL DOLO.-

2.7.1) CONCEPTO.-

Pothier," Es toda especie de artificios de que se vale una persona para engañar a la otra "

Mazeaud, " El dolo es un error provocado, un engaño, la victima del dolo no sólo se engaña, sino que ha sido engañada. Para Messineo, el dolo provoca un error del declarante, error que obra como determinante de la voluntad".

^{19 &}quot;Error calculi non nocet" (el error de cálculo no perjudica). Cabanellas, Guillermo. Repertorio Jurídico. Editorial Heliasta, Edición 1992, Bs.As.-Argentina

Capitant, lo define como "maniobras empleadas por una persona para engañar a otra con el fin de que esta le otorgue su consentimiento en un acto jurídico."

De forma sucinta manifestaremos que el "dolo es el conjunto de artificios, maquinaciones y reticencias de las que se vale una de las partes o un tercero para arrancar el consentimiento de la otra parte contratante".

2.7.2) CLASES DE DOLO.-

DOLUS BONUS.-Son las alabanzas y exageraciones sobre las cualidades y bondades de las cosas con el objeto de animara a una persona a realizar sobre ellas un determinado contrato, Este dolo es tolerado debido principalmente a su falta de reprensibilidad, ejemplo el comerciante.

Sin embargo el dolos bonus puede dar lugar a la anulabilidad del negocio si el que ejercita dicha conducta es por ejemplo un perito, y que por sus conocimiento profundos en una determinada materia esta obligado a ser vez, así por ejemplo, Pedro que es un entendido en obras de arte vende un cuadro aduciendo que es antiguo, siendo en realidad nuevo. Esta conducta es constitutivo de dolos malos, en virtud del principio; *la nobleza obliga*.

DOLUS MALUS.-Surgió como delito privado y como tal conlleva una conducta reprensible, es decir está constituido por actuaciones a sabiendas que ejercita una parte o un tercero en contra de la otra para hacerle caer en error.

2.7.3) REQUISITOS DEL DOLO.-

-ELEMENTO MATERIAL.-El dolo para que exista debe estar compuesto por elementos materiales, o sea que el engaño debe materializarse con algunas maquinaciones o artificios, exteriores. Los romanos insistían en el elemento material y no admitían la reticencia la que no era tomada en cuenta como constitutiva de dolo.

-LA RETICENCIA.-La reticencia constituida por el silencio u omisiones en determinadas circunstancias en las que se tiene el deber de comunicar, constituye dolo, así por ejemplo en el caso de los seguros de vida, donde el asegurado debe informar sobre todos los pormenores de su estado de salud.

-DETERMINANTE.- El dolo debe ser determinante, es decir que el engaño constituido por las maquinaciones, las maniobras o reticencias deben constituir el motivo principal y determinante para contratar de tal motivo que de no mediar esta falsa realidad no se hubiera consentido.

-DEBE ORIGINARSE EN EL OTRO CONTRATANTE O EN UN **TERCERO.-** El dolo debe provenir de una de las partes contratantes aunque excepcionalmente también puede originarse en la conducta de un tercero.

La conducta reprensible que proviene de terceros constituye dolo en los siguientes casos:

- 1. Cuando existe convivencia entre la conducta dolosa del tercero y la parte que se beneficia con la falsa apreciación de la realidad de la otra parte contratante.
- 2. Cuando no obstante faltar una convivencia, una de las partes tiene conocimiento que el tercero está induciendo a la otra a consentir en base a una falsa apreciación de la realidad.
- 3. Aunque la parte contratante no tenga conocimiento de la conducta reprensible del tercero, ella se beneficia con el error provocado.20

2.7.7) DIFERENCIAS Y AFINIDADES ENTRE DOLO Y ERROR.-

• En el error existe una falsa apreciación de la realidad en forma espontánea.

DIFERENCIAS.-

²⁰ Messineo, Ob cit.

- En el dolo existe un engaño perpetrado por una de las partes y en algunos casos por un tercero que provoca un error en la otra parte contratante.
- La estimación del error se hace in abstacto en tanto que la apreciación del dolo es in concreto.
- La contratante yerra por su propia apreciación falsa de la realidad, no puede exigir una indemnización de daños y perjuicios, en cambio como en el dolo la victima es inducida a cometer error, el autor de la conducta debe indemnizar daños y perjuicios.

2.8) LA VIOLENCIA.-

2.8.1) ANTECEDENTES HISTÓRICOS.-

En el derecho romano la violencia como vicio del consentimiento apareció tardíamente, toda vez que como la concurrencia de determinadas autoridades, presencia de testigos y otras solemnidades en la celebración hacían pensar que no podría haber cabida a la violencia.

Posteriormente, ya con la llegada del cristianismo, se considero a la violencia como un vicio del consentimiento, con la peculiaridad de que el Derecho Romano exigía que la violencia sea suficientemente fuerte, capaz de impresionar a la persona más valiente, criterio que fue criticado desde su aparición, por cuanto existen personas fuertes y valientes que no precisan de la protección en la misma medida que los débiles. Emergente de ello la doctrina francesa estableció como medida del temor inspirado, que la violencia sea suficientemente grave como para impresionar a una persona razonable debiéndose tomar en cuenta además, la edad, el sexo y otras cualidades de la victima,²¹ Al respecto el Art. 478 del Código Civil, manifiesta:

"Art. 478.- (Caracteres de la violencia) La violencia debe ser de tal naturaleza que pueda impresionar a una persona razonable y le

. . __

²¹ **Kaune**, Ob cit pág. 124.

haga temer exponerse o exponer sus bienes a un mal considerable y presente. Se tendrá en cuenta la edad y la condición de las personas" Concordado con el art. 397 del Cód.Pdto.Civ.

2.8.2) DEFINICIONES DE VIOLENCIA.-

Capitant, la violencia "vicia el consentimiento la compulsión ejercida sobre una persona para determinarla a celebrar un acto cuando es injusta y de naturaleza tal que pueda impresionar a una persona razonable"

Domar, sostiene que " la violencia es toda impresión ilícita que lleva a una persona contra su voluntad y por el temor de algún mal considerable a prestar su consentimiento que no habría dado si la libertar hubiera estado separada de aquella impresión"

2.8.3) CLASES DE VIOLENCIA.-

Los autores Messineo y Mazeaud, italiano el primero y francés, el segundo identifican dos clases de violencia:

- 1. **VIOLENCIA FISICA.-** Llamada también *vis absoluta*, que seria la violencia total, en la cual materialmente se ejerce la misma, vele decir por la fuerza, se obliga al contratante a celebrar determinado acto jurídico.
- 2. VIOLENCIA MORAL O PSICOLOGICA.-Denominada, *vis complulsiva* (fuerza moral), que supone el conjunto de amenazas que implican para el contratante violentado, el peligro de perder la vida, la hora, la libertad o una parte considerable de sus bienes.²²

Según algunos autores, filosóficamente hablando, consideran que , cuando se ejerce violencia en contra de una de las partes contratantes, lo que en realidad sucede con éste, es que realiza una valoración de bienes en relación a su voluntad, considerándose en otras palabras que su voluntad no es discrecionalmente dirigida, sino simplemente motivada.

²² Morales, Guillen Carlos Ob cit. Pág. 663 Tomo I.

2.8.4) ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA VIOLENCIA.-

ELEMENTO SUBJETIVO.- Conformado por el temor inspirado que priva al presionado de su espontánea manifestación de voluntad de querer y decidir y/o que coarta dicha voluntad de querer y decidir.

ELEMENTO OBJETIVO.- Conformado por amenazas o hechos, de carácter objetivo, siendo este el elemento que como se entenderá es mas sencillo de probar ante las autoridades jurisdiccionales.

No olvidemos que aquella persona a quien se le ha ejercido violencia, pero que se ha obligado o que ha renunciado a un derecho, bajo la acción del temor o de la intimidación, ejercitar la acción de la anulabilidad del acto que se le ha obligado realizar (Art. 554, caso 4°). Es la justa consecuencia del proverbio de Epicteto:" nadie puede ser ni ladrón ni tirano de la voluntad de otro."

2.8.5) REQUISITOS DE LA VIOLENCIA.-

- 1. **DETERMINANTE.-** De forma tal que de no mediar este temor o intimidación no se hubiese contratado.
- 2. ACTUAL Y PRESENTE.- Que no permita eludirlo, porque si fuera a futuro el violentado tendría la posibilidad de recurrir a la autoridad competente para obtener la protección necesaria.
- 3. **GRAVE.-** Que efectivamente ponga en peligro un interés jurídicamente protegido.
- 4. **DIRECTA.-** De forma tal que sea ejercida en relación al acto sujeto del contrato, pudiendo ser esta directamente al contratante o a una persona allegada a él.
- 5. ILEGITIMA.- Mazeaud dice:" no es así cuando la extorsión no es injusta, es decir cuando está justificada por las circunstancias en que se realiza, la excepción resultante del simple temor reverencial (Art. 480 Cód.Civ.) hacia los padres y ascendientes, sin que haya habido violencia ejercida que de hecho es capaz de influir en forma decisiva

sobre la voluntad de uno de los contratantes. Es una coacción en cierta medida, pero coacción perfectamente legitima, justificada que no evita la aplicación de las reglas contractuales."

TEMA No 3

DE LOS REQUISITOS DE FORMACIÓN DE LOS CONTRATOS

(SEGUNDA PARTE)

LA CAPACIDAD, EL OBJETO Y LA CAUSA

1) LA CAPACIDAD, CONCEPTO.-

Es la aptitud legal para adquirir derechos y contraer obligaciones. (Art. 483, concordado con los Arts. 2, 3,4 y 5 del Cod.Civ.)

2) CLASES DE CAPACIDADES.-

2.1) CAPACIDAD JURÍDICA.-

También denominada de goce o de derecho, es aquella aptitud legal mediante la cual puedes ejercer tus derechos, y se la adquiere con el acto de nacer con vida. (Art. 1ro del Cód.Civ.) Teniéndose al que esta por nacer como nacido para todo lo que pudiere serle favorable, con derechos espectaticios los cuales se consolidaran cuando llegue a nacer.

2.2) CAPACIDAD DE OBRAR.-

Denominada también como capacidad de ejercicio o de hecho, es aquella aptitud legal mediante la cual puedes llegar a contraer obligaciones, la cual por imperio de la ley, (Art. 4 parágrafo II del Cod.Civ.) se la adquiere en nuestro país a los 18 años.

En resumen se diría que es recién a los 18 años que una persona llega a tener capacidad plena, por cuanto es recién desde esta edad que puedes ser sujeto de derechos y obligaciones. Siendo la regla la capacidad y excepción la incapacidad de las personas.

3) CLASES DE INCAPACIDADES.-

Según algunos autores sostienen que existen dos clases de incapacidades, la incapacidad jurídica que a su vez se sub divide en parcial y relativa y la incapacidad de obrar que se sub divide en parcial y absoluta.

En lo que respecta a la supuesta incapacidad jurídica, sito a continuación in extenso lo manifestado por R Villegas citado por Guillen en su Código Civil "Cuando la ley usa el término incapacidad o incapaz, es obvio que se trata de la capacidad de ejercicio (o de obrar) porque la incapacidad de goce originaria la inexistencia del contrato, ya que habría imposibilidad jurídica de realizarlo. No puede concebirse la incapacidad de goce.

Si se admitiera la incapacidad de goce se negaría el atributo esencial de la personalidad y por consiguiente, la persona quedaría convertida, de hecho en cosa. Cuando el derecho romano negó la capacidad de goce al esclavo, le negó el carácter de persona y lo convirtió en Cosa.

Mazeaud considera incapacidad de goce las relativas por ejemplo a las prohibiciones contenidas en los Arts. 591 y 592 del Cód.Civ. que se extiende al art. 386.

Messineo simplemente las considera <u>incompatibilidades</u> que implican la in admisibilidad de determinados actos o contratos prohibidos o sancionados por la ley, sin que se pueda considerar un estado de incapacidad de obrar y consiguientemente mucho

menos un estado de incapacidad de goce.(o incapacidad jurídicas)

Resumiendo y a manera de conclusión manifestaremos entonces que dentro de la capacidad jurídica no existe incapacidades, sino simplemente *impedimentos*, toda vez que lo manifestado por el Arts. 591 y 592 del Cod Civ. y otros ejemplos lo único que manifiestan es que dichas personas no pueden contratar no por que sean incapaces en si mismos sino por la situación particular del momento ya que el mismo contrato lo pueden realizar pero fuera de dicha situación coyuntural.

3.1) INCAPACIDADES DE OBRAR.-

Se las clasifica en dos sub divisiones:

- 1. **INCAPACIDAD TOTAL.-** Denominada también incapacidad natural, según Messineo, dentro de esta incapacidad estarían los menores de edad y los interdictos declarados, tal cual lo prevé el Art. 5 del Cód.Civ.
- 2. INCAPACIDAD PARCIAL.- Que estarían constituidos por los menores emancipados (Art. 360 Cód. Fam.) quienes si bien son menores de edad, adquieren su capacidad de obrar, teniendo como única limitante la libre disposición de sus bienes y también estarían dentro este rubro aquellos incapaces en función a su nacionalidad, Art. 25 C.P.E., razones de edad, Art. 44 Cód. Fam., por razones de deshonor, Art. 50 Còd. Civ.

4) EL OBJETO.-

4.1) CONCEPTO.-

Planiol manifestaba, que el contrato no tiene objeto, sino efectos que son las obligaciones, sui generis mientras que el objeto de las

²³ Morales, Guillen Carlos, ob cit. Pág. 677 Tomo I, comentario al art. 484.

obligaciones es la prestación debida por lo que por una elipsis el objeto del contrato resultaría ser la prestación debida.

Mazeaud, sostenía "el contrato tiene su objeto que es la operación jurídica que las partes pretenden realizar siendo diferente el objeto de una obligación, vale decir la prestación prometida o debida o sea un dar, no dar, hacer y no hacer."

El Art. 485 del Cód.Civ. sostiene que todo contrato debe tener un objeto posible , licito y determinado o determinable., asimismo el Art. 549 num 1 y 2 sanciona con nulidad el hecho de que el contrato no tenga objeto o no este constituido conforme lo previsto por el Art. 485 del Cód.Civ.

Al respecto consideramos que el legislador debió de diferenciar expresamente tanto el objeto del contrato como el objeto de la obligación, aspecto este que no ocurrió y mas por el contrario en el Art. 485 los mezclo y con ello provoco una confusión en cuanto a su tratamiento, llegando a ser insuficiente dicho articulo, por cuanto no abarca la totalidad de las características que debería el objeto del contrato y de la obligación. .

Considerando que los contratos son fuente principal de las obligaciones voluntarias, a continuación daremos una conceptualización de lo que se debe entender por objeto del contrato y de la obligación.

4.2) OBJETO DEL CONTRATO.-

El objeto del contrato es diverso en función a que las partes son libres en cuanto a elegir sobre lo que desean contratar y alcanzar a través de su relación contractual, dicha libertad contractual tiene como único limite al orden publico y las buenas costumbres, dos aspectos que con el pasar del tiempo están modificándose, llegando a convertirse mas permisivos y menos conservadores, motivo por el cual los contratos tienen objetos muy diversos.

Asimismo y partiendo del razonamiento de que los contratos son fuente de las obligaciones, básicamente los contratos pueden tener objetos de <u>transmisión de bienes</u>, <u>o de prestación de servicios</u>.

TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS

4.3) OBJETO DE LA OBLIGACIÓN.-

Prácticamente el objeto de una obligación es la prestación que es de dos formas o es de dar y su contrario no dar o es de hacer siendo su antónimo el no hacer.

En función a ello cuando se desea estudiar cuales son las características del objeto del contrato, se entiende que nuestro legislador siguió el criterio de Planiol , al considerar que los contratos no tienen objeto, sino efectos siendo estos las obligaciones y el objeto de las obligaciones seria la prestación, motivo por el cual cuando uno desea estudiar las características del objeto del contrato debe estudiar necesariamente las características de la prestación y existiendo dos clases de prestaciones el estudio debe ser diferenciado.

Es en función a dicho razonamiento que a continuación estudiaremos los requisitos o características que deben tener tanto las prestaciones de dar y las prestaciones de hacer

4.3.1) REQUISITOS EN LAS PRESTACIONES DE DAR.-

En este tipo de prestaciones, las características que deben cumplir son las siguientes:

- 1. Que el objeto exista.
- 2. La cosa debe ser determinada o determinable.
- 3. El objeto debe estar dentro el comercio humano.
- 4. La persona que trasmite el derecho debe ser titular.

Un ejemplo típico en el que debe estar estos requisitos, es el contrato de compra venta o el de permuta, contratos en los que si no están estos requisitos en sus objetos, entonces son susceptibles de ser nulos.

4.3.2) REQUISITOS EN LAS PRESTACIONES DE HACER.-

En las prestaciones de hacer, las características que debe cumplir dicha prestación son las siguientes:

- 1. Que la prestación sea posible jurídica y materialmente.
- 2. Debe ser lícita.
- 3. Debe ser personal al deudor.
- 4. Debe ser determinado o determinable.

Siendo en este caso los contratos de prestación de servicios u otros similares en donde no existe la transmisión de bienes sino la obligación de hacer o no hacer, como ser anticretico, fianza, etc.

Como se notara el Art. 485 del Código Civil es insuficiente en cuanto a detallar las características del objeto y más aun si mezcla tanto al objeto de la obligación como al objeto del contrato.

5) LA CAUSA.-

5.1) ANTECEDENTES HISTÓRICOS.-

En el derecho romano no se conocía la causa de la obligación ni la de los contratos, sino solamente *la causa eficiente*, generadora de las obligaciones , siendo asimilada dicha causa según los legisladores como aquellas formalidades a través de las cuales se generaban las obligaciones de tipo jurídico, esta forma de concebir la causa trajo una serie de inconvenientes e injusticias sobre todo en los contratos bilaterales en los que al no aplicarse la causa de la obligación las prestaciones que emergían de estos contratos eran autónomos y si una de ellas por alguna razón no se cumplía la otras sin embargo si contaba con los elementos requeridos al efecto, subsistía sin considerar para nada la interdependencia de las obligaciones.

Luego con la llegada del cristianismo el tema de la causa comenzó a ser teorizada por varios autores llegando a desarrollarse el tema de la causa de la obligación que seria considerada como causa del contrato bajo el siguiente principio. "Nadie esta obligado a

mantener su palabra frente a otra contratante aunque esta mantiene la suya, sin causa justa "

5.2) DIFERENCIAS ENTRE CAUSA Y MOTIVO.-

Si observa los Arts. 489 y 490 del Código Civil, advertirá que dicha sección tiene su nomen juris de Causa de los contratos, encontrándose con términos como *causa ilícita y motivo ilícito*, para lo cual existe la siguiente explicación y diferenciación:

Como ya se manifestó anteriormente la causa de la obligación y del contrato se desarrollo principalmente en los siglos XVI y XVII siendo Francia uno de los primero en desarrollar esta teoría, país en donde Mazeaud denominaba a esta figuras como causa de las obligaciones y causa de los contratos, posteriormente Messineo las denomino como causa del negocio jurídico y motivo del negocio jurídico, nuestro legislador pretendiendo hacer una diferenciación mayor determino por llamar a la causa de la obligación como causa y a la causa del contrato como motivo.

De igual manera Messineo para diferenciar estas instituciones jurídicas, da el siguiente ejemplo" en un contrato de compraventa, la causa del vendedor será la de recibir a cambio de un bien, dinero y la del comprador a la inversa, y el motivo del vendedor será en que va a gastar el dinero obtenido de la venta, al igual que del comprador en que va usar lo que compra, resumiendo, se diría que la causa (refiriéndose a la causa de la obligación) es siempre la misma en todos los contratos de compra venta sin importar sus modalidades, INTERCABIO, pero el motivo es subjetivo, cambiante, en cada uno de los contratos, incluso entre los mismos contratantes".

Habiendo realizado esta necesaria aclaración, a continuación, manifestaremos que en la evolución de esta institución se llegaron a desarrollar hasta nuestros días tres corrientes doctrinales, los causalistas, los anticausalistas y los neocausalistas.

a) LOS CAUSALISTAS.- La causa de la obligación según los causalistas se aplica a los diversos tipos de contratos bajo el siguiente razonamiento,

Favio Chacolla Huanca

- 1. En los contratos bilaterales, la obligación de una de las partes constituye la causa de la obligación de la otra parte contratante, así por ejemplo en la compra venta el comprador se obliga a pagar el precio en atención a que el vendedor asume la obligación de trasferirle el derecho de propiedad
- 2. En los contratos reales la causa de la obligación (que es restitución) radica en un acto previo que es la entrega de la cosa así por Ejemplo la obligación que tiene el depositario de devolver el deposito radica en el hecho previo de haberlo recibido.
- 3. En los contratos a titulo gratuito la causa radica en el animus donandi
- **b)** LOS ANTICAUSALISTAS.- La causa de la obligación ha sido arduamente criticada por esta corriente, de los cuales Planiol es quien manifiesta que la causa es falsa e inútil.

FALSA.-

- 1. Es falsa porque la afirmación de que en los contratos bilaterales la obligación de una de las partes tiene por causa la obligación de la otra, resulta ilógica en razón de que en dichos contratos las obligaciones nacen simultáneamente, por consiguiente no se concibe que una de ellas pueda constituirse en causa de la otras ya que la causa necesariamente procede al efecto. Por cuya consecuencias sostener que dos obligaciones coetáneas se sirvan mutuamente de causa, significa negar la existencia misma de tales obligaciones pues cuando una de ellas esta naciendo su causa que es la otra obligación aun no existe.
- 2. En los contratos reales, sostiene que no se debería hablar de la causa de la obligación sino de la causa eficiente por cuanto la entrega de la cosa es la que motiva que se la deba de devolver y es la que se constituye en el hecho generador de esa obligación o sea la causa eficiente de los romanos.

3. En los contratos a titulo gratuito, Planiol manifiesta que la causa de las liberalidades carece de sentido cuando se la identifica con el animus donando, desligando de los móviles psicológicos de los que deriva.

INUTIL.- Planiol sostiene que la causa es también inútil por cuanto para nulificar los contratos basta con usar las reglas del consentimiento y del objeto para llegar a los mismos resultados de la teoría de la causa.

c) LOS NEOCAUSALISTAS.-

La posición de Planiol ha sido rebatida por los neocausalistas, entre ellos Henry "Capitant, quien al referirse a la causa sostiene que el cumplimiento de una de las obligaciones constituye la causa de la obligación con la otra parte contratante.

Existe una diferencia sutil en el planteamiento de la causa entre los causalistas y los neocausalistas por cuanto los primeros sostienen que la obligación asumida por una de las partes, constituye la causa de la obligación de la otra parte contratante, mientras que los neocausalistas afirman que el cumplimiento de la obligación, de una de las partes contratantes constituye la causa de la obligación de la otra parte.

Al planteamiento de los neocausalistas se le critica porque la causa es un elemento necesario para la formación del contrato y para la ejecución o culminación del mismo.

5.3) CLASES DE CAUSA.-

a) CAUSA EFICIENTE.-

Tal como la conocieron los romanos, esta constituida por todos los hechos actos y formalidades jurídicas que integran la fuente generadora de las obligaciones.

b) CAUSA DEL CONTRATO.-

La causa del contrato existe siempre, porque siempre persigue un fin los contratantes, la causa del contrato es concreta y viviente,

porque se trata de apreciar el móvil que ha impulsado a las partes a celebrar el contrato.

La causa del contrato conocida en la legislaron francesa como el móvil del negocio jurídico, podemos definirlo como el fin subjetivo concreto mediato inconstante mutable y diferente inclusive entre los contratantes que se encuentran en igual calidad y en contratos que pertenecer a la misma categoría y que persiguen las partes al contratar. (Messineo)²⁴

c) CAUSA DE LA OBLIGACIÓN.-

Es abstracta y técnica, la causa del contrato se presume lícita, la persona que alegue la inmoralidad o la ilicitud debe probarlas, dicha prueba es libre.

Es un elemento objetivo a través del cual se pone en movimiento el negocio jurídico con el objetivo de alcanzar fines típicos constantes inmutables, impersonales y abstractos, rigurosamente idénticos en todos los negocios que pertenecen a la misma categoría y que fatalmente persiguen las partes al contratar. (Messineo)

5.4) DIFERENCIAS ENTRE LA CAUSA Y EN MOTIVO

CAUSA MOTIVO

- Fin directo y abstracto - Fin mediato y concreto

- Objetivo - Subjetivo

- Impersonal - Personal

- Típico y constante - Atípico e inconstante

- Inmutable - Variable

5.5) PREGUNTAS QUE AYUDAN A IDENTIFICAR LOS REQUISITOS DE FORMACIÓN.

²⁴ Messineo ob cit.

- 1. ¿Ha querido? Cuya respuesta sirve para establecer el consentimiento.
- 2. ¿Qué ha querido? Que sirve para averiguar si hay objeto
- 3. ¿Por qué ha querido? Que sirve para indagar la existencia de la causa del contrato.²⁵
- 4. ¿Para qué ha querido? Cuya respuesta permitirá establecer el móvil psicológico que impulsó a las partes a contratar.

TEMA Nº 4

LA COMPRA VENTA

GENERALIDADES.-

Es éste el contrato considerablemente más importante, por la frecuencia de su empleo en la vida económica y por la abundancia de las normas que a el se refieren y además por las formas peculiares en que puede manifestarse. Dicha importancia Messineo la resumía con la frase "NO TODOS VENDEN, PERO TODOS COMPRAN"

1) CONCEPTO.-

El Art. 1003 del Cod.Civ. Abrog. Manifestaba, "la venta es un contrato por el que se obliga uno a entregar una cosa y otra a pagarla. Puede celebrarse por escritura pública o privada", noción que por lo demás no difiere de la expresada en el Cod.Civ. actual, puesto que en el Art. 584 que dice, "La venta es un contrato por el cual el vendedor transfiere la propiedad de una

 $^{^{25}}$ Messineo. Ob cit. Estas tres preguntas las planteo el eminente estudioso, en su obra Derecho Civil y Comercial Tomo III.

cosa o transfiere otro derecho al comprador por un precio de dinero".

Se infiere de este concepto que lo mas importante es la transferencia de la propiedad (o copropiedad) de una cosa o de otro derecho (derecho de goce, ejemplo) FRANQUICIAS.

2) ANTECEDENTES HISTÓRICOS.-

Su antecedente mas remoto del presente contrato es básicamente la permuta , denominada popularmente en nuestro medio cultural como cambalache, Scaevola ²⁶ manifiesta que permuta y compraventa, mas que contratos diversos e independientes , son expresiones de una misma idea, formas de un solo sustancial concepto y que en vez de hablar de compraventa y permuta y de estudiarlas separadamente debiera decirse, permuta en su amplia acepción, CAMBIO DE COSAS POR COSAS, compraventa, forma perfeccionada de la permuta, CAMBIO DE COSAS POR VALORES.

3) CONCEPTO ECONÓMICO DE ESTE CONTRATO.-

La compraventa es el principal vehículo de la circulación de bienes y de la satisfacción de las mas variadas necesidades del sujetocomprador. Messineo

La compraventa tiene como CAUSA para el comprador , la adquisición (Art. 512 Cód.Civ..) de la propiedad o del derecho y para el vendedor la adquisición del precio, de donde resulta que la copra es un medio para procurarse bienes llamados reales , previo empleo del dinero INVERSIÓN y para el vendedor DES-INVERSIÓN, volver los bienes en dinero.

Es en función a este razonamiento económico que la oferta y demanda no son indiferentes puesto que en función a ello se advertirá que fue una COMPRA VENTA O UNA VENTA COMPRA.

4) CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL CONTRATO DE COMPRA VENTA.-

 $^{^{26}}$ Citado por Morales Guillen, en su obra Código Civil , Pag. 679 Tomo I.

4.1) ES BILATERAL O SINALAGMANTICO.-

Porque entraña obligaciones reciprocas, para ambas partes contratantes, de tal forma que las obligaciones del vendedor sirven de causa a las del comprador y viceversa. O sea que mientras el vendedor debe transferir la propiedad de la cosa y entregarla al comprador este debe pagar el precio.

4.2) ES ONEROSO.-

Porque cada una de las partes recibe alguna cosa de la otra, es decir que la una da una ventaja a cambio de otra que recibe.

4.3) ES CONMUTATIVO.-

Porque generalmente las prestaciones son equivalentes, o al menos se presume dicho aspecto (presunción juris tantum), puesto que de no ser así, se estaría dentro el campo de la lesión o dentro de otra figura en caso de ser excedente.

4.4) ES CONSENSUAL.-

Por que se perfecciona por el solo consentimiento de las partes, salvo el requisito de forma en los casos exigibles, como la venta de herencia que debe hacerse por escrito, etc. Pero existen otras ventas en las cuales no participa el consentimiento del vendedor, sino que son ventas forzosas, entre las cuales tenemos las siguientes: La expropiación, (Art. 108 Cód.Civ.), ²⁷la venta legal (Art. 170 Cód.Civ.) y la venta judicial (que seria en los procesos de ejecución)

4.5) ES TRASLATIVO.-

Lo cual implica que la transferencia de la propiedad es una consecuencia inmediata y directa de la celebración del contrato y el desplazamiento de la propiedad de poder del vendedor, a favor del

 $^{^{\}rm 27}$ Por la importancia del tema, se a incluido un anexo , al final del presente tema, relativo a la expropiación.

comprador. Art. 521, Cód.Civ. pero para ello el objeto debe cumplir con los siguientes requisitos:

- Cuando el objeto de la compra venta es una cosa determinada.
- Cuando las partes no manifiestas su voluntad en sentido de postergar la transferencia.
- Cuando el vendedor es propietario de lo que vende.

5) CASOS DE EXCEPCIÓN DEL PRINCIPIO TRASLATIVO.-

Existen contratos de compraventa en los cuales el efecto traslativo se posterga, vale decir que si bien se realiza el contrato, el bien que se desea transferir no se lo lleva inmediatamente el comprador sino que se debe cumplir con otros requisitos mas, estos contratos son los siguientes:

- **5.1)** VENTA CON RESERVA DE PROPIEDAD.- (Art. 585 Cod.Civ), En determinados casos las partes pueden de forma expresa acordar la venta con reserva de propiedad, la cual esta conformado bajo la modalidad de la condición suspensiva, situación en la que el vendedor se reserva la propiedad de la cosa hasta que el comprador termine de pagar el precio convenido, momento en el que recién se produce la transferencia, del **corpus**, por cuanto el **animus** ya se lo traslado.
- **5.2) VENTA DE COSAS GENÉRICAS.-** (Art. 586 Cód.Civ.), La transferencia del corpus se produce al individualizar el bien, ya sea midiendo, pesando, etc.
- **5.3) VENTA A PRUEBA.-** (Art. 587 Cód.Civ). La venta a prueba se presume hecha con la condición de que la cosa sea apta para los servicios en que se la va a empelar, es un contrato bajo la modalidad de condición suspensiva, se la aplica en el caso de maquinarias, etc.
- **5.4) VENTA CON RESERVA DE SATISFACCIÓN.-** (Art. 588 Cód.Civ.) Es aquel contrato en el que se acostumbra gustar de las cosas antes

de recibirlas y se perfecciona en el momento en que el comprador comunica al vendedor que ellas le satisfacen.

5.5) VENTA POR ACUERDO DE PARTES.- (Arts. 454 y 519 Cód.Civ.) El comprador y el vendedor tiene la libertar para convenir que la transferencia se produzca en una fecha posterior a la celebración del contrato, por mucho que el objeto de la venta sea una cosa cierta y determinada.

6) FORMA Y PRUEBA DE LA COMPRA VENTA.-

Si bien la compra venta es un contrato que no exige formalidad alguna y se la puede realizar ya sea de forma verbal o escrita, para efectos de prueba se recomienda que esta sea escrita, artículo 1328 del Cód.Civ.

7) LA EXPROPIACIÓN.-

1) INTRODUCCIÓN.-

En principio, cabe aclarar que el tema de la expropiación en estos últimos tiempos en lo referente a su tratamiento se ha ido ampliado toda vez que antes solamente se maneiaba las expropiaciones a través de los municipios, misma que se regulaba por los articulos 22 parágrafo II, de la Constitución Política del Estado, 108 Cód. Civ., 122 y al 125 de la ley de Municipalidades, y los artículos 23,167,175 y 206 de la ley del 4 de noviembre de 1874, la ley de 30 de diciembre de 1884 y el Decreto Reglamentario del 4 de abril de 1879, la que constituye el fundamento jurídico para que los Gobiernos Municipales puedan expropiar bienes inmuebles pero hoy en día por ejemplo si uno desea realizar una expropiación en el campo minero, debe acudir a la ley 1777, Código de Minería y consultar sus Art. 146 al 149 y si uno quiere tramitar una expropiación en el campo de los hidrocarburos, tendrá que remitirse a la ley 3058, conocida como Nueva Ley de Hidrocarburos en su Art. 114 y siguientes, de igual manera cuando se trate de expropiar en el área agraria se debe consultar previamente los Art. 58 al 62 de la ley 1715.

Es por ello que en el presente tema, de forma sucinta estudiaremos estas cuatro clases de expropiación y nos abocaremos más a explicar los fundamentos jurídicos de esta institución. Pero previamente citaremos algunas definiciones sobre expropiación.

2) CONCEPTOS DE EXPROPIACIÓN.-

La expropiación, consiste en una venta forzosa de un bien inmueble que en virtud de la ley se impone a un particular a favor de una entidad pública, previa declaratoria de necesidad y utilidad pública y justo pago de la indemnización.

Para Cabanellas, la expropiación es el "Desposeimiento o privación de una propiedad, por causa de utilidad pública o interés preferente, a cambio de una indemnización previa"²⁸

Ihering define a la expropiación "como la solución que concilia los intereses de la sociedad con los del propietario" ²⁹

Capitant, la explica como " el procedimiento complejo mediante el cual el Estado o sus órganos (prefecturas, comunas, etc) y algunas empresas privadas de interés público (mineras, petroleras, etc) obtiene en su favor previa declaración de utilidad pública la transferencia de una propiedad de la que toma posesión luego de pagar la indemnización fijada por la valuación de la misma".

3) REQUISITOS DE LA EXPROPIACIÓN.-

Definido y delimitado como esta el derecho de propiedad por el Art. 105 del Cód.Civ., a continuación los arts. 106 y 107 expresan sus límites como ser la función social³⁰ o la condenación de las perturbaciones de la vecindad³¹.

 $^{^{28}}$ **CABANELLAS**, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo III, Editorial Heliasta. Edición 1993 , Bs.As. Argentina Pág. 234.

²⁹ MORALES, Carlos Guillen. Código Civil Concordado y Anotado. Editorial Gisbert. Edición 1984, La Paz-Bolivia. Tomo I, Pág. 221.

³⁰ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo IV, Pâg. 135 " Con precisión mayor, la función social de la propiedad, consiste en la asignación potencial de servicios para la colectividad a cargo del dueño de la misa."

³¹ **MORALES**, Carlos Guiller. Código Civil, concordado y anotado. Tomo I Pág. 221. " *en este caso hace referencia al Art. 107 del Cód.Civ. el cual expresa.* " Abuso del derecho, el propietario no puede realizar actos con el único propósito de perjudicar o de ocasionar molestias a otros, y

Es en este panorama que el Art. 108 del Cód Civ. regula el tema de la expropiación , figura que por lo demás, no implica un limite al derecho de propiedad sino una perdida de dicho derecho , pero no una perdida injusta sino tan solo una transformación del derecho real (propiedad) del expropiado, en otro derecho personal (indemnización) que vendría a ser un derecho de crédito.

4) LA EXPROPIACIÓN EN LA DOCTRINA.-

Doctrinalmente se sostiene que "la expropiación implica la pérdida del derecho de propiedad y la adquisición de un derecho de crédito como compensación pecuniaria de aquél. No supone una lesión patrimonial injusta, por lo tanto, sólo determina una transformación del derecho real (de propiedad) del expropiado, en un derecho personal (indemnización) "

Alcanza no sólo a las cosas, sino también a los derechos intelectuales o sobre bienes inmateriales como por ejemplo el derecho de autor (L. del 13 de Nov. De 1909 art. 18) y otros derechos, para todos los casos, el principio y fundamento jurídico es el mismo.

5) LA UTILIDAD PÚBLICA.-

El Art. 22 parágrafo II señala que, " la expropiación se impone por causa de utilidad pública o cuando la propiedad no cumple una función social, calificada conforme a ley y previa indemnización justa".

Su fuente de esta disposición esta en la ley española de expropiación forzosa del 10 de enero de 1879, la que reglamenta la clasificación de la función social.

El concepto de la utilidad pública que da la citada disposición especial sobre expropiación, es demasiado limitada por anticuada, en realidad no define la utilidad pública, sino las obras de utilidad pública (Art 2)

en general no le está permitido ejercer su derecho en forma contraria al fin económico o social en vista al cual se le ha conferido el derecho" concordado con el Art. 1279 del mismo cuerpo legal.

Capitant considera por utilidad pública (del latín utilitas) como beneficio que con arreglo a una declaración oficial de la autoridad competente se espera alcanzar para el público o para un servicio público.

Corresponde señalar, de acuerdo a los principios universalmente admitidos que la utilidad pública abarca tres causas específicas:

- **5.1) LA UTILIDAD PÚBLICA EN SENTIDO ESTRICTO.-** Esta se presenta cuando el bien expropiado se destina directamente a un servicio público (caso de la ley de expropiación).
- **5.2)** LA UTILIDAD SOCIAL.- Que se caracteriza por la necesidad de satisfacer de una manera inmediata y directa a una clase social determinada, (el ejemplo más concreto se tiene en las expropiaciones dispuestas por la ley de Reforma Agraría y en este caso por la ley 1715, dispuesto en el Art. 58 y siguientes...)
- **5.3)** LA UTILIDAD NACIONAL.- Que exige se satisfaga la necesidad que tiene una nación de adoptar medidas para hacer frente a situaciones que la afectan como entidad política y como entidad internacional, (son ejemplo la nacionalización del petróleo en 1936 por la vía caducidad, la de la gran minería en 1952 y la de la Bolivian Gulf Company en 1969 años.)

El Código Civil Italiano (modelo de nuestro Cód.Civ. en su Art. 838) implanta además de la clásica utilidad pública, la expropiación por razón de *prevaleciente interés público*, cuando el propietario abandona la conservación y aprovechamiento de un bien, en forma que afecta nociva y gravemente el interés de la producción nacional.

Se trata de un comportamiento de ausentismo de propietario (abandono, no sólo negligencia), en perjuicio de la exigencia de la producción, Messineo).

La utilidad pública se verifica mediante el correspondiente proceso administrativo.

6) LA INDEMNIZACIÓN.-

La indemnización, en el monto establecido por el proceso de referencia, ha de ser justa y previa. Estos conceptos no han sido modificados en función de la realidad, a pesar de los avances que influyen en la legislación constitucional desde 1938.

Messineo, por ejemplo, previere el término indemnización proporcionada al valor de la cosa. Sería más propio hablar de indemnización adecuada. En México la indemnización está limitada al valor fiscal que figura en los registros catastrales, aspecto este consideramos injusto toda vez que dicho valor catastral no llega muchas veces ni a la mitad del valor real.

Pero viendo del otro lado el valor catastral tiene un efecto impositivo y si dicho valor es injusto, es también injusto el impuesto que cancela el propietario al municipio.

La condición previa de la indemnización se refiere naturalmente a la ocupación de la propiedad expropiada y no a la declaratoria de la utilidad.

La reforma constitucional mexicana de Querétaro, substituyó el concepto previa indemnización tonel de mediante indemnización. Tratamiento más indicado para evitar fundadas excepcionales de los afectados que en casos de trascendente importancia, pueden justificar con ellas intervenciones foráneas impertinentes e inaceptables.

7) UBICACIÓN DE LA EXPROPIACIÓN DENTRO DEL DERECHO.-

Bielsa con relación a la ubicación de la expropiación dentro la ciencia del derecho manifiesta: "dentro de la tradicional división del derecho, en público y privado, se la considera una institución mixta. Es de derecho público, en cuanto concierne al fundamento de su ejercicio por parte de la administración que obra como poder público y de derecho privado en lo que toca al aspecto patrimonial del derecho del expropiado, cuya defensa puede causar un caso contencioso, propio de la competencia del poder judicial"

8) CLASES DE EXPROPIACIÓN.-

Luego de haber realizado una síntesis de los tópicos más importantes de la expropiación, manifestaremos que existen básicamente, cuatro clases de expropiaciones bien definidas, siendo estas, la expropiación en el área urbana, la expropiación, en el área rural, en el área de hidrocarburos, y en el área minera, cuyos artículos, fueron citados al inicio del presente anexo.

TEMA No 5

DE LAS OBLIGACIONES DEL VENDEDOR

1) GENERALIDADES.-

Por el carácter bilateral del contrato de compra venta, ambas partes son recíprocamente acreedoras, motivo por el cual tanto el vendedor como el comprador tienen obligaciones, pero de los dos, es el vendedor quien tiene mayor numero de estas, pero dichas obligaciones en el transcurso de los tiempos, fueron modificándose en cuanto a su clasificación.

2) CLASIFICACIONES DE LAS OBLIGACIONES.-

Uno de los primero en realizar un estudio sistematizado de las obligaciones del vendedor, fue Planiol, quien identifico las siguientes obligaciones.

1. Conservar la cosa, hasta la época convenida para su entrega,

- 2. Entregar la cosa con todos sus accesorios,
- 3. Transferir el derecho de propiedad de la cosa al comprador,
- 4. Abstenerse de perturbar al comprador en su posesión,
- 5. <u>Protegerlo contra las perturbaciones y evicciones provenientes de un tercer y en su caso indemnizarlo,</u>
- 6. Responder de los defectos ocultos de la cosa.

Posteriormente Mazeaud otro precursor del derecho civil, al ver un gran numero de obligaciones que le eran atinentes al vendedor, por el grado de importancia propuso clasificarlas en obligaciones principales y accesorias.

2.2) OBLIGACIONES ACCESORIAS.-

- 1. Conservar la cosa para su posterior entrega.
- 2. Entregar, conjuntamente con la cosa principal, los frutos y accesorias.
- 3. Asumir el riesgo por el perecimiento de la cosa en caso de mora en la entrega.

2.3) OBLIGACIONES PRINCIPALES.-

- 1. Entregar la cosa vendida.
- 2. Hacer adquirir el derecho de propiedad de la cosa o el derecho, si la adquisición no ha sido efecto inmediato del contrato.
- 3. Responder por la evicción y los vicios de la cosa.

Nuestro legislador, en el Art. 614, del Cód.Civ. solamente hace mención a las obligaciones principales que son reproducción del código fuente, pero ello no implica que se haya omitido las obligaciones accesorias, sino que implícitamente se encuentran en el Art. 614.

Vale decir, acaso para cumplir la primera obligación principal "entregar la cosa" no se tiene que cumplir la obligación accesoria de "conservar la cosa para su posterior entrega"

Estas obligaciones principales del vendedor emergen de la noción de compra venta del Art. 584, tiene como principio rector la entrega de la cosa y su pacifica posesión.

A continuación desarrollaremos cada una de las obligaciones principales del vendedor de la forma mas amplia posible.

3) ENTREGA DE LA COSA.-

La entrega no siempre presupone la transferencia del derecho de propiedad del bien vendido, una cosa es la transferencia del derecho de propiedad y otra es la entrega, que en casos excepcionales constituye a la vez la transferencia del derecho de propiedad.

Tradicionalmente se considera que tanto el animus como el corpus se entrega de forma simultanea, (Art. 618 Cod.Civ.) pero existen contratos en los cuales previamente se transfiere el animus y posteriormente el corpus, así tenemos por ejemplo.

- 1. Venta de cosa ajena.
- 2. Venta de cosas futuras
- 3. Venta de cosas en género.
- 4. Venta sujeta a condición suspensiva
- 5. Venta sujeta a prueba
- 6. Venta con reserva de satisfacción

Estos contratos, como se observara, en lugar de tener efectos reales, tiene efectos obligacionales, pero no por ello la transferencia del corpus y el animus se realiza mediante dos actos separados, simplemente que en un mismo acto jurídico (contrato) la transferencia del bien se lo posterga, por ello es menester recalcar

TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS

que el contrato de compra venta bajo dichas modalidades no se lo realiza en dos actos distintos, sino uno solo.

3.1) OBLIGACIONES ACCESORIAS A LA ENTREGA.-

- 1.- Conservar la cosa con la diligencia de un bonus pater familias.
- 2.- Entregar todos los accesorios y los frutos que ha podido tener o dar el bien, desde el día de la venta, cuando se trata de venta disponible de cosa cierta y determinada.
- 3.- Entregar los documentos y antecedentes de la cosa, que acreditan el derecho de propiedad del vendedor sobre la cosa vendida.
- 4.- Asumir el riesgo de la cosa en caso de que se encuentre en mora.

3.2) MOMENTO DE LA ENTREGA-

(Art., 621, concordado 342 Cod.Civ.) Por regla general el momento de la entrega es cuando se perfecciona el contrato, en ese instante se transfiere el derecho de propiedad sobre la cosa vendida, dicha regla en nuestra legislación es supletoria, por cuanto el legislador ha establecido en principio que el momento para el cumplimiento de las obligaciones es el establecido por el contrato (Art. 621 Cod.Civ.) en caso de no existir convenio, el acreedor puede exigir dicha entrega en cualquier momento, con las consiguientes consecuencias (Art. 342 Cód.Civ.).

3.3) DEL LUGAR DE LA ENTREGA.-

Esta obligación accesoria a la entrega consiste en la transferencia de la tenencia de la cosa de manos del vendedor al comprador, que se traduce en el hecho de poner la cosa vendida a disposición de este último.

Dicho acción que parece ser negativa, sin embargo se materializa a través de ciertos actos positivos tales como la entrega de llaves del inmueble o vehículo vendido, la apertura de los recintos, etc.

Cuando se trata de cosas en genero o futuras el lugar de la entrega es aquel donde las cosas han sido individualizadas o han sido elaboradas o producidas. (Art. 620, concordado con el Art. 310 Cód.Civ.)

3.4) GASTOS DE LA ENTREGA.-

El articulo 619 del Cód.Civ., manifiesta de forma clara "salvo acuerdo contrario, los gastos de la entrega están a cargo del vendedor y los del traslado a cargo del comprador", en este caso se aconseja en caso de que exista traslado de un determinado bien, que en el contrato se especifique donde se esta haciendo la entrega y donde se realizara el traslado, a objeto de determinar quien corre con los gastos tanto de entrega como del traslado.

3.5) SANCIONES POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA ENTREGA.-

Cuando la entrega se incumple por acciones imputables al vendedor, el comprador puede pedir el cumplimiento de la obligación o caso contrario la resolución de dicho contrato, conforme lo previsto por el Art. 568 del Cód.Civ. mas los consiguientes daños y perjuicios si los hubiere, (Art. 310 Cód. Civ.), pero también el vendedor no obstante de estar obligado a entregar la cosa en su identidad y en el estado en que se encuentra en el momento de la compraventa, tiene la facultad de negarse a ello bajo la situación prevista por el Art. 623 que a la letra dice: (Negativa legítima de entrega) "El vendedor no está obligado a entregar la cosa si el comprador sin tener un plazo, no le ha pagado el precio"

El segundo caso es "Si después de la venta se establece que el comprador es insolvente, el vendedor que esta en peligro de

perder el precio tampoco estará obligado a la entrega aun cuando hubiera concedido plazo para el pago, excepto si el cobrador da fianza para pagar al vencimiento del plazo."

4) RESPONSABILIDAD POR LA EVICCIÓN Y POR LOS VICIOS DE LA COSA

4.1) GENERALIDADES.-

Esta sección abarca del Art. 624 al 635 del Cód.Civ., al respecto Guillen manifiesta que buscando una mejor sistematización en nuestro Cód. Civ. quizás lo ideal hubiera sido que dicha sección este destinada al "saneamiento de la evicción y de los vicios de la cosa conjuntamente y no mezclar indistintamente dos figuras como ser la evicción que se lo toca en los Art. 624 al 628 y luego en el 629 se toca el tema de los vicios ocultos, para volver a ocuparse en el Art. 630 de la evicción hasta el 635, obviando en esta sección el termino saneamiento, termino que por tradición jurídica tiene un pesa gravitante juntamente con la evicción y utilizando en su lugar el termino responsabilidad.³²

4.2) LA EVICCIÓN.-

CONCEPTO.-

Capitant, manifiesta que la evicción es "la perdida de un derecho sobre una cosa por el hecho de un tercero, a quien se reconoce sobre la misma cosa un derecho que aniquila al primero."

M. Puigamau, dice: "evicción es quitar algo por derecho, venciendo." (GUILLEN Pág.894)³³

Messineo, "la evicción presupone que la cosa vendida sea ajena, y que por tanto, el tercero que hace uso de la evicción tenga un derecho valido y ejercitable respecto del comprador, de manera que éste no pueda eficazmente defenderse e impedirla" 34

³² Morales , Guillen Carlos . Ob cit.

³³ Morales, Guillen Carlos Ob cit. Pag. 894 Tomo I.

³⁴ Messineo, Derecho Civil y Comercial. Tomo V Pag. 101

Favio Chacolla Huanca

Como se observara la evicción es una obligación principal del vendedor prevista en el Art 614 num 3) del Cód.Civ.

En todo caso , al momento de someterse el vendedor a la evicción, esta garantizando que en caso de que un tercero afecte el derecho propietario o la posesión del comprador (que se presume de buena fe), el vendedor, saldrá a sanear dicha evicción, motivo por el cual se entiende que el termino saneamiento o sanear, esta unido al de evicción, siendo una relación de causa y efecto, (nuestro c.c. utiliza el termino RESPONSABILIDAD, termino que por lo demás y por una tradición jurídica no tiene cabida, en cambio el termino SANEAMIENTO SI,) es por ello que a continuación citaremos algunas definiciones de saneamiento.

Se llama sanear al acto de reparar y remediar alguna cosa (Scaevola) resumiendo el saneamiento es el complemento necesario de la entrega tanto en lo que se refiere a la propiedad plena y sus desmembraciones (evicción) como a las cualidades intrínsecas de la cosa (vicios) objeto del contrato.

La evicción y saneamiento, no es una institución exclusiva de la compraventa, es un accidente natural de todas las transmisiones de dominio a titulo oneroso, por eso muchas legislaciones la reglamentan, sobre todo en lo tocante a la evicción, en la parte general de las obligaciones o de los contratos.

Ejemplo, la donación. Art 677 del Cód. Civ., en la división Art. 1272, en la permuta Art. 652, en el arrendamiento, Art. 695, en el contrato de sociedad Art. 762, contrato de fianza art. 941.

4.3) GARANTIAS DE DERECHO CONTRA LA EVICCIÓN.-

Mazeaud, con relación a la evicción manifiesta que la obligación puesta a cargo del vendedor, por el Art. 624 Cód.Civ. (1625 y 1626 en el Cód. Francés) de garantizar al comprador contra la evicción, es doble garantía por el hecho personal y garantía por el hecho de los terceros.

a) GARANTÍA POR EL HECHO PERSONAL.-

El vendedor no debe por si mismo atentar contra la propiedad, ni contra la posesión o tenencia del comprador. Se trata de una obligación negativa, el vendedor no debe causarle al comprador ni una perturbación de hecho (atentado que no se apoye en ninguna pretensión a un derecho) ni una perturbación de derecho (atentado basado en su supuesto derecho) la obligación de garantía por el hecho personal es indivisible.

b) GARANTÍA POR EL HECHO DE LOS TERCEROS.-

El vendedor no está obligado a garantizar al comprador contra las perturbaciones de hecho provenientes de los terceros. Por el contrario, debe garantía en ciertas condiciones, al comprador cuando la perturbación causada por un tercero sea una perturbación de derecho, se trata de una obligación positiva, asumir la defensa del cobrador, ante los tribunales y hacer que sea rechazada la pretensión formulada por el tercero.

4.4) REQUISITOS PARA LA GARANTÍA DE LA EVICCIÓN.-

- 1. Que el tercero intente una acción judicial, (perturbación de derecho no de hecho).
- 2. Se precisa que el comprador haya sido de buena fe, en el momento del cambio de los consentimientos, es decir que ignoraba en ese momento el riesgo de evicción, ignorancia que debe ser legítima.(Art. 94 Cód.Civ..)
- 3. Perturbación imputable al vendedor, Ejemplo. Cuando el vendedor ha transferido el mismo bien a otra persona, o ha hipotecado el derecho sobre la cosa, no haciendo conocer al comprador tal circunstancia. No será imputable al vendedor la perturbación, cuando la cosa fuera usucapida, si el comprador teniendo tiempo suficiente para interrumpir la usucapión se descuida y no lo hace, la pérdida del derecho no es imputable al vendedor, sin a la negligencia del comprador

La buena fe del vendedor solamente se toma en cuenta para graduar la indemnización de daños y perjuicios.

4.5) LLAMAMIENTO A LA GARANTÍA DE LA EVICCIÓN.-

Cuando el comprador sufre la evicción, este puede acudir a dos alternativas, pudiendo ser estas la garantía incidental y garantía personal, entendiéndose por esta lo siguiente:

a) GARANTÍA INCIDENTAL.-

Esta prevista por el Art. 627 del Cód.Civ. y el Art. 75 Cód.Pdto.Civ., artículos que facultan al comprador a llamar al vendedor para que lo defienda demostrando que el es el legitimo propietario excluyendo a terceros de todo derecho.

El comprador antes de contestar la demanda en el término de cinco días previstos para plantear las excepciones previas (Art. 337 Cód.Pdto.Civ.) pedirá al juez que convoque y cite al vendedor, para que asuma su defensa. Conseguida esta intervención del vendedor (se aclara que el hecho de que intervenga el vendedor en el proceso es optativo de el) para que asuma su defensa. Conseguido esta intervención del vendedor, el comprador puede apartarse del juicio, dejando en manos de aquel la defensa de su derecho o continuar en el supervisando la conducta del vendedor, para que este no descuide el juicio, evitando así que un tercero lo prive de su derecho.

Si el vendedor logra vencer en el proceso, demostrando que el tercero no tiene derecho sobre el bien, habrá cumplido su obligación, caso contrario de perder, tendrá que responder con la garantía principal de la evicción y saneamiento.³⁵

b) GARANTIA PERSONAL.-

Denominada también garantía principal, la cual se ejecuta cuando pierde la evicción el vendedor y en consecuencia el comprador es despojado de su bien, momento en el cual el comprador acude a la garantía personal, mediante la cual pide al vendedor que se le rembolsar al los siguientes gastos:

³⁵ "Del contexto del art. 627 del Cód.Civ. y 336 del Procedimiento Civil se deduce que el derecho del comprador se limita a hacer citar de evicción a su vendedor sin perjuicio de que éste pueda a su vez llamar al suyo." (Gaceta Judicial N° 668, P. 29)

- 1. El precio.
- 2. Los gatos de la compraventa.
- 3. Las impensas útiles y necesarias.
- 4. Los gastos suntuarios en el caso de ser de mala fe.
- 5. Las costas.
- 6. Los frutos que el comprador haya tenido que devolver al tercero, que demostró mejor derecho.

4.6) CLASES DE EVICCIÓN.-

Según la doctrina, citada por Guillen, existen tres clases de evicción.

- a) EVICCIÓN TOTAL.- (Art 625 Cód. Civ.) Es total cuando la evicción supone la apropiación de la cosa en su integridad, como en los casos de una reivindicación de dominio, por alguien que tiene mejor derecho sobre la cosa o la ejecución de un acreedor hipotecario.
- **b) EVICCIÓN PARCIAL.-** (Art. 626 Cód.Civ.) Es parcial cuando solamente afecta a una parte de la cosa, como la porción de una cosa indivisa, vendida totalmente por un tercero a la que no tenía derecho, pérdida de una servidumbre activa, etc.
- c) GRAVÁMENES OCULTOS.- El descubrimiento de una carga o gravamen oculto, no declarados por el vendedor, es causa de la acción de saneamiento, según todas las legislaciones y lo era según el Art. 1043 Código Abrogado , el código ha prescindido, por razones desconocidas del Art. 1489 del Código Italiano. ³⁶ , debiendo aclarar que ambas evicciones deben ser anteriores a la transferencia.

4.7) MODIFICACIÓN CONVENCIONAL DE LA EVICCIÓN.-

_

³⁶ Messineo. Ob cit.

Con relación a este punto, en principio manifestaremos que los Arts. 624 y 628 tienen una redacción repetitiva.

De igual manera según nuestro legislador y por el principio de libertar contractual, se puede suprimir, aumentar o disminuir la responsabilidad por la evicción, pero en caso de que se demuestre que la evicción es por responsabilidad propia del vendedor dicho pacto es nulo, tal cual lo previsto por el Art. 628 parágrafo II del Cód.Civ.

5) SANEAMIENTO POR LOS VICIOS OCULTOS.-

Esta obligación consiste en que el vendedor debe responder **por los defectos que tenga la cosa que la hagan impropia para su uso o que disminuyan su valor**, regulados por el Código Civil, de los Art. 631 al 635, que también se dicen REDHIBITORIOS, porque REDHIBIR es hacer que el vendedor tenga de nuevo lo que hubiere tenido (Ulpiano)

El saneamiento de los defectos ocultos o vicios, reposa sobre el principio de la BUENA FE.

El comprador cree comprar una cosa apta para producirle las utilidades en consideración de las cuales se fija el precio. Si resulta con defectos que no permiten obtener tales utilidades, el precio no resulta legítimamente adquirido por el vendedor, (Baudry Lacantinerie, cit. Por Scaevola) ³⁷

5.1) DIFERENCIAS ENTRE ERROR SUSTANCIAL art. 475 Y LOS VICIOS OCULTOS.-

El error en la sustancia, se refiere a las cualidades constitutivas de la cosa, de modo que el comprador no compra la cosa que cree comprar, contrariamente en el caso de los vicios ocultos, el comprador compra exactamente la cosa que quiere adquirir, pero ésta se halla viciada por defectos no visibles que la hacer impropia para los usos a los que el pretende destinarla y que le habrían impedido contratar si los hubiese conocido.

³⁷ Morales, Guillen Carlos .ob. cit.

5.2) REQUISITOS PARA EL SANEAMIENTO DE LOS VICIOS OCULTOS.-

- 1. Debe tener cierta índole y gravedad Art. 629 del Cód.Civ.
- 2. Ha de ser oculto, Art. 631 del Cód.Civ.
- 3. Ha de ser anterior a la venta, Art. 631del Cód.Civ.
- 4. Ha de ser ignorado por el comprado al momento de la venta. Anterior Art. 631 del Cód.Civ.

5.3) ACCIONES REDHIBITORIA Y ESTIMATORIA.-

Cuando en una compraventa se presentan los cuatro elementos que configuran la responsabilidad del vendedor, por los vicios ocultos en la cosa vendida el comprador tiene a su elección las acciones señaladas.

a) REDHIBITORIA.

Por esta acción se resuelve el contrato y como consecuencia de tal resolución, desaparecen sus efectos, el comprador debe devolver la cosa y el vendedor el precio y los gastos de transferencia y si es de mala fe, deberá además pagar los daños y perjuicios a los que fuera condenado. Si la cosa perece sin culpa del comprador, sino por defecto de la misma antes de que se intente o prospere la acción redhibitoria, el vendedor asume todo el riesgo y por consiguiente, el comprador tiene el derecho de exigir la devolución del precio y el reembolso de los gastos y en su caso también la indemnización de daños y prejuicios, quedando liberado de devolver la cosa.

Por el contrario si la cosa con defectos perece por culpa del comprador o por caso fortuito, éste sólo tiene el derecho a una disminución del precio, tal como lo dispone el Art. 633 del Còd.Civ. Esta acción se da cuando los vicios o defectos ocultos hacen que el bien sea inadecuado o inservible para el uso que se pretendía dar.

b) ESTIMATORIA, O DE QUANTI MINORIS.-

Emerge dicha acción, cuando los vicios ocultos provocaron en la cosa que esta baje ostensiblemente de precio, motivo por el cual el

comprador pedira que se disminuya el precio de forma equitativa a los vicios ocultos. (Art.. 632, disminución del precio.) La elección que realice el comprador entre la redhibitoria y la estimatoria es irrevocable.

5.4) PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES.-

La acción redhibitoria y estimatoria prescriben a los 6 meses de entregada la cosa y no a los seis meses de celebrar el contrato.

5.5) DIFERENCIAS ENTRE LA RESPONSABILIDAD PARA EL CASO DE EVICCIÓN Y DE VICIOS OCULTOS.-

a) EL FUNDAMENTO.-

De la responsabilidad para el caso de evicción, radica en el hecho de que el vendedor al transferir el derecho de propiedad implícitamente se obliga a garantizar la pacífica posesión de la cosa vendida.

El fundamento de la responsabilidad para el caso de los vicios ocultos radica en que compromiso del vendedor de transferir una cosa que sea útil para el fin para el cual ha sido comprada, caso contrario si la cosa no es útil para ese fin o los defectos disminuyen su valor o su utilidad, debe responder por esa situación.

b) POR LOS FINES QUE PERSIGUEN.-

La finalidad de la garantía para el caso de evicción es la de preservar, desde el punto de vista jurídico el derecho de propiedad en cambio la finalidad de la responsabilidad por los vicios ocultos, es la de asegurar materialmente la utilidad de la cosa.³⁸

³⁸ Kaune. Ob cit.

TEMA No 6

OBLIGACIONES DEL COMPRADOR

1.-GENERALIDADES.-

Las obligaciones del comprador son : **a)** a pagar el precio, **b)** recibir y retirar la cosa comprada y **c)** correr con los gastos del contrato, ³⁹ de estas tres nuestro Código Civil solamente regula la de pagar el precio, al respecto ,Carlos Morales Guillen, manifiesta" las obligaciones del comprador son varias, la sección (refiriéndose a la parte pertinente del Cód.Civ. relativa al presente tema, que va del Art. 636 al 640) en realidad se ocupa de la obligación de pagar el precio, la cual es considerada la principal por todos los tratadistas y todas las legislaciones",⁴⁰

³⁹ Mazeaud, Ob cit. Pág. 492

⁴⁰ Morales, Carlos Guillen, Ob cit. Pág. 909, Tomo I.

Siguiendo la lógica de nuestra legislación civil, cabe desarrollar en principio la obligación de pagar el precio:

2.- DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR EL PRECIO.-

El precio constituye el objeto de la obligación del comprador, consistente en una suma de dinero que entrega el comprador al vendedor como contraprestación al derecho que adquiere, del mismo modo representa la causa de la obligación del vendedor⁴¹ de transferir el derecho de propiedad de la cosa vendida.

El precio en la compra venta debe necesariamente fijarse en una suma de dinero o debe estar constituido en una suma de dinero en más del 50 % del valor de la cosa, caso contrario deja de ser compraventa.

Al respecto en nuestro país es muy usual que se ponga como precio ficticio un monto inferior al precio real, incluso por debajo del 50 % del valor real, con el único objetivo de pagar lo menos posible el (I.T.) impuesto a la transferencia que es el 3 % del monto pagado o de la base imponible del bien inmueble o mueble que se transfiere, pero no puede ser menos de esto.

Es en función a ello que para evitar posible demandas de rescisión de contrato por lesión, se recomienda faccionar junto con el contrato de compra venta un contra documento en el cual se consigne el precio real que se esta entregando al vendedor, conforme lo previsto en el Art. 1292 del Código Civil⁴²

2.1) TIEMPO DEL PAGO.-

Si los contratantes no han fijado la época del mismo, el pago del precio debe hacerse en el momento de la entrega, salvo pacto en

 $^{^{41}}$ Haciendo referencia a la distinción entre causa el contrato y motivo del contrato, que se toco en el tema $\rm N^o$ 3 del presente libro.

⁴² "También se denomina contra escritura y supone la existencia de un acto o contrato secreto, destinado a modificar o invalidar parcial o totalmente una convención aparente y ostensible que las partes acuerdan y suscriben contemporáneamente. Los efectos jurídicos se analizan a través de la simulación que implica, con posible validez entre las partes y con evitación de perjuicios para los ajenos a este documento que contradice a otro". CABANELLAS, Guillermo Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Heliasta. Edición 2003 Bs.As-Argentina Tomo II Pág. 332 .

contrario, el comprador se beneficia pues, para el pago, del término consentido al vendedor para la entrega.

Cuando la totalidad del precio sea pagadero al momento de la perfección del contrato, la compra venta se llama al **contado** y ha **crédito** cuando se fija un plazo para el pago de la totalidad o de parte del precio.

El comprador a crédito puede pagar sin esperar el vencimiento, pero no puede pedir descuento por su pago anticipado. 43

2.2) LUGAR DEL PAGO.-

Si los contratantes no han señalado el lugar, el pago del precio debe hacerse en el lugar de la entrega, que es en principio el lugar donde se encontrara la cosa en el momento de la compraventa, el precio es pagadero. No obstante el precio es pagadero en el domicilio del comprador cuando el pago no deba hacerse en el momento de la entrega.

Puede convenirse que el precio se pagará a una tercera persona, ésta recibirá por cuenta del vendedor. ⁴⁴ Nuestro Código Civil en su Art. 636, en principio permite que tanto el lugar como el tiempo o momento de pago se convenga entre partes y a falta de dicho pacto se aplica lo manifestado en el parágrafo II del referido articulo.

2.3) TEORÍA NOMINALISTA.-

En relación al precio, pudiera ocurrir que el precio señalado en el contrato, sufra cambios en lo referente a su valor intrínseco, vale decir, una casa se vende en 30.000 \$us a crédito y posteriormente dicha moneda extranjera sufre modificaciones y su valor disminuye, por cuanto al momento de la transacción el dólar se cotizaba en 8.10 y luego en 6 Bs. Por cada dólar, la pregunta es ¿ que precio se debe pagar, el señalado en el contrato, o se lo debe reactualizar?

⁴³ Mazeaud Ob cit. Pág. 492

⁴⁴ Antiguamente se daba el dinero o precio de la cosa al notario, pero el notario no percibía el precio por cuenta del vendedor sino con la condición del cumplimiento de las formalidades de publicación y de purga.

Ante dicha situación nuestro legislador aplica la teoría nominalista, la cual esta prevista en el Art. 405 del Código Civil y que implica que: "el deudor se libera pagando la suma indicada nominalmente en el contrato, sin atenerse a su valor intrínseco".

3) OBLIGACIONES ACCESORIAS AL COMPRADOR.-

3.1) PAGO DE INTERESES SOBRE EL PRECIO.-

Siendo el precio una suma de dinero, si no es pagado oportunamente, el comprador deberá abonar los intereses, aunque no se haya convenido en base al principio general de que "el dinero genera dinero", nuestro Código Civil legisla este aspecto en el Art. 637 cuya fuente es el art. 1501 del Código Civil Español y especifica las tres formas en las que el comprador deberá pagar intereses sobre el precio, siendo estas:

- 1. Sí así se ha convenido en el contrato (Art. 519 Código Civil)
- 2. Si la cosa vendida origina frutos u otros productos y ha sido entregada al comprador.
- 3. Si el comprador ha sido constituido en mora.(Art. 340 Código Civil)

4.- RETENCIÓN DEL PRECIO.-

El Art. 638 del Cód.Civ. señala dos causas por las que el comprador puede suspender el pago sin entrar en responsabilidades, siendo la primera a) Cuando tema fundadamente que la cosa vendida o parte de ella pueda ser reivindicada por un tercero a menos que el vendedor preste garantía idónea. b) Cuando la cosa vendida se encuentra gravada con garantías reales o sujetas a vínculos de embargo o secuestro, caso en el cual, además, si el vendedor no libera la cosa en el término que debe fijar el juez, el comprador puede demandar la resolución del contrato y el resarcimiento del daño conforme a ley.

Básicamente el citado art. Autoriza la retención del pago, siempre que exista una perturbación real del domino o de la posesión o un fundado temor de que se produzca y en todo caso ha de tratarse

del ejercicio, realizado o posible, de una acción reivindicatoria o hipotecaria.

Lo que se persigue con el precepto, es anticiparse a las consecuencias de la evicción. No se da lugar al pago del precio que, por pérdida de la cosa, deberá ser restituido. Evitar así que el vendedor se haga insolvente y que la pérdida del dominio afecte al comprador sin culpa⁴⁵.

El comprador no puede negarse al pago cuando el vendedor afianza la devolución del mismo, sobe ser lógico, así lo establece el parágrafo I del Art. 638 del Cód.Civ..

En cuanto al pago abonado, éste es natural que no se pueda retener y tampoco se pueda repetir, según lo previsto en el art. 314 del Cód.Civ., en este caso el comprador si pierde la cosa comprada, sólo tiene abierta la acción de saneamiento por la evicción.

Finalmente en el parágrafo II del Art. 638 del Código Civil, determina que el pago no puede ser suspendido si el peligro de reivindicación o los gravámenes o vínculos fueron conocidos por el comprador en el momento de la venta, generalmente este conocimiento se evidencia porque el comprador ha estipulado en el contrato que pagara el precio a pesar de las perturbaciones posibles.

5.- SANCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DEL PAGO.-

En caso de que el comprador incumpla con el pago, de forma definitiva, (Art. 639 Cód.Civ.) ello motiva a iniciar una acción de resolución del contrato por incumplimiento al comprador.

La resolución se la debe pedir judicialmente, (Art. 568 Cód.Civ.) si no se ha pactado expresamente en una cláusula del contrato, conforme lo previsto en el Art. 571 del Cód. Civ. o si no se quiere hacer uso de la resolución de pleno derecho previsto en el Art. 570 del Cód.Civ.

 $^{^{45}\,\}mbox{SCAEVOLA},$ citado por Morales , Guillen Carlos, en su obra Código Civil, Concordado y Anotado, Pág
. 911

5.1) DE LA RESOLUCIÓN DE PLENO DERECHO.-

En la venta de productos alimenticios y objetos muebles que puedan <u>depreciarse</u> (frutas, verduras, leche, etc), la resolución del contrato tiene lugar de derecho, sin previa intimación a favor del vendedor, si el comprador al vencimiento del término convenido no los retira o no paga el precio, tal cual lo prevé el Art. 640 del Cód.Civ.

6.- LA OBLIGACIÓN DE PAGAR LOS GASTOS DE LA COMPRAVENTA.-

Salvo acuerdo de partes, los gastos de la venta, como ser facción del contrato de compra venta, honorarios profesionales, etc, corren por cuenta del comprador, tal cual lo previsto en el Art. 319 y 589 del Código Civil.

7.- DE LA OBLIGACIÓN DE RECIBIR LA COSA.-

Mazeaud, al respecto de esta obligación sostiene "por no estar sujeto el vendedor, por su obligación de entrega, sino a dejar la cosa vendida a la disposición del comprador, éste debe recibir la cosa, obligación llamada de retiro en las compraventas mobiliarias. Es la obligación de retirar la cosa de la tenencia del vendedor. Es también para el comprador la obligación de cumplir los actos que de él dependan y sin los cuales el vendedor no podría efectuar la entrega. "46

El retiro debe efectuarse en el momento y en el lugar de la entrega, salvo pacto en contrario, los gastos de aquél le incumben al comprador, (Art. 619 Cód.Civ.)

Si el comprador no recibe la cosa, el vendedor puede obligar judicialmente su cumplimiento, al margen de los consiguientes daños y perjuicios que puede pedir el vendedor, por cuanto la obligación de conservar la cosa vendida pesa sobre el vendedor, hasta la entrega incluso, según parece, cuando haya en ello retraso

-

⁴⁶ Mazeaud. Ob cit. Pág. 495

del comprador y cuando éste haya sido constituido en mora de recibir la cosa, (Art. 339 y 342 del Cód.Civ.)

TEMA No 7

LA RESOLUCIÓN

1.- RELACIÓN ENTRE LOS CONTRATOS SINALAGMÁTICOS O BILATERALES CON LA RESOLUCIÓN.-

Los contratos sinalagmáticos o bilaterales ⁴⁷ son aquellos que generan obligaciones recíprocas e interdependientes entre las partes contratantes, de cuya consecuencia la obligación de una de la partes constituye la causa de la obligación asumida por la otra parte contratante y viceversa, estas obligaciones son coetáneas toda vez que nacen contemporáneamente en el momento en que surge el contrato, siendo sus características y efectos las siguientes:

- 1. Crean obligaciones recíprocas e interdependientes:
- 2. Estas obligaciones se generan en forma coetánea al nacimiento del contrato.

⁴⁷ Los contratos sinalagmáticos imperfectos son aquellos que en su origen son contratos unilaterales, porque generan inicialmente obligaciones para una sola parte contratante, auque en su ejecución y cumplimiento producen obligaciones para la otra parte contrastante.

3. La obligación de una de las partes tiene por causa la obligación asumida por la otra parte contratante, cuando una de las partes cumple con su obligación y la otra no cumple con la suya y este incumplimiento es imputable al incumplido, la ley confiere al acreedor las siguientes facultades:

En este tipo de contratos cuando una de las partes cumple con su obligación y la otra no cumple con la suya y este incumplimiento es imputable al incumplido, la ley confiere al acreedor las siguientes facultades:

- 1. Pedir por la vía judicial, que el deudor cumpla en especie su obligación tal como se la ha estipulado, para lo cual el juez fija un determinado plazo.
- 2. Pedir por la vía judicial que el deudor cumpla por equivalencia la obligación.
- 3. Demandar la resolución del contrato con más la imposición de daños y perjuicios.

Estas facultades están contenidas en el Art. 568 del Cód.Civ. De igual manera el deudor con el fin de eludir la prestación de la parte contratante puede presentar la excepción "Non adimpleti contractus" previsto en el Art. 573 del Cód.Civ. Diciéndole: "cumple tú primero para que yo cumpla después" constituyéndose de esta manera una resolución por incumplimiento culpable.

Es en función a estos antecedentes y toda vez que como se apunto que la resolución solamente se la puede presentar en obligaciones reciprocas que a continuación ingresaremos en el estudio de la figura jurídica de la resolución.

2.- DEFINICIONES.-

La figura jurídica de la resolución, esta regulada en nuestro Código Civil del Art. 568 al 583 y el Art. 805 del Cód. Com para lo cual consideramos necesario citar algunas definiciones hechas por eminentes profesores del derecho, entre las cuales están: Capitant,

quién sostiene que " la resolución del contrato, es la forma de disolver un contrato por inejecución de las condiciones o cargos estipulados en el , con destrucción retroactiva de sus efectos."

Para Francisco Messineo: "La resolución del contrato presupone un negocio perfecto y además un evento sobrevenido o un hecho nuevo o un comportamiento de la contraparte, posterior a la formación del contrato que altera la relación entre las partes o perturba el normal desarrollo del contrato en ejecución"⁴⁸

Cabanellas dice; es un "acto jurídico" que deja sin efectos un contrato validamente concertado, Para Sagués, es la reducción a la nada de un contrato válido."49

3.- GENERALIDADES.-

De estas conceptualizaciones citadas se extrae lo siguiente: una vez constituido el contrato y toda vez que se cumpla los requisitos de formación (Art. 452 del Cód.Civ.), el contrato puede sufrir la influencia de circunstancias o de hechos sobrevivientes o de un comportamiento de la contraparte posterior a la formación del mismo, todos los cuales se diferencian de la **nulidad** Art.549 Cód.Civ, anulabilidad Art. 554 Cód.Civ, revocatoria Arts. 679, 828,829 v 831 del Cód.Civ. rescindibilidad Art. 560 Cód.Civ. e ineficacia art. 821 Cód.Com., porque en tanto que éstas se originan en hechos (defectos o vicios intrínsecos o extrínsecos) anteriores o contemporáneos a la formación del contrato y son el presupuesto indeclinable de los remedios susodichos, la **resolución**, por el contrario no es incompatible con la plena validez del contrato, porque si el contrato fuese inválido no es preciso accionar por resolución, bastaría invocar su invalidez. Lo mismo cabe decir también respecto del contrato rescindible o ineficaz.50

Las circunstancias, los hechos o los comportamientos que dan lugar a la resolución se toman en consideración por la ley porque

⁴⁸ MORALES, Carlos Guillen, Ob cit. Tomo I, Pág. 828.

⁴⁹ CABANELLAS, Guillermo. Ob.cit. Tomo VII. Pag. 188

⁵⁰ MESSIENO, Francisco. Doctrina General del Contrato. Editorial, E.J.E.A. S.A.C.I. Edición, 1986 Bs.As. Argentina, Tomo II, Pág. 332.

Favio Chacolla Huanca

alteran las relaciones entre los contratantes, tales como se habían constituido inicialmente, o bien perturban el normal desenvolvimiento (ejecución) del contrato, de modo que éste no puede continuar vinculando las partes en el modo originario por cuanto ha venido a modificarse o lisa y llanamente ha venido a faltar la composición de intereses de la que el mencionado contrato constituía expresión.

Precisamente por eso la resolución pone fin al contrato, pero ella importa, implícitamente que pone fin también a la relación obligatoria engendrada por el contrato. Sólo que la resolución suele ser

referida lógicamente al contrato, ya porque éste no ha sido todavía ejecutado, ya porque él es de ejecución continuada. No es concebible la resolución de un contrato ya ejecutado o de la parte ya ejecutada del mismo.

Varias son las razones por las que un contrato puede resolverse, es decir disolverse, pudiendo ser por voluntad concordante de las partes, o bien se tiene un incumplimiento voluntario o involuntario (por imposibilidad sobreviviente de la prestación) o finalmente , existe una dificultad de cumplimiento a causa de una excesiva onerosidad (sobreviviente). De cada una de ellas habrá de explicarse ampliamente en el presente tema.

4.- CLASES DE RESOLUCIONES.-

Doctrinalmente existen tres grandes grupos de resoluciones de los contratos, a saber:

- Resolución por incumplimiento culpable, imputable al incumplido.
- Resolución por imposibilidad sobreviviente en el cumplimiento.

• Resolución por dificultad en el cumplimiento, debido a la excesiva onerosidad de una de las prestaciones.⁵¹

4.1) RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO CULPABLE, **IMPUTABLE AL INCUMPLIDO.**- Es un medio de invalidar los contratos sinalagmáticos surgidos plenamente a la vida del derecho, por causa del incumplimiento culpable de una de las prestaciones imputable a alguna de las partes por cuya consecuencia se deja sin efecto el contrato con carácter retroactivo y se impone el resarcimiento de daños y perjuicios.

4.1.1) NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO CULPABLE.-

Llamada según Messineo como resolución por incumplimiento voluntario de la contraparte, y que según algunos autores, esta institución propia de los contratos bilaterales, tiene su fundamento jurídico, su razón de ser en un *pacto comisorio*⁵² tácito.

El antecedente se encuentra en el Derecho Romano, donde se acostumbraba insertar en los contratos de compra venta una cláusula especial de resolución de pleno derecho de contrato, para el caso de que una de las partes incumpliera con su obligación. Con el tiempo esta cláusula se volvió una práctica

de rigor, que se llegó a sobreentender, por cuya razón algunos autores sostienen que el funcionamiento jurídico de estos tipos de resoluciones estaría en un pacto comisorio tácito.

⁵¹ **MESSINEO**, Francisco, en su obra Teoría General del Contrato, Tomo II, Pág. 336 en lo relativo a la clasificación de la resolución judicial por incumplimiento de la contraparte sostiene que esta se sub divide en tres que son: **a)** R. de incumplimiento voluntario de la contraparte, **b)** R. de incumplimiento (involuntario) por imposibilidad sobreviviente de la prestación, **c)** R. de dificultad de cumplimiento por excesiva onerosidad de la prestación. Manifestando posteriormente que: "Todas las formas de resolución importan una iniciativa del contratante no incumpliente, en ningún caso la resolución actúa automáticamente"

⁵² **"El pacto comisorio, es**: una cláusula contractual que permite a cada una de las partes la rescisión del convenio si no cumple el otro obligado." Capitant, " convención por la cual las partes , en un contrato sinalagmático, estipulan que en caso de incumplimiento por una u otra de ellas de una de las obligaciones resultantes del contrato éste será resuelto de pleno derecho, sin necesidad de ejercer una acción judicial de resolución. " (es usual en todos los contratos, excepto en el de prenda y el de anticresis) **CABANELLAS, Guillermo**. Ob cit. Tomo VI Pág. 11

Sin embargo tal planteamiento es equivocado, puesto que si su fundamento radicara en la voluntad tácita de las partes contratantes (ver Art 453 Cód.Civ.), no abría necesidad de recurrir al juez, toda vez que la resolución operaría de pleno derecho. 53

Una gran mayoría de los estudiosos, manifiestan que la naturaleza jurídica de la resolución por incumplimiento culpable radica en la interdependencia de las obligaciones de cuya emergencia, si una de ellas no se cumple, este incumplimiento afecta a todo el contrato, porque la causa de la obligación de una de las partes, está en la obligación asumida por la otra; el incumplimiento de una de ellas hace que la realidad jurídica bilateral se desnaturalice.

Es en función a ello, que la *naturaleza jurídica de esta resolución* radica, a) en la reparación para quién cumple con su obligación y b) en la sanción para quién incumple la suya, dentro una relación bilateral.

a) REPARACIÓN PARA QUIÉN CUMPLE CON SU OBLIGACIÓN.-

La resolución destruye el contrato y se convierte en un privilegio para la parte que hace uso de ella, porque como opera con carácter retroactivo⁵⁴ los bienes que pudieron haber salido del patrimonio del que cumplió con su obligación, se reincorporan al patrimonio de éste, no pudiendo luego los acreedores del deudor (vela decir de quién no cumplió su obligación) caer sobre dichos bienes.

b) SANCIÓN PARA QUIÉN INCUMPLE SU OBLIGACIÓN.-

De igual manera la resolución del contrato constituye una sanción para el incumplido, sanción que es impuesta por el juez, porque la misma apareja la imposición del pago de daños y perjuicios al incumplido 55

⁵³ KAUNE, Walter Arteaga. <u>Teoría General y los principales contratos</u>. Editorial Teddy Libros. Edición. 1987 La Paz-Bolivia, Pág. 290

⁵⁴ "(**EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN**), La resolución surte efectos con carácter retroactivo, salvo los contratos de ejecución sucesiva o periódica en los cuales la resolución no alcanza a las prestaciones ya efectuadas" Parágrafo I, del art. 574 del Código Civil.

^{55 &}quot; (**RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO**) En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando una de las partes, incumple por su voluntad la obligación, la parte que ha cumplido puede pedir judicialmente el cumplimiento o la resolución del contrato, más el resarcimiento de daño...." Parágrafo I, del art. 568 del Código Civil.

Merced a estos criterios, cabe la ocasión para manifestar que cuando una de las partes incumple con su obligación, no siempre es aconsejable pedir la resolución del contrato, sino el cumplimento de esté, por ejemplo, puede ocurrir que se llegue a contratar a un albañil para la construcción de un inmueble por un precio módico en cuanto a sus honorarios, y si este no cumple pues no en lugar de pedir la resolución se pedirá su cumplimiento, Arts. 568,569 y 738 del Cód.Civ.

4.1.2) SUB CLASES DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO CULPABLE IMPUTABLE AL INCUMPLIDO.-

Esta primera clase de resolución que la estamos estudiando se la sub divide de la siguiente manera:

a) RESOLUCIÓN IMPLÍCITA.-

Es aquella que no esta establecida de forma voluntaria, sino que por disposición legal ya se encuentra insertada de forma implícita en todos los contratos bilaterales o sinalagmáticos. En nuestra legislación la tenemos expresada en el Art. 568 del Código Civil y sus efectos de dicho artículo se lo tramitarán ante autoridad jurisdiccional.

b) RESOLUCIÓN EXPRESA.-

Esta sub clase de resolución se la establece de forma consentida y expresa en los contratos bilaterales, mediante la cual los contratantes convienen que al solo incumplimiento de una de las prestaciones por cualquiera de las partes, se producirá de pleno derecho la resolución del contrato, sin necesidad de requerimiento alguno y de recurrir a los tribunales de justicia, ⁵⁶

El fundamento jurídico de este tipo de resolución esta básicamente en la autonomía de la voluntad, previsto en los Art. 454 y 519 del Código Civil.

⁵⁶ En la nota "41" del presente tema leer, en lo concerniente al pacto comisorio.

c) RESOLUCIÓN POR REQUERIMIENTO.-

Esta resolución esta prevista en el artículo 570 del Código Civil, manifestando claramente que " la parte que ha cumplido su obligación puede requerir a la parte que incumple mediante nota diligenciada notarialmente , a objeto de otorgarle un plazo no menor a quince días para que este pueda cumplir con su obligación y en caso de no cumplir éste, se dará por resuelto la relación contractural de pleno derecho. "

En lo referente al resarcimiento de los daños ocasionados al que cumplió, estos deben ser requeridos por ante juez competente.

d) RESOLUCIÓN NO PACTADA.-

Como su nombre indica, la presente resolución, se la opera de pleno derecho, aunque no se la ahiga pactado expresamente en el contrato, siempre que se demuestre que el plazo concedido al deudor para que éste cumpla con su prestación, sea esencial al acreedor y ese a ello no se ahiga cumplido con dicha obligación. ⁵⁷Dicha resolución opera de pleno derecho, cuando el término concedido a una de las partes para que éste cumpla, y dicho plazo es esencial en lo referente al acreedor, pero vencido dicho plazo no se llego a cumplir con dicha prestación. (Ver la excepción a esta regla en el parágrafo II, del artículo 571 del Código Civil.)

4.2) RESOLUCIÓN POR IMPOSIBILIDAD SOBREVINIENTE.-

Denominada por Messineo como resolución por incumplimiento involuntario por imposibilidad sobreviviente de la prestación, incumplimiento de la obligación que se efectúa por causas imprevistas e insuperable no imputable a las partes que imposibilitan la ejecución del contrato y motiva la aplicación de la teoría de los riesgos.

⁵⁷ Un ejemplo típico, es cuando se contrata a un bordador, para la confección de los disfraces en épocas de carnavales, si éste no lo confecciona antes del plazo o sea antes de la entrada, dicha resolución se la ejecuta de pleno derecho, por cuanto el referido plazo es esencial para el acreedor.

Esta clase de resolución es conocida según la doctrina francesa con el nombre de la "Teoría de los riesgos"⁵⁸

Para que prospere este tipo de resolución se requiere el cumplimiento de dos requisitos, uno *objetivo*,

Constituido por la imposibilidad absoluta y general de cumplimiento de la obligación, es decir que la prestación no puede ser materialmente ejecutada por nadie y el otro requisito es de carácter **subjetivo**, que se refiere a la conducta de las partes, en sentido de que el incumplimiento, no sea por causa imputable a ellos y consecuentemente que no se les pueda atribuir responsabilidad alguna. ⁵⁹

4.2.1) REGLA Y EXCEPCIONES DE LA TEORIA DE LOS RIESGOS.-

a) LA REGLA.- La regla de este tipo de resoluciones en la que el incumplido no se hace responsable por dicho acto, esta expresada en el Art. 577 del Código Civil que a la letra dice: "En los contratos con prestaciones recíprocas, la parte liberada de su prestación por la imposibilidad sobreviviente no puede pedir la contraprestación de la otra y deberá restituir lo que hubiere recibido. Las partes pueden, sin embargo convenir en que el riesgo esté a cargo del acreedor."

De la regla general precedentemente dicha, se extrae lo siguiente:

1. En principio el riesgo lo asume el deudor en lo referente al cumplimiento de la obligación, el cual queda liberado de la prestación debida por una imposibilidad sobreviviente, aspecto este que hace en todo caso que el acreedor, quede también liberado de su contraprestación: Ejemplo, en un contrato de obra si un albañil por causas no imputable a él no realiza o construye el bien inmueble que debería de construir, éste queda liberado de dicho compromiso, pero a su vez el acreedor queda liberado de pagar la retribución convenida.

⁵⁸ Con el fin de ampliar el estudio de la teoría de los riesgos, se recomienda al lector consultar la obra Resúmenes de Mazeaud, Ob cit anteriormente, de la lección XXI a la XXXII.

⁵⁹ Kaune, Walter Arteaga. Ob cit. Pág. 298.

- 2. En el supuesto que el albañil hubiese recibido un supuesto adelanto, debe de devolverlo al acreedor, por cuanto como se manifiesta anteriormente los efectos de la resolución son retroactivos (Art. 574 Cód.Civ.) y que no existe causa alguna que justifique que se lo deba pagar al albañil, sin haber realizado nada.
- 3. En relación a la regla de que el riesgo lo asume el deudor, las partes de mutuo acuerdo pueden acordar que el riesgo lo asume el acreedor. Por ejemplo en el supuesto caso de que el albañil no entregue su obra por causas insuperables, imprevistas, no imputables al albañil, no puede construir el inmueble convenido, en esta circunstancia el acreedor corre con el riesgo; de no entregar la cosa.
- 4. En las obligaciones de hacer, si la prestación es intuito personae, se produce la resolución por imposibilidad sobreviviente. Si el deudor de la prestación está objetivamente imposibilitado de cumplir con la misma y esa imposibilidad no le es imputable; en cambio si el hacer no es intuitu personae, se puede conseguir por medio del juez que un tercero realice la prestación prometida a costa del incumplimiento.

b) EXCEPCIÓN A LA REGLA DE LOS RIESGOS.-

Los principios contenidos en la regla de la teoría de los riesgos, que dispone que el deudor asuma el riesgo hacen excepción en los siguientes casos:

TRANSFERENCIA DE COSAS CIERTAS Y DETERMINADAS.-

Frente a los Arts.379 y 577 del Cód.Civ. que dicta la regla de que el riesgo es para el deudor, tenemos la excepción establecida por el 579 inc I del Còd. Civ. que dispone, que tratándose de contratos traslativos o constitutivos de un derecho real y que tengan por objeto una cosa cierta y determinada, no sujeta a modalidades, el riesgo es para su dueño que resulta ser el adquirente, en virtud del principio de que , en estos tipos de contratos la transferencia de la

propiedad se opera sólo consensos, es decir por el simple consentimiento de las partes contratantes, convirtiéndose el adquirente en propietario aunque la cosa no haya sido entregada ni el precio pagado, de cuya consecuencia si la cosa perece , si pierde para su dueño que es el adquirente, quien no obstante seguirá reatado a su compromiso, pagar el precio por ejemplo si se trata de un contrato de compraventa.

TRANSFERENCIAS DIFERIDAS.-

En los contratos en los que la transmisión de la propiedad está diferida, el enajenante sigue siendo propietario por lo que él asume el riesgo y queda liberado de entregar la cosa si el perecimiento no le es imputable, pero a su vez el adquirente queda relevado de pagar la contraprestación.

TRANSFERENCIA DE COSAS EN GÉNERO.-

La transferencia de cosas en género no se opera mientras no sean individualizados y si perecen antes de tal operación el riesgo lo asume el enajenante quien sigue siendo propietario de ellas, pero queda liberado de entregarlas y el adquirente a su vez queda relevado de tener que pagar el precio o la contraprestación ofrecida.

Sin embargo, el momento en que el enajenante las convierte en cosas ciertas y determinadas, a través de la individualización o especificación, se opera la transferencia de la propiedad, en cuyo caso se aplica lo previsto por el parágrafo primero del artículo 579 del Código Civil en sentido de que la cosa perece para su dueño, que resulta ser el adquirente, quien por tal efecto no queda liberado de cumplir con la contraprestación.

TRANSFERENCIA SUJETA A CONDICIÓN SUSPENSIVA.-

La transferencia del derecho de propiedad bajo condición suspensiva, no se opera mientras no se produzca el acontecimiento futuro e incierto del cual depende el nacimiento del derecho, por cuya virtud si la cosa perece por causas no imputables al enajenante, estando pendiente dicha condición, el riesgo lo asume

Favio Chacolla Huanca

éste, quien sigue siendo propietario, por cuya razón queda liberado de la obligación asumida de entregar la cosa que pereció y a su vez el adquirente se libera de la contraprestación asumida.

TRANSFERENCIA SUJETA A CONDICIÓN RESOLUTORIA.-

La transferencia de un derecho bajo condición resolutoria, se opera en el momento mismo de celebrarse el contrato, en su mérito el adquirente es el propietario hasta que se produzca ese acontecimiento futuro e incierto del cual depende la resolución del derecho, por lo que si la cosa perece el riesgo lo asume el adquirente quien la perderá sin derecho a recibir la devolución de lo pagado quedando la otra parte liberada de su contraprestación.

En resumen de todo lo expuesto con relación a la resolución de contrato por imposibilidad sobreviviente se manifiesta lo siguiente:

- 1) En la resolución por imposibilidad sobreviviente, la regla genérica es que el riesgo lo asume el deudor.
- 2) En los contratos traslativos del derecho de propiedad o constitutivos de derechos reales, el riesgo lo asume el dueño, (res perit dominio), la cosa se pierde para su dueño, quedando la otra parte liberada de su obligación.
- 3) El inciso I del artículo 579 del Código Civil, regula la excepción a la regla precedentemente indicada al disponer que cuando se trata de cosas ciertas y determinadas el riesgo lo asume el adquirente quien no recibe la cosa objeto del contrato pero sigue obligado a cumplir con la contraprestación convenida.

5.- RESOLUCIÓN POR EXCESIVA ONEROSIDAD.-

La resolución por excesiva onerosidad, conocida en el derecho Francés con el nombre de "teoria de la imprevisión o de la imprevisibilidad ", tiene como fundamento jurídico ser una institución que restablece el equilibrio de las prestaciones, a través de la imposición de los principios esenciales que informan y

78

presiden la celebración de los contratos constituidos por la justicia conmutativa y la equidad.

Esta resolución se la aplica a los contratos bilaterales de tractu sucesivo y de carácter conmutativo cuando se produce un desequilibrio entre las prestaciones, es decir cuando por causas imprevisibles la prestación de una de las partes se hace muy gravosa, mientras que la otra tiene una ventaja injustificada.

El ordenamiento legal en tales circunstancias, restablece el equilibrio de las prestaciones sacrificando la estabilidad de los contratos en aras de la vigencia de los referidos principios esenciales del derecho y de la contratación.

La resolución no opera de pleno derecho, sino que las partes tienen que pedir al juez que restablezca el equilibrio si es posible o que pronuncie la resolución del contrato en cuyo caso no podrá imponer el pago de daños y perjuicios en atención a que el desequilibrio de las obligaciones no se debe a causas imputables a las partes.

La demanda prospera siempre que la obligación no haya sido cumplida y que el incumplido no haya caído en mora.

En caso de resolución por excesiva onerosidad, la parte demandada, es decir la beneficiada por el desequilibrio sobreviviente de las prestaciones, puede dar por concluido el juicio proponiendo al juez un reajuste equitativo de su prestación.

<u>La resolución por excesiva onerosidad</u> no prospera en los contratos aleatorios, (Art. 583 Cód.Civ.) Sino sólo en los conmutativos en los que las parte saben de antemano las ventajas o pérdidas que les puede deparar el negocio que van a realizar.

6) COMENTARIO A LAS TRES CLASES DE RESOLUCIONES.-

Según Francisco Messineo, el fundamente jurídico de estos tres tipos de resoluciones, por incumplimiento culpable, por dificultad en el cumplimiento y por excesiva onerosidad, radica en el causa, criterio este que nosotros no compartimos toda vez que como

Favio Chacolla Huanca

señalamos oportunamente, la causa es un elemento necesario para la formación del contrato y no para el cumplimiento de sus efectos; además el empleo de la causa para justificar los efectos de estas tres instituciones diferentes no es apropiado bajo los siguientes criterios:

- -La resolución por *incumplimiento culpable e imputable al incumplido* conlleva la imposición de daños y perjuicios y su fundamento radica en ser, una reparación para quien cumple con sus obligaciones y una sanción para el incumplido.
- La resolución *por imposibilidad* en el cumplimiento no admite el resarcimiento de daños y perjuicios, porque no hay culpa y su fundamento se encuentra en la voluntad tácita de los contratantes.
- La resolución por *excesiva onerosidad* tiene la función de restablecer el equilibrio en las prestaciones siendo su fundamento jurídico la supremacía de los principios esenciales del derecho, sobre la estabilidad de los contratos.

80

TEMA Nº 8 RESCINDIBILIDAD DE LOS CONTRATOS

1) CONCEPTO.-

La rescisión tiene por objeto quitarle validez a los contratos⁶⁰, Carlos Morales Guillen manifiesta; "La rescisión por principio ha de entenderse como una de las formas de disolución de los contratos, tal disolución por regla general, es efecto del mutuo consentimiento de las partes⁶¹ .También procede esta forma de disolución del contrato por las causas que la ley señala." Estas causales de rescidibilidad de los contratos surgen en el momento de su formación al igual que las causales de nulidad. Sin embargo sus efectos son diferentes.

2) CAUSALES DE RESCISIÓN.-

Existen dos tipos de causales, de rescisión:

- La rescisión por estado de peligro
- La rescisión por lesión

 $^{^{60}}$ Cabanellas, Ob.cit Tomo VII, pág. 177

⁶¹ **Morales,** Carlos Guillen. Ob cit. Esta autonomía de la voluntad esta preceptuado en el art. 519 del Cód.Civ., y la misma no solamente reposa sobre consideraciones individualistas, sino que dicha autonomía de la voluntad tiene su fundamente moral, económico y social.

3) LA RESCISIÓN POR ESTADO DE PELIGRO.-

El estado de peligro y condiciones inicuas, ⁶² que origina la rescindibilidad del contrato y legitima el ejercicio de la acción de rescisión, consiste en el hecho de que el motivo determinante de la conclusión del contrato y de la asunción de la obligación ha sido, para una de las partes, la necesidad conocida por la contraparte de salvarse a si misma (o salvar a otro) del peligro actual de un daño grave a la persona (contrato necesitado) y además en el hecho de que la obligación ha sido asumida en condiciones contrarias a la equidad . ⁶³ ⁶⁴

La figura expuesta en el Art. 560 del Cód.Civ. como hipótesis, cuya fuente es el Art. 1447 del Cód.Civ. Italiano, consiste prácticamente en la obligación de efectuar a otro una prestación (casi siempre pecuniaria) en compensación de la obra prestada (facere) a favor del obligado (o de otra persona) en peligro: prestación que es desproporcionada al valor de la contraprestación (ejemplo, un cirujano que, en un caso en que hubiera sido requerida con urgencia su intervención, la subordinara a la promesa de un honorario excesivo).

El juez aun pronunciando la rescisión, puede en vista de las circunstancias, asignar a la otra parte una compensación equitativa por la obra que ha prestado.

 $^{^{62}}$ $\pmb{Messineo},$ Francisco. Teoría General de los Contratos. Tomo I, Pág. 290 "es así como este autor , denomina a este tipo de rescisión"

⁶³ Arteaga, Walter Arteaga, en su obra. Teoría General y los principales contratos. Pág. 340, Manifiesta que el art. 560 del Cód. Civ. tiene su fuente en el art. 500 del Cód. Civ. Italiano y, sostiene que el elemento configurador del estado de peligro, es la necesidad de salvarse a si mismo. Nuestra legislación es más amplia porque no solamente hay estado de peligro cuando el motivo determinante del contrato es la necesidad de salvarse a si mismo, sino también la de salvar a terceras personas, salvaguardar el patrimonio propio o el de terceras personas.

⁶⁴ El estado de peligro a que se alude en el art. 560 del Cód. Civ. se refiere al estado de necesidad cuya fuente es el Código Penal Italiano en su art. 2045 en el cual se hablaba " de la necesidad de salvarse a sí mismo o salvar a otro del peligro actual de un daño grave a la persona : peligro no voluntariamente causado por él ni evitable de otro modo y se refiere además al estado de peligro voluntariamente causad o evitable que produce igualmente una disminución en la libertad del querer, aunque no determine una condición de impunibilidad (desde el punto de vista penal) En nuestra legislación , se traduce en el campo penal en su art. 12.del Código Penal

Como se puede ver, se está aquí en un orden de hechos próximo a la acción psíquica (temor) ejercitada sobre el sujeto por la violencia.

Pero en el caso presente al margen del temor, deben concurrir otros dos elementos, el conocimiento (de la contraparte) del estado de necesidad y la iniquidad de las condiciones bajo las cuales se ha asumido la obligación , es decir, un elemento subjetivo (proveniente de la contraparte) y un elemento objetivo. Por consiguiente la violencia y el estado de peligro difieren entre sí.⁶⁵

4) RESCISIÓN DEL CONTRATO POR LESIÓN.-

4.1) CONCEPTO.-

La lesión es el perjuicio económico que sufre una persona al realizar un contrato, por su ligereza, inexperiencia, ignorancia o necesidad en que se encuentra, que le coarta su libertad de determinación y que es aprovechada o explotada por la otra parte contratante en su propio beneficio. 66 Para Capitant, la lesión es "el perjuicio que se experimenta por la celebración de un contrato conmutativo, cuando, por causa de un error de apreciación o bajo la presión de las circunstancias se acepta cumplir una prestación de valor superior al de la que se recibe" 67

Giorgi, denomina lesión, "al daño que en un contrato a título oneroso se deriva del hecho de no recibir el equivalente de lo que se da", Josserand manifiesta que es "el perjuicio sufrido por uno de los contratantes, en razón de las cláusulas mismas que firman en el convenio y que reside esencialmente en una desigualdad de trato entre las partes; es una falta de equilibrio de la operación que se inclina claramente de un lado, con detrimento de otro"68

⁶⁵ Messineo, Francisco. Ob cit. Pág 291

⁶⁶ Kaune, Walter Arteaga. Ob cit Pág. 341

⁶⁷ Morales, Carlos Guillen Ob cit Tomo I. Pág. 812 " quien cita a Capitan, de dicho concepto de lesión se extrae fundamentalmente que solamente existe lesión en los contratos conmutativos, vale decir en los que existe tradición, como ser la venta y la permuta"
⁶⁸ Ambos autores son citados por Morales Guillen en la obra citada, Tomo I.

4.2) TEORÍAS SOBRE LA LESIÓN.-

4.2.1) PRIMERA TEORÍA.- (SUBJETIVA)

Esta teoría considera a la lesión un vicio del consentimiento semejante al error o a la violencia, de tal manera que uno de los contratantes sufre un perjuicio que tiene como causa su ignorancia, inexperiencia o estado de necesidad por un momento de apuro económico y moral que le obliga a consentir, padeciendo un vicio en su voluntad que no se manifiesta libremente.

4.2.2) SEGUNDA TEORÍA.- (OBJETIVA)

Esta teoría considera a la lesión como vicio fundamentalmente objetivo y no vicio del consentimiento. Acepta el criterio matemático, porque romper la equivalencia de las prestaciones de modo que una parte obtiene un lucro excesivo y la otra sufre un perjuicio, por efecto de la notoria desproporción ente las prestaciones de ambas partes.

COMENTARIO.- Esta teoría es la de la práctica del Derecho romano y el Derecho francés, seguido por el Cód. Abrog de 1831, en dicho código la lesión no originaba la nulidad del contrato, sino la rescisión del mismo, porque no se admitía la existencia de vicio alguno y que la voluntad se habría manifestado libre y ciertamente. Se atendía a la naturaleza simplemente objetiva de la lesión.⁶⁹

4.2.3) TERCERA TEORIA.- (MIXTA)

En el Cód.Civ. abrogado de 1831, cuyo modelo era el francés, la acción fue limitada a favor del vendedor solamente.

⁶⁹ Planiol, Ripert y Bonnesase, estiman que es indiferente llamar a la acción como causa de rescisión o de nulidad, aunque consideran que es mas propio llamarla como acción de nulidad. Asimismo el derecho Romano, concebía a la acción de rescisión por la lesión al vendedor y al comprador y únicamente para el contrato de compraventa.

Dicha teoría considera a la lesión un vicio tanto subjetivo como objetivo a la vez, porque requiere la existencia de dos condiciones:

Objetivo.- Constituido por el perjuicio económico que debe ser de más de la mitad, la desproporción notoria en el valor de las prestaciones.

Subjetivo.- Representado por la inexperiencia, ligereza, ignorancia y necesidad que coarta la libertad del contratante perjudicado.

Básicamente esta es la teoría que se aplica en nuestra legislación, tal cual lo previsto en el Art. 561 del Código Civil. ⁷⁰ y el desarrollo de esta teoría se debe fundamentalmente a los Cód. Alemán y Suizo de los cuales en Latinoamérica el primero de los que adopto dicha teoría fue el Cód. Mexicano de 1928 y posteriormente los demás.

4.3) LA LIBERTAD CONTRACTUAL.-

En principio manifestaremos que no vamos a realizar en el presente título las extensas y dilatadas discusiones que el instituto ha causado, particularmente en defensa de la libre concurrencia contractual, es por ello que simplemente citaremos lo expresado por Portalis el cual con relación al punto expresa: "toda lesión practicada conscientemente es un acto de injusticia bajo el punto de vista moral, lo que impone restablecer la acción rescisoria, por causa de lesión que ha de juzgársela conforme con las leyes de la justicia, como con los principios económicos y políticos. Así lo expresa también los Arts. 519, 563 y 566 del Cód.Civ.

4.4) CONTRATOS A LOS QUE NO SE APLICA LA LESIÓN.-

Los contratos excluidos del régimen de la lesión son los siguientes:

⁷⁰ El art. 561 del Cód. Civ. reglamenta la materia con el criterio de esta teoría, combinando el elemento subjetivo (necesidades apremiantes, ligereza o ignorancia de la parte perjudicada), con el elemento objetivo (desproporción superior a la mitad de la prestación). Extiende sus efectos a todos los contratos y cualquiera de las partes contratantes que resulte perjudicada. (comprador o vendedor en el caso de la compra venta) Morales, Carlos Guillen Ob cit.

Favio Chacolla Huanca

- 1) Los contratos aleatorios, que son aquellos, en los que las partes no saben de antemano las ventajas o pérdidas que el negocio les ha de deparar, Art. 910 Cód.Civ.
- **2)** A los contratos a título gratuito, donde las ventajas son para una sola de las partes contratantes y la otra parte tiene conciencia de que está haciendo un acto de liberalidad,Art. 655 Cód.Civ.
- **3)** La transacción, que es un contrato por medio del cual las partes evitan o ponen fin a un pleito haciendo concesiones recíprocas, a los derechos que alegan, Art. 945 Cód.Civ.
- **4)** A las ventas judiciales, tanto forzosas como voluntarias, porque la publicidad y formalidades con la que se realizan no permiten que surjan la causales que configuran la lesión Art. 1481 Cód. Civ.
- **5)** En los contratos mercantiles, por expresa disposición contenida en el Art. 825 del Cód de Comercio.

4.5) MOMENTO DE APRECIASIÓN DE LA LESIÓN.-

Los elementos objetivos-subjetivos, que configuran la lesión se los tiene que apreciar en el momento en que surge el contrato. Sin embargo en el contrato de opción, la lesión se aprecia en el momento en que la parte que tiene la facultad exclusiva e irrevocable de elegir, tal cual lo previsto por el Art. 563 del Cód.Civ.

4.6) DISPOSICIONES COMUNES A LA LESIÓN Y AL ESTADO DE PELIGRO.-

Dichas disposiciones son las siguientes:

- a) Tanto la acción de rescisión por lesión como pro el estado de peligro, prescriben a los dos años desde el momento de la conclusión del contrato. De igual modo la excepción rescisoria, prescribe en el mismo plazo.
- **b)** Frente a cualquiera de estas acciones, ya sea por estado de peligro o por lesión el demandado tiene la facultad de terminar

86

el juicio, ofreciendo modificar la contraprestación reconduciéndola a su equidad.

- **c)** La acción de rescisión no afecta a terceros de buena fe, pero si la demanda de rescisión, ha sido inscrita en Derechos Reales y con posterioridad a esta se ha hecho la transferencia, esta queda afectada por la rescisión.
- d) Si la acción rescisoria ha pasado en autoridad de cosa juzgad, el demandado tiene la facultad de pagar el suplemento y quedarse con el bien objeto de la acción o en su defecto devolver el bien recuperando la prestación que hizo más los gastos de transferencia.
- e) No se admite la renuncia anticipada por la acción rescisoria, como tampoco tiene valor la cláusula que estipule que, en caso de lesión en el contrato, la diferencia que motiva el perjuicio se dona a la parte que se beneficia con ella. Esta prohibición precautela la libre expresión de la voluntad de las partes.
- **f)** La rescindibilidad no admite confirmación, necesariamente las partes tendrán que optar por pagar el complemento o en su defecto celebrar un nuevo contrato que no contenga los mismos.⁷¹

87

itti Ai teaga. Ob eit.

⁷¹ **Kaune**, Walter Arteaga. Ob cit.

TEMA Nº 9

MODALIDADES DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA

1) INTRODUCCIÓN.-

La compra venta, al igual que los demás contratos, pueden estar sometidas a modalidades que alteren sus efectos normales, impuestas por la voluntad de las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Dichas modalidades o pactos, son tan numerosos como las modalidades que pueden concebir el ser humano en su libre voluntad, pero en lo referente al contrato de compra venta, según la doctrina se la identificado dos clases de modalidades:

a) LAS MODALIDADES GENERALES .-

Básicamente son la condición y el término o plazo, se denomina modalidades generales, por que se las puede aplicar a cualquier tipo de contrato, tanto típico como atípico

b) LAS MODALIDADES ESPECÍFICAS.-

Son las modificaciones a los efectos naturales de la compra venta, por las que el derecho de propiedad de la cosa vendida no se transfiere de inmediato o no se observa en su celebración, los elementos ordinarios de la contratación.

Dentro de estas modalidades, las cuales están previstas en nuestro ordenamiento jurídico tenemos, el contrato preliminar de compraventa, que sienta las bases para la celebración del contrato definitivo de venta (Art. 463 Cód.Civ.), la compra venta con reserva de propiedad (Art. 585 Cód.Civ.), que modifica la atribución del riesgo, asiendo que el riesgo lo asuma el comprador. no obstante no ser aún propietario de la cosa comprada: la venta de cosas: ajenas, futuras, en género, sujetas a prueba, a satisfacción y a condición suspensiva, (arts. 595,594,586, 587,579 inc 4), respectivamente del Código Civil.) y (Art. 835 y 836 del Cód. de Com.) que retrasan la transferencia del bien vendido, la compraventa consigo mismo y por persona a nombrar, que releva la intervención física y personal de alguna de las partes en virtud de la representación (Arts. 471,472 del Cód.Civ.) de la opción de venta o de compra (Art. 464 del Cód.Civ.) que confiere la facultad exclusiva e irrevocable al optatario comprador o vendedor para adquirir o transferir respectivamente un determinado bien por el precio y condiciones estipuladas, la venta con cláusula resolutoria expresa y penal (Art. 569 y 532 del Cód.Civ.) que produce la resolución de pleno derecho de la venta por el incumplimiento culpable de una de las partes con la estimación anticipada de daños v perjuicios moratorios o compensatorios .72

La regla es que los efectos naturales del contrato de compra venta, produzcan la transferencia de la cosa vendida por el solo consentimiento de las partes, aunque la cosa no haya sido entregada ni el precio pagado. Esto es lo normal, mas las partes, dentro de la autonomía de la voluntad, tienen la facultad de modificar esos efectos ya sea mediante las modalidades de los actos jurídicos; el plazo y la condición que son aplicables a todos los contratos o por medio de las modalidades específicas que el

⁷² Kaune, Walter Arteaga. Ob cit Pág. 447 y 448 .

legislador ha previsto para la compra venta, enunciada precedentemente.

2) VENTA CON PACTO DE RESCATE.-

Esta modalidad específica de la compra venta esta prevista en los Arts 641 al 650 de nuestro Código Civil, pero cabe aclarar que en relación a la denominación de dicha modalidad, la misma no es uniforme en todas las legislaciones, tal es así que la legislación Argentina, Uruguaya, la denominan *retroventa*, en cambio la Polonia, la identifica como *recobro* y la Italiana y Francesa *rescate*, terminología que nuestra legislación positiva rescata en su artículo 641.73

2.1) CONCEPTO.-

El profesor Capitant sostiene que el pacto de rescate "es aquélla por la cual el vendedor se reserva el derecho de volver a adquirir la cosa vendida, restituyendo al comprador el precio y gastos de su compra en un plazo convenido".

Nuestro legislador en el Art. 641 del Código Civil, da una noción similar a la de Capitant, al manifestar que el pacto de rescate es aquel acto mediante el cual "el vendedor puede reservarse el derecho a rescate de la cosa vendida, mediante la restitución del precio y los reembolsos establecidos" artículo que esta concordado con el Art. 645 de dicho cuerpo legal, en el cual se aumenta un tercer gasto que se debe restituir (pero no de forma obligatoria) y estos son "los que hayan incrementado el valor de la cosa", gastos que no están en el concepto de Capitant.

Messineo, considera que el pacto de rescate o retracto, "implica que el vendedor puede readquirir la propiedad de la cosa, mediante restitución del precio y algunos reembolsos"

⁷³ Messineo, Francisco. En su Ob. Cit. Teoría General de los contratos, realiza una diferencia entre pacto de rescate y retroventa, manifestando que este último consiste en un compromiso de recontratar la venta o la compra, concluida ya, sin sujetarse a plazos y sin los efectos que el rescate tiene para los subadquirente. No pasa de ser un compromiso para volver sobre el negocio efectuado invirtiendo los papeles de los contratantes, luego del aviso oportuno (pactado). En cambio el pacto de rescate, responde a otros términos tal cual se observa en las definiciones citadas, en el presente texto.

2.2) NATURALEZA JURÍDICA DEL PACTO DE RESCATE.-

Básicamente la presente modalidad, esta en función a dos fundamentos, una es la *libertar contractual*, aspecto este que ya se estudio en el tema relativo al consentimiento y el otro fundamento es la *condición resolutoria*, la cual Pothier la explica de la siguiente manera: "En un pacto de rescate, no hay nueva venta, sino una simple cláusula resolutoria, bajo la cual fue pactada la venta y por la cual se conviene que queda a merced del vendedor, resolver el contrato."

En nuestra legislación nacional la basta jurisprudencia entiende también que la venta con pacto de rescate, en el fondo es una venta sujeta a condición resolutoria, así por ejemplo:

-"Importa una venta bajo condición resolutiva, por la cual el vendedor se reserva el derecho al rescate de la cosa vendida, subordinado el hecho incierto de que en el término estipulado ejercite o no su facultad (Art. 641 del Código Civil) Min. Relator. Dr. Luis Adolfo Siles Salinas. A.S.No 35 de 31 de enero de 1994 años.⁷⁴

2.3) TÉRMINO.-

El plazo legal para ejercitar la facultad de rescate de la cosa vendida es de un año para los bienes muebles y de dos para los inmuebles. Estos plazos son perentorios, de ahí que las partes no pueden estipular un término mayor si lo hacen éste queda reducido automáticamente al término legal, tal cual lo previsto en los Arts. 642 y 1514 del Código Civil

2.4) CADUCIDAD DEL DERECHO.-

El derecho de rescatar que se reserva el vendedor, caduca si en el plazo previsto en el contrato, el cual como se manifestó no puede ser superior al previsto en el art. 642, no reembolsa el precio, los

⁷⁴ Fuentelsaz , Mauricio. Código Civil. Edición 2005, Editorial ROGO Color , Cochabamba Bolivia, jurisprudencia citada en relación al art. 641, Tomo I, Pág. 348.

gastos de la venta y otras impensas que hubiere efectuado el comprador.

Pero puede ocurrir que el comprador se rehusé a recibir la obligación, o se esconda, en este caso el parágrafo II, del Art. 644, del Cód.Civ. Indica que luego de rechazada la obligación por parte del comprador, el vendedor tiene un plazo de ocho días para iniciar un proceso de oferta y consignación, si no lo realiza en este plazo, su derecho de igual manera caduca, pero esta vez no por incumplimiento, sin por una negligencia procesal. ⁷⁵

De igual manera podría ocurrir que el comprador para eludir su obligación de restituir la cosa, realice gastos enormes e injustificados de tal manera que el vendedor se vea imposibilitado de reembolsarlos, en este caso el juez, de acuerdo con las circunstancias y la equidad, está facultado par estimar los gastos que deben ser restituidos por el vendedor, salvaguardando los derechos del mismo, que no deben ser menoscabados por el comprador.

2.5) EFECTO DEL RESCATE RESPECTO A SUBADQUIRENTES.-

Básicamente , en una venta con pacto de rescate, la venta en si se llega a perfeccionar, toda vez que se cumple lo preceptuado por el Art. 583 del Código Civil, en este caso se puede dar la situación de que el propietario (comprador) transfiera dicho bien a terceras personas, , en tal circunstancia, se aplica lo previsto en el Art. 646 del Cód. Civil, bajo el siguiente fundamento.

El pacto de rescate no es sino una condición resolutoria y como tal tiene carácter retroactivo, emergente de ello cuando se resuelve el derecho del comprador se resuelve también el derecho de los sub adquirente, siempre claro esta que el pacto de rescate sea oponible a terceros, para lo cual se debe dar cumplimiento a lo previsto por el artículo 1538 del Código Civil.

 $^{^{75}}$ La oferta esta prevista en el art. 329 y siguientes del Cód. Civ. y la consignación en el art. 331 y siguientes del mismo cuerpo legal.

En relación a las cargas hipotecarias o anticresis, constituidas por el comprador, estos gravámenes también desaparecen por efecto de la condición resolutoria, y bajo los mismos argumentos expuestos anteriormente.

2.6) VENTA CONJUNTA DE COSA INDIVISA.-

Si la cosa vendida con pacto de rescate se la ha efectuado en lo indiviso por varias personas y mediante un solo contrato, o se la a vendido por una sola persona, pero deja a varios herederos, cada uno puede ejercer el rescate sobre la cuota que le corresponde.

De igual manera el comprador, puede exigir que todos los vendedores o todos los herederos ejerzan conjuntamente el rescate (entendiéndose básicamente por esta disposición el cumplimiento total de la condición resolutoria y no la participación física de los vendedores).

2.7) VENTA SEPARADA DE COSA INDIVISA.-

Si cada vendedor realizo la venta de la cosa indivisa por separado, de igual manera cada uno de los copropietarios puede ejercer el rescate sólo por su cuota no pudiendo el comprador exigir que todos los copropietarios cumplan con su obligación. Disposición prevista en el Art. 650 del Código Civil, concordante con el Art. 649 del mismo cuerpo legal.

2.8) RESCATE CONTRA HEREDEROS DEL COMPRADOR.-

Si el comprador ha dejado varios herederos el rescate puede pedirse contra cada uno de ellos por la parte que les corresponda aun cuando la cosa vendida esté indivisa.

Cuando la cosa vendida sea asignada íntegramente a uno de los herederos, el rescate puede ejercerse totalmente contra dicho heredero. ⁷⁶

 $^{^{76}}$ Lo previsto en el artículo 1023 del Código Civil es aplicable a dicha disposición, siempre que sea necesario y con el fin de acelerar el proceso.

3) VENTA CON ARRAS.-

La venta con arras , es el contrato en virtud del cual el comprador entrega al vendedor cierta suma de dinero o bienes fungibles , ya sea para reforzar el cumplimiento de la compra venta (arras confirmatorias) o para reservarse la facultad de retractarse de él (arras penitenciales), de pendiendo la suerte de tales bienes de la conducta posterior de los contratantes, el comprador los perderá si se arrepiente o el vendedor en caso contrario, los devolverá en el doble a menos que cualesquiera de las partes prefiera exigir el cumplimiento directo o la resolución del contrato de compraventa con la imposición de daños y perjuicios, si se trata de arras confirmatorias y no así en el caso de las penitenciales, cuya función específica es de conferir a las partes la facultad de retractarse del contrato.

3.1) CONCEPTO.-

Arras es " lo que se da en prenda o seguridad del cumplimiento de un contrato", se entiende como sinónimo de arras a la palabra seña"⁷⁷

Consiste en la entrega o depósito de una cosa fungible (generalmente dinero efectivo), en poder del otro contratante o de un tercero, en señal de un contrato que se ultima, con el fin de confirmar el contrato o de asegurar su ejecución, convirtiéndose, en caso de falta de cumplimiento en liquidación de daños. También se la emplea con el fin de procurar a una u otra parte o ambas la facultad de desistir del contrato. ⁷⁸

3.2) CLASES DE ARRAS.-

De lo manifestado anteriormente, resultan tres especies de arras:

a) ARRAS CONFIRMATORIAS.-

⁷⁷ Cabanellas, Guillermo. Ob cit Tomo I. Pág. 366

⁷⁸ Morales, Carlos Guillen. Ob cit. Tomo I, Pág. 767.

En un contrato de compraventa con este tipo de arras o seña, la misma puede consistir en una determinada suma de dinero o bienes fungibles, con el fin de reforzar el cumplimiento del contrato.

El destino de tales dineros o bienes depende accesoriamente de la conducta posterior de las partes contratantes quienes pueden exigir el cumplimiento de lo acordado en base a lo previsto por el Art. 568 del Código Civil. En su defecto en forma accesoria quien dio esos dineros o bienes deberá conformarse con perderlos si es el quien se retractó y quien los recibió deberá devolverlos en el doble si es éste quien se retracta de la compraventa. ⁷⁹

b) ARRAS PENITENCIALES.-

El contrato de compra venta con arras penitenciales es aquel en virtud del cual las partes se reservan el derecho de retractarse de la venta perdiendo los dineros o bienes, quien los dio o devolviendo el devolviendo el doble quien los recibió, sin derecho alguno a exigir el cumplimiento directo de lo pactado o intentar la resolución del contrato (Art. 538 del Cód.Civ.)

⁷⁹ Messineo, Francisco. Considera que la diferencia entre las arras confirmatorias y la cláusula penal, esta en que la cláusula penal es una promesa de dar (una obligación a futuro) y las arras es una prestación efectiva y anticipada), pero en el fondo ambas buscan asegurar el cumplimiento de lo pactado.

Se recomienda leer lo previsto en los artículos 532 al 536 del Código Civil , en relación a la cláusula penal.

TEMA Nº 10

LA PERMUTA

1) CONCEPTO.-

Antes de ingresar al estudio específico del contrato de permuta, consideramos necesario citar algunos conceptos que se llegaron a desarrollar en el transcurso de su propia evolución, es en tal sentido que León Mazeaud sostiene que : "la permuta es el contrato por el cual dos personas se transmiten recíprocamente un derecho, los derechos así transmitidos no recaen , al menos en su totalidad, sobre una suma de dinero"80

⁸⁰ Mazeaud, León. Ob cit. Pág. 496 "dicho autor, tratando de diferenciar a la compra venta con la permuta sostiene que: la compraventa se ha separado de la permuta, único contrato, en su origen , traslativo de propiedad , por la estipulación de un precio en dinero a cargo de una de las partes, Por ello sigue siendo distinto, la permuta no se traduce en dos ventas cuyos precios se abonarían por compensación"

$TF \cap R^{\dagger}$	Δ	GENERA	Τ	DEIOS	CONTR	ATOS

Capitant, sostiene que "la permuta es un contrato por el cual, los contratantes se transfieren respectivamente una cosa o derecho por otra cosa o derecho. Se distingue de la venta en que en ésta, la cosa o el derecho es transferido por un precio en dinero"

Messineo, la define como "el contrato por el cual dos personas se transmiten respectivamente un derecho. Los derechos transmitidos así, no recaen , al menos en cuanto a la totalidad, sobre una suma de dinero".81

Finalmente citaremos la noción que nuestro legislador nos da con relación a la permuta, en el artículo 651 que a la letra dice. "La permuta es un contrato por el cual las partes se transfieren recíprocamente la propiedad de cosas o intercambian otros derechos" (concordado con los arts. 867 y 868 del Código de Comercio)

De esta última noción de permuta , comparando con las otras conceptualizaciónes extraemos que la permuta no solamente se la relaciona cuando se trata de intercambiar bienes o cosas, sino también derechos, derechos que como lo manifestamos en el tema uno de la presente obra deben ser necesariamente patrimoniales.

2) ANTECEDENTES DE LA PERMUTA.-

Comenzaremos diciendo que la permuta es el instrumento jurídico más primitivo del cual el hombre se valió para lograr el intercambio de productos, si bien no se lo conoció con dicha denominación, es usual escuchar como sinónimo de este tipo de contrato al denominado cambalache o trueque.

Ya en las XII tablas estaba legislado el presente contrato, no es de extrañar lo expresado en la tabla I), en el cuál Paulo lanzó una proclama "en la permuta cada cosa es precio de la otra"

Hasta antes de la aparición del dinero,⁸² como un medio de tasar el valor de las cosas, la permuta era el contrato hegemónico y de

⁸¹ Morales, Carlos Guillen. Ob cit Tomo I, Pág. 925.

⁸² Ya en el año 1100 a.C. circulaban en China miniaturas de cuchillos de bronce, hachas y otras herramientas utilizadas para reemplazar a las herramientas verdaderas que servían de

Favio Chacolla Huanca

mayor uso en las sociedades antiguas, perdiendo vigencias recién en el siglo XVI, cuando se llega a usar en la economía el papel moneda, invención que facilita enormemente el comercio entre las personas y los países.

Pero no por ello vamos a considerar que el contrato de permuta no es un acto jurídico vigente, mas al contrario basta observar la sección de clasificados de los distintos periódicos de circulación nacional, para observar que existen varias personas que ofrecer permutar sus cosas, e incluso sus cargos o derechos.

Es en función a estas consideraciones que consideramos importante que el futuro profesional abogado, tenga un dominio y conocimiento de este tipo de contrato, es por ello que en el presente tema lo estudiaremos de forma detallada y sistemática.

medio de cambio. Las monedas hechas con una aleación de oro y plata aparecieron por primera vez en el siglo VI a.C. en el distrito de Lidia, en Asia Menor, que era en aquella época un importante país industrial y comercial. Este dinero era genuinamente dinero material, cuyo valor venía determinado por su contenido en metales preciosos. Las monedas proliferaron rápidamente en todos los países desarrollados del mundo. Tanto los monarcas como los aristócratas, las ciudades y las instituciones empezaron a acuñar dinero con su sello identificativo para certificar la autenticidad del valor metálico de la moneda. Algunas de las primeras monedas tenían una composición muy estable, como es el caso del dracma emitido en Atenas en el siglo VI a.C. y cuya composición era bastante estable, con un contenido en torno a los 65-67 granos de plata fina, o como la redonda qian moneda china de cobre aparecida en el siglo IV y que se mantuvo como moneda oficial durante dos mil años. Sin embargo, las monedas siempre se limaban o recortaban para sacar el metal precioso que contenían, por lo que las autoridades que las emitían estaban tentadas a rebajar la acuñación asegurándose beneficios a corto plazo al reducir el contenido de metales preciosos. Las monedas de baja calidad de bronce o cobre eran, de hecho, dinero fiduciario, cuyo valor dependía principalmente del número de monedas de oro o cobre por las que se podían intercambiar. Las monedas de oro y plata solían circular fuera del país que las emitía dado su valor intrínseco; así, el peso de plata español, cuyo material provenía de las minas del Perú y de México, se convirtió en una moneda de uso corriente en China a partir del siglo XVI.Una vez creadas, las monedas originaron un sistema monetario cuvas características han permanecido, en esencia, constantes durante milenios; uno de los cambios que ha perdurado fue la introducción, en las monedas europeas del siglo XVII, de las ranuras en los bordes con el fin de evitar que se limasen. El papel moneda fue introducido por primera vez en China, en torno al siglo IX, como dinero en efectivo intercambiable por certificados emitidos para el gobierno de la dinastía Tang por los bancos privados. Respaldado por la potente autoridad del Estado chino, este dinero conservaba su valor en todo el imperio, evitando así la necesidad de transportar la pesada plata. Convertido en monopolio del Estado bajo la dinastía Song, el papel moneda ha pervivido durante toda la historia china a pesar de las perturbaciones causadas por los cambios políticos y de que la emisión del papel moneda no estaba respaldada ni por plata ni por otras reservas. El problema de la depreciación hizo que, a partir de entonces, se mantuviera la plata como patrón de cambio chino para las transacciones importantes. El papel moneda apareció por primera vez en Occidente en el siglo XVI, cuando se empezaron a emitir pagarés por parte de los bancos para respaldar los depósitos monetarios de sus clientes.

98

3) CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE PERMUTA.-

Al igual que la compraventa el contrato de permuta, básicamente tiene las siguientes características:

-ES CONSENSUAL.- Por que se perfecciona por el solo consentimiento de las partes, conforme lo previsto por los artículos 453.454, 519 y 654, del Código Civil.

-ES BILATERAL O SINALAGMÁTICO.- Porque entraña obligaciones reciprocas, para ambas partes contratantes, o también llamadas permutantes.

-ES ONEROSO.- Porque cada una de las partes recibe alguna cosa de la otra, es decir que la una da una ventaja a cambio de otra que recibe.

-ES CONMUTATIVO.- Porque generalmente las prestaciones son equivalentes, o al menos se presume dicho aspecto (presuncion juris tantum), puesto que de no ser así, se estaría dentro de la permuta con saldo.

-ES TRASLATIVO.- Lo cual implica que la transferencia de la propiedad es una consecuencia inmediata y directa de la celebración del contrato de permuta, conforme lo previsto en el artículo 521 del Código Civil. Salvo que entre partes establezcan algún tipo de modalidad.

-ES TÍPICO.- lo cual implica que es un contrato que esta previsto y regulado por el Código Civil, a diferencia de los contratos atípicos.

4) CLASES DE PERMUTA.-

Según la doctrina francesa se a identificado dos clases de permuta⁸³, siendo esta las siguientes:

4.1) PERMUTA SIN SALDO.-

-

⁸³ Mazeaud, León. Ob cit Pág. 496.

Favio Chacolla Huanca

En esta clase de permuta, el intercambio de los derechos o cosas se lo realiza de forma equitativa, no pudiendo ser rescindible dicho contrato por lesión.

Llamada también por algunos estudiosos como "permuta perfecta", por cuanto se llegó a constituir un equilibrio o equidad entre los permutantes, de forma tal que no existe saldo alguno de ninguna de las partes para poder cubrir el valor del bien o derecho.

4.2) PERMUTA CON SALDO.-

En este tipo de permuta, básicamente, se llega a alterar la naturaleza intrínseca de la permuta, por cuanto al producirse el intercambio de los bienes o derechos entre los permutantes, a favor de uno de ellos existe un saldo, el cual necesariamente *deberá de cubrirse con dinero*, a objeto de buscar una equidad en la tradición.

El permutante acreedor del saldo dispone, pues para el pago de ése de un privilegio, en las mismas condiciones que un vendedor, los derechos de transmisión sobre el saldo de una permuta son iguales que para el precio de una compraventa.

5) REQUISITOS DEL CONTRATO DE PERMUTA.-

Para que se constituya un contrato de permuta, previamente se debe lograr los siguientes requisitos:

5.1) CON RELACIÓN AL OBJETO.-

El objeto en la permuta es doble, presuponiendo siempre la transferencia de un derecho por otro, por cuya razón el objeto debe contener los siguientes requisitos:

a) EXISTIR, AUNQUE SEA EN EL FUTURO.-

Si la cosa no existe, porque la cosa ha perecido antes del contrato o no es posible su existencia en el futuro (artículo 594 y 600 del Código Civil) la permuta es nula por falta de objeto en la obligación de uno de los permutantes y ausencia de causa en la obligación de la otra parte contratante.

100

TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS

Diferente es la situación cuando la cosa existe en el momento del contrato de permuta y después perece, en cuyo caso el contrato de permuta y después perece, en cuyo caso el contrato, siendo perfecto, se invalida por causas sobrevivientes, que dan lugar a la resolución del contrato por imposibilidad sobreviviente, que conlleva a aplicar de la teoría de los riesgos.

Este primer requisito puede ser satisfecho con cosas futuras que pueden ser producidas o elaboradas posteriormente a la celebración de la permuta, así por ejemplo, el trueque de la producción de una próxima cosecha de algodón con maquinaria agrícola.

b) SER DETERMINADO O DETERMINABLE.-

Las cosas o derechos que se transfieren por la permuta, deben ser determinados aunque no es necesario que tal determinación se haga en el momento de la celebración del contrato, siendo suficiente que puedan ser determinables en el futuro, para cuyo efecto se deben establecer los medios e índices de referencia para tal operación. (Artículos 485 y 486 del Cód.Civ.)

c) ESTAR EN EL COMERCIO HUMANO.-

Este tercer requisito hace referencia a las cosas o derechos susceptibles de ser transferidos, la regla a este principio la encontramos en el artículo 593 del Código Civil que dice: "Puede venderse todas las cosas o derechos, la enajenación de los cuales no esté prohibida por ley", concordado con lo establecido por el artículo 654 del mismo Código Civil , que manifiesta que serán aplicables a la permuta todas las reglas de la compra venta.

d) PERTENECER A QUIEN LOS TRANSFIERE.-

Los permutantes deben tener el poder de disposición sobre las cosas o derechos que transfieren, sin embargo y por lo previsto en el artículo 654 del Código Civil, consideramos que se permite la permuta de cosas ajenas, tal cual lo prevé el art. 595 del Cód.Civ.

6) CONCLUSIÓN.-

101

Favio Chacolla Huanca

En lo relativo a las modalidades de la permuta, los efectos reales de la permuta, la evicción y saneamiento y otras variantes de este contrato, consideramos que como principio general del presente contrato es lo expresado en el artículo 654 del Código Civil, es en función a ello que todo lo avanzado en la unidad referente a la compra venta ,se aplica al presente tema de la permuta, motivo por el cual avanzar de forma detallada los subtítulos citados , seria redundar.

TEMA Nº 11

LA DONACIÓN

1) CONCEPTO.-

Según Cabanellas, la donación es "un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa, a favor de otra que la acepta".⁸⁴

Nuestra legislación civil sostiene que la donación " es el contrato por el cual una persona por espíritu de liberalidad, procura a otra un enriquecimiento disponiendo a favor de ella un derecho propio o asumiendo frente a ella una obligación"85

⁸⁴ Cabanellas, Guillermo. Ob cit Tomo III, Pág. 323

 $^{^{85}}$ Artículo 655 de nuestro Código Civil , concordado con los arts. 110,450,491,562,l),861,4) 1181 y 1257 todos del Código Civil.

TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS

Capitant señala que la "donación es un contrato solemne, por el que una persona llamada donante se desapropia de un bien sin contraprestación y por liberalidad a favor de otra persona llamada donatario que la acepta"86

Para Messineo la donación "es un contrato (con prestación de un solo lado), en virtud del cual, una de las partes (donante), por espíritu de liberalidad y por tanto espontáneamente, procura a la otra parte (donatario),un enriquecimiento (ventaja patrimonial), o transfiriéndole un propio derecho, o constituyéndole un derecho o renunciando un derecho a favor de ella, o asumiendo respecto de ella, una obligación (de dar o de hacer o de no hacer)"87

2) ANTECEDENTES DE LA DONACIÓN.-

La donación se desarrollo dentro de una libertad amplísima en la primitiva Roma, hasta que empezó a regulársela mediante la Ley Cincia (legis cincia) en el año 550 de Roma, el derecho antiguo fue modificado por un plebiscito votado sobre la proposición del tribuno Cincio Alimento, la ley Cincia de *donis et muneribus*. Contenía dos capítulos: el primero tenía por objeto remediar la venalidad de los oradores⁸⁸, el segundo capitulo tenia por objeto reglamentar las donaciones excesivas, ⁸⁹ es básicamente este el capitulo que desarrollaremos a continuación.

La *ley Cincia* prohibía dar más de cierta tasa que ha quedado desconocida; pero había excepción para las donaciones entre ciertos parientes o aliados y entre cónyuges. Hubo, pues que distinguir en adelante dos categorías de donaciones entre vivos. a)

⁸⁶ Morales, Carlos Guillen. Ob cit. Tomo I, Pág. 929.

⁸⁷ Messineo, Francisco. Derecho Civil y Comercial, Tomo V, Pág. 5, Editorial E.J.E.A. Edición 1979 Bs.As. Argentina.

⁸⁸ Petit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Pág. 547, "En el caso especial en que un acreedor quería hacer una liberalidad a su deudor, la donación podía ser realizada por la acceptilatio, o remisión solemne de la deuda que extinguia la obligación de pleno derecho o por un pacto de remisión que daba al deudor la excepción. El primer capitulo de la ley Cincia prohibia a los patronos recibir regalos de sus clientes y a los abogados recibir honorarios. Esta prohibición demasiado absoluta fue mal observada en la práctica, aunque fue sancionada, bajo Augusto por una pena del cuádruplo. Bajo Claudio y los emperadores siguientes se contentaron con restringir en una determinada medida el salario del abogado.

⁸⁹ Petit, Eugene. Ob cit. Pág. 547. Los informes que se poseen actualmente sobre el segundo capítulo de la ley cincia son suministrados por los fragmentos del Vaticano.

Favio	Chacolla	Huanca
-------	----------	--------

Las donaciones que no piaban la tasa de la ley y las que se hacían entre personas exceptuadas, cualquiera que fuera su valor, quedaban sujetas al derecho antiguo b) las donaciones superiores a la tasa entre personas no exceptuadas, caían bajo la implicación de la ley Cincia.

Esta ley era imperfecta, porque, aunque prohibía las donaciones superiores a una tasa determinada, no declaraba la nulidad de las que se hacían con violación de esta prohibición; de donde resulta que el donante no tenia acción especial para recoger la cosa dada. Por otra parte, el donatario, puesto en posesión tenía un justo título y podía usucapir.

En resumen las consecuencias de la ley Cincia, implican que mientras el donante no se haya desprendido de la cosa dada, puede revocar la donación y negarse a ejecutarla oponiendo a la acción del donatario la excepción *legis Cincia*, puede también usar de esta excepción después del desprendimiento, si el derecho común le da un medio de recobrar lo que ha dado.

3) CARACTERÍSTICAS DE LA DONACIÓN.-

Tomando como referencia el concepto de donación citado por Messineo, se considera como características del presente contrato las siguientes:

3.1) CONTRACTUAL.-

La contractualidad, ha sido y es discutida por los que consideran la donación como un acto⁹⁰ y el debate ha tomado mucho cuerpo para pretender sintetizarlo.

Basta aquí señalar que sin la aceptación del donatario (Art. 668 Cód.Civ.), aquélla no alcanza existencia. Esa aceptación, supone que se forma por el consentimiento de las partes que unido al objeto y la causa (liberalidad), completan los requisitos exigidos

⁹⁰ Cabanellas, Guillermo. Ob cit. Tomo I. Pág. 132 ;"Acto, I) es la manifestación de voluntad o de fuerza, II) instante y resultado de movimiento exterior. "

para la formación de un contrato. Sin la aceptación del donatario, no se perfecciona la donación, vale decir el contrato.

Se aplican aquí dos principios muy citados por los tratadistas: no puede adquirir donación el que no la quiere y ninguno adquiere beneficio contra su voluntad

3.2) GRATUIDAD.-

Es el alma , la esencia de la donación , como en toda liberalidad aparece en primer término una ventaja de orden económico (el enriquecimiento del donatario , debe corresponder al empobrecimiento del donante, si el enriquecimiento provocado por la actividad del disponente tiene lugar a cargo del patrimonio de otro sujeto no hay donación , sino a lo sumo contrato en daño de tercero) que en una forma u otra aumenta el patrimonio del donatario en detrimento del autor de la disposición , unida al elemento psicológico de la voluntad de gratificar.

Sin la ventaja económica, no existe liberalidad y sin la intención liberal no existe donación.

3.3) IRREVOCABILIDAD.-

La irrevocabilidad, enunciada tradicionalmente por el principio *no vale dar y retener (Bonnecase)*, es la regla general. No todos los Códigos Civiles sostienen a la donación como un contrato irrevocable porque evidentemente, existen desde siempre algunas causas taxativas de revocación. Mas la existencia de estas causas taxadas, como excepciones más o menos justificadas a la regla, dan precisamente a la donación carácter de contrato irrevocable.

3.4) FORMALIDAD.-

El artículo 667 del Cód.Civ. en su parágrafo I), señala, "la donación debe hacerse mediante documento público bajo sanción de nulidad" concordado con el artículo 549 y 491 del Código Civil.

La fuente de dicha característica se lo encuentra en el art. 931 del Código Civil Francés, aunque dicho principio de formalidad fue establecido por los Parlamentarios Franceses a partir del siglo

Favio Cl	racolla	Huanca
----------	---------	--------

XVII, y luego por la ordenanza de D^ Aguesseau de 1731, y posteriormente consagrado por el código Civil Francés y por las distintas legislaciones extranjeras.

Dicha formalidad tiene por objetivo proteger a la familia y dejarle al donante el tiempo para la reflexión.

4) CLASES DE DONACIÓN.-

Nuestra legislación civil, regula las siguientes clases de donaciones:

4.1) DONACIÓN REMUNERATORIA.-

Algunas veces se dona por espontánea liberalidad, en otras se considera el donante en cierto modo obligado, en conciencia por los servicios que el donatario le ha prestado con generosidad o por méritos relevantes que no ha encontrado hasta entonces compensación material adecuada o suficiente. En uno u otro caso , entonces se habla de la llamada donación remuneratoria.

Nuestro Código Civil en su artículo 656 señala:" (Donación remuneratoria) <u>También</u> es donación la liberalidad que hace una persona a otra por consideración a los méritos de ella o a los servicios que ella le ha prestado sin que por éstos hubiera podido exigir pago".

Doctrinalmente se establecen dos características (*y a la vez criticas a la forma de regular dicha ¿donación?*) de este tipo de donación, misma que esta confusamente regulada.

- **a)** Si existe estricta obligación de dar, no es donación, a lo sumo un pago de servicios, si estaba pendiente una obligación natural de retribuirlos.⁹¹
- **b)** Si la compensación del donatario era más o menos exigible, entonces, no hay donación sino en aquella

⁹¹ El principio del derecho manifiesta: "si se da en retribución de servicios cuya remuneración puede ser exigible, no hay donación" concordante con lo previsto por el artículo 674 del Cód. Civ.

parte en que la generosidad del donante exceda de lo que cabía demandar. 92

En caso de revocarse la presente donación por la causal prevista en el artículo 679 del Cód.Civ. el donante debe reembolsar al donatario los servicios prestados, tal cual lo señala el artículo 684 del Cód. Civ.

Consideramos que dicha disposición se totalmente contradictoria con lo previsto en el artículo 655, toda vez que no se observa en esta clase de donación el principio de liberalidad y gratuidad, que son características esenciales de la donación, sino más bien parece un contrato recíproco y de contraprestación.

4.2) DONACIÓN MANUAL.-

Esta denominación, es muy usada por la doctrina francesa, se refiere a los regalos de cosas muebles hechos de mano a mano, del donante al donatario directamente. En otras legislaciones a dicha donación se la denomina también como donación verbal, y se perfeccionan sin necesidad de documento alguno, sino simplemente por la tradición, la entrega inmediata de la cosa.

El limite a este tipo de donación esta previsto en el artículo 669 del Cód.Civ. y se lo determina por el "valor módico" de los bienes muebles (aspecto este muy subjetivo), por cuanto de la lectura del artículo 667 del Cód.Civ. en su parágrafo II, hace entender que cuando se trata de donar bienes muebles de alto valor, esta solamente tendrá validez cuando se lo realice mediante documento público y previa especificación de todos los bienes muebles que se esta donando.

4.3) DONACIÓN CON CARGA.-

En principio se podría establecer que la donación con carga es aquella en la cual el donante al momento de transferir el bien donado al donatario, dicho bien lo esta transfiriendo con algún tipo

⁹² Cabanellas, Guillermo. Ob cit Tomo III, Pág. 328.

Favio Chacolla Huanca

de carga, pudiendo ser dicha carga un gravámen ya sea a favor del donante (usufructo) o de un tercero (hipoteca).

Lamentablemente el artículo 674 del Código Civil, al momento de legislar este tipo de donación no especifica ha que tipo o clase de carga o gravámen se refiere⁹³, pero de dicho artículo se entiende que según nuestra legislación esta permitido la donación de bienes gravados o con cargas, siempre claro esta que el donatario acepte dicho bien donado en dichas condiciones.

En caso de que no cumpla con la carga el donatario, el donante o sus herederos pueden pedir la resolución del contrato, por incumplimiento, tal cual lo previsto en el artículo 675 del Código Civil. 94

De igual manera en caso de revocarse la presente donación por la causal de ingratitud (artículo 684 Cód.Civ.), en donante debe reembolsar el donatario el valor de las cargas satisfechas.

Cabe señalar que las cargas ilícitas o imposibles se consideran no puestas, pero si pese a ello, dichas cargas (ilícitas o imposibles) fueron el motivo determinante de la liberalidad, la donación es nula.

Para concluir, creemos que esta donación sujeta a condición, no responde al principio de gratitud, sino mas al contrario se asemeja a la donación remuneratoria, en el sentido de que el donante no se empobrece sino mas al contrario existe una contraprestación por parte del donatario, y es el hecho de que éste debe de cumplir con las cargas.

4.4) DONACIÓN A PERSONA POR NACER.-

⁹³ El parágrafo II, del artículo 674 del Código Civil expresa: "El cumplimiento de la carga puede ser pedido por el donante u otro interesado", de esta lectura se da a entender que dicha carga o gravámen puede ser a favor del donante, ejemplo el usufructo u otro crédito o también a favor de un tercero, como ser una hipoteca.

⁹⁴ Art. 675 (Resolución por incumplimiento de la carga) Estando la resolución por incumplimiento de la carga prevista en el contrato, sólo pueden pedirla el donante o sus herederos.

En este caso el futuro sujeto de la donación o sujeto presunto, no ha nacido e incluso conforme lo dispone el artículo 663 del Cód. Civ., ni fue concebido pero puede ser favorecido con la donación.

Los que aceptan y reciben la donación serian sus futuros padres, previsión jurídica que esta en concordancia con lo señalado en el artículo 1ro del Cód. Civ. el cual señala: "Al que está por nacer se lo considera nacido para todo lo que pudiera favorecerle, y para ser tenido como persona basta nacer con vida", de esta disposición se entiende que la donación a persona por nacer, es una donación sujeta a condición, vale decir que la donación no alcanza a perfeccionarse mientras el donatario, (sea este el que esta por nacer o el que aún no fue concebido) no nazca con vida, independientemente de la duración de esta, en caso de no cumplirse dicha condición se considera que el contrato no llegó a existir.

4.5) DONACIÓN A ENTIDAD NO RECONOCIDA.-

Este tipo de donación tiene como donatario a una futura persona jurídica, la condición para que se llegue a perfeccionar dicha donación es que luego de haber regularizado sus documentos de constitución, (vale decir que obtenga su personalidad jurídica) tiene un plazo de un año para expresar su aceptación de la donación al donante.

Ello implica que en durante dicho plazo , el donante puede revocar en cualquier momento dicha donación, conforme lo previsto en el parágrafo II, del artículo 668 del Código Civil, el cual expresa: " El donante puede revocar su declaración antes de que la donación sea aceptada".

5) DONACIONES ILÍCITAS.-

En principio manifestaremos que toda persona capaz de disponer sus bienes puede donar y por ende elegir al donatario, conforme su libertad contractual, pero por motivos legales o morales existen algunos tipos de donaciones que no están permitidos por nuestra legislación y que por ende son ilícitas.

Estas prohibiciones están previstas en los artículos 661, 662, 665 y 666 del Código Civil, los cuales señalan:

661.- (Donación hecha por persona incapaz de querer o entender)

I.- La donación hecha por persona mayor de quien, aunque no esté sujeta a interdicción, se pruebe que al hacerla era incapaz de querer y entender, puede ser anulada a demanda del donante, sus herederos o causahabientes.

II.- La acción prescribe en tres años computables desde el día de la donación. (Concordado con los artículos 555 y 1492 del Cód. Civ.)

662.- (Prohibición de donar y limitación de aceptar donaciones por personas incapaces)

Los padres y el tutor, por la persona incapaz que representan, no pueden:

- 1) Hacer donaciones.
- 2) Aceptar si están sujetas a cargas y condiciones, excepto cuando ello convenga al interés del incapaz y el juez conceda autorización, (Concordado con los Arts. 266,270 y 300 del Cód. Fam y 660 del Cód.Civ.)

665.- (Donación a favor del tutor)

La donación a favor de quien ha sido tutor del donante es nula si se hace antes de estar las cuentas rendidas y aprobadas y pagado el saldo que pudiera resultar contra el tutor (Concordado con los Arts. 268 y 335 del Cód. Fam y 549 del Cód. Civ.)

666.- (Donación entre cónyuges o convivientes)

Los cónyuges durante el matrimonio o los convivientes durante la vida en común, no pueden hacerse entre si ninguna liberalidad

TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS

exceptuando las que se conformen a los usos. (Concordado con los Arts. 155 Cód. Fam, 144 Cód.Com. y 591 del Cód.Civ.)⁹⁵

6) LA RESOLUCIÓN Y REVOCACIÓN EN LAS DONACIONES.-

En principio manifestaremos que en lo referente a la donación, nuestro legislador a establecido que el donante puede <u>resolver</u> la donación siempre que de forma expresa se establezca en el contrato, (Art. 672 Cód.Civ.) o cuando no se cumpla con la carga, lo cual conlleva como sanción al incumplimiento la resolución de la donación (Art. 675 Cód.Civ.) o bien cuando así se ha pactado (Art. 568 Cód.Civ.)

En lo referente a la <u>revocación</u> de la donación, nuestro legislador, a establecido que solamente procede por la causal de ingratitud,⁹⁶ al respecto cabe realizar las siguientes consideraciones:

"La revocación por causa de ingratitud, arranca de la esencia misma la naturaleza humana, la donación se nutre principalmente en efecto, en <u>la gratitud</u> y por eso, <u>la</u> <u>ingratitud</u> la destruye : lo que nace por una causa, perece por la causa contraria"97

Por *ingratitud*, ha de entenderse, en el sentido técnico jurídico y no en el corriente, esto es, como uno de los hechos cometidos por el donatario, por lo que seria indigno de suceder al donante (Messineo).

Las causales de revocación de la donación, conforme lo previsto en el artículo 679 del Código Civil, están señaladas en el numeral uno y tres del artículo 1009 del Código Civil, correspondiente al libro

 $^{^{95}\,}$ Para profundizar estas prohibiciones en relación a la donación se recomienda leer, le expresado en el Tomo I, Págs. 937 y 938 del Código Civil Concordado y Anotado de Carlos Morales Guillen.

⁹⁶ **Artículo 679 (Revocación por ingratitud) I.**- La donación puede ser revocada por ingratitud cuando el donatario ha cometido contra el donante uno de los hechos previsto en los casos 1 y 3 del artículo 1009.

II.- Asimismo puede ser revocada cuando el donatario ha difamando o injuriado o producido perjuicio grave en el patrimonio del donante. (concordante con el artículo 1173 y 1174 del Cód. Civ.)

⁹⁷ **Scaevola,** citado por Morales, Guillen Carlos. Ob cit. Tomo I, Pág. 954

Favio	Chacolle	і Ниапса

cuarto del Código Civil, relativo a la sucesión hereditaria, numerales que señalan lo siguiente:

1) Será revocada la donación al **donatario**, cuando este fuere condenado por haber voluntariamente dado muerte o intentado matar al **donante**, a su cónyuge, ascendientes o descendientes, o a uno cualquiera de sus hermanos o sobrinos consanguíneos. Esta indignidad comprende también al cómplice.(Art. 1009 Cód.Civ.)98

En el presente caso, al revocatoria de la donación se realizara cuando el donatario cometa el delito personalmente o cooperando a su ejecución o dando refugio o proporcionando la fuga del culpable. La complicidad a que se refiere el presente numeral, ha de entenderse en todas sus manifestaciones, según las reglas que sobre la participación criminal da el Código Penal, (en su Art. 20 y siguientes).

Asimismo es menester aclarar que la imputabilidad penal dentro el proceso mismo, *se la podrá graduar*, *pero la ingratitud*, *no*, por cuanto lo criminal y la ingratitud no son lo mismo, es por ello que el hecho criminal consumado o la simple tentativa acarrean la misma consecuencia en lo referente a la revocatoria de la donación.

3) Será revocada la donación al **donatario**, si se demuestra que hubiese acusado al **donante**, a su cónyuge, ascendientes o descendientes, o a uno cualquiera de sus hermanos o sobrinos consanguineos de un delito grave que podía costarles la libertad o la vida y la acusación es declarada calumniosa o bien ha testimoniado contra dichas personas imputadas de ese delito y su testimonio ha sido declarado falso en juicio penal. (Art. 1009 Cód. Civ.)

De este precepto se infiere que habrá legar a la revocación por ingratitud, cuando la acusación (entendiéndose como querella o denuncia) se declara calumniosa o el testimonio ha sido declarado falso en juicio penal. A contrario sensu, a de admitirse que no hay

⁹⁸ Los términos subrayados de donatario y donante, fueron introducidos al texto original del artículo 1009, del Cód. Civ. en razón de que el lector pueda entender de mejor manera el contenido de este numeral en relación a la donación. Lo mismo ocurre con el numeral tres del artículo 1009.

lugar a la revocación ni a calificar de ingrato el hecho de la denuncia o de la testificación, cuando el delito resulta ser evidente y ha sido probado en juicio. Este tratamiento de la cuestión, supone un avance respecto de las legislaciones extranjeras anteriores. Puesto que en alguna de estas legislaciones la revocación de ingratitud, operaba sus efectos aun cuando la denuncia dirigida contra el donante tuviera por base un hecho punible cierto, aspecto este que como se entendera en el presente precepto ello no ocurre.

Esta modificación que tiene nuestro actual Código Civil, responde a la siguiente doctrina. Scaevola, sostiene;" por mucho agradecimiento que deba el donatario al donante, no puede ser tanto que el propio Código Civil sacrifique en su honor un deber tan estricto cual es el de denunciar la comisión de un delito"99

En efecto moral y legalmente toda persona particular que presencie o se entere de la comisión de un delito esta en la obligación de denunciarlo ante autoridad competente, en estas circunstancias el lógico admitir que el donatario haya de concurrir como denunciante o como testigo no al impulso de la ingratitud, sino al del cumplimiento de un deber inexcusable para todos. Consiguientemente no hay ingratitud en estos casos y no puede haber revocación de la liberalidad.

Todo lo expresado hasta el momento a de entenderse por lo correcto, en tanto que el donatario no sea pariente consanguíneo dentro del cuarto grado de del donante, sino simplemente un extraño, o un pariente legajo, pues en el supuesto caso de que fuera pariente consanguíneo dentro del cuarto grado tiene a su favor lo establecido en el artículo 14 de la Constitución Política del Estado.

6.1) INVALIDEZ DE LA RENUNCIA.-

No es válida la renuncia antelada a la revocación por ingratitud, tal cual lo previsto en el artículo 680 del Código Civil, el cual esta en

⁹⁹ Citado por Morales, en su ob.cit. Tomo I.

perfecta concordancia con lo señalado en el artículo 519 del mismo cuerpo legal.¹⁰⁰

6.2) PLAZO Y LEGITIMACIÓN PARA ACCINAR LA REVOCACIÓN.-

La demanda de revocación, se la efectuara mediante proceso ordinario, tal cual lo previsto en el artículo 316 del Cód.Pdto.Civ. y se lo deberá de proponer dentro del año contando desde el día en que el donante tuvo conocimiento del hecho que motiva la revocación, caso contrario su derecho de accionar prescribe, conforme lo establecido en el artículo 1492 del Código Civil.

Dicha demanda no podrá proponerse contra los herederos del donatario ni por los herederos del donante a menos en este último caso que el donante hubiera muerto dentro del año del hecho.

6.3) EFECTOS DE LA REVOCATORIA.-

Entre partes.- Revocada la donación, por las causales previstas en el artículo 679, concordante con el 1009 del Código Civil , el donatario debe restituir al donante los bienes en especie si aún existe o el valor que ellos tenían en el momento de la demanda si los enajenó. Igualmente debe reembolsar los frutos desde el día de la demanda, conforme lo previsto por el artículo 94 y siguientes del Código Civil.

Con relación a terceros.- La revocación por ingratitud no afecta a tercero que hayan adquirido derechos con anterioridad a la demanda, salvo los efectos de la inscripción, relativo al derecho preferente, previsto en el artículo 1538 y siguientes del Código Civil.

¹⁰⁰ En el anteproyecto del Código Civil como otra causal de revocación de la donación se incluye a la prevista en el artículo 672 del actual Código Civil, vale decir," la sobreveniencia de hijos del donante o cuando éste a tiempo de la donación ignoraba tener descendientes o hijos vivos; por reconocimiento de hijo o establecimiento judicial de la filiación". (copia in extenso de la segunda parte del anteproyecto del artículo 679)

TEMA Nº 12

EL ARRENDAMIENTO

(PARTE GENERAL)

1) CONCEPTO.-

El contrato de arrendamiento, también denominado contrato de locación, sufrió varias transformaciones en cuanto a su conceptualización, es en virtud a ello que citaremos algunas de estas, mismas que responden a una determinada época histórica.

Para Capitant, el arrendamiento, "es la locación de un bien (antiguamente referido a los bienes rurales principalmente) contra pago de una renta periódica que también se llama (o llamaba) arrendamiento. Arrendador es el propietario del bien; arrendatario el locador." 101

El arriendo es un contrato, "en virtud del cual una persona , llamada arrendador, concede a otra, llamada arrendataria, el goce temporal sobre la utilidad que producen las cosas muebles e inmuebles, corporales e incorporales a cambio de un canon de arriendo, que generalmente se lo estipula en una suma de dinero y que es proporcional al tiempo que dura dicho goce" 102

Nuestro legislador en el artículo 685, del Código Civil nos brinda una noción de arrendamiento, indicando que es " el contrato por el cual una de las partes concede a la otra el uso o goce temporal de una cosa mueble o inmueble a cambio de un canon"

La doctrina italiana, con mayor propiedad, pone especial énfasis al hecho de que "el contrato de arrendamiento concede el goce temporal de la utilidad que producen las cosas".

De todos los concepto señalados en el presente tema con relación al contrato de arrendamiento, consideramos que el propuesto por Francisco Messineo es el más exacto, y el que resuelve la gran discusión que se produjo en antaño entre los estudiosos del derecho, al establecer que el derecho de propiedad y el de arrendamiento eran lo mismo.¹⁰³

2) ANTECEDENTES.-

El contrato de locación o arrendamiento es tan antiguo como la necesidad de contar con un techo donde vivir o de herramientas para procurarse el sustento diario.

¹⁰¹ Morales, Carlos Guillen. Ob cit. Tomo I, Pág. 960.

¹⁰² Kaune, Walter. Ob cit. Pág. 636

^{103 &}quot;algunos autores consideran la compraventa y el arrendamiento como las formas generales de una misma facultad, el *ius disponendi*, con rasgos de tanta semejanza que muchas veces nace del arrendamiento la plena propiedad como la de los frutos del fundo rustico arrendado. "

	~=====		~~*****
TECORIA	CHNERAL.	DELOS	CONTRATOS

Su origen se remonta a las épocas en que el hombre nómada se convierte en sedentario. Es en este momento cuando empieza a avizorarse el surgimiento de la propiedad privada y con ella aparecen las primeras formas de desigualdades entre los poseedores de bienes y los desposeídos. El arrendamiento resulta un desprendimiento y una consecuencia del derecho de propiedad y su evolución marcha paralela con las necesidades que tienen los hombres de obtener el uso y goce de una cosa que no le pertenece.

Sin embargo en las civilizaciones primitivas este tipo de contratos era poco usual y su diferencia con la compraventa, era casi imperceptible

Fue en roma donde aparece con toda nitidez el arrendamiento como consecuencia de su expansión por la conquista, el incremento del comercio y el aumento de la población emergente de la afluencia e incorporación de los extranjeros a la vida de las urbes y de la emancipación de los esclavos.

La necesidad de estos de contar con un techo que por sus escasos recursos, no podían disponer de uno propio, dieron las condiciones necesarias para la regulación adecuada de este tipo de contratos, de esta manera, los capitalistas se aseguraban una inversión conveniente y las personas de escasos recursos encontraban por medio del arrendamiento un alojamiento seguro

En la época del feudalismo el arrendamiento se caracterizaba por la perpetuidad de las relaciones entre el propietario y el terrazguero que confiere a este el dominio útil sobre el bien arrendado y un derecho real y directo sobre el mismo. ¹⁰⁴

Esta perpetuidad fue condenada por la Revolución Francesa, la que restauró el principio de la temporalidad de los efectos de este contrato tal como se expresa ene l artículo 1709 del Código Civil Francés o Napoleónico de 1804.

 $^{^{104}}$ Durante el periodo colonial, dicha figura del arrendamiento perpetuo $\,$ se llego a denominar como reparto y encomienda.

Modernamente los principios de la temporalidad y la onerosidad constituyen la base donde descansa la doctrina y legislación del contrato de arrendamiento .Estos principios fundamentan la diferencia que existe este contrato y el contrato de compraventa que es un contrato por medio del cual se transfiere el derecho de propiedad a perpetuidad a cambio de una suma de dinero llamada precio y del comodato o préstamo de uso que es un contrato muy similar al arrendamiento con la diferencia de que es por esencia a título gratuito, mientras que el arrendamiento es por sus esencia oneroso. 105

3) TERMINOLOGÍAS EMPLEADAS EN EL PRESENTE CONTRATO.-

En lo relativo al nombre del contrato de arrendamiento, cabe señalar que el artículo 685 del Código Civil, esta basado en el artículo 1571 del Cód. Civ. Italiano, bajo el nombre de arrendamiento, en el anterior Cód. Civ. vale decir el Cód.Civ. Santa Cruz, se reglaba el presente contrato bajo el nombre de "alquiler", por el artículo 1129, cuya fuente era el Cód.Frances de 1804.

Los Códigos que siguen aun las pautas de la legislación francesa ofrecen como el abrogado, una normativa complicada y en realidad desactualizada. El Código argentino regula el presente contrato

como de "locación" (artículo 1493 y siguientes) el peruano lo ha concretado en forma más propia con la denominación de "arrendamiento" (Art. 1666 y siguientes) que en cierto modo concuerda con el nuestro, en el Paraguayo se ha modernizado bastante, bajo en nombre de "locación" (articulo 803).

Es en función a estas denominaciones que cambian los nombres con que se llega a referir a las partes integrantes de dicho contrato, siendo estas, según sea su actividad dentro del mismo las siguientes: el que **paga el precio** se llama, "locatario,

¹⁰⁵ Cabanellas, Guillermo. Ob cit. Tomo I, Página Nº 368.

TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS

arrendatario, inquilino, empresario o patrono", y el que **cede el uso o efectúa la prestación** recibe los nombres de "arrendador, locador, casero, dueño, etc. "

4) CARACTERES ESPECÍFICOS DEL ARRENDAMIENTO.-

De lo extraído hasta el momento, manifestaremos que las características principales del arrendamiento, son dos:

4.1) SU ONEROSIDAD.-

Lo cual implica que el arrendatario a cambio de la ventaja que recibe por el uso y goce de la utilidad de la cosa, debe pagar al arrendador el canon convenido que generalmente se lo estipula en una suma de dinero. Que se lo fija en base al tiempo por el cual se concede el uso y goce de la utilidad de la cosa. Esta característica lo diferencia del comodato o préstamo de uso que es un contrato gratuito por esencia.

4.2) SU TEMPORALIDAD.-

El uso y goce sobre la utilidad que proporcionan las cosas, que concede el arrendador al arrendatario es necesariamente por un cierto tiempo y no de carácter perpetuo. Nuestra legislación limita al tiempo de duración de este contrato, a 10 años, conforme lo previsto por el artículo 688 del Código Civil, excepto el arrendamiento de bienes urbanos destinados a vivienda cuyo plazo de duración es indefinido lo que no implica que deje de ser temporal y limitado, tal cual lo establecido por el artículo 720 del Código Civil .

5) UBICACIÓN DEL ARRENDAMIENTO DENTRO DE LA CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS.-

Tomando en cuenta las características peculiares del contrato de arrendamiento, el mismo se lo podría situar de forma simultánea, en las siguientes clases de contratos:

5.1) ES CONSENSUAL.-

Porque se llega a perfeccionar con el simple acuerdo de voluntades entre las partes contratantes, pudiendo ser esta por escrito o de forma verbal, sin necesidad de forma alguna en la facción del presente contrato.

Pero para efectos probatorios, se recomienda siempre realizar el presente contrato de forma escrita, conforme lo previsto por el artículo 1328 del Código Civil.

5.2) ES DE LIBRE DISCUSIÓN O DE ADHESIÓN.-

Según el margen de libertad que las partes tengan para negociar las cláusulas y los términos en que se realice el presente contrato, este será de libre discusión o de adhesión, en este último caso se aplicara la regla prevista en el artículo 518 del Código Civil.

Con relación a los contratos de adhesión, en lo referente al arrendamiento, en muchas ciudades, se lo esta aplicando indiscriminadamente, por parte de los propietarios de los bienes inmuebles, quien al momento de realizar el contrato de arrendamiento entregan al inquilino un contrato pre faccionado, en el cual el arrendatario solamente debe incluir su nombre y número de carnett, adhiriéndose a las demás cláusulas.

5.3) ES BILATERAL.-

El contrato de arrendamiento genera obligaciones recíprocas coetáneas e interdependientes entre el arrendador y el arrendatario, por esta razón se aplican las instituciones propias, asignadas para este tipo de contratos, como ser la resolución del contrato por incumplimiento culpable al incumplido, regulada por los artículos 568, 569, 570 y 571 del Cód.Civ., la resolución por imposibilidad sobreviviente prevista por los artículos 577 al 580 del Código Civil, la resolución por excesiva onerosidad regulada por los artículos 581 al 581 del Código Civil y la excepción de incumplimiento contenida en el artículo 573 del Código Civil.

5.4) ES DE TRACTO SUCESIVO.-

Los efectos que surgen del contrato de arrendamiento se cumplen en el transcurso del tiempo, por esta razón las obligaciones que

generan son susceptibles de desequilibrarse, por la excesiva onerosidad sobreviviente de una de ellas, en cuyo caso, se puede intentar la acción de resolución del contrato, por excesiva onerosidad de una de las prestaciones prevista y regulada por los artículos 581 al 583 del Código Civil.

5.5) ES ONEROSO.-

En el arrendamiento a cambio de la ventaja por el goce temporal de la utilidad que produce la cosa concebida por el arrendador a favor del arrendatario, recibe de éste como contraprestación el canon de arriendo convenido. Esta reciprocidad de ventajas diferencia al arrendamiento del comodato o préstamo de uso , que al igual que el arrendamiento, concede el uso y goce temporal de una cosa pero a título gratuito.

El contrato de arrendamiento es por esencia oneroso y según que las partes conozcan o no de antemano los beneficios o frutos de dicho contrato que les pueda deparar, es conmutativo o aleatorio. Es en función a ello que se puede aplicar lo previsto en los artículos 561 al 567 del Código Civil relativo a la lesión.

5.6) ES TÍPICO.-

En la designación tradicional, al contrato de arrendamiento se lo denomina como contrato nominado, entendiendo por ello que esta específicamente regulado por la legislación civil vigente, en contra posición a los contratos innominados, al respecto como se aclaro en el pie de página Nº 9, correspondiente al tema uno del presente libro, actualmente a los contratos nominados se los denomina típicos. Es en función a estas consideraciones que el contrato de arrendamiento es un contrato típico.

6) REQUISITOS DE FORMACIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.-

Básicamente los requisitos generales previstos en el artículo 452 del Código Civil , exceptuando el numeral cuarto, relativo a la forma , se los elementos esenciales de formación del contrato de arrendamiento, pero para un mayor entendimiento de dichos

requisitos de formación y sus correspondientes peculiaridades iremos desarrollando cada uno de dichos requisitos.

6.1) LA CAPACIDAD.-

En lo relativo a la capacidad , previamente debemos recalcar que en el contrato de arrendamiento no se llega a transferir el derecho de propiedad del bien arrendado, sino que simplemente concede el uso y goce temporal sobre la utilidad que producen las cosas, es en función a ello que no se requiere más que la capacidad parcial de obrara para celebrar el contrato de arrendamiento , sin embargo para los contratos de arrendamiento que exceden la administración ordinaria se exige la capacidad plena de obrar . Los actos que exceden la administración ordinaria están previstos en el artículo 686 del Código Civil, siendo estos:

- Los arrendamientos que tienen por objeto fondos urbanos destinados a vivienda.
- Los arrendamientos que teniendo cualquier otro objeto se celebren por un término mayor de tres años.
- La percepción de alquileres por más de un año.

6.2) EL OBJETO.-

En el contrato de arrendamiento el objeto del mismo, es doble, en razón de la contraprestación, por un lado es el canon de arrendamiento y por el otro la utilidad que producen las cosas.

- El canon de arrendamiento normalmente esta estipulado en una suma de dinero, aunque también puede consistir en bienes fungibles, esto esta en función a la libertad contractual de las partes.
- La utilidad que producen las cosas, puede recaer sobre cualquier tipo de bienes, corporales e incorporales, muebles o inmuebles, urbanos o rústicos. El objeto del arrendamiento no obstante de no presuponer la transferencia de un derecho, sino la simple concesión

TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS

temporal del uso y goce de la utilidad que producen los bienes, debe reunir los mimos requisitos exigidos para las obligaciones de dar, porque en el contrato de arrendamiento se transfiere la utilidad que los bienes producen .Es en función a ello que el objeto deber reunir los siguientes requisitos:

- Debe existir, aunque es suficiente que exista en el futuro, lo que permite que se celebre el contrato de arrendamiento sobre cosas futuras.
- Debe de estar determinado, el bien a arrendar.
- Debe estar dentro el comercio, el bien que se desea arrendar.
- Debe de pertenecer al arrendador el bien que se desea arrendar, aunque en este caso existen excepciones como ser, en el usufructo o el arriendo de cosa ajena.

6.3) LA CAUSA.-

Entendiendo por causa, aquel elemento objetivo, que pone en movimiento el acto jurídico, (contrato) llamado arrendamiento, es el fin inmediato, abstracto, típico, constante, inmutable e impersonal, idéntico en todos los actos jurídicos que caen dentro de la categoría del contrato de arrendamiento y que fatalmente persiguen las partes al contratar.

Con el fin de identificar la causa en el contrato de arrendamiento, consideramos que previamente se debe realizar el siguiente razonamiento: Por una parte el arrendatario tiene la obligación de pagar el canon convenido, la causa para que pague dicho canon es que a cambio el arrendador le concederá el goce temporal de la utilidad que produce la cosa dada en arriendo, a si vez el arrendatario realiza dicha obligación de dar, en función a que a cambio recibirá el correspondiente canon de arriendo.

Es en función a ello que el contrato es nulo por falta de objeto si la cosa perece antes de la celebración del contrato de arrendamiento o si la cosa futura comprometida en arriendo no llegara a tener existencia.

6.4) EL MOTIVO.-

En relación al motivo como ya se señalo en el tema tres del presente libro, es un elemento psicológico, y como tal varia dependiendo los fines para los cuales cada una de las partes realiza el respectivo contrato de arrendamiento, siendo en principio dicho elemento de formación indiferente a nuestro estudio, a menos que el mismo sea ilícito, en cuyo caso es causal de nulidad.

7) MODALIDADES APLICABLES AL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO.-

Como ya se manifestó anteriormente, las modalidades son las modificaciones a los efectos naturales de los negocios jurídicos en general, aplicables también a los contratos, producidas por la voluntad de las partes contratantes las que en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueden suspender el nacimiento o el ejercicio de un derecho o determinar su extinción.

Existen dos tipos de modalidades, las específicas ¹⁰⁶ que se llegan a aplicar solamente a determinados contratos como ser la compra venta y las generales que son aquellas modalidades que se aplican a todo tipo de contratos, siendo estas la condición y el plazo.

7.1) LA CONDICIÓN.-

Definiéndola como aquel acontecimiento futuro e incierto del cual depende el nacimiento o extinción de un derecho.

7.1.1) CLASES DE CONDICIÓN.-

a) Condición casual.- Es aquella cuyo acontecimiento futuro e incierto no depende de las partes contratantes, sino de un hecho

 $^{^{106}}$ Las cuales están ampliamente citadas en el tema 9 del presente libro de contratos

ajeno a ellos, Ejemplo, si la selección nacional de fútbol clasifica al mundial, te arriendo mi casa.

- **b)** Condición mixta.- Es la que depende de una de las partes y de la intervención de un tercero, así por ejemplo, si tu papá acepta el canon, té alquilo del departamento.¹⁰⁷
- c) Condición potestativa.- Son aquellas cuya verificación o realización de dicha condición depende solamente de una de las partes, es en función a ello que se sub dividen en dos clases, 1) las simplemente potestativas, que dependen exclusivamente del capricho del deudor, o en este caso del propietario, siendo intrascendentes para el derecho, ejemplo, si quiero mañana te arriendo mi cuarto. 2) las meramente potestativas, son las que dependen de la voluntad del acreedor, por cuya razón son admitidas por el derecho, por ejemplo si tú quieres, mañana te alquilo mi departamento. 108
- **d)** Condición posible.- Son las que pueden efectivizarse material y jurídicamente, teniendo en contra posición a las condiciones imposibles.
- e) Condición suspensiva y resolutoria.- Es aquel hecho futuro e incierto del cual depende el nacimiento de un derecho, existiendo en contraposición la condición resolutoria, conceptualizandose como aquel acontecimiento futuro e incierto del cual depende que se extinga un derecho, dividiéndose estas dos según su ejecución, en cumplida y fallida.

7.2) EL PLAZO.-

Es aquel acontecimiento futuro y cierto del cual depende el ejercicio o la extinción de un derecho.

¹⁰⁷ Cabanellas, Guillermo. Ob cit. Tomo II, Pág. 270.

¹⁰⁸ Cabanellas, Guillermo. Ob cit Tomo II, Pág. 271" En principio es nula la obligación condicional que dependa de la exclusiva voluntad del deudor y sin consecuencias por su abstención, por cuanto lo mismo hubiera sido no establecerla. En materia testamentaria la condición potestativa ha de ser cumplida por el heredero o legatario después de morir el testador"

7.2.1) CLASES.- El termino o plazo se sub divide a su vez en plazo suspensivo que es similar a la condición suspensiva y el plazo extintivo, que seria en la condición la resolutoria.

A continuación citaremos algunas modalidades del contrato de arrendamiento.

- a) Contrato de arrendamiento con arras.- Es aquel en el cual el arrendatario entrega al arrendador cierta suma de dinero o bienes fungibles ya sea para reforzar el cumplimiento del arrendamiento (arras confirmatorias) o para reservarse la facultad de retractarse de el (arras penitenciales) dependiendo la suerte de tales bienes de la conducta posterior de los contratantes.
- **b)** Contrato de arrendamiento con cláusula penal.- Es la estimación anticipada que las partes contratantes hacen de los daños y perjuicios que puede ocasionar el incumplimiento o retardo en el cumplimiento de la obligación.
- c) Contrato de arrendamiento de cosa ajena.- Es el caso mediante el cual el arrendador sin ser propietario del bien a arrendar, se compromete ante el arrendatario a procurar, el uso y goce de la referida utilidad obligándose a adquirir dicho bien o a obtener que su legitimo propietario conceda al arrendatario el uso y goce de la utilidad que produce el referido bien. En el caso de que el arrendador no cumpla con la obligación asumida de procurarle al arrendatario el uso y goce de la utilidad, que produce la cosa, objeto del contrato, de arrendamiento de cosa ajena, procede la resolución del contrato por incumplimiento culpable, de acuerdo con lo previsto en los artículos 568 y 596 del Código Civil.
- d) Contrato de arrendamiento consigo mismo. Es un contrato en virtud del cual una persona, llamado mandatario de una o varias personas arrienda para si o para su mandante un determinado bien que se le a encargado arrendar, desdoblando así su personalidad jurídica en arrendador y arrendatario, a la vez, este contrato para ser válido requiere contar con la autorización expresa del arrendador propietario de la cosa o de la utilidad que percude la misma.

En su defecto no debe generar conflicto de intereses entre el "mandante arrendador y arrendatario", respectivamente, caso contrario procede la anulabilidad del contrato de arrendamiento por presunción de dolo, de acuerdo a lo previsto por el artículo 471 del Código Civil.

Así se puede citar, otros ejemplos de contratos de arrendamiento bajo distintas modalidades, como ser el contrato de arrendamiento por persona a nombrar, (artículo 472 Cód.Civ.) contrato de opción de arrendamiento, contrato de arrendamiento con cláusula resolutoria expresa, etc.

TEMA No 13

ARRENDAMIENTO DE FUNDOS URBANOS DESTINADOS A VIVIENDAS

1.-ANTECEDENTES.-

En las civilizaciones primitivas el arrendamiento de inmuebles destinados a vivienda era poco común, por cuanto toda familia

	Favio	Chacol	la H	Iuar	іса
--	-------	--------	------	------	-----

habitaba en su "domus" (casa) y explotaba su "praedium" (o tierra de clan).

En Roma el arrendamiento adquiere importancia y consecuentemente , es objeto de una especial regulación, debido a la conquista , al incremento del comercio a la influencia de extranjeros y a la emancipación de los esclavos que producen una expansión inusitada de la ciudad y consiguientemente crecimiento desmesurado de la población con un gran porcentaje de gente pobre que no disponía de casa propia y tenían que alojarse en el último piso de las casas familiares, para luego encontrar asilo en la "insula" 109

Posteriormente con la llegada de la edad media y el sistema económico feudal, se comenzó a hablar de relaciones a perpetuidad, entre el señor feudal, propietario de las tierras y el siervo que prestaba su fuerza de trabajo¹¹⁰, llamado enfiteuta.

Con la declinación del feudalismo se fueron atenuando las relaciones perpetuas emergentes de la enfiteusis, dando lugar a algunos arrendamientos temporales, que se practicaron a través de los grandes monasterios a partir del siglo XII, en los que se deja de lado el fin esencialmente político de la concesión de tierras para darle una función más de tipo económico con la obtención de los alquileres o rentas.

Con el tiempo la perpetuidad del arrendamiento fue totalmente suprimida y condenada, fundamentalmente luego de la Revolución Francesa, volviéndose de esta manera al principio de la temporalidad que existía en el derecho Romano.

¹⁰⁹ Cabanellas, Guillermo. Ob cit Tomo IV, Pag. 321.

Insula: latinismo muy usado en otros tiempos por isla, pero también significaba en épocas de la república en Roma, casa de pisos alquilada a distintos inquilinos que generalmente eran extranjeros, aposento de una casa de vecindad que tiene entrada especia o independiente por la via pública o pro el patio.

Insularis: Según el tecnicismo de Ulpiano, el esclavo encargado de cobrar los alquileres de las casas de su amo, Petronio empela la voz como inquilino.

Insularum domini: Los caseros o dueños de casas alquiladas.

¹¹⁰ Cabanellas, Guillermo Ob cit Tomo III, Pág. 461, la relación contractual a perpetuidad entre el señor feudal y el siervo se lo realizaba a travez de la enfiteusis, contrato según el cual el señor feudal arrendaba a perpetuidad sus tierras al siervo quien cancelaba su canon con su fuerza de trabajo e inclusio con el derecho de pernada.

Dicha temporalidad del arrendamiento fue tratado de forma sistemática fundamentalmente a partir del Código Francés de 1804, normativa jurídica que fue inserta en el artículo 1129 del Código Civil Santa Cruz del 2 de abril de 1831 años y actualmente el Código Civil lo legisla en particular del artículo 713 al 722, bajo el titulo de Arrendamiento de fundos urbanos destinados a vivienda.

En lo referente a Bolivia, la crisis de la vivienda consideramos, fundamentalmente que se llegó a acrecentar luego de la guerra del Chaco cuando comienza una gran migración campo-ciudad y después de la iper-inflación en la década de los ochenta

Fue entonces que las autoridades comprendieron que el tema de la vivienda, se tendría que regular de forma particular, por cuanto ello no era sino el efecto de las crisis económicas y sociales, provocando incluso la creación de programas de vivienda tales como el FONVIS y otros.

Finalmente durante las décadas de los 40 y 60 el estado crea normas de orden público que implican una restricción al derecho de propiedad y son, en el fondo, aplicaciones prácticas de la función social de la propiedad, de esta forma se dictaron diversas leyes y decretos, considerados como de emergencia, para resolver cuestiones urgentes en materia de arrendamientos como ser : 1)Rebaja de alquileres 2) Limitaciones de las causales de desahucio 3) Represión de la especulación 4) Exigencias de medidas higiénicas 5) Procedimientos para consignación de alquileres, etc, etc.

El decreto supremo de 3 de Enero de 1945, creo las comisarías de viviendas municipales y sentó el principio de que un propietario no pueda negarse a alquilar su casa desocupada. Reglamento los derechos del inquilino y las obligaciones del locador. Las leyes y decretos posteriores han ido girando dentro de los mismos conceptos, preceptos que fueron aglutinados en principio en la ley del Inquilinato del 11 de diciembre de 1959 cuyo articulo primero dice: "El derecho a la vivienda es de orden publico y las normas que la regulan

se hallan sujetas a un régimen legal especial "111 un acierto de esta ley fue haber concretado el campo de aplicación específicamente a la vivienda; en cambio, todo, lo relativo a alquiler comercial o de negocios lucrativos en general escapa al intervensionismo del estado y se rige por el derecho civil, que es esencialmente de orden privado. En consecuencia la ley se aplica solo a la vivienda.

2.-CONCEPTO DEL ARRENDAMIENTO DESTINADO A VIVIENDA.-

En principio consideramos que se debe de tener muy claro que es lo que se entiende por vivienda, de para lo cual el referente màs antiguo dentro nuestra legislación es lo previsto en el artículo 2 de la ley del inquilinato, que a la letra dice : "Se tendrá por vivienda a los efectos de esta ley, la casa , departamento, habitación o aposento que se utilice como morada" , seguidamente el artículo 3 de dicha norma jurídica señala: "Los almacenes , tiendas , pulperías, depósitos, oficinas profesionales, hoteles y otros locales comerciales o industriales estarán sujetos al régimen de libre contratación. Las tiendas ocupadas por pequeños artesanos que tiene además en ella su morada, quedan incluidas dentro del régimen previsto en el artículo 2 de la presente ley"

El parágrafo I, del artículo 713 del Código Civil del 2 de abril de 1972, en actual vigencia indica: " el arrendamiento en todo o en parte de un fundo urbano que se destine sólo o preferentemente a vivienda, no se extingue por uno de los modos señalados en el artículo 720", el parágrafo II, señala: " El arrendamiento de mansiones y de otras residencias similares expresamente calificadas así por la autoridad administrativa competente se rige por las disposiciones de la sección anterior"

Como se podrá apreciar, lamentablemente nuestra legislación sustantiva no define con claridad que es lo que se debe de entender por vivienda, aspecto que es subsanado por lo previsto en el

 $^{^{111}}$ Esta norma jurídica, en principio era un D.S. (el No 5369), luego elevado a rango de ley, en fecha 11 de diciembre de 1959, durante el gobierno de Hernan Siles Suazo y consta de 30 articulos.

TEODÍA	CENEDAI	DEIOS	CONTRATO.	C

artículo 621 del Código de Procedimiento Civil que dice: " se tendrá por vivienda la casa, departamento o habitación que el locatario utilizare, en virtud de un contrato celebrado por escrito o verbalmente , como su morada y la de los miembros de su familia dependientes de él sirviéndole de prueba, en caso de contrato verbal el recibo de pago de alquileres", complementando a lo señalado el artículo 622 del adjetivo civil, señala: " los pequeños talleres artesanales o pulperías , donde los ocupantes tuvieren a la vez su morada, serán considerados como vivienda siempre que hubieren tenido esta doble calidad desde el momento del contrato"

Una vez comentado este aspecto citaremos a continuación dos conceptos de un arrendamiento destinado a vivienda:

"El arrendamiento es un contrato mediante el cual una persona entrega a otra un inmueble urbano o una parte con destino solo o preferentemente a vivienda por cierto canon"¹¹²

"Es un contrato, en virtud del cual, el propietario o quien tiene el poder de disposición sobre una casa, un departamento o una habitación, llamado arrendador o locador concede temporalmente, auque sin plazo determinado a otra persona llamada arrendataria, inquilina o locataria el uso y goce de dichos inmuebles a cambio de una contraprestación en dinero llamada canon de alquiler, que se lo estipula en forma proporcional dentro del límite que no puede ser superior al 10 % anual del valor catastral del inmueble arrendado"¹¹³

3) DURACIÓN DEL ARRENDAMIENTO DESTINADO A VIVIENDA.-

Las reglas previstas en los artículos 687 ¹¹⁴ y 688 ¹¹⁵ del Código Civil no se aplican a los contratos de arrendamiento de fundos

 $^{^{112}}$ **Ampuero**, Jaime García. LECCIONES DE DERECHO CIVIL IV, CONTRATOS. Editorial S.F.X.Ch. , Ediciòn 1998 , Sucre-Bolivia Pàg. 110

¹¹³ Kaune, Walter. Ob cit Tomo I, Pág. 189.

¹¹⁴ Artículo 687.- "Arrendamiento sin determinación de tiempo; I: Cuando las partes no han determinado el tiempo de arrendamiento, este se entiende convenido 1) Por un año si se trata de locales amueblados o no, para el ejercicio de una profesión, una industria o un comercio. Este mismo plazo se aplica al arrendamiento de mansiones" 2) Por el lapso correspondiente

destinados a vivienda, en razón a que el artículo 720 del Código Civil establece:

"El arrendamiento de fundos urbanos destinados a vivienda se extingue, 1) Por separación unilateral del contrato que haga el arrendatario mediante la entrega voluntaria del fundo al arrendador, 2) Por muerte del arrendatario, salvo el caso en que éste hubiese dejado cónyuge o hijos menores que se encuentren viviendo en el inmueble, a favor de quienes se mantienen el contrato, 3) Por sentencia ejecutoriada de desahucio por las causales que señala expresamente la ley"

Aunque el contrato de inquilinato, en este caso específico parecería de plazo indefinido, sin embargo conserva el carácter de temporalidad que es esencialmente en todos los contratos de arrendamiento, por cuanto al determinar las formas de extinción del mismo, en el artículo 720 del Código Civil, se deja claramente establecido que el arrendamiento destinado a vivienda, no a perdido una de las características principales que es la temporalidad.

Como un segundo comentario de lo previsto en el presente artículo y por las consecuencias procesales que ello implica, considero que es adecuado desarrollar el numeral tres de dicho artículo, el cal manifiesta que " se extinguirá el contrato de arrendamiento de fundos destinados a vivienda, por sentencia ejecutoriada de desahucio por las causales que señala expresamente la ley", dichas causales están claramente señaladas en el artículo 623 del Código de Procedimiento Civil, siendo estas las siguientes:

1) <u>Por falta de pago de alquileres durante tres meses vencidos.</u> A manera de comentario manifestaremos que cuando el inquilino

a la unidad tiempo con respecto a la cual se ajusta el canon de arrendamiento, si se trata de muebles.

Lo manifestado en este parágrafo, no es aplicable al arrendamiento de fundos destinados a vivienda, en función a que el parágrafo II, de dicho artículo de forma clara establece; II: Se salva las disposiciones de los artículos 713 , 720 y 723, sobre el lapso que duran los arrendamiento de fundos urbanos destinados a vivienda y los de cosas productivas.

¹¹⁵ Artículo 688: "Duración máxima, salvo lo dispuesto en los artículos 713 y 720 el arrendamiento no puede celebrarse por más de diez años, quedando reducido a este si se establece un mayor plazo"

T = C = T = T = T	CEMEDAI	CONTRATOS

no cancela sus cánones, no solamente es causal suficiente para iniciar una demanda de desalojo, sino, también se puede iniciar una demanda ejecutiva por cobro de alguileres, pero ambas acciones simultáneamente no se las puede iniciar.

En caso de pretender iniciar una demanda ejecutiva por cobro de alguileres, se debe tomar en cuenta el procedimiento establecido en el artículo 486 y siguientes, fundamentalmente lo señalado en el numeral 6) del artículo 487 y lo previsto en el artículo 488 del Procedimiento Civil. 116

- 2) Cuando el propietario necesitare el inmueble para vivir en el. por estar viviendo en casa ajena. La elección del inmueble. departamento o habitaciones que se pretendiere hacer desalojar quedara atribuido al locomotor. Incluso en esta situación, si el propietario no puede demostrar que necesita la totalidad del inmueble podrá, desalojar del todo al locatario.
- Cuando el propietario necesite el inmueble para hacer una construcción nueva, en este caso el necesitara presentar autorización municipal, contrato de trabajo y planos aprobados. Los trabajos deberán ser iniciados dentro del plazo de 30 días de la desocupación. Como es de suponer si se pretende hacer valer esta causal, básicamente el propietario

 $^{^{116}}$ Con relación a este punto consideramos adecuado citar la siguiente jurisprudencia: " labase de una demanda ejecutiva es la existencia de un título suficiente, que deba "bastarse por sí mismo" es decir, contener todos los elementos que se requieren para la acción ejecutiva adoptando una de las formas señaladas restrictivamente por el artículo 487 del C.P.C. Min. Relator: Dr. Hugo Galindo Decker. A.S.No 207, de 29 de octubre de 1991 años.", es en función a ello que el articulo 488 cuyo nomen juris es (Deudas por arrendamiento) de forma específica señala los requisitos procésales que uno debe cumplir antes de iniciar una demanda ejecutiva por cobro de alquileres indicando en su primer parágrafo lo siguiente: I.-"En el caso previsto por el inciso 6 del artículo precedente se acompañarán a la demanda ejecutiva los recibos de arrendamiento no pagados y el contrato que hubiere II.- Asimismo se acompañaran el talonario fiscal de recibos de alquileres en el que figurará el último pago y en él las firmas del arrendador y del arrendatario, lo cual se hará constar en el cargo de presentación"

El fundamento de estos requisitos formales y procesales lo encontramos en nuestra jurisprudencia:

[&]quot;La existencia legal que el último recibo de pago esté firmado por el arrendador y el arrendatario, es un presupuesto fundamental para la existencia del título ejecutivo, porque de él emerge el reconocimiento que hace el deudor de una obligación reconocimiento que debe ser refrendado por la firma y rúbrica del obligado. (Arts. 487-6,488-II.90-I del Código de Procedimiento Civil) Min. Relator Dr. Antonio Salazar Soriano. A.S. No 225 de 22 de abril de 1994 G.J. Pág. 308"

tendrá que haber previamente concluido el tramite para la construcción del nuevo inmueble ante las instancias pertinentes, como ser alcaldía municipal, colegio de arquitectos, etc, etc, y ello implica una gran erogación de dinero.

4) Cuando el propietario tuviese necesidad de construir el inmueble, y siempre que no se tratare de realizar reparaciones de mantenimiento, dicha necesidad se justificara con el contrato de trabajo, y los plano aprobados por la autoridad municipal.

Los trabajos deberán de iniciarse en el plazo previsto en el inciso precedente Creemos que es una redundancia del anterior numeral

- **5)** <u>Cuando fuere necesaria la demolición del inmueble por su estado ruinoso debidamente calificado.</u> Se sobre entiende que, la prueba preconstituida estará conformada por certificaciones emitidas por la alcaldía municipal.
- 6) Cuando el inquilino tuviere casa propia Al margen de probar dicha causal, consideramos que se debe demostrar que dicho inmueble puede ser habitado por los inquilinos, por cuanto puede ocurrir, que si tenga un inmueble pero no en esta ciudad, sino en otra y ellos precisar vivir en esta y no en aquella
- 7) <u>Cuando el inquilino sub alquilare, todo o parte del inmueble</u>. Lo cual esta concordado con lo previsto por el artículo 716 del Código Civil, en función a que una norma prohíbe al propietario y otra al inquilino.
- 8) <u>Cuando el inquilino subroga el contrato, a un tercero¹¹⁷</u>
- 9) <u>Si el inquilino da al inmueble un uso distinto para el que</u> hubiere sido alquilado

¹¹⁷ Subrogación, es la sustitución de una persona por otra, en una relación de obligación, (supuesto en el cual se dice que es personal) o la atribución a una cosa de las cualidades jurídicas, de otra, a la que reemplaza en un patrimonio o conjunto de bienes y deudas o Universalidad. (caso en el cual se dice que es real) Capitant.

10) <u>Cuando el inmueble fuera adquirido o expropiado por causa de necesidad o utilidad pública.</u> Causal que esta concordada con lo previsto en los artículos 22 parágrafo II de la Constitución Política del Estado, artículo 108 del Código Civil y artículos 122 y siguientes de la ley de Municipalidades.

4.- TRAMITE DE LA DEMANDA DE DESALOJO.-

4.1) CONCEPTO.-

En principio manifestaremos que el juicio civil de desalojo tiene por objeto restituir al propietario en la posesión de un bien alquilado o arrendado. También puede decirse que es el desahucio que se efectúa del locatario de un inmueble, casa, habitación, local comercial o similar, por las razones expresamente autorizadas por ley o previstas según el contrato.

El trámite se sujetará al proceso sumario ante el juez instructor (ordinario en lo civil) , la demanda será admisible previa presentaron del talonario fiscal correspondiente, hecho que se hará constar en el cargo con especificación de los datos necesarios. Se entiende que será competente el juez instructor ordinario en lo civil , del lugar donde se encuentra el inmueble arrendado. Debe agregarse que en el caso de demanda por subinquilinato y subrogación la acción se seguirá simultáneamente contra el inquilino el subinquilino o subrogatorio.

Admitida la demanda, en caso de haberse acompañado el talonario fiscal de recibo de alquileres que en éste caso es un requisito de admisión y corrido el traslado correspondiente, el demandado tiene el plazo de 5 días para responder y oponer excepciones, debiendo en dicho caso, o en su rebeldía el juez proceder a abril un término probatorio de 20 días común a las partes, fijando los puntos de hecho a probarse por las partes.

En el proceso de desalojo no se admite reconvención, en razón de que su objeto consiste simplemente en recuperar la posesión del inmueble a favor del propietario. La apelación contra la sentencia se concederá en el efecto suspensivo, en cuanto el recurso de casación, si bien el artículo 255 del Código de Procedimiento Civil

no menciona expresamente al proceso de desalojo, entre las resoluciones contra las que procede el recurso de casación, se lo admite porque se trata de un proceso sumario.

4.2) SENTENCIA.-

Una vez realizado el trámite, en proceso sumario, como ya se dijo, se dictará la sentencia en el plazo de 20 días, conforme a lo previsto por el inciso 2) del artículo 204 del Código de Procedimiento Civil, que se computará desde el momento en el que el expediente ingrese a despacho para su resolución.

4.3) PLAZOS PARA EL DESALOJO.-

Una vez ejecutoriada la sentencia de desalojo, el juez concederá los siguientes plazos para el efectivo desahucio del inmueble:

- 1) Para habitaciones, treinta días
- 2) Para departamento, setenta días.
- 3) Para casa completa, noventa días, sin embargo, en muchos casos en la práctica, esos plazos se establecen en la parte resolutiva de la sentencia.

5) RESTITUCIÓN DEL INMUEBLE AL INQUILINO.-

En el caso en que el propietario no cumpliere con lo previsto en los incisos 2, 3 y 4 del artículo 623 del Código de Procedimiento Civil, dentro del plazo de 30 días desde que se hubiere ejecutoriado la sentencia de desalojo, el inquilino podrá demandar a su vez la restitución del inmueble ante el mismo juez de la causa, tramitándose como incidente.

De la resolución a dictarse procederá la apelación en el efecto devolutivo, sin recurso ulterior. En caso de que la restitución no fuere posible, el locador pagará una multa equivalente a seis meses del alquiler que pagaba a tiempo de la desocupación.

6) CONTRATO MIXTO.-

Deacuerdo a lo previsto en el artículo 716 del Código Civil, se encuentra prohibido el contrato mixto, de alquiler y anticrético, en dicho caso resulta nula la anticresis debiendo el propietario restituir la suma recibida más el interés bancario comercial a partir del día en que recibió el dinero. Sin embargo procederá igualmente el juicio de desalojo conforme a las previsiones del artículo 631 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

7) DESALOJO DE LOS LOCALES DE COMERCIO Y OTROS.-

El desalojo de locales de comercio, industria, oficinas y otros análogos, sujetos al régimen de libre contratación, como hemos adelantado en líneas anteriores, procederá por fenecimiento del plazo del contrato o por incumplimiento de cualquiera de sus condiciones.

Cuando no se ha pactado un término de vigencia, del contrato, se entiende convenido por el plazo de un año tratándose de locales amueblados o no, para el ejercicio de una profesión, una industria o comercio deacuerdo a los previsto en el parágrafo I) del artículo 687 del Código Civil. En dicho caso se debe notificar al arrendatario con el aviso de despido, con noventa a treinta días de anticipación en el primer o segundo caso, del citado artículo 687, porque de lo contrario se produce la tácita renovación del contrato de acuerdo a los artículos 709 y 710 del Código Civil.

7.1) TRÁMITE.-

Cumplido el plazo o notificado el arrendatario en la forma prevista por el artículo 709 del Código Civil, procederá el desalojo también en proceso sumario, conforme lo determina el artículo 633 del Código Civil, en la misma forma establecida para los juicios relativos a inmuebles destinados a vivienda.

Del mismo modo, debe presentarse la demanda acompañada del talonario fiscal de recibos de alquiler que constituye un requisito de admisión.

En estos procesos no se admite reconvención y la apelación de sentencia se concede en efecto suspensivo. Dictada la sentencia de

desalojo v una vez ejecutoriada, el juez concede los siguientes plazos para la desocupación:

- 1) Para tiendas, pulperías, depósitos, oficinas, consultorios, bares, cantinas, salones de baile y análogos 30 día
- 2) Para casas comerciales, restaurantes, confiterías, comedores, hoteles, industrias menores y otros análogos 60 días.
- 3) Para sanatorios, clínicas, establecimientos industriales con más de 20 obreros, 90 días, conforme lo señalado en el artículo 634 del Código de Procedimiento Civil.

Debe tenerse en cuenta que en los casos de desalojo, de locales de comercio, como en los de vivienda, los plazos para la desocupación se otorgan por el juez a tiempo de dictar sentencia en su parte resolutiva, no siendo necesario concederlos en ejecución de sentencia.

Cumplido el plazo concedido sin haberse desocupado el local, se procederá al lanzamiento conforme al artículo 635 del Código de Procedimiento Civil, orden judicial que obliga al inquilino a dejar el local, luego de pronunciado la sentencia, y ejecutoriada que sea la resolución en cuestión.

Debe ejecutarse en días y horas hábiles por el oficial de diligencias del juzgado, mediante el mandamiento de lanzamiento correspondiente que se expedirá con facultades de allanamiento y el auxilio de la fuerza pública en caso de resistencia el ejecutor entregará los muebles, enseres, maquinarias y objetos al inquilino, o en su caso al depositario que designe el juez, bajo inventario.

En caso de que el lanzamiento se hubiera de hacer de los locales de comercio el juez regulará en sentencia una multa por cada día de retraso en la desocupación que beneficiará al locador a menos que existiere cláusula penal, contractual en cuyo caso el propietario demandante deberá solicitar en aplicación con el carácter accesorio y el juez pronunciarse al respecto en la sentencia postergando su calculo para la ejecución, de acuerdo a lo previsto por el artículo 637 del Código de Procedimiento Civil

En caso de que el desalojo se hubiera demandado por falta de pago de alquileres, el juez dispondrá la retención de los bienes muebles necesarios para el pago de los alquileres devengados, quedando el locador en calidad de depositario. Pero dicha retención sólo podrá dar lugar al remate de dichos bienes, luego de haberse tramitado el juicio ejecutivo posterior, pero en ningún caso como emergencia de la ejecución de sentencia en el proceso de Desalojo.

8) EL CANON DE ARRENDAMIENTO.-

Si bien el canon de arrendamiento se lo establece en función de la oferta y la demanda, empero, legalmente aquel debe ser igual al 10% del valor catastral del inmueble alquilado, pero si solo se a arrendado una parte, el alquiler será proporcional a esa parte. El reajuste del canon procede únicamente en caso de aumento del valor catastral del inmueble.

9) OBLIGACIONES DEL LOCADOR.-

El locador, tiene las siguientes obligaciones:

- a) A no celebrar un contrato mixto, es decir no puede dar al mismo tiempo en arriendo y anticresis. La contravención da lugar al nulidad del anticresis y al subsistencia del arrendamiento aunque el arrendador puede pedir un reajuste del canon
- b) Entregar el inmueble en condiciones de higiene y salubridad. Cuando el arrendador no cumple con las obras sanitarias que señala la autoridad debe resarcir los daños al arrendatario
- c) A no oponerse alas instalaciones de luz eléctrica, teléfono, etc. Que no disminuyan el valor del fundo
- d) A no suprimir o limitar los servicios de luz y agua

10) PROHIBICIONES.-

El Art.716 establece diversas prohibiciones con el propósito de evitar conflictos entre partes, así el arrendatario de un fundo urbano destinado a vivienda esta prohibido a ceder el contrato o subarrendar total o parcialmente el fundo, salvo pacto contrario

11) OBLIGACIONES DEL ARRENDATARIO.-

Podemos señalar las siguientes:

- a) Pagar puntualmente el canon o precio del alquiler
- b) Conservar el inmueble en buenas condiciones
- c) No ceder el contrato a terceros y tampoco subarrendar total o parcialmente salvo que tenga autorización
- d) Hacer mejoras sin acuerdo del arrendador, o darle uso distinto para el que fue alquilado

11) INDEROGABILIDAD.-

Del texto del Art. 722 fluye el carácter público de estas normas, siendo por ellas obligatorias en su cumplimiento y por lo mismo inderogables, por convenios particulares.

12) REGLAS COMUNES AL ARRENDAMIENTO DE COSAS.-

12.1) DURACIÓN DEL CONTRATO.-

El arrendamiento tiene una duración máxima de 10 años de modo tal que si las partes han convenido un termino mayor, este queda reducido automáticamente a 10 años, excepto en dos casos:

- a) Cuando el fundo esta destinado a vivienda, por que es indefinido.
- **b)** Cuando se trata de cosas productivas y si las partes no han establecido un término de duración, cualquiera de ellas puede separarse unilateralmente del contrato notificando con oportunidad a la otra parte

Cuando las partes no han determinado el tiempo de arrendamiento, este se entiende convenido:

TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS

Por un año si se trata de locales, amueblados o no, para el ejercicio de una profesión una industria o un comercio. Este mismo plazo se aplica al arrendamiento de mansiones

Por el lapso correspondiente a la unidad de tiempo con respecto a la cual se ajusta el canon de arrendamiento, si se trata de muebles

12.2) ACTOS QUE EXCEDEN A LA ADMINISTRACIÓN ORDINARIA.-

El Art.686, que tiene que ver con la capacidad del que arrienda, dice: Son acto que exceden a la administración ordinaria:

- a) Los arrendamientos que tienen por objeto fundos urbanos destinados a vivienda
- b) Los arrendamientos que, teniendo cualquier otro objeto, se celebran por un termino mayor de 3 años
- c) La percepción de alquileres por más de un año

13) OBLIGACIONES DEL ARRENDADOR.-

El arrendador tiene las siguientes características:

13.1) ENTREGAR EL BIEN ARRENDADO.-

Se trata de una obligación principal, cuyo acto no significa transferir la propiedad ni la posesión, sino simplemente transferir la tenencia de la cosa objeto del contrato de arrendamiento. La entrega tiene que ser echa en condiciones, que sirva para el fin para el cual fue arrendada, por lo que la cosa debe estar exenta de todo vicio o defecto que lo haga inservible para el fin determinado o que disminuya su utilidad.

13.2) CONSERVAR EN BUEN ESTADO EL BIEN ARRENDADO.-

Emergente de la obligación principal de entregar la cosa , surge la obligación accesoria del arrendador de realizar el mantenimiento de los bienes inmuebles , que se traduce, en en correr coon todos los gastos de las reparaciones necesarias destinadas, a conseguir a que la cosa continué sirviendo para el uso al que fue destinada, correspondiendo al arrendatario cubrir los gastos de las

reparaciones menores de mantenimiento .El arrendatario esta obligado a informar al arrendador, a la brevedad posible, sobre la necesidad de tales reparaciones.

13.3) FALTA DE USO O GOCE POR REPARACIONES.-

Puede acontecer que emergente de las reparaciones, se prive al arrendatario del goce de la utilidad de la cosa, en principio puede tolerarlas aunque importen privación en el goce parcial de la cosa, sin embargo tiene derecho a escoger dos alternativas : a)Pedir la reducción del canon de alquiler en la proporción que dure la privación del goce de la cosa, y B)Demandar la resolución del contrato si la privación es total o afecta en gran parte al bien arrendado, en este caso acogiéndose a lo que acuerda el Art.720-1

13.4) RESPONDER POR LOS VICIOS OCULTOS.-

Es otra obligación principal. Como quiera que la finalidad de estos contratos es conceder el uso y goce temporal sobre la utilidad que produce la cosa, por ende para que el contrato pueda cumplir su función esencial no basta con la entrega del bien arrendado, ni que cumpla con las reparaciones mayores o extraordinarias, sino que además es obligación del arrendador garantizar la útil posesión de la cosa, y en su caso, responder por los defectos que permitan servirse de ella para el fin estipulado o que disminuya su idoneidad para el uso pactado.

Si la cosa arrendada padece de vicios ocultos el arrendatario debe pedir la resolución del contrato o la disminución del canon, a menos que los vicios hayan sido reconocibles en el momento de la entrega si el arrendatario los conocía o debía conocerlos (Art. 697)

De otra parte, es nulo el pacto que excluye o limita la responsabilidad por los vicio de la cosa si el arrendador los oculto de mala fe (Art.698)

13.5) RESPONSABILIDAD POR EVICCIÓN.-

Igualmente, el arrendador tiene la obligación de garantizar el goce de la utilidad que produce la cosa, objeto del contrato de

TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS

arrendamiento, y en su caso, responder por las perturbaciones que atenten contra el uso y goce pacifico de la misma.

El arrendador no esta obligado por molestias de terceros que no pretendan derecho, quedando a salvo la acción del arrendamiento para actuar a nombre propio.

13.6) ABSTENERSE DE HACER INNOVACIONES.-

Es decir, que el arrendador debe evitar perjudicar al arrendatario haciendo innovaciones, que perjudique el uso o goce por parte del arrendatario Salvo pacto contrario

14) OBLIGACIONES DEL LOCATARIO.-

Podemos señalar las siguientes obligaciones del arrendatario:

- 14.1) Usar la cosa como un buen padre de familia, sujetándose al naturaleza y destina propios de la cosa arrendada .La buena conservación de la cosa implica, por supuesto realizar todos los trabajos y gastos necesarios; así el que arrienda un viñedo esta en el deber de podarlo, desinfectarlo y cultivarlo adecuadamente; el que fleta un caballo debe alimentarlo, atenderlo y vigilar. Emplear una cosa en un destino diferente puede ser causa de rescisión del contrato, y en todo caso daría lugar al pago de daños y perjuicios.
- 14.2) Pagar el canon o precio del arrendamiento, según lo estipulado en el contrato o siguiendo los usos y costumbres del lugar
- 14.3) Conservar la cosa respondiendo por el perecimiento y los deterioros de la cosa aunque sean producidos por, personas a quienes a admitido en el uso de la cosa. Igualmente hacer las reparaciones locativas; por tanto, corren a su cargo las reparaciones menores o de pura conservación, mientras que las mayores tocan al dueño. Así, en una casa serán reparaciones mayores las de techos, vigas y bóvedas, en tanto que serán"locativas"las de aseo, seguridad de puertas y ventanas, etc.
- 14.4) Restituir la cosa al final del contrato en el estado que se recibió. Existen estas reglas : a)Si se recibió la cosa mediante

inventario detallando es preciso atenerse a este documento, habida cuenta de los deterioros naturales o de desgaste o por el uso; b) Si no hubo inventario, se presume que la cosa se recibió en buen estado y así debe restituirse Art.705)

14.5) No efectuar mejoras o ampliaciones, salvo que este expresamente autorizado o se trate de instalación eléctrica, teléfono, etc.

14.6) No ceder o subarrendar el contrato salvo autorización expresa del arrendador.

15) CESACIÓN DEL ARRENDAMIENTO.-

Hay causas normales y causas accidentales de extinción o cesación del contrato. En el primer caso hay que distinguir, como todo arrendamiento es temporal si su duración ha sido determinado por las partes o es más bien indeterminada. Si el arrendamiento tiene plazo cesa de pleno derecho y sin necesidad de aviso por la expiración termino. Sin embargo cuando no se ha convenido un plazo en el arrendamiento de mansiones, locales y de muebles, no cesa, si antes donde una de las partes omite notificar a la otra al aviso de despido, de 90 días de anticipación si se trata de inmuebles y 30 para muebles

Si las partes fijaron un plazo de duración, obvio que el contrato termina normalmente al vencimiento de dicho plazo En cambio si nada se dijo, el contrato será indeterminado o de plazo in de finido, y entonces el propietario podrá rescindirlo mediante el desahucio del inquilino por alguna de las causales establecidas en el Cod. de Pdto. Civil

16) LA TACITA RECONDUCCIÓN.-

El arrendamiento se tiene por renovado si vencido el término se deja el arrendatario detentando la cosa o si, tratándose de arrendamiento, no se notifica el despido en los plazos señalados. Pero si se ha dado aviso del despido no puede oponerse la renovación tacita. El nuevo arrendamiento se regula por las mismas condiciones que el anterior (Art.710)

17) ENAJENACIÓN DE LA COSA.-

Si el contrato de arrendamiento tiene fecha cierta y el arrendador enajena la cosa, el nuevo adquiriente debe respetar el arrendamiento en curso Lo anterior no se aplica al arrendamiento de muebles no sujetos a registro cuando el adquiriente ha obtenido la posesión de buena fe

El tercer adquiriente esta obligado a respetar el arrendamiento, y sustituye al arrendador en los derechos y obligaciones que derivan del contrato (Art.712)

TEMA Nº 14

ARRENDAMIENTO DE COSAS PRODUCTIVAS

1.-GENERALIDADES.-

Nuestro legislador, al momento de legislar sobre el arrendamiento, llegó a adoptar la misma didáctica adoptada por el Código Civil Italiano, vale decir lo trato en tres secciones , la primera sección relativa a las disposiciones generales del arrendamiento, que en nuestro Código Civil, esta contenida del artículo 685 al 712 , en dicha sección se legisla sobre aspectos generales que se aplican a toda clase de contratos de arrendamiento, la segunda sección ,

habla del arrendamiento de fundos urbanos destinados a vivienda, que abarca de los artículos 713 al 722 del Código Civil, lo cual se comprende en función a que la connotación social y jurídica del arrendamiento de fundos urbanos destinados exclusivamente a vivienda es distinta a otras formas de arrendamiento.

Pero en lo relativo a la tercera sección, vale decir al arrendamiento de cosas productivas, conforme titula dicha sección, (ver artículo 723 del Código Civil) se la llego a insertar en el Código Civil simplemente por copiar, va que su tratamiento individual, no se justifica, bajo el siguiente criterio¹¹⁸ " La mala traducción adoptada por nuestro legislador, al momento de copiar lo dispuesto por el Código Civil, hace entender , por un razonamiento inverso que, existe la posibilidad de haber arrendamientos improductivos, lo cual es sin duda inexacto. No haber un arrendamiento improductivo, todo nuede arrendamiento produce un disfrute o una función, por eso se paga un precio que es el canon del arrendamiento", es por ello que el Código fuente, al citar una sección similar, se refería a aquellos arrendamientos que producen bienes, frutos, etc, u otras cosas como la propiedad industrial por ejemplo, lo cual consideramos es indispensable que el lector lo tenga claro, con el fin de poder entender a cabalidad v en un sentido amplio lo que se pretende legislar con esta tercera sección.

2) GESTIÓN Y GOCE.-

Hecha la aclaración, a continuación nos referiremos a estos dos términos, como ser la gestión y el goce, aspectos que están legislados por el artículo 723 del Código Civil y que manifiesta: "Cuando el arrendamiento tiene por objeto una cosa productiva, el arrendatario debe cuidad de su gestión en conformidad al destino económico de la cosa y al interés de la producción", seguidamente manifiesta; "corresponde al arrendatario los frutos y otras utilidades de la cosa"

¹¹⁸ Morales, Guillen. Tomo I, pág 994 ob cit. (el comentario sobre la tercera sección fue extractado de dicha obra , la cual invitamos al lector consultarla)

TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS

De lo manifestado se puede deducir que el arrendatario no debe hacer un uso abusivo del bien y si mas bien cuidar en provecho de sus mismos intereses Sin embargo puede tomar medidas conducentes al aumento en la productividad de la cosa arrendada siempre que no ocasione perjuicios, ni importen obligaciones para el arrendador

A esta disposición se complementa lo señalado por el artículo 724 del Código Civil, el cual manifiesta: "Sin embargo el arrendatario puede tomar medidas conducentes al aumento en la productividad de la cosa arrendada y siempre que ellas sean conforme al interés de la producción y no ocasione perjuicios ni importen obligaciones para el arrendador"

3) TERMINO DEL CONTRATO.-

En principio el termino de duración del contrato será el que las partes determinen; pero si estas no han establecido el termino, cada una pueda separarse unilateralmente del contrato notificando con oportunidad a la otra mediante un aviso de despido, dice el art., 725 Este es un caso de excepción a la regla que de los contratos no pueden rescindirse unilateralmente por lo que en realidad no se trata propiamente de un des pido si no de una reescisión

Si la rescisión ocasiona grave perjuicio, la parte damnificada puede ocurrir a la autoridad judicial pidiendo prorroga de la vigencia del plazo, la que según las circunstancias puede prolongar por un termino prudencial, decisión que lo realizara el juez, conforme lo previsto por el artículo 397 del Código de Procedimiento Civil.

4) OBLIGACIONES DEL ARRENDADOR.-

El arrendador en principio debe de cumplir con las obligaciones previstas para cualquier arrendador, pero en el caso del arriendo de cosas productivas, se debe de aditamentar, también la obligación de entregar la cosa con todas sus pertenencias o accesorios en estado de servir para el uso y producción a que esta destinada

Luego el arrendador no debe ni puede obstaculizar el trabajo del arrendatario y si más bien hacer las reparaciones mayores que estén justificadas

El arrendador también esta obligado a correr con las reparaciones extraordinarias de la cosa arrendada

5) OBLIGACIONES DEL ARRENDATARIO.-

Por su parte el arrendatario esta en la obligación de cuidar y destinar al servicio de la cosa los medios necesarios para la gestión de ella; a observar las reglas de buena técnica, a respetar el destino económico de la cosa, y acorrer con los gastos de explotación (Art.727)

El arrendador puede comprobar, aun mediante acceso al lugar, la ejecución de tales obligaciones, y en caso de incumplimiento puede pedir la resolución del contrato

6) EXTINCIÓN DEL ARRENDAMIENTO.-

El arrendamiento de cosa productiva se extingue:

- a) Por incumplimiento del término
- b) Por separación unilateral
- c) Por interdicción o insolvencia del arrendatario, a menos que este ofrezca una garantía idónea
- d) Por muerte del arrendatario, en cuyo caso sus herederos pueden separarse, unilateralmente del contrato notificando al arrendador con tres meses de anticipación

TEMA Nº 15

DEL CONTRATO DE OBRA

1) CONCEPTO.-

Capitant señala que "el contrato de obra es aquel por el cual una persona se obliga a efectuar una obra determinada para otra, quien le paga un precio por ella"

Mazeaud a este tipo de contrato la denomina como contrato de empresa ¹¹⁹ señalando que "es aquel contrato mediante el cual, el contratista o locador se obliga para con la otra parte, el dueño o cliente a ejecutar contra remuneración, un trabajo independiente y sin representarlo." ¹²⁰

Cabanellas sostiene que el contrato de empresa ¹²¹, esta encuadrado dentro el derecho privado y citando a Castán, indica que el contrato de empresa es "aquel en virtud del cual una persona, llamada empresario o contratista se obliga a ejecutar una obra en beneficio de otra, el capitalista o propietario que se obliga a pagar por ella un cierto precio"

Josserand indica que "La empresa es un contrato sinalagmático por el cual una de las partes se compromete, sin entrar al servicio de la otra , a efectuar un trabajo determinado , mediante una remuneración."

Una vez que se a citado varios conceptos sobre este contrato , corresponde aclarar cual el objeto de este contrato, al respecto consideramos que el parágrafo II del artículo 732 del Código Civil es claro , indicando que "el objeto de este contrato puede ser la reparación o transformación de una cosa, cualquier otro resultado de trabajo o la prestación de servicios".

Es de este parágrafo que se entiende que, bajo el nomen juris de contrato de obra, se encuentra dos tipos de contrato de obra, aquel en mediante el cual el contratista se compromete a prestar servicios a favor del propietario o empresario y aquel mediante el cual el contratista se compromete a reparar o crear algún bien a favor del propietario o empresario.

2) DENOMINACIONES.-

¹¹⁹ Mazeaud, León Ob cit Pág. 528.

¹²⁰ La noción que da el artículo 732 del Código Civil, se asemeja en mucho a esta definición: Artículo 732, parágrafo I: "por el contrato de obra el empresario o contratista asume, por sí solo o bajo su dirección o independientemente la realización del trabajo prometido a cambio de una retribución convenida".

¹²¹ En muchas legislaciones al denominado contrato de obra (como en el caso de nuestro país) se lo conoce como contrato de empresa, así se lo concibe en la obra de Guillermo Cabanellas .Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.

En relación al nombre de este contrato, en el Código Civil Abrogado, se lo denominaba como el alquiler de obra (artículo 1130 C.C.Abrg.) en otras legislaciones se la conoce como el contrato de empresa y nuestra legislación en el artículo 732 del Código Civil lo denomina como contrato de obra.

En cuanto a las partes, a la persona que realizará la obra se lo denomina contratista, empresario o locador (pudiendo este realizar el trabajo por si mismo, o empleando obreros asalariados) y la persona que se beneficiara de dicha prestación de servicio u obra se lo denomina propietario, comitente o capitalista.

3) ANTECEDENTES.-

<u>En el derecho romano</u> con relación a este contrato se distinguía dos especies de este contrato:

- a) Locatio operis, o arrendamiento de obra, es un contrato por el cual una persona pone su actividad y sus talentos profesionales al servicio de otra persona por tiempo determinado o indeterminado, por ejemplo cuando un artesano se compromete a confeccionar un par de zapatos o a fabricar una mesa.
- **b)** Locatio operarum, o arrendamiento de servicios, es aquel contrato mediante el cual una persona pone su actividad o servicio a favor de un patrón a cambio de un salario. Básicamente esta definición corresponde al actual contrato de trabajo. 122

<u>En el Código Civil de 1831</u>, en lo referente al tratamiento del arrendamiento o alquiler, distinguía tres variedades de este contrato:

a) El alquiler de las gentes de trabajo, que se refiere tanto a los domésticos como a los obreros y empleados , en el entendido de que entregan toda su actividad , en forma continua y permanente, a un solo patrón .

-

¹²² Cabanellas, Guillermo.Ob cit.

- b) El flete o arrendamiento de bestias de carga, carruajes u otros vehículos de transporte de personas, y carga por agua o por tierra, es decir, el contrato de transporte que hoy día tiene gran desarrollo.
- c) El de los empresarios de obras, por contrato o jornal, que modernamente se llama locación de industria, que tiene por objeto una obra o trabajo determinado, sin continuidad ni subordinación, como en el caso de artesanos o de profesionales liberarles.

<u>En el derecho moderno</u>, con relación al tratamiento que se realiza a este contrato de obra, consideramos que se ha vuelto a la concepción romana¹²³, ello se aprecia también en nuestra legislación civil, pero la dinámica social provocó que este contrato de obra en función a sus dos especies (obra y servicios) se llegue a diferenciar, llegando a diferenciarse totalmente el contrato de prestación de servicios con el contrato de obra, a tal punto que el contrato de prestación de servicios se salio del campo civil para constituirse uno de los objetos principales del derecho de trabajo, con fisonomía y caracteres propios el contrato de empresa hoy de obra, en cambio, estuvo insuficientemente legislado por el código civil anterior, que hoy es objeto de nuestros estudios.

4) DIFERENCIAS ENTRE EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL CONTRATO DE OBRA.-

a) Antecedentes del contrato de trabajo.- La expresión "contrato de trabajo" no figuró en las legislaciones del siglo XIX, se utilizo el término de "locación de servicios" en su antigua significación civil de "alquiler de las gentes de servicios, obra o industria".

 $^{^{123}\,}$ En el parágrafo II del artículo 732 del Código Civil, en lo relativo al objeto del contrato, se observa claramente lo que ya sabían los romanos, vale decir que se nota la diferencia entre Locatio operis y Locatio operarum.

Primero fueron los economistas en usar la expresión de "contrato de trabajo" y luego se incorporó a la terminología jurídica. En la legislación internacional, se incorporó oficialmente en la ley belga del "contrato de trabajo" el año 1900, en Francia en 1901, al referirse a los obreros y empleados llamados al servicio militar, y en Suiza en 1911, en Chile en 1925.

En la legislación nacional, encontramos la nueva frase de "contrato de trabajo" en la ley de 12 de marzo de 1925 de organización del Departamento Nacional del Trabajo, al determinar una de sus atribuciones, señala intervenir en las cuestiones sobre el contrato de trabajo y reclamación de salarios entre patronos y obreros. Hasta la ley de Protección a Empleados de 1924 y su Reglamentación de 1925, emplean la expresión de "locación de servicios" en su acepción civilista.

b)Concepto del contrato de trabajo.- El contrato de trabajo se lo conceptualiza como "el acuerdo verbal o escrito por el cual el trabajador se obliga a prestar servicios o realizar obras para otra persona <u>bajo su dependencia y</u> por un salario"

Planiol y Rouast , respecto al contrato de trabajo, nos dicen: " Es una convención por la cual una persona pone su actividad profesional a disposición de otra, de modo que trabaja bajo la dirección de un patrón y para su provecho , mediante una remuneración denominada salario".

La persona que obliga su trabajo se llama obrero cuando su labor consiste preferentemente en hechos materiales y empleado cuando realiza una actividad intelectual .En Bolivia la palabra trabajador engloba a obreros y empleados .El contrato de trabajo se refiere también a los empleados domésticos El que toma los servicios del trabajador se llama empleador y patrono.

c) Rasgos diferenciales entre los dos contratos.-

1) Según el objeto del contrato:

-En el contrato de trabajo es la actividad profesional o prestación de servicios del trabajador;

-En el de obra o empresa se persigue la ejecución de una obra determinada confección de traje, operación quirúrgica, etc).

- 2) En el contrato de trabajo, existe continuidad de servicios a favor de un patrón, en el contrato de empresa o de obra existe eventualidad, por cuanto solo se persigue el cumplimiento de una obra.
- 3) Subordinación del trabajador al patrón en el contrato de trabajo, al punto que la dirección de la actividad toca a este (el obrero depende del patrón, cumple sus ordenes y directivas) independencia en la tarea del empresario, el mismo dirige y asume la parte técnica de la obra, sin recibir ordenes ni depender de la otra parte.
- 4) **Por los riesgos materiales**: El trabajador obrero o empleado no responde del éxito o finalidad económica del trabajo, en tanto que el empresario o contratista si.

En el contrato de empresa o de obra soporta el riesgo de los daños sufridos en la ejecución de la obra así el sastre se perjudica si corta mal la tela o la quema al plancharla).

5) **Por los riesgos personales:** Si al trabajar por cuenta de un patrón el obrero o empleado sufre un accidente o adquiere una enfermedad profesional, el patrón debe indemnizarle por el daño sufrido. En cambio el empresario o contratista artesano o profesional libre, etc. soporta personalmente los accidentes que puedan sobrevenirle en su actividad.

5) VARIEDADES DEL CONTRATO DE OBRA.-

El contrato de obra o de empresa puede subdividirse así:

1. Contrato de construcción (ingenieros, arquitectos, albañiles).

TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS

- 2. Contrato artesanal o de obra artesanal (carpinteros, sastres).
- Contrato de servicios profesionales (abogados, médicos, dentistas).
- 4. Contrato de transporte (porteadores en general).
- 5. Contrato de turismo (empresas de viajes y recreaciones).
- 6. Contrato de espectáculos (teatro, funciones, cines).
- 7. Contratos docentes (enseñanza privada libre, clases particulares).

Es preciso subrrayar que todos estos contratos son independientes v se caracterizan por los rasgos va señalados para la empresa .Esto no interfiere para que algunas beses el contrato sea más bien de trabajo, así por ejemplo: el médico que se emplea en un hospital por determinado numero de horas al día y se obliga a realizar todo el trabajo que se presente, a cambio de un sueldo, mensual el abogado que se emplea al servicio de en banco o una firma industrial para atender todos los asuntos jurídicos, mediante sueldo mensual; el albañil que se emplea en una empresa constructora en forma permanente por un salario semanal, quincenal o mensual; etc. habrá en cambio, contrato de obra cuando cualquiera de los profesionales del ejemplo realizan una obra fija v concreta, por una retribución convenida, sin sujeción ni continuidad; así, el médico que atiende una consulta suelta, el abogado que redacta un memorial o se encarga de tal pleito, el albañil que construye una pared o hace el retejo de una casa particular.

6) OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO O CONTRATISTA.-

Las principales son:

• El contratista no puede dar en subcontrato la realización de la obra, si no ha sido autorizado por el comitente, artículo

733, concordado con los artículos 296 y 539 , todos del Código Civil.

- El contratista no puede variar el proyecto de la obra si el comitente no le ha autorizado por escrito y no se ha convenido en modificar la retribución, artículo 737, parágrafo I, del Código Civil.
- Provisión de los materiales necesarios para la realización de la obra si así se ha convenido .Caso contrario se entenderá que el contrato comprende solamente la mano de obra.
- Ejecutar la obra según el pliego de especificaciones o lo convenido con la otra parte.
- Entregar la obra concluida en el plazo fijado en el contrato o según los usos y costumbres del lugar. Las particularidades de la entrega y la consiguiente acción del dueño o cliente comprenden dos casos:
- 1) Si el comitente dio la materia prima de la obra y el empresario puso solo su habilidad o industria (como el sastre que recibe la tela para confeccionar un traje o un zapatero al que se da un par de zapatos para compostura)
- 2) Si el contratista pone tanto el material como su trabajo (Sastre que confecciona un traje con tela de su propiedad, zapatero que hace zapatos con sus materiales) entonces el contrato es una combinación de venta y obra, y la transferencia de la propiedad de la obra se opera sólo por la tradición o entrega.

7) OBLIGACIONES DEL COMITENTE.-

- Proveer el material necesario para la realización de la obra, cuando no se ha convenido que la obra sea vendida. Si no se ha convenido nada al respecto se entiende que el contrato comprende la mano de obra, artículo 736 del Código Civil.
- Pagar la retribución convenida a la conclusión de la obra, si no se ha acordado otra forma de pago.

- Controlar o supervisar por su cuenta los trabajados realizados por el contratista si comprueba que no se la ejecuta conforme el convenio puede fijar un termino para que el contratista se ajuste a tales condiciones y si no lo hace puede pedir la resolución del contrato quedando a salvo el derecho del comitente al resarcimiento del daño, artículo 738 del Código Civil.¹²⁴ Existiendo una excepción a esta regla del control y es cuando a través del contrato de obra no se genera una obligación de resultado sino de medios, como los servicios de un profesional liberal, ejemplo, un abogado, un médico, etc.
- Recibir la obra en el momento de su entrega, ya sea en forma provisional o definitiva cuando corresponda, de suerte que si resiste el dueño sin una razón justificada desde ese momento los riesgos corren a su cargo.

8) PÉRDIDA O DETERIORO DE LA OBRA.-

Nuestro Código Civil distingue en el presente caso, dos modalidades, la primera es cuando el contratista es quien pone los materiales más la mano de obra y la segunda modalidad es cuando el comitente es quien pone los materiales y contratista su trabajo. Ahora bien, tratándose de los riesgos por perdida de la obra a consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor, hay que dilucidar quien soporta la perdida o perjuicio.

En el primer caso, si el contratista pone los materiales mas su fuerza de trabajo, entonces es propietario de todo hasta el momento de la entrega, de suerte que la perdida es para él, según el adagio "res perit domino suo" como se ve, el riesgo abarca inclusive el trabajo que se ha dedicado a la obra, parágrafo I, del artículo 745 del Código Civil.

^{124&}quot;La regla prevista en el artículo 738 del Código Civil, se aplica según la naturaleza de la obra, una construcción por ejemplo es susceptible de ese tipo de control periódico sobre el avance de la obra misma y aun sobre la observancia de las estipulaciones técnicas acordadas. Otras obras esencialmente de carácter artístico, no parecen susceptibles del control impuesto por el artículo previsto". Morales, Guillen Carlos. Tomo II.

En el segundo caso, si el contratista solamente pone su trabajo y el comitente los materiales y la obra perece o se deteriora por causas no imputables a ninguna de las partes, ambos comparten el riesgo, el dueño de la obra que aportó los materiales los pierde y el contratista sus estipendios, porque uno y otro son, respectivamente propietarios de la cosa y de su trabajo, parágrafo II del artículo 745 del Código Civil.

Las reglas en examen presuponen desde luego que la pérdida de la cosa se haya producido antes de su entrega y en el caso del parágrafo I del artículo 745 del Código Civil, es condición que el comitente no esté constituido en *mora accipendi*, caso en el cual el riesgo de la cosa le es atribuido a él conforme lo señalado por el artículo 328 del Código Civil, ¹²⁵ inversamente en el segundo caso, previsto en el parágrafo II del artículo 745 del Código Civil, rige la regla mientras no esté constituido en *mora solvendi*, caso en el cual el riesgo de los materiales suministrados por el comitente pasa a él, conforme lo previsto por el artículo 342. ¹²⁶

Vale decir que si la obra perece o se deteriora sin estar en mora el comitente, la perdida de los materiales la soporta el comitente y respecto al trabajo o mano de obra la sufre el contratista.

9) RESPONSABILIDAD POR VICIOS O FALTA DE CUALIDADES DE LA OBRA.-

Cuando la obra adolece de vicios o no reúne las cualidades prometidas o especificadas en el contrato, el contratista debe, a su costa, eliminar tales vicios o dotar a la obra de las cualidades

¹²⁵ Son complementarios a este párrafo, lo señalado en los artículo 327 del Cód.Civ.: " El acreedor se constituye en mora cuando sin que haya motivo legítimo rehusa recibir el pago que se le ha ofrecido o se abstiene de prestar la colaboración que es necesaria para que el deudor pueda cumplir la obligación".

Artículo 328 del Cod.Civ." (Efectos de la mora creditoria).-Cuando el acreedor está en mora, se producen los efectos siguientes. 1) Pasan a su cargo los riesgos de la cosa debida."

Artículo 342.- "El deudor en mora no se libera por la imposibilidad sobrevenida que para cumplir la prestación derive de una causa no imputable a él a menos de probarse que la cosa comprendida en la prestación hubiera perecido igualmente en poder del acreedor si se la hubiera entregado."

convenidas, y resarcir el daño ocasionado por su culpa conforme lo expresado en el artículo 741 del Código Civil,

Si los vicios o la falta de cualidades hacen la obra impropia para el uso a que está destinada, el comitente puede pedir la resolución del contrato , conforme lo previsto por el artículo 568 y siguientes del Código Civil.

De manera que la responsabilidad por los vicios de la obra corren por cuenta del contratista quien esta obligado a reparar por su cuenta.

Con relación a lo expresado en este punto, cabe puntualizar la distinción que realiza nuestro legislador en el artículo 741, son dos los aspectos que debe subsanar el contratista, por un lado es la *falta de cualidades* que hacen a la obra, inútil para el uso que pretende el comitente, en este caso el contratista debe subsanar dichos aspectos o alternativamente el comitente puede iniciar una demanda de resolución de contrato, con la consiguiente reparación de daños y perjuicios.

Para ello se recomienda que dichas cualidades que debe gozar la obra, sean lo más específicas posibles en el contrato.

La otra parte de este artículo esta referido a los *vicios ocultos*, de la obra ejecutada, en este caso , surgen dos situaciones, la primera es cuado los vicios son conocidos o reconocibles por el comitente al momento de recibir la obra y el segundo es cuando los vicios no son reconocibles al momento de la entrega de la obra, como por ejemplo, el caso de grandes edificaciones, en donde el comitente al momento de recepcionarlas no se puede dar cuenta de los mismos, independientemente de la buena o mala fe del contratista, para este caso se debe aplicar lo previsto por los artículos 742 y 743 del Código Civil.

En el primer caso si los vicios son reconocibles o conocidos y el comitente recibe la obra, el contratista no es responsable por ellos,

Favio	Chacol	la Huanca
-------	--------	-----------

así lo preveé el parágrafo I del artículo 742 concordado con el artículo 631 del Código Civil. 127

En el segundo caso cuando el comitente no se percata de los vicios por el silencio de mala fe ¹²⁸ del contratista, se supone que dichos vicios son graves, pero dolosamente ocultados al comitente, conforme lo previsto por el parágrafo II, del artículo 742 del Código Civil, el contratista responde por los mismos dentro el término de seis meses de haberse recibido formalmente la obra.

Nuestro legislador, considera que en dicho término el comitente podrá percatarse de dichos vicios y consiguientemente iniciar las acciones que vea conveniente.

En el caso de construcciones grandes como ser edificios u otra obra similar, si la misma se arruina en todo o en parte por vicio del suelo o por defecto de la construcción o presenta evidente peligro de ruina, el contratista responde, tanto ante el comitente como a sus causahabientes dentro del término de tres años contando desde la entrega formal de la obra.¹²⁹

Esto significa que al comenzar la obra el contratista debe otorgar una garantía de buena ejecución por tres años para el caso de que el edificio se destruya por vicio del suelo o por defecto de la obra .Es de suponer que si el dueño encomienda una obra enteramente a técnicos o peritos, como ingenieros o arquitectos etc. Es porque reconoce la idoneidad de éstos. Los conocimientos profesionales

 $^{^{127}}$ Artículo 742 " Si siendo los vicios conocidos o reconocibles , el comitente recibe la obra , el contratista no es responsable por ellos."

Artículo 631" No procede la responsabilidad cuando los vicios de la cosa vendida son fácilmente reconocibles o cuando el comprador los conocía o debía conocerlos"

 $^{^{128}}$ Estamos frente al dolus callanda, que es aquel que se lo provoca con el silencia, por cuanto teniendo la obligación de decir o comunicar sabiéndolo, no lo hace y con dicha actitud pasiva causa daño a la otra parte.

¹²⁹ Anteproyecto del Código Civil. Con relación al artículo 743 del Código Civil, el plazo de tres años, se propone que se reduzca a dos años, bajo el siguiente fundamento," Se justifica el cambio de tres años por dos años, tal como lo hace el artículo 1667 del Código Italiano, de donde dimana, por cuanto es un plazo razonable para evidenciar las fallas a que se refiere, como lo ha establecido el código preindicado, para responder de las garantías al efecto, facilitando así la mayor estabilidad económica respectiva de no tener garantías pendientes por largos tiempos y toda vez que en cuanto a los vicios del suelo ha progresado muchísimo la forma de asegurar por medios previos la relativa a los estudios del suelo donde se va a construir. En el antiguo Código se estableció un término excesivo de cinco años (artículo 1195)

TEORÍA	GENERAL	DE LOS	CONTRA	4TOS

de un constructor le obligan a estudiar el terreno, hacer un buen plano realizar cálculos de resistencia de materiales, elegir la calidad de estos y , en una palabra , resolver todos los problemas técnicos. Si luego la obra edificada parece por vicio de construcción o por defecto de los cimiento o de del suelo, es indudable que debe responsabilizarse al contratista, constructor.

10) IMPOSIBILIDAD DE EJECUCIÓN Y PAGO AL CONTRATISTA POR LA OBRA EJECUTADA,-

En cuanto a la imposibilidad de ejecución de la obra, las causas que provocan esta no deben ser imputables a las partes, caso contrario se estaría frente a una futura acción de resolución de contrato.

Habiendo hecha esta aclaración, corresponde indicar que dicha imposibilidad de ejecución, puede ser parcial o definitiva.

Si es parcial el comitente y el contratista conforme lo dispuesto por el artículo 519 del Código Civil, deben renegociar el pago , vale decir si es a destajo el pago se interrumpirá el mismo y si es a obra vendida, se deberá desembolsar lo prometido por el comitente, pero en última instancia son las partes quienes deben definir este aspecto.

Si la imposibilidad de ejecución se hubiera vuelto imposible¹³⁰, en este caso el comitente debe pagar al contratista por la parte de la obra realizada en proporción a la remuneración total convenida y dentro de los límites en que para el comitente es útil la obra.

Suponiendo que el contrato fue a obra vendida y la ejecución de esta se suspende de forma definitiva, por causa no imputable a las partes, el comitente no solamente debe cancelar al contratista el

¹³⁰ Puede darse el caso en que el contrato de obra sea intuito persona, vale decir que el comitente contrata los servicios del contratista por su calidad de persona y no por su profesión, en este caso si éste (el contratista) fallece en el transcurso de la obra, el contrato se resolverá inmediatamente y si el contrato no es intuito persona, los herederos del contratista podrán continuar la obra ya sea de forma directa o a travez de otra persona, dependiendo la situación, por ejemplo, si es contrato a obra vendida pueden sub contratar a otra persona, etc,etc, pero siempre se debe distinguir si el contrato es intuito persona o no.

pago de su salario, sino el costo de los materiales que se aplico a la obra, conforme lo señalado en el artículo 748 del Código Civil. 131

11) DETERMINACIÓN DEL MONTO DE RETRIBUCIÓN.-

En principio serán las partes las que fijen o convengan la retribución, pero si no se ha acordado el monto y la forma de pago, se atendrán:

A las tarifas vigentes en sus aranceles cuando se trata de servicios prestados por personas que ejercen una profesión u oficio.

De los informes periciales cuando se trate de otras obras.

La retribución será hecha en la forma convenida, puede ser por adelantado, al promediar la obra o a al conclusión de la misma, aspecto este que debe ser señalado en el contrato de obra.

12) REAJUSTE EN LA RETRIBUCIÓN.-

Normalmente cuando se conviene la retribución por una obra no se paga si no el precio acordado, sin , embargo, cuando existe inestabilidad económica y el precio de los materiales o de la mano de obra suben, se debe proceder al reajuste sólo con relación al saldo de la retribución . Se colige que cuando el pago es al contado o por adelantado no hay lugar al reajuste del precio, tal cual lo previsto en el artículo 740 del Código Civil, que a la letra dice: "Si los aumentos en el valor de los materiales o de la mano de obra son superiores a la mano de obra son superiores a la décima parte de la retribución total convenida y derivan de circunstancias imprevistas, dan lugar al reajuste en la retribución , el cual puede ser acordado solo en cuanto aquella diferencia que exceda de la décima parte"

13) TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA.-

¹³¹ El fundamento de lo previsto en el artículo 744 del Código Civil, lo encontramos en el artículo 379 que dice: "(imposibilidad definitiva) la obligación extingue cuando la prestación se hace imposible definitivamente por una causa no imputable al deudor"

"El comitente puede rescindir unilateralmente el contrato, aun cuando se haya iniciado la obra, resarciendo al contratista por los gastos y trabajos realizados y la falta de ganancia .

El contratista puede también rescindir unilateralmente el contrato por justo motivo, con derecho a ser rembolsado por los gastos y a la retribución por la obra realizada , y siempre que no le cause perjuicio al comitente, conforme lo previsto en el artículo 746 del Código Civil, en consecuencias de lo expresado en el presente artículo, se diria que este permite una resolución unilateral del contrato, el dueño de la obra , por su sola voluntad, puede poner fin al contrato aun cuando la obra haya sido iniciada, pagando los trabajos y gastos además de la falta de ganancia, que el comitente ocasiona al contratista con su decisión unilateral. Esto es una excepción a la regla del artículo 519 del Código Civil, toda vez que lo normal es que el presente contrato concluya cuando la obra fue finalizada.

Un contrato de obra también puede resolverse por muerte del contratista si el mismo es intuito persona, vale decir que se llegó a efectuar el presente contrato en base a una cualidad personal que tiene el contratista, de no ser así no es causal de resolución de dicho contrato.

En caso de resolverse el presente contrato por causa de muerte del contratista, los herederos del contratista tiene derecho al reembolso de los gastos y a la retribución acordada, conforme lo previsto en el artículo 747 del Código Civil.

EL CONTRATO DE MANDATO

1) GENERALIDADES.-

El mandato es un contrato bilateral, imperfecto, en función a que este se llega a consolidar cuando el mandatario ejerce los actos para los cuales se llegó a concebir el mandato. El presente contrato , en nuestro medio social, es uno de los contratos mas usuales y de fácil obtención, por cuanto basta con recurrir a una notaría de fe pública y esta realizara el mandato, en base a los requerimientos del mandante , por ello es muy poco común que los instructivos de poder se los realice de forma separada. 132

Pero las connotaciones del mandato, son diferentes según su contenido y fin, por ejemplo, en la práctica forense cuando un abogado desea impugnar un proceso ejecutivo o coactivo seguido por una entidad crediticia, lo primero que revisa es el mandato o poder del representante a fin de poder observar sus facultades o formalidades en cuanto a su otorgación, es por ello que en el presente caso el contrato de mandato lo estudiaremos de forma muy amplia y detallada

2) DEFINICIONES.-

Como origen etimológico de la palabra mandato, se señala las voces latinas de *manu datum*, darse la mano, como símbolo de amistad y de fidelidad, por que en su origen se lo consideró gratuito esencialmente ¹³³

El profesor G. Cabanellas lo conceptualiza indicando que: "el mandato es un contrato consensual por el cual una de las partes llamado mandante confía su representación, el desempeño de un servicio o la gestión de un negocio, a otra persona llamada mandatario, que acepta el encargo"¹³⁴

 $^{^{\}rm 132}$ Se aclara que en realidad, existe siempre un instructivo, pudiendo ser este verbal o por escrito.

 $^{^{\}rm 133}$ ${\bf Machado},$ citado por Carlos Morales Guillen, Tomo II, pág. 1072.

¹³⁴ Cabanellas, Guillermo. Ob cit. Tomo V, pág. 282.

TEORÍA	GENERAL.	DE LOS	CONTRATOS

Por su parte nuestro legislador nos da una noción del presente contrato señalando que: "el mandato es el contrato por el cual una persona se obliga a realizar uno o más actos jurídicos en cuenta del mandante "(artículo 804 del Código Civil, concordado con el artículo 1283 del Código de Comercio).

León Mazeaud, indica que "el mandato es el contrato por el cual una persona, el mandate, encarga a otra persona, el mandatario, que acepte cumplir un acto jurídico en el cual la represente. La representación es la esencia del mandato, el mandatario no obra por si mismo sino en nombre y por cuenta del mandante" 135

3) NATURALEZA DEL MANDATO.-

El mandato es un contrato, mediante el cual el mandatario está obligado o encargado de realizar un acto o una serie de actos jurídicos en nombre y representación del mandante, obligándole al mandante con terceros o con el mismo mandatario, (el mandante)¹³⁶.

"La representación es la esencia del mandato, el mandatario no obra por si mismo sino en nombre y cuenta del mandante" 137 es esta la doctrina que sigue nuestro Código Civil, cuando en su artículo 467 establece la regla general de la representación, determinando que el "contrato realizado por el representante, en nombre del representado, en los límites de las facultades conferidas por éste, produce directamente sus efectos sobre el representado"

Esto implica que el mandatario no puede representar o actuar en nombre del mandante, más alla de lo señalado en el contrato de mandato¹³⁸

¹³⁵ Mazeaud, León. Ob cit Pág. 535

¹³⁶ Aubry y Rau, citado por Machado.

¹³⁷ Mazeaud, León. Ob cit pág. 535

¹³⁸ Algunos estudiosos, al tratar la naturaleza jurídica del mandato, consideran que el problema fundamental, que divide a estos teóricos, consiste en diferenciarlo de la representación, (artículo 467 Cód.Civ.) cuestión delicada dentro de la técnica jurídica, para ello corresponde poner un ejemplo sencillo que abre un abismo entre ambas instituciones, el tutor es evidentemente un representante legal del menor o incapacitado y en modo alguno ha recibido mandato de él.

4) CARACTERÍSTICAS DEL MANDATO.-

El mandato tiene las siguientes características:

a) Es consensual.- El contrato de mandato es consensual, por cuanto debe existir acuerdo de voluntades ente el mandante y el mandatario, vale decir que no debe existir error, violencia o dolo en su constitución, la ausencia de este requisito da lugar a una acción de anulabilidad del contrato, artículo 554 del Código Civil.

Es en función a esta característica que el mandato se lo puede otorgar de forma verbal ¹³⁹ o por escrito, conforme lo previsto por el artículo 453 del Código Civil.

Al respecto Planiol y Ripert, sostienen que los mandatos verbales pueden ser de distinto tipo, ejemplo el mandato doméstico, (dado del marido a la mujer, a los hijos, etc.) el de los patronos a sus empleados, etc.

En cambio dentro los mandatos expresos, estarían a manera de ejemplo, el matrimonio por poder, (artículo 61 Código de Familia), la constitución de hipotecas (Art. 1378 Cód. Civ.), la cancelación de las mismas (Art. 1390 Cód. Civ.) la prenda sin desplazamiento (Art. 1421 Cód.Civ.), la anticresis (Art. 1430 Cód.Civ.), (el factor Arts. 73

El criado que compra un objeto usual para su señor, no puede sostenerse que sea su representante, ya que no encarna su personalidad jurídica sino que se limita a pedir un producto quizás sin declarar para quién es y a efectuar un pago de poca monta. En el mandato tiene que mandarse, darse una orden, la representación puede provenir de la ley de la autoridad judicial de un tercero incluso testamentariamente por ejemplo. El primero es contractual, ésta puede no serlo, el mandatario se sujeta a las instrucciones del mandante, el representante tiene iniciativa.

Iherig veía en el mandato el lado interno de una relación cuyo aspecto externo era la representación , si bien dado a lo interno el valor de personalidad transmitida para su actuación (alma de la relación) y a lo externo la formalizacion u orden (verbal o escrita) para actuar, cabría invertir tales términos.

¹³⁹ Cuando se trate de un mandato verbal se debe tomar en cuenta que si bien ello es válido, no olvidemos que el artículo 1328 del Código Civil, en lo posible recomienda, que sea escrito, en función a conforme manda el artículo 467 del sustantivo civil, el limite de los actos del mandatario, es el poder emitido por el mandante, motivo por el cual dicho poder o mandato, debe ser susceptible de poder ser demostrado.

De igual forma según la norma civil vigente, existen algunos mandatos que necesariamente deben de ser por escrito, por ejemplo así lo prevén los artículos 58, 60 y 62 del Código de Procedimiento Civil y el art. 810 parágrafo II, del Código Civil.

y 78 Cód. Com.), la constitución social Cód. Com. 128) , la administración de sociedades, (Art. 165 Cód.Com) y otros.

Si el mandato es expreso este puede a su vez ser otorgado por documento público o privado, por carta, según el carácter del acto, conforme lo previsto por el artículo 805 del Código Civil.

b) Es oneroso.- conforme lo previsto por el artículo 808 del Código Civil, los mandatos se los presume onerosos, salvo prueba contraria, (presunción juris tantum) y cuando el mandato se refiera a que el mandatario deba de ejercer su oficio o profesión, es siempre oneroso (presunción jure et de jure)

Al margen de estas dos características, y al ser el mandato un contrato , debe de cumplir los requisitos previsto por el artículo 452 del Código Civil, con el debido comentario que dicho articulo mereció , en el tema tres del presente libro.

5) ACEPTACIÓN.-

El contrato de mandato sólo se perfecciona con la aceptación del mandatario, pudiendo ser dicha aceptación <u>tácita o expresa</u>¹⁴⁰

Será tácita la aceptación, si los actos ejercidos por el mandatario son de tal naturaleza que no dejen duda de la intención de aceptar , el mandato, motivo por el cual ya no se puede retractar de ello, por ejemplo cuando se manda a un profesional , con el fin de que este pueda ejercer su profesión a favor del mandante y este lo hace, pese a estar ausentes o no presentes uno frente al otro, si el profesional comenzó a ejercer el mandato, no puede retractarse luego.

En el caso de que la aceptación sea expresa, se sobre entiende que dicha aceptación la podrá realizar de forma escrita o verbal.

La consecuencia principal de la aceptación es que producida esta, cuando el mandatario contrae respecto del mandante la

¹⁴⁰ Dicha disposición esta en total concordancia con lo previsto por el artículo 455 del Cód. Civ.

obligación de ejecutar el mandato , si no lo ejecuta queda obligado a los daños que resulten de la inejecución (Scaebola)

6) CLASES DE MANDATOS.

6.1) MANDATO GENERAL Y MANDATO ESPECIAL.-

El mandato general según Guillermo Cabanellas, "comprende todos los negocios del mandante, dicen con fórmula sin duda exagerada, ya que toda la capacidad o la personalidad jurídica del mandante no es posible transmitirla al mandatario, porque aquél conserva al menos la facultad de revocar el mandato y la de existir razón y cuenta del mandato, al mandatario, negocios que no puede renunciar acumulativamente. Además ciertas facultades son privativas como la patria potestad y la autoridad marital. Frente a esta dilación infinita, la mima ley pone linderos bastante reducidos porque el mandato conferido en términos generales no comprende más que los actos de administración" manda en su artículo 809, del Cód. Civ., aclara que el mandato general no comprende sino los actos de administración.

En contraposición, esta el mandato especial, que es "aquel otorgado por el mandante al mandatario , para llevar a cabo uno o más negocios determinados , por ejemplo, comprar, vender una determinada cosa, etc, ", es en función a dicho criterio que cuando se trata de realizar actos importantes o de enajenación y no simplemente de administración, el Código Civil en su artículo 810, parágrafo II, indica : "que si se trata de transigir¹4², enajenar o hipotecar o de cualquier otro acto de disposición, el mandato debe ser expreso, lo mismo ocurre, en materia procesal por cuanto el artículo 62 del Código de Procedimiento Civil exige que el poder sea específico.

En el caso de poderes específicos, la regla no es estricta vale decir que lo manifestado anteriormente, en relación a que solamente el mandatario puede hacer lo que esta en el poder, no se lo debe de

¹⁴¹ Diccionario jurídico de Derecho Usual Tomo V, pág 287

 $^{^{142}}$ Se aclara que la facultad de transigir (o transar) no se la entendera como la facultad de comprometerse

TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS

entender dogmáticamente, sino que por criterio lógico y conforme lo previsto por el artículo 811 del Cód.Civ. el criterio en todo poder, al momento de interpretarlo es que "El mandato no sólo comprende los actos para los cuales ha sido conferido, sino también aquellos *que son necesarios para su cumplimiento*"

6.2) MANDATO EXPRESO Y MANDATO TÁCITO.-

Esta clasificación, esta en función a la forma de aceptación del mandatario, lo cual ya lo desarrollamos anteriormente, reiterando simplemente que si es expreso, puede ser este de forma escrita o verbal y en el caso de ser tácito, ello se manifestara, por actos o conductas que hagan presumir su aceptación.

6.3) MANDATO JUDICIAL Y EXTRAJUDICIAL.-

En el primer caso es cuando la libertad contractual del mandatario, prácticamente se la a reducido a su mínima expresión, en función a que el juez o autoridad jurisdiccional es quien conmina al mandatario a que este acepte, (Ejemplo 383 del Código de familia)

En cambio el mandato extrajudicial denominado también voluntario o ad negotis, es el que las partes de común acuerdo convienen, tanto el mandante como el mandatario.

7) OBLIGACIONES DEL MANDATARIO.-

Al ser el mandato, un contrato bilateral, y luego de que ambas partes perfeccionan, dicho contrato, ambas partes tiene que cumplir con determinadas obligaciones, de forma reciproca, en función a que como ya se manifestó en anteriores temas, los contratos, son la fuente principal de las obligaciones voluntarias.

Es por ello que a continuación primeramente estudiaremos las obligaciones del mandatario.

7.1) OBLIGACIÓN DE CUMPLIR EL MANDATO.-

Desde que el mandatario acepta, sea expresa o tácitamente, queda reatado al fiel cumplimiento del mandato y para ello debe realizar

todos los actos conducentes a su éxito, responsabilizándose en caso de inejecución o de mala ejecución imputable a su culpa , conforme lo previsto por el artículo 519 y 520 del Código Civil

En caso de fallecimiento del mandante y si bien es una causa de extinción del mandato (num 4) Art. 827 Cód. Civ.), en caso de que exista peligro evidente para los intereses del mandante, en interrumpir la ejecución empezada y urgencia en realizar actos necesarios imposibles de prevenir de inmediato a los herederos, el mandatario debe tomar las medidas de conservación , prevenir las causas de perdida, esto es , reemplazar prácticamente a los herederos, para todo lo que es urgente.

Los limites de la urgencia y de la necesidad respecto de las gestiones empezadas encierran la razón de la prorroga del mandato y el mandatario no puede ocuparse de actos que puedan ser diferidos, ya que la muerte del mandante pone fina a su función.

Si el mandato es a título gratuito y se llega a determinar que existió culpa en cuanto a la diligencia del mandatario, la misma será apreciada con menor rigor que si fuese el mandato a titulo oneroso.

Por lo manifestado en el artículo 815 del Código Civil, el mandatario , está obligado a ejercer el mandato con la diligencia de un buen padre de familia, , *al respecto y citando un concepto del bonus pater familias, según Scaevola*, es una concepción de tanta elasticidad que muy bien se adapta a cualquiera de las condiciones de las partes , en lo tocante a la prestación implícita en la relación jurídica y en este caso específico del mandato, sugiere la formula de bueno y prudente administrador.

El mandatario debe cumplir el mandato con el mismo cuidado que el que pone en sus cosas propias, siendo responsable aún por culpa leve si el mandato es retribuido.

7.2) INFORMACIÓN AL MANDANTE, OBLIGACIÓN DE RENDIR CUENTAS.-

El artículo 817 del Código Civil, es quien legisla dicho aspecto, teniendo como fundamento de dicha obligación que "la información debida al mandante sobre la marcha y vicisitudes de la gestión, es una obligación del mandatario propia del contenido de la relación interna del mandato"

Esta información ha de ser periódico o por lo menos inmediata a la ejecución del mandato.

En lo relativo a la rendición de cuentas, en principio se las debe hacer en función a la forma que se ha llegado a estipular en el mandato o en su defecto periódicamente según la clase de los negocios o inmediatamente de ejecutado el mandato, debe comprender no solo todo lo que el mandatario ha dado o recibido, sino el índice de todas las operaciones, venta, compra, custodia, procedimientos judiciales, etc, etc.

7.3) RESPONSABILIDAD FRENTE A TERCEROS.-

Cuando se ejecuta un mandato, surgen tres hipótesis:

- a) El mandatario ejecuta el mandato en nombre y por cuenta del mandante, dentro de los limites del mandato; si esta el la situación, no contrae obligación alguna respecto de las personas con las cuales contrata en esta calidad porque no es él quien contrata, no hace más que interponer su ministerio para que contrate el mandate según resulta de los principio de la representación.
- b) <u>El mandatario ejecuta el mandato en nombre y por cuenta del mandante</u>, excediendo dichos limites, en este caso el mandatario ha dado a los terceros conocimiento suficiente de sus poderes y no obstante ha traspasado los limites del mandato no incurre en responsabilidad alguna frente a dichos terceros, por el contrario los terceros en tal supuesto incurren en culpa, porque aparecen cómplices en el abuso que supone la

extralimitación, no pudiendo constreñir al mandante la ejecución de la obligación ni existir responsabilidad al mandatario cuando el mandante no acepta el negocio concluido.

c) <u>El mandatario lo ejecuta en nombre propio</u>, en este caso lo que ocurre es que el mandatario no comunica a los terceros por quien esta actuando, vale decir no les comunica los limites de su poder, ni la existencia de este, de tal forma que ya sea por error de hecho o por su propia falta, estaría induciendo a los terceros a un error perjudicial, cuyas consecuencias debe soportar el mandatario, arenque fuese de buena fe.

Sin embargo de ello, no ha de olvidarse que quien contrata, debe informarse si la otra parte tiene capacidad, es por ello que varios autores se inclinan por el criterio de que en el supuesto caso de que el mandatario no comunique a los terceros de su calidad de mandatario y por ende sus limites, es obligación de los terceros averiguar ello , la culpa es de ellos . 143

El artículo 821, parágrafo II, del Código Civil, señala: "el mandante no está obligado a lo que el mandatario haya hecho excediéndose de las facultades conferidos sino cuando lo haya ratificado expresa o tácitamente", concordado con lo manifestado el artículo 826 del Código Civil, manifiesta lo siguiente: "cuando el mandatario en el ejercicio del cargo obra en su propio nombre, se obliga directamente con quien contrato como si fuera asunto personal, suyo, no obliga al mandante respecto a terceros", "sin embargo , puede el mandante subrogar se en los derechos y acciones resultantes de los actos celebrados por el mandatario para cumplir las obligaciones que de ello deriven."

8) OBLIGACIONES DEL MANDANTE.-

El mandante tiene las siguientes obligaciones:

8.1) RESPONDER POR EL MANDATO.-

¹⁴³ Morales Guillen, Carlos ob cit Tomo II, página 1094.

TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS

Al ser el mandatario, un representante del mandante, éste debe de cumplir con todas las obligaciones que aquél ha contraído dentro de los limites del mandato, por cuanto conforme lo manifestado en el parágrafo II, del artículo 821 del Cód.Civ., solo es responsable el mandante por lo que hizo el mandatario, siempre dentro los limites del poder otorgado.

8.2) CUMPLIR CON LA RETRIBUCIÓN AL MANDATARIO.-

Dicha obligación emerge fundamentalmente cuando el mandato es oneroso, esta retribución, implica todos los gastos que debe de realizar el mandatario, para una correcta ejecución del mandato, pero también implica los honorarios del mandatario, en caso de que dichos honorarios sean superiores, el juez es quien determina dicho emolumento.

8.3) RESARCIMIENTO DE DAÑOS.-

El mandante, también es responsable por todos los daños o perjuicios que sufriera, su mandatario, al momento de cumplir con el mandato, siendo en consecuencia el tema del resarcimiento de daños algo subsidiario, ya que lo principal es acreditar si evidentemente dichos daños o perjuicios se lo hizo el mandatario, al cumplir con lo mandado por el mandante.

Siendo el mandatario un representante del mandante, la obligación más importante de éste es cumplir todas las obligaciones que aquel ha contraído dentro de los límites de su mandato.

9) CASOS DE SUSTITUCIÓN DE PODER.-

En principio, el mandatario debe cumplir personalmente el mandato; pero puede designar un sustituto si la naturaleza del mandato lo permite o si no le esta prohibido, entonces cabe considerar, la posibilidad de sustitución a un tercero si el mandato contiene facultad de sustituir, luego el mandatario quedará libre toda responsabilidad, salvo que el sustituto fuere notoriamente incapaz o insolvente.

Sin embargo responde por la gestión del sustituto:

- 1. Cuando no ha recibido la facultad de sustituir a otro.
- 2. Cuando esta facultad se ha conferido sin designación de persona y la que el ha elegido es notoriamente inepta o insolvente.

En estos casos el mandante puede también proceder directamente contra el sustituto.

10) PLURALIDAD DE MANDATARIOS Y MANDANTES.-

Si varias personas han sido constituidas para un mismo objeto como mandatarios, cada uno responde por su parte, sin lugar a solidaridad, salvo expresa convención de partes.-(en cambio la solidaridad es de pleno derecho entre mandantes).

Los comanditarios que actúen conjuntamente están obligados en forma solidaria ante el mandante.

"Si no se expresa ni se exige actuación conjunta, cada uno de los mandatarios puede realizar la gestión, con responsabilidad personal, salvando la del mandante so no ha advertido a tiempo a los mismo mandatarios sobre la conclusión del asunto, Se salva también el caso en el nombramiento de mandatarios se haya hecho en forma ordinal o para actuación sucesiva". Art 819.

El mandato conferido por dos o mas personas por un acto único y para un negocio común, obliga solidariamente a cada una de ellas con el mandatario para todos los efectos del mandato, solo puede ser revocado por todas ellas, a menos que exista justo motivo".Art. 825.

Si son varias las personas que han constituido apoderado, cada una de ellas puede ser demandada por el total de las obligaciones emergentes, o por todo el salario adecuado, en virtud de que la ley impone de pleno derecho la solidaridad entre mandantes. La solidaridad no se presume entre mandatarios, según hemos visto antes, pero si entre mandantes.

11) PAGO DE INTERESES.-

Corren contra el mandatario los intereses legales de las sumas cobradas por cuenta del mandante, desde el día en que debió hacerle la entrega o empleadas en el destino señalado. Art. 820.

12) MANDATO SIN REPRESENTACIÓN.-

"Cuado el mandatario en ejercicio del cargo obra en su propio nombre, se obliga directamente con quien contrato como si fuera asunto personal suyo, no obliga al mandante respecto a terceros".

"Sin embargo el mandante subrogarse en los derechos y acciones resultantes de las actos celebrados por el mandatario y ser en tal caso exigido por este o por los que le representen para cumplir las obligaciones que de ellos deriven"Art 826.

En el mandato sin representación el mandatario actúa en nombre propio, adquiere los derechos y asume las obligaciones emergentes de sus actos concluidos con terceros, quienes no tienen ninguna relación con el mandante.

13) EXTINCIÓN DEL MANDATO.-

Las formas de extinción del mandato, están descritas en el artículo 827 del Código Civil, siendo estas las siguientes:

- 1) Por vencimiento del termino o por cumplimiento del mandato.
- 2) Por revocación del mandato.
- 3) Por renuncia o desistimiento del mandatario.
- 4) Por muerte o interdicción del mandante o del mandatario, a menos que lo contrario resulte de la naturaleza del asunto.

Al respecto corresponde manifestar que los autores distinguen entre las causas de extinción del mandato , causas objetivas y causas subjetivas:

13.1) CAUSAS OBJETIVAS.-

Dentro las causas objetivas, están, por ejemplo, el convenio del mandato., por ejemplo **a)** la conclusión del negocio objetivo del mandato, (caso 1ro del Art. 827 Código Civil), **b)** la imposibilidad de ejecutarlo **c)** o la prohibición legislativa que sobrevenga de llevarlo a cabo, **d)** El transcurso del tiempo si el mandato era por tiempo determinado **e)** la Resolución o el cumplimiento de la condición resolutoria, cuando a ello estuviese sujeto el mandato.

13.2) CAUSAS SUBJETIVAS.-

Dentro de estas causas, se refieren a las persona del mandante a la del mandatario o a la de ambas, por ejemplo a) la voluntad del mandante (revocatoria) o la voluntad del mandatario (renuncia), b) el cambio jurídico de una de las partes, ejemplo cuando una de las partes es declarada interdicta, c) cuando una de las partes fallece, extinción de la personalidad.

Habiendo sido adecuadamente explicado lo previsto por el artículo 827 del Código Civil, corresponde desarrollar de forma individual cada uno de los numerales previstos en dicho artículo:

13.3) REVOCABILIDAD DEL MANDATO.-

En virtud a la libertad contractual, es que se sostiene que el mandante puede revocar el mandato en cualquier momento y obligar al mandatario a la devolución de los documentos

"En el mandato oneroso resarcirá al mandatario el daño causado, si lo revoca antes del termino fijado o antes de la conclusión del negocio o siendo de duración indeterminada, si no ha dado un prudencial aviso, salvo que exista justo motivo" Art. 828.

13.4) MANDATO IRREVOCABLE.-

El mandato puede ser irrevocable:

- 1) Si se estipula la irrevocabilidad.
- 2) Si es otorgado en interés del mandante y mandatario.

Puede revocarse en ambos casos mediando justo motivo o por acuerdo entre partes.

En cuanto a la renuncia del mandatario, ella es posible siempre que no se cause perjuicio al mandatario, así por ejemplo; un apoderado no podrá renunciar estando por vencer el terminote prueba.

13.5) REVOCATORIA TÁCITA.-

La constitución de un nuevo mandatario para el mismo negocio o el cumplimiento de este por parte del mandante, importa la revocación del mandato anterior.

13.6) RENUNCIA DEL MANDATARIO.-

"El mandatario puede renunciar el mandato, notificando, su desistimiento al mandante con un termino prudencial se halla sin embargo obligado a continuar con el mandato hasta su reemplazo, salvo justo motivo". Art. 832

En caso contrario y si la renuncia perjudica al mandante, debe ser este resarcido por el mandatario.

13.7) MUERTE O INCAPACIDAD DEL MANDANTE O DEL MANDATARIO.-

Por ser un contrato intuito personae, el mandato termina por cualquiera de las partes y, asimismo, por su inhabilitación o quiebra. Si bien esta causal supone una terminación de pleno derecho, puede suceder que el mandatario ignore la muerte del conferente y en tal caso los actos que realice serán válidos, los herederos del mandatario no pueden continuar el mandato, pero si están obligados a dar aviso al mandante y mientras este constituye un sustituto están ellos en la obligación de hacer todo lo que las circunstancias exijan para evitar perjuicios.

En matera judicial existe una excepción: si el mandante fallece el apoderado que fue constituido debe proseguir el juicio hasta su finalización, siempre que ya hubiera sido contestada la demanda.

14) LA CARTA PODER.-

A la conclusión del presente tema, considero importante en todo orden de actividades subrayar que aún se encuentra en vigencia en el país , la ya anacrónica ley de notariado de 5 de marzo de 1858 años, en cuyas disposiciones muchas de ellas sin aplicación efectiva se hace alusión a las formalidades que deben contemplarse en la extensión de poderes notariales, las obligaciones y responsabilidades a que se hallan sujetos los notarios de fe pública que no cumplan o infrinjan las normas prescritas en la referida ley.

El Decreto Supremo de 23 de agosto de 1899, en su artículo 5to prevé igualmente la permisión de otorgar Cartas Poderes, para el seguimiento de juicios ante alcaldes, parroquiales, actualmente denominados jueces de mínima cuantía aun cuando su funcionamiento se halla limitado a lugares alejados del territorio nacional siempre que no exista al menos un juzgado de instrucción conforme lo señala el artículo 197 de la L.O.J.

Las cartas poderes a que hacemos referencia son otorgados para asuntos que no revisten mucha importancia no requiriéndose en su otorgamiento estrictas formalidades jurídicas como en el caso de los poderes notariales pero que , para su validez en derecho necesariamente deben ser intervenidas por autoridad notarial o en su defecto por otra con suficiente competencia para determinados actos como es en efecto un juez de mínima cuantía o corregidos a donde no exista notaria de fe pública

EL DEPÓSITO Y EL SECUESTRO

1) DEFINICIÓN DE DEPÓSITO.-

Con el fin de poder tener una idea clara de lo que se entiende por depósito, primeramente, citaremos a Ulpiano, quien en el digesto manifiesta: "Depósito es lo que se ha dado para que lo guarde".

Capitant, sostiene que "una persona, mediante un contrato de depósito recibe una cosa propia de otro y se obliga a guardarla y restituirla cuando el depositante la reclame, se llama depositante a quien realiza el depósito y depositario a la persona que recibe un depósito".

El artículo 838 del código civil da una noción del depósito en general diciendo que: "El depósito es un contrato por el cual el depositario recibe una cosa ajena con la obligación de guardarla custodiarla y devolverla al depositante ".

La finalidad de todo depósito es consiguientemente, *la guarda de una cosa*, que normalmente, su propietario no puede tenerla en forma segura.

Pueden ser objeto de depósito tanto las cosas muebles como las inmuebles, contrariamente a los que se establecía en el código abrogado de que el depósito debía comprender a los bienes muebles ya que los inmuebles se cuidaban por si solos.

De la noción propuesta por el artículo 838, emergen tres obligaciones,

- a) La tradición de un bien
- **b)** La obligación principal de guardarla y custodiarla
- c) La obligación de restituir la cosa

2) CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE DEPÒSITO.-

Según el tratadista Scaevola, manifiesta que las características de este tipo de contrato son:

2.1) ES UN CONTRATO REAL.-

Por que para que nazca la relación jurídica y nazca la obligación del depositario, la cosa que se pretenda depositar, debe de ser entregada, expresión contenida de forma textual en el artículo 841 del Código Civil: "El procedimiento del contrato de depósito de perfecciona, por la entrega de la cosa al depositario o si éste ya lo tiene en su poder, por cualquier otro título si el depositario estaba consiente en dejarle la cosa". 144

2.2) ES GRATUITO.-

Pero no esencialmente, vale decir que si bien se presume en principio que el depósito es gratuito, existe la posibilidad de que ello no suceda, pero de todos modos ello no interesa en sí, por cuánto dicha característica no es esencial del contrato y por lo tanto no afecta su naturaleza.

Esta característica, esta adecuadamente regulado por el artículo 840 del Código Civil que a la letra indica: "Se presume que el depósito sea gratuito, sin embargo el depositario tiene derecho a exigir retribución par el depósito, cuando el se ha convenido o cuando ello resulte de una actividad profesional o de la circunstancias

2.3) ES UNILATERAL O BILATERAL.-

El contrato de depósito en unilateral, cuando es gratuito y cuando es retribuido es bilateral.

Otros autores sostienen que es unilateral en contrato de depósito porque genera obligaciones para una sola de las partes, el

¹⁴⁴ El depósito será por el simple consentimiento, es decir sin tradición, cuando el depositario tenía ya la cosa e su poder por otro titulo, como el de préstamo o arrendamiento "Traditio brevi manu" de los romanos, o bien cuando se ha vendido o enajenado una cosa y el comprador la deja momentáneamente en deposito de su antiguo dueño ("contituto possesorio").

depositario, que debe guardar y restituir la cosa depositadas sin embargo de hechos posteriores, pueden surgir también obligaciones para el depositante, como el daño sufrido con el depósito o el pago de ciertos gastos de conservación; pero como no son obligaciones que nacen en el momento de la celebración del contrato, ni sirven de causa al depositario, no cabe hablar de contrato bilateral a menos que se haya convenido una retribución a cargo del depositante en cuyo caso se convierte en un contrato sinalagmático imperfecto.

3) FORMACIÓN DEL CONTRATO.-

Como todo contrato, es obvio que el depósito requiere el consentimiento de ambas partes; pero no se trata de aun acto consensual, si no real, ya que es indispensable la entrega de la cosa depositada. Resulta también innecesario decir que, lo normal es que el depositante sea el propietario de la cosa que deja en deposito, empero no es menos evidente que también es valido el deposito hecho por quien está autorizado pudiendo el deposito comprender inclusive una cosa ajena.

4) PRUEBA DEL CONTRATO.-

El Art. 859 del Cód. Civ. dice muy poco en materia de prueba, remitiéndose solamente a las reglas de la ley respectiva, de modo que para probar, el depósito se admite todo medio de prueba.

5) CAPACIDAD DE LAS PARTES.-

Por la importancia de este contrato, la ley exige que ambas partes sean plenamente capaces. Sin embargo, como en la práctica puede ocurrir que una de las partes sea incapaz (menor o interdicto), se prevé dos hipótesis.

5.1) Si el depositante es incapaz y el depositario es plenamente capaz, éste contrae toda las obligaciones legales, sin que pueda aducir la nulidad del contrato, lo que esta conforme con el derecho común .Por consiguiente el tutor o el curador del incapaz tendrá acción para pedir el deposito y demandar el cumplimiento.

5.2) Si a la inversa, el depositante es persona capaz que confía una cosa a un depositario incapaz, no podrá exigir el cumplimiento de obligaciones que resultarían nulas de pleno derecho, debiendo contentarse entonces con la reivindicación de la cosa si ella existe o es aun reivindicable, o bien al reembolso del valor que hubiera percibido el depositario incapaz por la enajenación de cosa.

6) CLASES DE DEPÓSITO.-

El depósito propiamente dicho, se divide en dos clases, a) depósito voluntario y b) depósito necesario, merced a ello, es que a continuación, comenzaremos a desarrollar cada uno de estos depósitos.

7) EL DEPÓSITO VOLUNTARIO.-

El depósito voluntario es aquel en que la elección del depositario esta librada a la sola voluntad del depositante, es decir que se forma este contrato por el consentimiento recíproco del depositante y depositario.

El depósito voluntario es aquel que se efectúa por mutuo consentimiento de las partes , esto es de quien entrega y de quien recibe , para custodiar y devolver , sin intervención de ninguna otra circunstancia imperativa, como un deber legal o calamidad (depósito necesario), ni por orden o mandamiento del juez o tribunal (depósito judicial o secuestro)¹⁴⁵

Este contrato se llama voluntario porque se realiza en circunstancias normales y el depositante puede elegir cuidadosamente a la persona de su confianza para hacerla depositaria, y contrariamente se llama necesario cuando se hace en cumplimiento de una obligación legal, o a causa de un accidente o un acontecimiento imprevisto, como un naufragio, incendio, terremoto, etc, estando impedido de elegir al depositario sino de aceptar al que se ofrezca.

¹⁴⁵ **GUILLERMO**, Cabanellas. Ob cit, Tomo IV

7.1) OBLIGACIONES DEL DEPOSITARIO.-

Una vez constituido el presente contrato, emergen las siguientes obligaciones:

7.1.2) DILIGENCIA EN LA CUSTODIA.-

Esta obligación ya fue prevista en el articulo, 844 de nuestro Código Civil, sostiene que "en un deposito gratuito el depositario debe emplear en la custodia de la cosa depositada la diligencia que pone en la guarda de las propias".

El Còd. Civ. parte siempre de la idea de que el depósito es un servicio de amigo, servicio que presta el depositario desinteresadamente. El que presta un servicio gratuito (depositario) debe ser juzgado con menos severidad que el que se beneficia con una retribución. Por eso aquel responde solo de la culpa en concreto, había cuenta de sus cualidades personales y del menor cuidado que puede poner en sus propios negocios, mientras que el que recibe una retribución responde de la culpa leve en abstracto, por comparación con el buen padre de familia. De estas mismas ideas surge una agravación de la responsabilidad del depositario en los siguientes casos enumerados taxativamente por el Art. 845:

- a) Si el depositario se ofreció espontáneamente para recibir el depósito.
- b) Si el depósito se ha hecho también en el interés del depositario, sea por el uso del depósito, sea por la retribución por el ejemplo que haga uso de la cosa depositada.
- c) Si sea convenido expresamente que responderá por toda clase de culpa.

Entendemos que en todos estos casos la responsabilidad del depositario sea aprecia por comparación por pater familis.

7.1.3) PROHIBICIÓN DE REGISTRAR Y USAR LA COSA DEPOSITADA.-

Siendo la finalidad del deposito la simple guarda o custodia de una cosa, el depositario que ha recibo cofre cerrado o paquete sellado, con documentos o papales privados no debe registrar para enterar su contenido el incumplimiento daría lugar a daños y perjuicios, salvo que tenga autorización.

7.1.4) PROHIBICIÓN DE USAR DE LA COSA DEPOSITADA.-

Lo mismo sucede cuando el depositario lo usa en su provecho o de en deposito a otro sin permiso expreso del depositante incurrirá en un verdadero abuso de confianza, bajo sanción de resarcir el daño.

Puede el depositario en circunstancias de urgencia cumplir la custodia en forma diferente de la convenida, dando aviso inmediato al depositante.

7.1.5) DEVOLUCIÓN, DETERIORO, PERDIDA.-

Cabe señalar las siguientes reglas:

-EN CUANTO AL OBJETO DEPOSITADO.-

Lo primero es restituir la cosa en su individualidad, es decir la misma cosa recibida sin sustitución posible, con mas los accesorios y frutos que hubiese percibido (Art. 848), lo segundo, en cuanto al estado, la cosa se devuelve tal como se encuentra, de manera que si ha sufrido deterioros no imputables al depositario son de cuenta del dueño o depositante, lo cual es lógico porque en todo contrato de tenencia precaria, el riesgo de pérdida o deterioro lo soporta el dueño ("res perit domino"). Si el depositario por causa que no lo es imputable se ve privado de la cosa, queda liberado de restituirla, debiendo dar aviso al depositante del hecho que le ha privado la tenencia.

Debe además restituir los accesorios y frutos que hubiese percibido, así como a pagar los intereses por el dinero depositado, desde que incurrió en mora para su restitución. Se entiende que los intereses sustituyen al daño por lo que no habría resarcimiento como indica el Código.

-A QUIÉN RESTITUYE EL DEPOSITO?.-

Del Art. 850 se colige: que el depositario debe restituir la cosa depositada, al mismo que se la confió, o sea al depositante cuando lo reclame o a aquel a cuyo nombre se hizo el depósito, o al que haya sido indicado para recibirlo.

Por consiguiente todo depósito se restituye al depositante, así no fuera del dueño, y el depositario no esta obligado a exigir prueba de la verdadera propiedad. Además cual tenedor precarista puede depositar una cosa ajena si así lo aconseja la seguridad y garantió de la misma el dueño puede ser un tercero aunque no aprovecha ni daña al contrato, res inter alios acta.

No obstante puede tratarse de una cosa robada y entonces el depositario no puede decidir; por si mismo el problema, ni regir su obligación de restituir al depositante, sino que debe limitarse al dar parte al interesado o a la autoridad competente para que se hagan las diligencias judiciales del caso dentro de un plazo de 15 días vencido el cual cesa de toda responsabilidad para el depositario por la entrega que hiciere al depositante.

7.1.6) MUERTE, INCAPACIDAD O AUSENCIA DEL DEPOSITANTE.-

El Art. 852 prevé los casos de muerte del depositante resolviendo que la cosa se restituya al legítimo representante. En cambio si el depósito se hizo por cuenta de un menor o de un incapaz, la devolución se hace a su representare o al que tenga la administración de sus bienes. El depósito hecho por el administrador o encargo de un negocio la devolución se hará a quién el administrador representaba, o sea a su mandante.

7.1.7) LUGAR Y GASTOS DE LA RESTITUCIÓN.-

Es preciso tenerse, desde luego, al contrato en cuanto lo estipulado sobre el lugar y el plazo. Si el contrato no indica el lugar, y el plazo el deposito se devuelve en el mismo lugar de la celebraciones plazo en cambio, no es de estricta observación, pues el depositante puede exigir la restitución en cualquier momento, salvo orden judicial de retención, o si tratándose de un arma tenga el temor de

que el depositante pueda ir a cometer alguna falta. Los gastos de restitución corren a cargo del depositante.

7.1.8) PLURALIDAD DE DEPOSITANTES O DEPOSITARIOS.-

"En caso de ser varios los depositantes o varios los herederos del depositante, cualquiera de los primeros puede pedir la devolución del deposito, o dando caución, cualquiera de los herederos en caso diverso decidirá el juez"

"Si son barios los depositarios el depositante podrá pedir la devolución a quien detenta la cosa, y éste dará aviso a los otros depositarios" Art 853

Los depósitos hechos por dos o más personas ofrece en la práctica la facilidad de que cualquiera de ellos, en forma indistinta, pueda pedir la devolución de la cosa depositada.

Lo propio ocurre, si ha fallecido alguno de los depositantes, cualesquiera de sus herederos puede pedir la devolución dando caución o fianza si se lo exige.

7.1.9) ENAJENACIÓN POR EL HEREDERO.-

"El heredero del depositario que haya vendido de buena fe la cosa depositada, sólo está obligado a restituir el precio recibido o ceder su acción contra el comprador si no ha recibido, el precio."(Art.855).

En ese caso es de suponer que el heredero no tenia conocimiento que el bien vendido estuvo en" depósito de su causante.

8) OBLIGACIONES DEL DEPOSITANTE.-

Básicamente son las siguientes:

8.1) REEMBOLSO INDEMNIZACIÓN Y PAGO.-

El Art.856 dice: "El depositante está obligado., a rembolsar al depositario los gastos hechos en, la conservación del depósito, a indemnizarlo por las pérdidas que éste ha, ocasionado, y "a pagarle la retribución convenida o resultante".

Resulta, lógico que todo gasto de conservación sea de cuenta del depositante, que normalmente también el dueño debiendo además indemnizar por las pérdidas que el depósito pudo, haberle ocasionado al depositario, independientemente del pago de la retribución convenida.

8.2) DERECHO DE RETENCIÓN.-

El depositario tiene derecho de negarse a la restitución del depósito hasta que se le paguen los gastos, retribución convenida, etc. Con mas razón si el depósito es remunerado (servicio profesional), pues entonces el contrato es bilateral y la retención viene a ser una aplicación de la excepción *non adimplecti contractus*.

Sin embargo el depositante podrá pedir por la vía judicial la devolución mediante, garantía idónea para el pago respectivo.

Este derecho de retención también se justifica si la cosa depositada es un arma y se teme que el depositante pudiera servirse de ella para cometer un crimen.

9) EL DEPÓSITO NECESARIO.-

9.1) NOCIÓN.-

Ya se ha dicho que el depósito necesario es aquel que se hace en cumplimiento de una obligación legal, forzado por cualquier accidente o a causa de otro acontecimiento .imprevisto o de fuerza mayor, tal como un incendio, naufragio saqueo, etc.,

El depósito necesario se caracteriza, porque es emergente o consecuencia de una obligación legal, de cumplimiento forzoso, como el de la fianza que un tutor debe ofrecer para garantizar su gestión, o por un verdadero estado de necesidad del depositante que lo obliga ha hacer un depósito que no pensaba hacerlo para evitar mayores perjuicios.

9.2) PRUEBA DEL DEPÓSITO NECESARIO

Dadas las circunstancias extraordinarias en que se realiza este depósito, no es posible pretender pruebas escritas, por lo cual el

Art. 859 establece que para el depósito legal se hace por las, reglas de la ley respectiva y, en su defecto por las del depósito voluntario admitiendo todo género de pruebas, incluso testigos por cualquier valor.

9.3) EFECTOS PRINCIPALES.-

Fuera de esta peculiaridad de la prueba, se aplican al depósito necesario las mismas reglas ya estudiadas para el voluntario. Por tanto, resumiendo, sus efectos principales son:

a) Para el depositario:

Obligación de conservar la cosa como si fuera propia, salvos, los casos de agravación conocidos; prohibición de usar y registrar los objetos recibidos; restitución inmediata, al primer requerimiento del depositante.

b) Para el depositante:

Reembolso de los gastos de mantenimiento indispensables, pudiendo el depositario retener el objetó en tanto sé haga este reembolso.

c) Obligación de recibir el depósito necesario.

El depósito necesario ocasionado por accidente u otro acontecimiento imprevisto debe ser admitido por toas persona a ráenos que tenga impedimento físico u otra justificación atendible, sin perjuicio o de que aún en este caso deba cumplir con los primeros cuidados, o siendo imposible debe consignar ante un juez.

10) CESACIÓN DEL DEPÓSITO.

El depósito se extingue

- 1) Por restitución de la cosa depositada.
- 2) Por pérdida de la cosa sin responsabilidad del depositario.
- 3) Por enajenación de la cosa por parte del depositante.

- 4) Por .resultar que la cosa depositada es propia del depositario. Lo que es poco probable a menos que se le hubiera cedido a algún titulo.
- 5) Por remoción o muerte del depositario

11) OTRAS VARIEDADES DEL DEPÓSITO.-

11.1) EL DEPÓSITO IRREGULAR.-

Se llama así porgue el depositario se hace propietario de la cosa depositada quedando solamente obligado a restituir, otro tanto, en: género, calidad y cantidad iguales. El objeto puede ser ana suma de dinero o cosas fungibles.

Se entiende en este caso que el depositario está facultado para usar el depósito.

El depósito irregular se rige por las reglas del mutuo en cuanto sean aplicables.

Capitant, lo define como el contrato de depósito que recae sobre cosas (a menudo dinero) de que puede servirse el depositario, quien queda obligado sólo a restituir cosas de la misma especie, calidad y cantidad. En verdad el depósito irregular tiene mucho de parecido con el préstamo, pero difiere con el depósito regular o corriente.

11.2) EL DEPÓSITO EN HOTELES Y POSADAS.-

Se da este nombre al depósito de equipajes y efectos de los pasajeros que se alojan temporalmente en hoteles, posadas u otros locales semejantes.

Este depósito se asemeja al necesario, lo cual tiene como explicación el hecho de que, por lo general, la persona que busca alojamiento en hoteles y posadas es un transeúnte, que no conoce la ciudad o tiene escasas vinculaciones, de manera que se ve en la necesidad imperiosa de aceptar los servicios ofrecidos públicamente por hoteleros y posaderos. El contrato resulta así entre personas que no tienen una previa relación; y que, por el

hecho del ofrecimiento público de servicios, se supone que poseen alguna garantía de seriedad. En todo caso, la ley es severa con las personas que se dedican al negocio de hospedaje.

La regia principal exige que las cosas que llevan los huéspedes, como alhajas o dinero hayan sido entregadas a la persona encargada, pero la responsabilidad también comprende por los efectos personas que llevan, ropa, máquina fotográfica, etc., aún cuando no las hubiesen entregado.

11.3) RESPONSABILIDAD DE HOTELEROS Y POSADEROS.-

Los hoteleros y posaderos son responsables como depositarios por las cosas, efecto u otros valores que se les entregan o a sus dependientes autorizados o encargados de recibirlos por los huéspedes en sus establecimientos" (Art 863). Una simple aplicación de las reglas del depósito propiamente dicho nos llevaría a decir que los hoteleros y posaderos tienen la responsabilidad del buen padre de familia, ya que ellos mismos ofrecen sus Servicios y éstos son remunerados, Pero el Cód. Civ. no se contenta con esta gradación, sino que exige quienes se dedican al negocio de hospedaje la responsabilidad por el caso fortuito. dispensándolos únicamente por causa de fuerza mayor (Art. 865). Desde luego aquí tiene relevancia la distinción teórica entre caso fortuito y fuerza mayor, que carece de importancia, en el derecho común. Por caso fortuito ha de entenderse un hecho incontrolable en el momento de producirse, pero que se hubiera prevenido con una diligencia ejemplar, como en el ejemplo del robo cometido por mozos, del hotel u otros pasajeros, a que se refiere el Art. 865. Fuerza mayor es, en cambio, un acontecimiento totalmente imprevisto e incontrolable, que excede realmente a la voluntad humana, como el robo por fuerza armada.

Baudry Lacantinerie lo explica así: "Es la seguridad de los viajeros, que responde a una necesidad social de primer orden Un pasajero no tiene los medios de averiguar sobre la moralidad del posadero al que viene a pedirle hospedaje"

Por otra parte, como lo dice muy bien Laurent, al hotelero se ofrece la confianza pública, promete a los viajeros, que ellos encontrarán

en el hotel una completa seguridad para sus personas y sus efectos. Gracias a esta seguridad se multiplican los viajeros y quienes aprovechan son los hoteleros".

11.4) EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD.-

El Art.864, dice: Responden asimismo, en caso de pérdida o deterioro, y hasta un monto máximo equivalente a tres meses de hospedaje, por todas las cosas que los huéspedes llevan corrientemente a estos establecimientos, aún cuando no las hubiesen entregado.

La responsabilidad rige aún .en caso que el daño o pérdida haya sido causada por extraños al establecimiento. .

Los hoteleros y posaderos, responden sin limitación alguna,.si resulta culpa grave de ellos o sus dependientes o si se han negado recibir las cosas, sin justo motivo. Sin embargo, quedan libres de responsabilidad si el daño o pérdida se deben los acompañantes o visitantes del huésped o vicio de la cosa. En todo caso debe darse aviso al hotelero tan pronto como ha descubierto el daño o la pérdida, caso contrario se excluye su responsabilidad.

Es costumbre; al menos en hoteles de alguna importancia, incluir en los reglamentos internos cláusulas limitativas de la responsabilidad, advertencias para que todo objeto dé valor sea directamente depositado en poder de la gerencia, bajo constancia escrita. Como las cláusulas de un reglamento puesto en conocimiento de los pasajeros forman parte del contrato de hospedaje, es indudable que se trata de derogaciones voluntarias, y contractuales que deben respetarse.

Es nulo todo convenio o aviso por el cual el hotelero excluya su responsabilidad.

12) EL SECUESTRO.

12.1) NOCIÓN.-

Cuando dos o mas personas alegan a lo vez tener derecho exclusivo sobre la misma cosa y si ninguna de .las partes consciente que sea la otra quien retenga la cosa convienen en dejarla en poder de un tercero.

Otras veces, es la autoridad judicial, la que decide que ninguno de los litigantes mantenga la cosa, y que ella sea entregada a un tercero. En estos casos estamos frente a un secuestro. El Art. 869 a este respecto dice: "El secuestro es el depósito de una cosa litigiosa en poder de un tercero hasta que se decide el litigio sobre la cosa para entrecana a. quien corresponde. El secuestro puede, ser convencional o judicial. "

Es convencional cuando todas las partes interesadas convienen en el depósito dejando en manos de un tercero que se obliga a devolverla después de terminado el litigio.

Las reglas a las que se halla sometido el secuestro convencional son las mismas qué las del depósito voluntario de modo que el secuestro puede tener lugar tanto con relación a bienes muebles como inmuebles.

Es judicial cuando lo ordena el juez y la cosa es entregada a un tercero, para que la devuelva a quién indique el juzgador. La ley establece los casos en que procede el secuestro judicial, que están previstos en el Art.162 del Cgo. de Pdto. Civil.

El depositario es designado por el juez, excepto si los interesados convienen en .una persona, pero en ambos casos está sujeta a las reglas del secuestro convencional.

El depositario puede ser removido por el juez, de oficio o a petición de parte, siempre que falte a alguno de los deberes que, esta obligado a cumplir.

La diferencia con el depósito regular en cuanto - a la extinción, es que el secuestro concluye cuando termina la controversia judicial que lo originó.

13) DERECHOS A RETRIBUCIÓN.-

El secuestro judicial siempre es remunerado, el convencional también, pero puede no serlo dependiendo de las partes.

El depositario tiene derecho a una retribución del cuatro por ciento, por una sola vez, si el depósito consiste en dineros o alhajas; pero si fuera un fundo rústico o urbano, el cuatro, por ciento al año sobre la renta Sin embargo, las partes pueden convenir una retribución mayor, o menor que la señalada.

TEMA. No 18

EL CONTRATO DE PRÉSTAMO

1) CONCEPTO.-

Previamente manifestaremos que la palabra préstamo, proviene del latín prae-sto que no se aplicaba en principio al contrato, que hoy se conoce, con ese nombre, porque significaba prevalecer, suministrar o mostrar, en cuyo sentido se mencionaba el arte de entregar la cosa objeto del contrato (Scaevola) "

El "préstamo es el contrato por virtud del cual, una de las partes (prestatario), recibe de la otra (prestamista) una cosa que se obliga a restituir en especie o en otra equivalente, después de haberla utilizado por cierto tiempo"¹⁴⁶

Nuestra legislación civil, manifiesta que el préstamo "es un contrato por el cual una persona, llamada prestador, entrega a otra, llamada prestatario, una cosa para que este la use o la consuma y se la devuelva o restituya su 'equivalente después de cierto tiempo." (Art.879)

El préstamo en general, ya sea de bienes muebles, inmuebles o fungibles como el dinero es un contrato real que se perfecciona con la entrega de la cosa.

2) NATURALEZA JURÍDICA.-

Este contrato tiene las siguientes características:

- **a)** Es un contrato real, porque se perfecciona con la entrega de una cosa.
- **b)** Es un contrato unilateral, porgue sólo, crea obligaciones a cargo del prestatario, la principal de las cuales es la de devolver o restituir la cosa prestada. Algunos autores prefieren denominarle sinalagmático imperfecto como Mazeaud.

¹⁴⁶ Morales, Carlos Guillen Ob cit. Pág 879, Tomo II

- c) Es un contrato gratuito.
- d) Es un contrato consensual.

3) CLASES DE PRÉSTAMO.-

Antes de realizar una determinada clasificación de este tipo de contratos, previamente debemos de tomar en cuenta, como el prestatario se servirá de la cosa prestada y el objeto; es en función a ello que surgen los dos tipos de préstamos que menciona el artículo 879, en su parágrafo II del Cód.Civ. regidos cada uno por reglas particulares:

- a) Si la cosa se destina sólo al uso temporal del prestatario y es un bien no fungible se dirá que hay comodato o préstamo de uso
- **b)** Si el que recibe la cosa prestada puede consumirla, por ser un bien fungible se dirá que *hay mutuo préstamo de consumo* y entonces la restitución no será sino de una cosa igual en valor y calidad.¹⁴⁷

4) CARACTERES DIFERENCIALES.-

4.1) POR EL OBJETO

En el comodato se prestan cosas no fungibles, perfectamente individualizadas e insustituibles, que pueden ser muebles o inmuebles (un automóvil, una casa de campo, etc).

El mutuo se refiere siempre a cosas muebles y fungibles, que se consumen con el uso y son sustituibles en cantidad y calidad, como el trigo, el vino, el dinero, etc.

4.2) POR SUS EFECTOS.-

En ambos casos el contrato se perfecciona con la entrega de la cosa al prestatario; pero en el comodato esta entrega es en forma precaria, de manera que el comodante conserva su derecho de

 $^{^{147}}$ La otra clase de préstamo que se viene distinguiendo en el Derecho Moderno, es aquèl en el que media pacto de pagar intereses por el préstamo.

propiedad, en cambio en el mutuo hay traslación de propiedad y el mutuario se hace dueño de la cosa prestado, lo que resulta indispensable para poder Gastarla o consumirla.

4.3) POR LOS RIESGOS.-

Como consecuencia de lo anterior, el que. presta en comodato soporta el riesgo de la cosa si ella se deteriora o pierde por caso fortuito o fuerza mayor ("res perit domino"), liberándose el comodatario de la obligación de restituir.

Por el contrario, en el mutuo cualquier pérdida es de cuenta del mutuario y en realidad no puede, hablarse de riesgo propiamente dicho, según el adagio, "el género no perece"; por Ejemplo, si Pedro presta a Raúl diez quintales de trigo, éste no podrá invocar que se ha quemado en un incendio fortuito, pues siempre podrá conseguir otros diez quintales de trigo para restituir.

4.4) POR LA ACCIÓN RESTITUTORIA.-

Por lo mismo que el comodante no enajena la propiedad de la cosa prestada, puede reivindicarla de terceros. Del mutuo emerge sólo una acción personal de restitución que puede resolverse en daños y perjuicios y el mutuante es mero acreedor quirografario.

4.5) POR EL ELEMENTO DE GRATITUD.-

El comodato es por esencia gratuito, y si las partes pactaran una remuneración estaríamos frente a un arrendamiento y no un comodato, mientras que en el mutuo la gratuidad es 'sólo de su naturaleza, es decir, que si bien es gratuito en principio nada se opone a que las partes convengan remuneración mediante una estipulación expresa como ocurre cuando se concierta un interés sobre el préstamo de dinero.

5) EL PRÉSTAMO DE USO O COMODATO. -

5.1) DEFINICIÓN.-

Se puede definir diciendo que: El comodato es un contrato esencialmente gratuito por el cual una de las partes llamado

comodante entrega a la otra llamada comodatario una cosa no "fungible, .mueble o inmueble para que la use con cargo de devolvería luego de cierto tiempo.

Para celebrar este contrato se requiere capacidad de disposición de los bienes que dan en comodato.

En esta definición se destacan los elementos característicos de este contrato que son:¹⁴⁸

Gratuidad, de carácter precario, sobre cosa no fungible y a veces intuitu personae. Las obligaciones que resultan del comodato pasan a los herederos de ambas partes contratantes. Pero si la cosa se ha prestado sólo en consideración al comodatario sus herederos no pueden continuar en el goce de la cosa prestada por haberse pactado el comodato en consideración a la persona del comodatario.

Comodato viene del latín "compdatum", que significa préstamo gratuito de una cosa determinada.

5.2) OBLIGACIONES DEL COMODATARIO.-

Las obligaciones del comodatario, son las siguientes:

5.2.1) CUSTODIAR Y USAR LA COSA,-

El comodatario debe custodiar y conservar la cosa que le ha sido prestada con la diligencia de un buen padre de familia. Por tanto, responde de la culpa leve en abstracto, por comparación con ese tipo medio, ideal, que es el pater familias.

Debe servirse de la cosa prestada según su naturaleza o de acuerdo a lo autorizado en el contrato; Ejemplo, si presto un caballo de silla, el comodatario no podrá destinarlo a labranza. La violación de esta norma da lugar al pago de daños y perjuicios (Art. 884 del Còd. Civ.). Tampoco puede conceder a un tercero bajo igual sanción, salvo que esté autorizado

^{148 &}quot;De la casa dada en comodato retenemos tanto, la posesión, como la propiedad." Pomponio".
Cabanellas, Ana Maria. Repertorio Jurídico. de Principios Generales del Derecho. Licuaciones
Màximas y Aforismos Latinos y Castellanos. Editorial, Heliasta. Bs. As-Argentina. Edición 1992.

5.2.2) RESPONSABILIDAD POR CASOS FORTUITOS. -

Si bien en principio el comodatario responde como un buen padre de familia, su responsabilidad puede extenderse aun al caso fortuito y la fuerza mayor, en tres situaciones:

- a) Si la cosa prestada perece en circunstancias en que el comodatario la empleaba en un uso distinto o por mayor tiempo del que debía contrario a su naturaleza o por destino (Ejemplo, él caballo de silla perece por un rayo cuando se lo empleaba en siembras)
- **b)** Si ante .el peligro de perder en una catástrofe una cosa propia o la cosa prestada el comodatario prefirió salvar la propia y dejar que pereciera la ajena, ya que la ley demanda una mayor solicitud con las cosas ajenas que se nos confía para nuestro provecho (Art. 886 del Cód. Civ.)
- **c)** Si así se convine en el contrato y la cosa ha sido valorada, a tiempo del préstamo.

5.2.3) DEVOLUCIÓN.-

Después de usar la cosa o al fenecimiento del plazo el comodatario debe devolverla en su individualidad, es decir la misma cosa y no otra..

- **a)** Es prohibido retener la cosa alegando compensación o garantía de lo que debe el comodante, ni siquiera por concepto de gastos.
- **b)** Si el comodante tiene, urgencia no prevista de la cosa, el comodatario debe restituirla aun sin estar vencido el plazo.

5.2.4) SOLIDARIDAD DE LOS COMODATARIOS.-

El Art. 890 de nuestro Cód. Civ., prevé que en el caso de que varias personas se hubieran prestado en forma conjunta, una cosa, cualquiera de ellas puede ser demandada para la restitución, o sea que todos son responsables solidariamente ante el comodante.

5.3) OBLIGACIONES DEL COMODANTE.-

Las principales obligaciones del comodante son las siguientes:

5.3.1) TÉRMINO PARA LA DEVOLUCIÓN.-

La regla general la ofrece el Art.891 del Cód. Civ., manifestando que:" no se puede reclamar la cosa prestada sino venció el plazo o tèrmino convenido". Sin embargo, por excepción, una razón imprevista y urgente puede justificar dicha reclamación antes del vencimiento del contrato, como lo hemos visto anteriormente.

5.3.2) REEMBOLSO DE LOS GASTOS EXTRAORDINARIOS.-

Si durante el comodato se han hecho indispensables ciertos gastos de conservación, que igualmente se hubieran presentado en manos del comodante, éste debe reembolsarlos

5.3.3) PERJUICIOS POR DOLO DEL COMODANTES.-

El Art.893 del Cód.Civ. se refiere a esta hipótesis: Si el comodante no hubiera hecho saber al comodatario los defectos de la cosa, en tal forma que luego se produce un perjuicio o accidente debido a tales conductas, él es responsable sise demuestra que conociendo esos vicios, ocultó los mismos al comodatario.

Es lógico, que hay dolo, intención culpable, en el comodante y, por tanto, debe pagar los daños y perjuicios sufridos por el comodatario.

6) COMODATO PRECARIO.

Se dice que el comodato es precario, cuando las partes no han determinado el plazo dentro del cual se debe devolver la cosa. En cualquiera de estos casos el comodante puede pedir su devolución en cualquier momento. Es también precario si la tenencia de la cosa es meramente tolerada .por el propietario. (Art.894)

Como dice el Dr. Morales, es una variedad contractual del comodato, que-se caracteriza por su inestabilidad, toda vez que el comodante puede exigir la devolución de la cosa a su voluntad.

TEMA No 19

EL MUTUO O PRÉSTAMO DE CONSUMO (CONTINUACIÓN)

1) DEFINICIÓN.-

El mutuo o préstamo de consumo es un contrato por el cual una de las partes llamada mutuante, entrega a la otra llamada mutuario una cosa fungible que se consume por el uso con la obligación de devolver en el mismo género especie, o cantidad y calidad.

2) NATURALEZA JURÍDICA. -

Como todo préstamo es un contrato real, pues se perfecciona por la tradición o entrega material de una cosa. La característica del mutuo reside en que dicha entrega comporta enajenación y transferencia de propiedad, como una condición necesaria para que el mutuario pueda consumir o gastar la cosa recibida; así por ejemplo: me presto una arroba de azúcar para el consumo de mi familia; o bien me presto una suma de dinero que requiero para gastos urgentes, etc. Por consiguiente, para poder disponer de las, cosas prestadas es indispensable apropiárselas, en virtud de una cesión que hace el mutuante, y la obligación de restitución, se cumple devolviendo una cosa; igual en calidad y valor.

De aquí que el mutuo sólo puede referirse a bienes fungibles, que se sustituyen recíprocamente.

En cuanto a su naturaleza puede decirse también que se trata de un contrato principal, real y gratuito u oneroso.

No habiendo convención expresa sobre intereses, se presume gratuito.

3) OBLIGACIONES DEL MUTUANTE.-

3.1) TERMINO PARA LA RESTITUCIÓN.-

A diferencia de lo que ocurre en el comodato, el mutuante no, puede exigir bajo ninguna circunstancia la devolución antes del vencimiento del plazo estipulado. Si las partes no hubieran señalado plazo, el mutuo se restituye a los 30 días de celebrado el contrato convenido, o hasta la próxima cosecha si se trata de productos agrícolas.

Sin embargo, las partes pueden estipular un plazo indefinido o librado a la buena voluntad del mutuario; como cuando se conviene que pagará cuando pueda, esto no significará que el mutuo se prolongue indefinidamente; el juez podré intervenir proponiendo un término, según las circunstancias.

3.2) VICIOS DE LA COSA.-

Si el mutuo es gratuito u oneroso y la cosa prestada adolece de vicios, y. no se los da a conocer, el mutuante es responsable del daño causado.

4) OBLIGACIONES DEL MUTUARIO:

4.1) DEVOLUCIÓN DEL MUTUO.-

El mutuario esta obligado a devolver las cosas prestada en el término convenido y en la misma calidad y cantidad que las recibidas.

Si se presto una arroba de singani de primera clase se cebe devolver otra arroba de singani de la misma calidad.

4.2) IMPOSIBILIDAD DE RESTITUCIÓN.-

Puede ocurrir que sea imposible devolver la cosa por causa no imputable al deudor; entonces la obligación del mutuario se convierte en la de pagar una suma de dinero, cuyo monto se aprecia por el valor que la cosa prestada tendría en el lugar y tiempo de la restitución esto es lo que se denomina pago por equivalencia.

Si el tiempo y lugar no han sido determinados, el valor del pago se determinará en relación-al tiempo en que se haga efectivo y al lugar donde se hizo el préstamo.

4.3) INTERESES MORATORIOS.-

Si el mutuario no devuelve las cosas, prestadas o su valor en el término convenido debe pagar intereses en favor del mutuante desde el día en que fue requerido o demandando judicialmente.

4.4) PROMESA DEL MUTUO.-

E1 que promete prestar un bien en mutuo puede revocar su promesa si existe el peligro de que el mutuario caiga en insolvencia a menos que se de las garantías suficientes.

5) EL PRÉSTAMO A INTERESES.-

5.1) EL PRÉSTAMO DE DINERO.-

Es el caso más frecuente del mutuo. El dinero es el bien fungible por excelencia y como está sujeto, a variaciones más o menos acentuadas de valor, sobre todo en países que sufren crisis inflacionarias, como ha venido sucediendo en Bolivia se plantea un grave problema: ¿Cual es el medio de establecer el valor que debe el mutuario? ¿La deuda consiste en una suma numérica igual a la recibida a tiempo del contrato o más bien a una suma equivalente en cuanto a su valor intrínseco? Por ejemplo: cuando X prestó a cien mil bolivianos esa suma era suficiente para comprar una casa, momento de la restitución, unos meses más tarde, con una suma "numérica" igual podría comprar una parte de la casa o sea que el valor de la moneda se ha reducido en 50%. Se trata, pues, de establecer si el deudor debe pagar cien mil bolivianos o doscientosmil bolivianos.

El Art. 404 ofrece la siguiente solución: "Las deudas pecuniarias se pagan en moneda nacional y por el valor, nominal de ella" De modo que obligación que resulta del préstamo en dinero, no es sino de la suma numérica expresada en el contrato, suba o baje su valor," hasta, el momento del pago.

5.2) MODIFICACIONES CONTRACTUALES.-

La solución legal, es sencilla, por cuanto evita complicaciones en los cálculos del valor monetario, pero resulta muy gravosa para los acreedores (mutuantes) en periodos, de inflación. Es verdad que, teóricamente, podría resultarles ventajosa si la moneda fuera aumentando de valor, pero esta posibilidad es muy rara.- En todo caso como el Art. 404 es sólo interpretativo y no de orden público, las partes al celebrar un mutuo de dinero pueden prevenirse contra las fluctuaciones del valor e introducir ciertas cláusulas en virtud de las cuales la obligación del mutuario no sea simplemente de una suma numérica sino de un valor fijo y determinado. Dichas cláusulas pueden ser las siguientes:

5.3) OBLIGACIÓN REFERIDA A MONEDA EXTRANJERA.-

La cantidad prestada, en el contrato se la relaciona con el de una moneda extranjera considerada como patrón, en forma tal que el mutuario pagará en moneda nacional expresada en un valor equivalente al oro o a la moneda extranjera respectiva, Ejemplo, si Pedro, presto a Raúl cuatro mil bolivianos equivalentes a quinientos dólares norteamericanos, entonces, Raúl se obliga a devolverme una suma de bolivianos que equivalga también a quinientos dólares norteamericanos, según el cambio vigente al día del pago.

5.4) CONCEPTO DE INTERÉS.-

Se llama interés a una cantidad que se paga como complemento de otra principal, llamada capital, y calculada generalmente mediante un porcentaje con relación a esta ultima. Si bien suele aplicarse esta denominación a sumas de dinero, es decir en obligaciones monetarias, es indudable que jurídicamente el interés puede versar sobre cualquier bien dado en mutuo; si por ejemplo si yo presto diez qq. de trigo con obligación de que se me reembolse 12 qq., este recargo se considera interés.

El Art. 410 del Código Civil dice:

"Se considera interés aparte del convenido claramente como tal toda forma de porcentaje, recargo al capital original rédito, comisión de préstamo o depósito, y en general toda utilidad y prestación que un deudor estipula pagar a un .acreedor, por la suma que presta.

Por tanto, no es preciso que el interés sea de de la misma especie que el capital, pudiendo consistir en una prestación de otro bien o en un hecho personal, por ejemplo: un trabajo que el deudor se obliga realizar en beneficio de un acreedor.

5.5) CLASES DE INTERÉS.-

El interés <u>es legal</u> cuando ha sido fijado en su cuantía por una ley especial, destinada a suplir la estipulación expresa de las partes.

En cambio, se llama *convencional* el interés que se determina por acuerdo de partes.

Asimismo, las partes pueden estipular un <u>interés penal</u> que, como su nombre lo indica, es un recargo contra el deudor moroso, en el cumplimiento de su obligación.

6) REPRESIÓN DE LA USURA.-

El préstamo a intereses da lugar a problemas de orden económico y de orden moral, existiendo tres criterios al respecto:

6.1) CRITERIO PROHIBITIVO.-

El Derecho canónico prohibía el préstamo a intereses, como una consecuencia del concepto religioso sobre el pecado de usura. Desde el tiempo del emperador Carlomagno se lo prohibió para los cristianos, permitiéndoselo para los judíos. Las antiguas leyes españolas estaban imbuidas de este criterio.

6.2) CRITERIO LIMITATIVO.-

El desarrollo del comercio, y de los sistemas bancarios, tuvo como resultado la admisión de un interés y las leyes se ocuparon de limitarlo a un monto racional y equitativo. Este fue el criterio que

aceptó nuestro Código Civil, fijando porcentajes máximos en proporción a la garantía ofrecida al acreedor, hasta un 3% mensual.

6.3) CRITERIO LIBERAL.-

Conforme a las doctrinas económicas liberales el interés es el precio del dinero y se regula por la oferta y la demanda. La experiencia de muchos países ha demostrado que son poco operantes las disposiciones limitativas del interés, sobre todo si las necesidades del dinero son muy grandes, como sucede en épocas de crisis, o bien hay poca estabilidad en la economía de un país, como en los ciclos inflacionarios. Los interesados encuentran por lo general el medio de burlar, las limitaciones, sea mediante contratos simulados o por descuentos adelantados del monto del préstamo.

De aquí que se propicie la libre estipulación de1 interés, según las necesidades de las partes.

7) INTERÉS MÁXIMO.

Se fija en 3 % al mes. Esta regulación se refiere al interés convencional, y no al legal, es decir, que en todos los casos en que las partes convienen un interés su tasa no puede exceder el 3 %. Una estipulación con mayor interés no. es nula, sino sólo en el exceso (acción de reducción y no de nulidad).

1) INTRODUCCIÓN. -

La fianza es un contrato consensual, unilateral y accesorio por el cual una persona se obliga a cumplir una obligación ajena, .cuando el deudor no la satisface oportunamente. Cuando un deudor no cumple con su obligación, el acreedor puede obtener su cumplimiento, exigiendo la ejecución forzada más el pago que se traduce en una indemnización de daños y perjuicios. Pero puede ocurrir que el deudor sea insolvente, es decir, que no tenga bienes suficientes para pagar, entonces, queda anulada, la acción del acreedor.

En estos casos la ley garantiza el peligro de la insolvencia del deudor, por ejemplo en la concesión de un crédito, exigiéndole una garantía real o personal.149

Las garantías personales, consisten en que una tercera persona se comprometa en defecto del deudor, al cumplimiento de la obligación. A esta categoría pertenece la fianza.

Las garantías reales, consisten en que sea un bien del deudor el que quede afectado al cumplimiento de la obligación, por ejemplo: la hipoteca, la prenda o anticresis un fiador puede dar también una garantía real, y en este caso particular nos encontramos frente a un fiador real. Las garantías reales por lo general se prefieren, porque el acreedor no corre el riesgo de una futura insolvencia de los fiadores.

2) DEFINICIÓN. -

El Art.916 da una noción de esta institución diciendo: "La fianza es el contrato en el cual una persona se compromete a responder por las obligaciones de otra".La fianza es valida aun cuando el deudor no tenga conocimiento de ella.

¹⁴⁹ Solamente existe dos clases de garantías, como ser las personales y las reales.

De acuerdo a este concepto es un contrato en virtud del cual un tercero llamado fiador, promete a un acreedor pagarle su deuda si el deudor no ejecuta o cumple su obligación dentro del plazo convenido.

3) NATURALEZA. -

Es un contrato consensual, porque se perfecciona con el consentimiento unilateral, porgue el fiador se obliga con respecto al acreedor, y no con respecto al deudor; gratuito, ya que constituye un acto de beneficencia del fiador, lo cual, no descarta la posibilidad de que pueda recibir una retribución del deudor convirtiéndose eventualmente en oneroso. Pero lo más importante es el carácter accesorio y expreso de la fianza.

4) CARÁCTER ACCESORIO.-

Teniendo, por objeto garantizar el cumplimiento, de una obligación principal, la fianza es un contrato accesorio. De aquí resultan estas consecuencias.

- **a)** La fianza no puede exceder de lo que debe el deudor principal, puede contratarse bajo condiciones más onerosas (Art. 920 C.C.)
- b) Esto implica que la cuantía de la fianza debe ajustarse a la de la obligación principal, sin exceder su monto, ni ser más onerosa, porque lo que es necesario no debe exceder en importancia a lo principal. Por esta razón el parágrafo III del Art. 920 del Código Civil, añade:" La fianza que excede a la deuda o que es otorgada bajo condiciones mas onerosas, no es nula y se reducirá a los limites de la obligación principal". Por ejemplo: Un deudor contrae un préstamo por Bs. 200.000 al 18 % anual, y el fiador en condiciones más onerosas y excediendo la medida de la obligación principal garantiza el cumplimiento ofreciendo abonar Bs. 250.000 con un 20 % de intereses. La fianza no será nula; el capital y los intereses quedarán reducidos a lo estipulado por el deudor principal.

Fan	in C	hacol	la I	Juan	200
ran	IO (.I	ทกหาก	111 1	- 111/11	11.1

Cabe añadir algo más: la fianza puede constituirse por una parte de la deuda solamente y bajo condiciones menos onerosas (Art. 920, par. II) Ejemplo: afianzar la mitad de la deuda, sin intereses o solamente éstos.

c) La fianza no puede prestarse sino cuando la obligación principal es legitima y valida¹⁵⁰ (Art. 918 parágrafo I, del Cód.Civ.).Por su carácter accesorio, la fianza sigue la suerte de la obligación principal si está viciada de nulidad (error, violencia o dolo), sencillamente es nula en toda nulidad, quedando como consecuencia, eximido el deudor principal, y por consecuencia, también el fiador.

Hay, sin embargo, una excepción a la regla anterior que el mismo artículo 918, parágrafo II, la señala en estos términos: "La fianza no tiene eficacia sino cuando la obligación principal es legítima y válida"," sin embargo, la fianza es válida cuando se la presta para garantizar la obligación asumida por un incapaz." En estos casos la fianza será válida y el fiador quedará obligado ante le acreedor, aunque el (menor o inhabilitado) incapaz prevalido de una excepción que le sea puramente personal, haga anular la-obligación principal. Se justifica esta excepción, porque se presume que la persona hábil que hace de fiador, se compromete con conocimiento de causa, principalmente para garantizar al acreedor contra el riesgo de la anulación del contrato.

5) CARÁCTER EXPRESO. -

"La fianza debe ser expresa v no se presume.," Consiguientemente, ella debe existir y no puede expenderse más allá de los limites a que esta circunscrita esta exigencia de la ley se explica, porque siendo onerosa la fianza con respecto al fiador y acto de beneficencia con relación al deudor, no se la puede sobre entender y deducírsela por interpretación, del texto o antecedentes del contrato. Por ejemplo: si se recomienda a una persona para que se le conceda un préstamo, no se entenderá que el recomendante se responsabiliza como fiador, por las resultas de la operación.

 $^{^{150}}$ ${\bf Guillermo},$ Ana Maria. Ob cit ,La fianza dada por error es nula, Paulo: Lib XLVI, Tit. I, Ley 37..

6) EXTENSIÓN DE LA FIANZA. -

a) Del carácter expreso de la fianza, se deduce que no puede extenderse más allá de los límites en que se ha contraído, es decir, que es restrictiva.

No obstante, como en los contratos prima la voluntad de las partes, el fiador puede obligarse simple y llanamente, sin ninguna limitación, en cuyo caso resulta obligado igual que el deudor, soportando no sólo la obligación sino los gastos accesorios, e intereses.

b) Las obligaciones de los fiadores pasan a sus herederos. El heredero entra a suceder no solo a los derechos y accionen del difunto, sino que también corren con sus obligaciones que éste ha contraído al afianzar a un tercero.

7) FIADOR DEL FIADOR.-

Se puede también afianzar, no solamente al deudor principal, sino también al que es su fiador, que se llama fiador del fiador dando una doble garantía al acreedor contra la insolvencia del deudor principal (Art.921)

8) CLASES DE FIANZA. -

Puede ser convencional, legal y judicial, añadiremos que puede ser también gratuita y onerosa (Art. 919 C.C.)

La convencional o voluntario es la más usual y, como su nombre lo indica, proviene del acuerdo de las partes en un contrato y es la más frecuente. La legal, proviene de una disposición de la ley, por ejemplo: la que exige el articulo 33 del Código Civil a los herederos presuntos del ausente cuando toman posesión provisional de los bienes; o la que debe prestar el heredero declarado cuando un tercero se opone a la misión en posesión de herencia, etc. La judicial, proviene de una orden del juez. Constituye una especie de fianza legal dentro de un proceso cualquiera prevista por la ley por ejemplo la fianza de resultas, la fianza de libertad provisional, etc.

9) REQUISITOS PARA SER FIADOR. -

En principio diremos que pueden ser fiadores los que tienen capacidad para disponer de sus bienes.

Conforme al artículo 923., el deudor obligado a dar fiador; debe presentar una persona que reúna estas condiciones:

- 1°.- "Capacidad para contratar", porqué si es incapaz, la fianza no será válida;
- 2°.- "Bienes suficientes para responder del objeto- de la obligación", pero para ser fiador de costas el Art. 923 parágrafo II, nos dice que: "la solvencia del fiador se estimará solo según sus condiciones rentísticas y el monto a que prudencialmente puedan ascender las costas".
- 3°.- Que su "domicilio esté en la jurisdicción, del juzgado donde debe darse". De modo que el fiador quede bajo la vigilancia inmediata del acreedor y pueda demandársele con facilidad.

Si no reúne el fiador estas tres condiciones podrá ser, rechazado, por el acreedor. Particularmente, en lo que respecta, a la segunda condición, el Art 924, expresa: "Si el fiador aceptado por el acreedor voluntario o judicialmente, ha calcio después en insolvencia, el deudor debe dar otro en su lugar"

10) EFECTOS DE LA FIANZA ENTRE EL ACREEDOR Y EL FIADOR.-

La situación de-l fiador con relación al acreedor/ se parece mucho a la de la solidaridad. En efecto el fiador está obligado a pagar roda la, deuda y puede ser demandado por la totalidad; igualmente, "cuando varias personas se han constituido fiadores de un mismo deudor," por una misma deuda, están obligados, cada uno a toda la deuda" (Art. 930 C.C.), y por consiguiente no pueden oponer el beneficio de división.

Sin embargo, hay una diferencia, que consiste en que el fiador no está obligado para con el acreedor, sino a pagarle en defecto del

deudor debiendo hacer antes excusión en los bienes de éste (Art. 525 Cód.Civ.); es decir, tiene derecho a instar al acreedor para que previamente proceda contra los bienes del deudor, los embargue y venda, antes de demandarlo a el; situación de la que no goza el deudor solidario.

11) BENEFICIO DE EXCUSIÓN.-

Cuando se ha vencido una deuda, y no ha sido pagada por el deudor principal el acreedor si bien es cierno que puede ocurrir ante este último y hacerlo declarar en mora, tiene el privilegio de dirigirse directamente contra el fiador; pero como el fiador sólo está obligado a pagar en defecto, del, deudor principal, puede oponer la excepción previa de excusión y orden para se proceda previamente con los bienes de éste, a menos que haya renunciado dicho beneficio.

El Código señala estas condiciones, para oponer el beneficio de excusión u orden:

Debe ser reclamado al primer requerimiento o demanda judicial de pago que el acreedor haga al fiador, pues Art. 926, dice al respecto Si el fiador quiere acogerse al beneficio de excusión, debe oponerla como excepción previa. Si el fiador, por lo tanto, no reclama en los primeros propone medios de defensa que atañen al fondo del asunto, se presumirá que renuncia a ese beneficio, no pudiendo acogerse, después, a él.

b)"El fiador que se acoja al beneficio eje excusión debe señalar concretamente al acreedor los bienes del deudor principal" (Art. 927 Cód.Civ.) pues, este articulo supone que al haberse dirigido; al acreedor contra el fiador es porque ignora la existencia de bienes pertenecientes al deudor principal. El parágrafo segundo del mismo articulo, añade que no deben señalarse bienes situados, fuera, del, distrito judicial en que ha de hacerse pago, ni los litigiosos o hipotecados por la deuda o que no estén en posesión del deudor", porque en todos, estos casos la posibilidad que tiene- el acreedor de perseguir dichos bienes, es dificultosa e ilusoria.

12) EFECTOS DE LA EXCUSIÓN: CULPA DEL ACREEDOR. -

Si por medio de la excusión, el acreedor obtiene pago de su deuda el fiador queda liberado hasta el monto de dicho, pago.

Cesa la responsabilidad del fiador si no obstante haber cumplido todas las condiciones previstas anteriormente, el acreedor actúa con negligencia en la excusión de los bienes señalados, cayendo entre tanto el deudor en insolvencia.(Art.928)

La culpa del acreedor no puede perjudicar al fiador; así es que, si se señalan los bienes en que debía hacerse excusión y por descuido del acreedor que no los embarga y vende, resultan disipados por el deudor principal, el fiador no responderá del precio de ellos, sino, únicamente por el excedente que sobre este precio llegare a tener la deuda.

"Sin embargo, el beneficio de excusión, tiene su excepción con respecto al fiador judicial, que no puede acogerse a él (Art. 925). Asimismo, el fiador del fiador judicial, es decir el subfiador, tampoco puede pedir excusión del deudor principal y del fiador.

Igualmente, la excusión no tiene lugar cuando:

- 1) El fiador renuncia expresamente a este beneficio.
- 2) El fiador se obliga solidariamente con el deudor.
- 3) El deudor se hace insolvente o se abre concurso contra él.
- 4) La obligación afianzada es emergente de deberes morales o sociales.
- 5) La fianza es judicial.
- 6) La deuda es a la hacienda pública.
- 7) El deudor no puede ser demandado dentro de la República.

13) EXCEPCIONES QUE EL FIADOR PUEDE OPONER AL ACREEDOR.-

El fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que correspondan al deudor principal y que sean inherentes a la deuda, como la novación, compensación, etc. Pero no las puramente personales del deudor, (Art. 929) como la incapacidad de éste. Por tanto el fiador está facultado para utilizar todas aquellas excepciones que puedan enervar o destruir la acción del acreedor.

14) FIANZA PRESTADA POR VARIAS PERSONAS.-

"Cuando se han constituido varios fiadores de un mismo deudor, por una misma deuda, están obligados, a toda la deuda, a menos que hayan pactado el-beneficio de división". (Art. 930) En este caso estamos frente a una presunción de solidaridad de los cofiadores.

15) BENEFICIO DE DIVISIÓN.-

"Si se pactó el beneficio de división, el fiador demandado por toda la deuda puede pedir que el acreedor reduzca su acción a la parte debida por él.

"Si cuando se pidió la división alguno de los fiadores era insolvente, el que ha hecho valer el beneficio de división responde por tal insolvencia en proporción a su cuota, pero no responde por las insolvencias sobrevenidas. (Art.931) De modo que el fiador que se acoge a este beneficio queda obligado a pagar la cuota del fiador insolvente de este beneficio, la deuda del deudor principal, se reparte entre los cofiadores solventes.

El acreedor que voluntariamente y por si mismo ha dividido su acción, ya no puede retractarse, por mucho que hubiesen, aún antes de dividirla, fiadores insolventes.

16) EFECTOS DE LA FIANZA ENTRE EL DEUDOR -Y EL FIADOR.-

16.1) DERECHO DE REPETICIÓN.-

Están señalados en los...Art. 933 al. 937, debiendo distinguirse dos casos,

1°.- Que el fiador haya pagado la deuda, y

2°.- Que no la haya pagado todavía.

El Art. 933 supone este caso, y al respecto dispone: "El fiador que ha pagado, puede repetir contra el deudor principal, sea que la fianza se haya dado con noticia del deudor o sin ella Este recurso tiene lugar tanto por el principal como por los intereses y los gastos pagados por cuenta del deudor. En general, este artículo concede un recurso al fiador contra el deudor principal, cuando paca la deuda, recurso que en particular comprende los siguientes conceptos;

1°.- El capital de la deuda, vale decir, todo lo que el deudor debía al acreedor por el contrato: capital, intereses y demás gastos; 2°.- Los intereses de este capital, a partir del día del, pago y 3°.- Los gastos provenientes de costas procesales.

También, el fiador puede repetir por el resarcimiento del daño, sin lugar. Pero lo importante es que, "el fiador que ha pagado la deuda se subroga en todos los derechos que tiene el acreedor contra el deudor (Art. 934 Cód.Cov.), es decir, que se opera una subrogación (sustitución) legal en favor del fiador, pudiendo ejercitar entonces la .acción subrogatoria, gozando de los privilegios-'e hipotecas con que estaba garantizada la acuda que ha pagado.

Cuando hay muchos deudores solidarios de una misma deuda, el fiador que ha afianzado a todos, tienen contra cada uno de ellos el derecho para repetir por el total que ha pagado (Art. 935 C.C.).

16.2) CASOS EN QUE NO PROCEDE LA REPETICIÓN.-

No todas las veces que el fiador ha pagado la deuda, tiene derecho a repetir contra el deudor.- El Art. 936, contempla un caso de excepción al expresar que: El fiador que no ha dado aviso al deudor del pago hecho en su descargo, no puede repetir contra él si por dicha omisión el deudor pagó igualmente la deuda. De modo que si

paga el fiador sin ser reconvenido v sin haber advertido si deudor principal, no tendrá recurso contra él 'cuando este pudo haber tenido excepciones para hacer declarar extinguida la deuda. Esta omisión supone una falta grave del fiador que debe redundar en su perjuicio, quedándole sin embargo a salvo un recurso para repetir contra el acreedor.

16.3) CASOS EN LOS CUALES EL FIADOR PUEDE PROCEDER CONTRA EL DEUDOR AUN ANTES DE HABER PAGADO LA DEUDA.-

A este respecto el Art.937, dice: El fiador, aún antes de pagar, puede proceder contra el deudor principal para que éste le garantice las resultas de la fianza, lo releve de ésta o consigne medios de pago.

Con objeto de que el fiador quede liberado de la fianza o de una condena que está a punto de producirse, la ley le concede en casos muy especiales, un recurso contra el deudor, antes de haber pagado la deuda. Esos casos, contemplados taxativamente por el Art. 937, son los siguientes:

- 1º Cuando el fiador es demandado judicialmente para el pago
- 2º Cuando el deudor se ha hecho insolvente; Cuando el deudor se ha obligado a liberarle de la fianza en un plazo determinado que ha vencido
- 3º Cuando han transcurrido tres años y la obligación principal no tiene término, excepto si es de tal naturaleza que no pueda extinguirse sino en un plano mayor que ese
- 5° Si la deuda se ha hecho exigible .por vencimiento del término
- 6° Cuando existe fundado temor de que el deudor principal se fugue sin dejar bienes suficientes para el pago de la deuda.

Se trata de supuestos que la ley provee la defensa del fiador que corre peligro de verse obligado a pagar la deuda.

17) EFECTO DE LA FIANZA ENTRE COFIADORES.-

17.1) ACCIÓN DE REPETICIÓN.-

Cuando muchas personas han afianzado a un mismo deudor, por una misma deuda, el fiador que ha pagado tiene acción contra los demás fiadores, en la parte proporcional a cada uno. (Art. 938) Pero esta acción no tiene lugar sino cuando el fiador ha pagado en uno denlos casos enunciados en el articulo precedente. Si algunode, los fiadores resultare insolvente, su obligación recaerá sobre todos en la misma proporción" (Art. 936 Cód.Civ.). Este articulo descansa en la equidad, pues, es de justicia que' cada fiador se haga responsable por la parte que le corresponde en la deuda, cuando el deudor principal es insolvente. Por lo tanto, el fiador que paga podrá repetir contra los demás, en la forma indicada, siempre que el pago hecho cenca como justificativa cualquiera de los supuestos del Art.937, es decir una demanda judicial dirigida por el acreedor contra el fiador.

18) EXTINCIÓN DE LA FIANZA.-

Consideramos los siguientes dos casos:

18.1) EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL Y DE LA DEL FIADOR.-

La obligación que resulta de la fianza, se extingue por las mismas causas que las otras obligaciones (Art.593). o sea:

- 1) Por su cumplimiento o pago. :
- 2) Por novación o sustitución por otra nueva.
- 3) Por remisión o condonación de la deuda.
- 4) Por compensación, cuando dos personas son recíprocamente acreedoras y deudoras.
- 5) Por confusión, cuando en una misma persona se reúnen las calidades de acreedor y deudor.

6) Por prescripción.

La obligación principal, sigue su misma suerte; lo que implica que el fiador demandado-por el acreedor, puede oponer las excepciones que puedan extinguir la deuda principal pago, novación, prescripción, etc.; no pudiendo, empero, oponer las excepciones puramente personales al obligado, como la incapacidad.

18.2) EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DEL FIADOR POR UN HECHO DEL ACREEDOR.-

- **a)** El fiador queda libre de la fianza cuando el acreedor, por un hecho propio, ha determinado que no pueda tener efecto la subrogación del fiador en los derechos, la prenda, las hipotecas, la anticresis o los privilegios del acreedor. (Art. 940)
- b) La aceptación voluntaria que el acreedor ha hecho de una cosa inmueble o de cualquier otro efecto, en pago de la deuda principal, libera al fiador, aun cuando el acreedor después pierda tal cosa por evicción. (Art. 941 Cód.Civ.). Tratándose de una dación en pago, que consiste en que el acreedor se aviene voluntariamente a recibir una cosa diferente ha la que se debe. Esta forma de pago extingue la obligación principal y por ende la del fiador pero puede ocurrir que luego el acreedor sea: despojado de las cosas que ha recibido, y en tal caso recobrando su acción contra el deudor principal no la tiene en cambio centra el fiador, no obstante la íntima conexión entre la deuda y la fianza.

El perdón hecho por el acreedor al: fiador no extingue la deuda principal ni exime a los demás fiadores.

- c) El fiador queda libre de la fianza cuando el acreedor ha desmejorado su derecho, por un hecho propio, como el de consentir que el deudor enajene la hipoteca o prenda que garantizaba el cumplimiento de la obligación.
- **d)** Cuando el fiador otorgó la fianza por escrito y por limitado término queda libre de la fianza, si el acreedor, sin noticia del fiador, lo prórroga voluntariamente, entonces se extingue la fianza, mucho más si-en el término de la prórroga, se hace insolvente el

deudor. Ejemplo; si otorgada una fianza por el término de un año, el acreedor la prórroga por tres meses sin darle noticia al fiador, éste queda liberado de su obligación.

TEMA No 21

LA TRANSACCIÓN

1) DEFINICIÓN. -

El contrato de transacción, "es un contrato por el cual las partes haciéndose concesiones reciprocas, dan fin a una cuestión planteada o previenen una futura" 151

La transacción es, entre todos los medios de poner fin a las controversias, es el más venturoso, según cabal criterio de Bigot-Preameneu (citado por Scaevola), porque cada uno dice: "sacrifica una parte de las ventajas posibles ante el riesgo de perder más en un litigio quizá pródigo de inquietudes y sin sabores.

Si a la conciliación suele considerarse como la paz *intentada*, la transacción es un instrumento de paz *alcanzada*.

Es un contrato por el cual mediante concesiones reciprocas se dirimen derechos de cualquier clase va para que se cumplan o desconozcan, y para poner término a litigios comenzados o por comentar, siempre que no esté prohibida por ley. (Art. 945-I, de nuestro Cód.Civ.).

La transacción es un modo de poner fin a una controversia mediante sacrificios mutuos ante el riesgo de perder más en un litigio.

2) ELEMENTOS:

2.1) SU OBJETO NO ES PRECISAMENTE UN DERECHO LITIGIOSO.-

No es preciso que estuviera ya entablado el pleito, basta que exista conflicto en el animo entre las partes.

2.2) SACRIFICIOS RECÍPROCOS.-

¹⁵¹ Capitant, citado por Morales Guillen. Ob cit. Tomo II, pág. 1208

Cada una de las partes cede algo a favor de la otrá, y el cumplimiento de estas concesiones sirve recíprocamente de causa. Esto diferencia la transacción de otros modos de terminar un pleito, como la deserción, el desistimiento, el juramento decisorio, o el arbitraje. Reuniendo estos dos elementos, Baudry Lacantinerie propone esta definición: La transacción es un contrato por el cual las partes definen, mediante sacrificios recíprocos, una cuestión que les parece litigiosa, citado por el Dr. Medeiros.

La característica fundamental de la transacción se: resume en los sacrificios recíprocos de ambas partes contratantes.

3) NATURALEZA JURÍDICA. -

Este contrato es bilateral, de modo que cabe la resolución por incumplimiento de una de las partes.

Debe celebrarse por escrito haciendo constar el acuerdo de voluntades.

Es oneroso, porque hay sacrificios, materiales de ambos lados; pero no es preciso que sea conmutativo ya que la ley no exige equivalencia de prestaciones, ni admite la lesión como causa de rescisión.

"Este contrato debe redactarse por escrito", dice el Art. 492 del Código Civil. Sea mediante documento público o privado.

4) CAPACIDAD DE LAS PARTES.-

El Art. 946 dice: "Para transingir se requiere tener capacidad de disposición sobré" los bienes comprendidos en la transacción. Esté articulo asimila este contrato a los de disposición o enajenación, aunque sus efectos no sean declarativos. En todo caso, es indispensable, que las partes estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. De aquí: a) El menor emancipado, a pesar de que tiene la administración de sus bienes, no puede transigir; b) Los tutores y curadores no pueden transigir por si solos en cuestiones de sus pupilos, sin previa autorización judicial dentro del trámite de autorización judicial; c) El curador no puede

TEORÍA GENERAL DE LOS CONTRATOS

transigir con su ex-pupilo llegado a la mayoridad sino después de haber rendido cuentas de su administración.

5) MATERIAS EN QUE NO PUEDE TRANSIGIR. -

Como toda transacción supone la renuncia, a cierto derecho, al menos parcialmente, no es permitido transigir en cuestiones que afectan al orden público, como:

5.1) BIENES NACIONALES Y DE BENEFICIENCIA PÙBLICA.-

No se puede transigir, sobre bienes del estado o de beneficencia pública, en función a que por la calidad de los bienes protegidos, las acciones delictivas o de otro tipo no se puede transigir.

5.2) ACCIONES PENALES.-

Cuya represión está encomendada al ministerio público y va más alla del mero interés privado. En cambio, puede .transigirse sobre el interés civil resultante de un delito, o sea sobre la reparación de daños y perjuicios, Art.947 Cód.Civ (También cabria transigir sobre delitos de acción privada, según el Código Penal).

5.3) CUESTIONES NO PATRIMONIALES.-

Las que se refieren al estado y capacidad de las personas o a derechos de familia en si mismos; pero si en cuanto a sus efectos puramente económicos o patrimoniales. Así, seria inaceptable una transacción sobre nacionalidad, reconocimiento de; hijos, celebración de matrimonio, causales de divorcio, etc.

5.4) BENEFICIOS SOCIALES.-

Por imperio de la Ley General del Trabajo no caben transacciones entre patronos y trabajadores sobre indemnizaciones, desahucios, primas y demás beneficios sociales.

6) EFECTOS DE LA TRANSACCIÓN. -

6.1) COSA JUZGADA.-

Las transacciones tienen entre las partes la fuerza y autoridad de cosa juzgada. El Código Civil equipara, prácticamente, la transacción con la sentencia judicial, surte sus efectos sólo entre las partes, sin embargo en algunos casos alcanza sus efectos a terceros, como ocurre en las cuestiones relativas al estado civil de las personas, materia en la cual la cosa juzgada puede ser invocada aún contra tercero.

7) DIFERENCIAS ENTRE LAS TRANSACCIONES Y LA SENTENCIA.-

Las diferencias que existen entre la transacción y la sentencia son las siguientes:

7.1) POR SU ORIGEN.-

La sentencia es el acto de una autoridad jurisdiccional, en tanto que la transacción es un acuerdo privado de partes.

7.2) POR SU FORMA.-

La sentencia presupone un proceso con las formalidades señaladas por la ley procesal y se pronuncia con las determinadas solemnidades, mientras que la transacción toma la forma que las partes deseen darle incluso verbal, y sin necesidad de un pleito previo.

7.3) POR SUS EFECTOS.-

Una sentencia ejecutoriada en materia civil es irrevocable e irreversible, sus efectos son definitivos en tanto que una transacción como todo contrato, puede rescindirse por voluntad de ambas partes o por las causas legales respectivas, (rescisión, resolución, anulación, según los casos).

8) EFECTO DECLARATIVO. -

La transacción no crea derechos respecto a las panes, sino que se limita a reconocer o declarar los ya existentes, es decir, que se transige sobre títulos contradictorios o litigiosos, pero preexistentes. De aquí estas aplicaciones:

- **a)** Un contrato de transacción no es justo titulo para la prescripción adquisitiva de 10 años.
- b) No importando transferencia de propiedad, la parte que reconoce el, derecho de la otra no se somete a evicción y saneamiento. Otra cosa seria, sin embargo, si como resultado de la transacción una de las partes da a la otra una cosa nueva en compensación del reconocimiento de su derecho litigioso, pues: en tal caso a la transacción se acompaña un acto traslativo de propiedad y entonces cabe la garantía de evicción y saneamiento. Art. 954 Cód.Civ.

9) LIMITACIÓN AL OBJETO LITIGIOSO.-

(Art. 945-II Cód.Civ.) Toda transacción se interpreta restrictivamente: aunque las partes digan transigir sobre todos sus negocios presentes y futuros sólo debe aplicarse a los litigios considerados a tiempo de la-transacción.

10) NULIDAD DE LA TRANSACCIÓN.-

10.1) CAUSALES DE ANULACIÓN:

Es anulable la transacción por error de hecho o de derecho, si el error, en uno u otro caso, no es relativo a las cuestiones que han sido ya objeto de controversia entre las partes (Art.950 Cód.Civ.)

10.1.1) EL ERROR DE HECHO.-

Puede recaer sobre la sustancia de la cosa- o sobre la persona de uno de los contratantes pero esto último siempre que la consideración personal hubiera sido determinante del acuerdo transaccional (intuito personae). El error de hecho invalida la transacción, así cuando un de las partes, cree otorgar una transacción y la otra establecer una hipoteca; o cuando cree contratar sobre una casa y la otra sobre un lote de terreno.

10.1.2) EL ERROR DE DERECHO.-

Se llama error de derecho al falso concepto sobre la aplicación o vigencia de una norma jurídica; Ej: X y Z transigen sobre una

herencia, tomando por base un testamento conjunto o mancomunado, creyéndolo válido en Bolivia. Semejante error motivaría la anulación de la transacción.

10.1.3) DOCUMENTOS NULOS Y FALSOS.-

Es nula o anulable la transacción si se celebró en virtud de un documento nulo o anulable respectivamente, cuando dicha nulidad o anulabilidad no fue considerada o conocida por las partes. (Art.951 Cód.Civ.)

Si la transacción tuvo por fundamento un documento que posteriormente nulo, cabe anular toda la transacción. Lógicamente, dicha nulidad debe provenir de un error de hecho, pues ya sabemos que si es de derecho carece de relevancia en esta materia Ejemplo; se hizo transacción sobre determinado testamento, pero luego se descubrió un segundo testamento que anulaba el anterior, es motivo para anular toda la transacción.

Igualmente es anulable la transacción si se ha hecho en todo o en parte sobre la base de documentos reconocidos posteriormente como falsos. Es decir que un documento falso o adulterado no puede tener ningún valor.

10.1.4) TRANSACCIÓN HECHA, EN PLEITO DECIDIDO.-

Es anulable la transacción sobre un pleito ya decidido por sentencia pasada en autoridad de cosa luz cada cuando la parte favorecida por ésta y que pidió Fe anulación, no hubiera tenido conocimiento de la sentencia (Art.952 Cód.Civ.).

El Art. 952 propone una hipótesis poco verosímil: si a tiempo de practicarse la transacción se habla dictado ya una sentencia que se ejecutorió sin noticia de las partes, ésta prevalece sobre aquella. Sin embargo, ¿cómo concebir una sentencia que se ejecutoria sin notificación a las partes? El único caso, seria si a las partes se les ha notificado con la sentencia mediante cédula, -ignorando tal hecho, transigen las partes".

"Si el fallo ignorado por las partes puede todavía admitir algún recurso, la transacción es

10.1.5) DOCUMENTOS ENCONTRADOS POSTERIORMENTE.-

El Procedimiento Civil tiene en cuenta la posibilidad de que las partes descubran u obtengan documentos con posterioridad a la transacción. A ese respecto el Art.953 dice: El descubrimiento de nuevos documentos con posterioridad a la transacción, sea que ella recaiga sobre varios negocios o sobre uno sólo, no es motivo para anularla sino cuando una de las partes hubiese retenido u ocultado maliciosamente tales documentos o se compruebe por ellos que esa parte no tenía ningún derecho. Los documentos hallados posteriormente, dice el Art. 953, no son, causa de nulidad de la transacción, salvo que hubiesen sido retenidos u ocultados maliciosamente. Por razonamiento en contrario, el descubrimiento de estos documentos con posterioridad a la transacción no causa la nulidad de ésta.

10.1.6) RESPONSABILIDAD POR EVICCIÓN Y VICIOS DE LA COSA.-

El Art.954 dice: "Procede lo responsabilidad por la evicción o por los vicios de la cosa, cuando en la transacción una de las partes da a la otra alguna cosa que no es materia de litigio"

Si como consecuencia de una transacción una de las partes .da a la otra un bien ajeno, transfiriéndole derecho de propiedad es lógico que esté obligado a responderle por la evicción y los vicios de la cosa conforme a ley.

Favio	Chacolla	Ниапса

TEMA No 22

LOS CONTRATOS ATÍPICOS

1) CONCEPTO.-

Previamente, consideramos necesario, conceptualizar, que es lo que se entiende por contratos, atípicos y por el contrario posición, contratos típicos, es por ello que a continuación, citaremos algunas conceptualizaciones.¹⁵²

Los contratos típicos son los que poseen regulación legal y los contratos atípicos son los que carecen de ella.

Para Gutiérrez y Gonzáles "el contrato atípico es aquel que teniendo o no una denominación especial carece de una reglamentación especifica." 153

El articulo 1260 del Código Civil Uruguayo señala que "Los contratos tengan o no denominación particular, están sujetos a unos mismos principios generales. Las reglas particulares a los contratos nominados se establecen en los títulos respectivos y las peculiaridades a las transacciones mercantiles en el Código de Comercio".

De tal precepto se colige que por contrato nominado o típico se entiende aquel que cuenta con una individualidad propia y reglamentación particular en el ordenamiento jurídico. Los innominados o atípicos son aquellos que carecen de individualidad propia y de regulación particular, rigiéndose por las normas generales de contratación; y aun cuando carecen de regulación expresa se regulan por **lo previsto por las partes y**

¹⁵² Pothier cita un ejemplo, para graficar un contrato atípico, el cual consiste en: "que dos vecinos, cada un de los cuales no tiene sino un buey, convienen que el uno se lo preste al otro durante una semana para trabajar su campo y que este último le dará el suyo a su turno la semana siguiente". Esta convención no es un alquiler, porque el precio no es dinero, no es tampoco un préstamo, porque el contrato no es traspasada; ni sociedad, porque el convenio es hecho en mira de intereses distintos y separados. Sería un contrato innominado..." Calegari, Lydia E. De Grosso. Contratos Atípicos. Editorial Némesis, Edición 1996, Bs.As. Argentina. Pág. 18.

¹⁵³ GUTIERREZ Y GONZALES, Ernesto. DERECHO DE LAS OBLIGACIONES. 5ta Edición, Puebla-Mèxico. Editorial Cajica S.A., 1984, Pág. 188

subsidiariamente por los principios generales del derecho contractual, pudiéndose recurrir a la integración analógica con aquel tipo que mas se asemeje a lo acordado por las partes.

3) DIFERENCIAS ENTRE CONTRATOS INOMINADOS Y ATÍPICOS.-

Como se puede observar de los conceptos hasta ahora aquí ofrecidos, hay una identificación de entre las categorías de contrato nominado y contrato típico por una parte y entre los de contrato innominado y contrato atípico, de lo que resulta que, desde un punto de vista terminológico, corresponde realizar precisiones.

Referirnos a contratos innominados puede ser un error desde el momento que en la práctica suelen tener denominación, aunque no de carácter legal.

Básicamente la diferencia entre contratos atípicos e inominados, radica en saber si tienen o no regulación expresa y es por esta razón que la doctrina moderna los califica en contratos típicos y atípicos, para ser mas precisos y destacar que lo importante es si están o no tipificados o no en el ordenamiento jurídico, es decir, si tienen una regulación expresa.

Sin embargo, los conceptos de tipicidad y atipicidad son relativos ya que se miden en función del contenido que en cada momento otorga el ordenamiento jurídico; por eso contratos que comenzaron siendo atípicos, pueden luego pasar a ser típicos, desde que cuentan con normativa en el ordenamiento jurídico

3) NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS.-

En una sociedad sumamente competitiva, como la actual, frente al desafío de readaptar los sistemas jurídicos nacionales, podemos observar como una constante en Jornadas y Congresos una cierta insistencia sobre el hecho de considerara que "la respuesta de los operadores jurídicos, en la hora actual, debe armonizar lo jurídicos, con lo económico, el contrato como concepto jurídico

con el contrato como operación económica, la justicia con la utilidad".

Merced a ello en Francia surgió la teoría de la Pluralidad contractual y el Montage contractual, que supone un fenómeno también digno de destacar es el que según la doctrina francesa, se denomina "Montage" 154 jurídico contractual, donde se combina los mecanismos del derecho civil y del derecho comercial, los derechos reales que tienen por objeto las cosas con el de las obligaciones en sentido amplio, en un nexo bastante complejo, con el de las sociedades, asociaciones y grupos de interés económico, complicado con la posibilidad de la libre circulación de bienes, servicios y factores, que pueden vislumbrarse a partir de la firma por parte de Bolivia, de tratados de integración que permiten aseverar que la complejidad de las situaciones y de las relaciones económicas y financieras no es más el único fundamento de los contratos.

Por lo manifestado, ahora se dice que nació el pluricontrato donde el desarrollo contractual depende de un apropiado encuadramiento jurídico del hecho económico y de la existencia de profesionales idóneas en el manejo de la especialidad que ello supone, podemos decir que hoy existe una pluralidad de estructuras contractuales, donde la atipicidad ha pasado a ser la regla.

Es verdad que el contrato da siempre un gran margen de libertad, pero el contrato atípico da mucho más que eso , demuestra la creatividad y lo que puede hacer el hombre para satisfacer sus necesidades y sus intereses, y dado que siempre utiliza un instrumento como el contrato, está perfectamente ubicado en el campo de lo lícito, la fuerza obligatoria de la voluntad encuentra aquí un terreno muy particular para manifestares¹⁵⁵.

4) ADMISIBILIDAD Y VALIDEZ DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS.-

155 CALEGARI, Lydia de Grosso. <u>CONTRATOS ATÎPICOS, FRANCHISING</u>. Editorial, Nêmesis Edición 1996, BsAs-Argentina.

¹⁵⁴ Que es cuando la operación comercial se encuentra formada por diversas relaciones industriales, comerciales y financieras y la misma operación se divide en diversos contratos, en doctrina se habla de Montaje jurídico.

Esta categoría o tipo de contrato es un reflejo del principio de la libertad de contratar, que implica poder elegir el tipo de contrato que se quiera, pudiéndose combinar inclusive distintos tipos de contratos y llegar a los denominados contratos mixtos e ir mas allá, al poderse introducir modificaciones y crear tipos que no correspondan a las figuras tradicionales.

En el Código Civil Cubano no encontramos articulo similar al que aparece en el Código Civil Italiano de 1942, que prevé que las partes pueden también concluir contratos que no pertenezcan a los tipos que tiene una disciplina particular con tal que vayan dirigidas a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico, sin embargo nuestro Código reconoce la existencia y validez de los contratos atípicos, sin calificarlo de esta forma ni utilizando la categoría de innominados , por cuanto en el artículo 454 de nuestro Código Civil , manifiesta: " las partes pueden determinar libremente el contenido de los contratos que celebran y acordar contratos diferentes de los comprendidos en este código" , consagrando de esta forma el principio de autonomía de la voluntad, en virtud del cual las partes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, salvo disposición legal en contrario.

La importancia de los contratos atípicos esta no solo en que llevan implícito el reconocimiento de la autonomía de la libertad contractual, sino en que son los que permiten, en definitiva el desarrollo económico y social, dando respuesta a las nuevas formas y exigencias de la comercialización.

Es por ello que en la practica la figura en estudio ha adquirido particular significado, el surgimiento de nuevas figuras contractuales se debe a las nuevas necesidades económicas, sociales y técnicas mas aun estando vigente el principio de la autonomía privada.

La doctrina reciente considera que la tipicidad puede venir impuesta por la ley o por los usos y costumbres, de manera que se puede hablar de una tipicidad legal y una tipicidad social, dada por el hecho de que determinados contratos existen primero con

caracteres particulares en la realidad social de una época, antes que el legislador los regule.

Es precisamente esta realidad la que permite que la vida jurídica no se fosilice en formulas inmutables si no que por el contrario esta en permanente movimiento y constante evolución.

Antes de llegar a la tipificación legal puede darse la tipificación social de la figura del contrato a través de las propuestas doctrinarias o jurisprudenciales; son contratos que no están regulados por la norma pero, por su contenido adquieren características y denominaciones que le van dando individualidad, como consecuencia de su aplicación reiterada, ejemplo , la franquicia, entre otros.

De todo lo hasta aquí expuesto es evidente la necesidad la necesidad del reconocimiento legal de la figura del contrato atípico, pero el problema en cuanto a dilucidar los limites dentro de los cuales el contrato es admisible y en consecuencia perfectamente valido y eficaz, es una cuestión que no puede considerarse en abstracto y de forma genérica como ha sido analizada supra, al amparo del principio de autonomía privada y de la libertad contractual. El problema no queda resuelto solo con su inclusión dentro del ordenamiento jurídico, lo que supone va un reconocimiento al tratamiento del tipo contractual para ser objeto de la tutela jurídica; pues el contrato como fuente de las obligaciones que surgen entre las partes contratantes y consecuentemente su admisibilidad, no es una cuestión solo de reconocimiento de la fuerza de actuar de la voluntad individual, sino además una cuestión del juicio que al ordenamiento jurídico merece cada tipo contractual, en relación a la protección que ese ordenamiento le pueda otorgar conforme con la función económico - social que desempeña y con su suficiencia para ser vehículo para la realización de intereses y fines.

5) CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS.-

Según el grado de atipicidad, es decir, teniendo en cuenta la intensidad con que lo acordado por las partes se aparta de lo tipificado por el ordenamiento jurídico, los contratos atípicos

pueden clasificarse en: contratos mixtos, contratos coligados y contratos complejos.

5.1) CONTRATOS MIXTOS.-

Los contratos mixtos son aquellos en que, dentro de un único contrato existen elementos propios de otros tipos de contratos. Son los denominados contratos combinados, en los cuales uno de los contratantes se obliga a varias prestaciones principales que corresponden a distintos contratos típicos.

5.2) CONTRATOS COLIGADOS.-

Los contratos coligados son aquellos contratos constituidos por la yuxtaposición de varios contratos distintos entre si, que se unen para alcanzar una finalidad determinada.

5.3) CONTRATOS COMPLEJOS.-

Los contratos complejos son aquellos en los que en el contenido total del contrato encaja en dos o más tipos de contratos típicos, de tal manera que no hay una yuxtaposición de contratos típicos sino una fusión de los mismos

Hay autores que proponen una clasificación mas sencilla, de la que resulta: de la que resulta los contratos *irregulares*, que serian aquellos que entran perfectamente en un tipo contractual determinado pero cuya disciplina presenta algunas modificaciones especiales; la irregularidad consiste en la exclusión o modificación de un elemento no esencial, pero característico del contrato que se realiza por acuerdo de las partes , ejemplo, deposito irregular y los contratos *mixtos* que reflejen un fenómeno de combinación de uno o varios tipos contractuales.

6) DISCIPLINA JURÍDICA DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS.-

Con relación a los contratos atípicos es preciso definir por que normas o porque criterios se regulan estos, ya que si el contrato es típico no hay dudas de que el propio hecho de que dispongan de una normativa legal impone la necesidad de acudir a dicha normativa para solucionar los conflictos que se susciten entre las

partes; sin embargo, los contratos atípicos carecen precisamente de regulación expresa.

En nuestro ordenamiento jurídico los articulos 454 y 519 del Cód. Civ., son los que regulan este tipo de contratos, en consecuencia, lo primero que podemos señalar es que estos contratos en realidad no carecen de previsión legal, si no que carecen de una regulación específica; esta previsión genérica establece concretamente por que normas o principios deben regularse tales contratos, por tanto consideramos que el régimen jurídico de los contratos atípicos esta formado por:

- **6.1)** Lo que querido por las partes , o sea, por las reglas contractuales establecidas por las partes en cuanto estas reglas, pactos, cláusulas o estipulaciones deben considerarse ellas mismas como lisitas y admisibles, art. 519 del Còd.Civ.
- **6.2)** En ausencia de previsión expresa por las partes y conforme con lo establecido en el precitado artículo 519 ha de aplicarse la normativa general establecido en el Código para todas las obligaciones y contratos, en consecuencia, ha de aplicarse lo establecido en los artículos 454 y 519 según corresponda.
- **6.3)** Y por los principios generales del derecho contractual, al que también nos remite el articulo 454, pero que desdichadamente no encontramos en el texto del Código Civil su expreso reconocimiento, no obstante, consideramos que se esta reconociendo tácitamente lo que en otras legislaciones, en la doctrina y jurisprudencia se tiene por tales, a saber, entre otras, las siguientes: Obligatoriedad del contrato, Consensualismo, Principio del efecto de la relatividad del contrato, principio de la auto responsabilidad, principio de la equivalencia "formal" de la prestaciones. Principio de la ejecución de buena fe, principio de la seguridad jurídica contractual.
- 7) FORMAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS ATÍPICOS, DOCTRINALMENTE HABLANDO.-

No obstante lo anterior, puede suceder que la pregunta sobre la norma aplicable al contrato no quede resuelta por plantearse cuestiones de interpretación de lagunas del negocio respecto a los cuales los pactos de las partes y la disciplina genérica de las obligaciones y contratos no dejen resuelto el tema; de forma que se hace preciso establecer una fuente supletoria de la reglamentación contractual y del régimen general de las obligaciones y contratos; que permita resolver cual de los tipos contractuales prevalecerá a los efectos de la interpretación, o si en realidad procede combinar las normas de esos tipos contractuales, o si procede tener en cuenta un tipo contractual para una de las partes y otra para la otra, cuando ambos asumen prestaciones correspondientes a contratos diferentes.

La doctrina para resolver la cuestión de la disciplina jurídica de los contratos atípicos ha formulado tres tesis.

7.1) TEORÍA DE LA ABSORCIÓN.-

Esta teoría significa que al contrato atípico deberá aplicarse las normas del tipo contractual dominante, en consecuencia debe buscarse en totalidad del contrato atípico un elemento preponderante que se ha de corresponder con el elemento preponderante de algún contrato típico y aplicar al conjunto de la normativa del contrato típico al que pertenezca dicho elemento preponderante.

Lo difícil es conforme a esta teoría determinar cual es el elemento preponderante o determinante de un contrato atípico híbrido, pues hay casos en que todos los elementos del contrato forman un todo orgánico, de manera que no puede delimitarse cual de las prestaciones es la principal y en consecuencia prevalente y cuales las accesorias; por otra parte con la presente teoría se les resta importancia a aquellos elementos aun secundarios; pero que le dan al contrato atípico su rasgo característico.

7.2) TEORÍA DE LA COMBINACIÓN.-

Conforme a esta teoría el intérprete deberá identificar los elementos propios del contrato atípico y buscara si estos elementos

existen en uno de los varios contratos típicos, de manera que pueda aplicar al elemento del contrato atípico la disciplina del respectivo elemento del contrato típico. O sea, de acuerdo con esta teoría cuando en el contrato atípico coexisten prestaciones y elementos correspondientes a diferentes contratos típicos, la disciplina normativa aplicable a aquellos debería reconstruirse combinando las normas correspondientes a cada uno de los contratos típicos.

Esta teoría respeta en mayor grado la verdadera posición del problema al tratar de mantener la importancia que las partes han atribuido a cada una de los elementos del contrato, procurando un todo organizado No obstante se le critica a este enfoque que no toma en cuenta que el contrato no es una acumulación de elementos distintos entre si que juegan siempre el mismo rol, sino que todos estos elementos se reagrupan, perdiendo muchas veces su identidad o significación aislada para integrarse, que resalta el deber que tiene el interprete de tener en cuenta el fin que han tenido las partes al concertar el contrato atípico, o sea, considerar la identidad del negocio.

A juicio de Diez – Picazo la teoría de la combinación es aplicable a los contratos colegiados, en que la yuxtaposición no hace perder a cada contrato yuxtapuesto su peculiar naturaleza jurídica y es aplicable también a los contratos mixtos, pues aun cuando con estos se crea una unidad orgánica confluyen elementos pertenecientes a diversos tipos contractuales.

7.2) PROPUESTA DE RECURRIR A LA ANALOGÍA.-

En virtud de la cual se aconseja someter a los contratos atípicos al régimen legal obtenido por combinación de normas generales de la contratación con las normas de los contratos tipos que mas puedan asemejarse por analogía. Esta tesis tiene la dificultad de que puedan existir similitudes con diversos tipos contractuales y hacen difícil la aplicación analógica de uno de ellos. Por ello puede recurrirse al fenómeno típico de la integración, a los principios generales del derecho, a las normas generales de la contratación, a la voluntad de las partes contratantes y cuando se trate de un contrato de tipicidad social recurrir a los usos y costumbres.

8) LA FRANQUICIA O FRANCHISING.-

Es uno de los contratos atípicos que más se lo esta utilizado actualmente, es merced a ello que a continuación, citaremos de forma sucinta los aspectos más importantes de dicho contrato.

8.1) GENERALIDADES.-

El indiscutible éxito de las franquicias en el mundo se debe, sin duda, a las grandes ventajas que ofrece a los *franquiciantes* y a los *franquiciarios*, constituyéndose en un modelo inmejorable para expandir un negocio y dominar mercados, así como la forma menos arriesgada que tiene un inversionista para tener su propio negocio beneficiándose de la sinergia que representa pertenecer a una empresa regional, nacional o internacional.

8.2) EL FRANQUICIARIO Y SUS OBLIGACIONES.-

Es aquel que adquiere, vía contrato, el derecho a comercializar un bien o servicio, dentro de un *mercado exclusivo*, utilizando los beneficios que le da una marca y el apoyo que recibe en la capacitación y el manejo del negocio.

8.3) OBLIGACIONES.-

Adquiere una franquicia, pagando al franquiciante casi siempre un pago inicial (*Cuota Inicial de Franquicia*), además de regalías periódicas y otros pagos. Es el responsable de la *instalación*, operación y administración de la franquicia, de acuerdo con las normas dictadas por el franquiciante. En general paga todos los costos de la instalación y todos los gastos de operación y administración de la franquicia, además de ser el responsable de la contratación y administración de los recursos humanos necesarios.

8.4) EL FRANQUICIANTE Y SUS OBLIGACIONES.-

Es aquel que posee una determinada marca y tecnología (knowhow) de comercialización de un bien o servicio, cediendo, vía un

contrato, los derechos de transferencia o uso de las marcas y la tecnología, a demás de aportar asistencia técnica, organizativa, gerencial y administrativa al negocio del franquiciario.

8.5) OBLIGACIONES.-

Desarrolla y prueba en la práctica el concepto de negocio y la tecnología que envuelve y concede a la franquicia, autorizando al franquiciario a hacer uso de esta tecnología, al igual que a la implementación, administración y operación de un negocio que funciona conforme a su concepto.

Establece los métodos y procedimientos que dirigirán el funcionamiento de la franquicia.

Recluta, selecciona y entrena al franquiciario dentro de la mejor técnica.

Mantiene un equipo dedicado al constante desarrollo y perfeccionamiento de producto, servicio y técnicas de actuación y de gestión, que permitan a los franquiciarios elevar el nivel de desempeño de las respectivas franquicias.

Supervisa constantemente la red construida por sus franquicias, para prevenir cualquier actitud u omisión que afecte la imagen de la marca o perjudique seriamente a cualquiera de los integrantes de la red.

8.6) VENTAJAS DEL SISTEMA DE FRANQUCIAS DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL FRANQUCIANTE.-

- 1. Fortalecimiento y preservación de la marca
- 2. Baja inversión en la expansión del negocio.
- 3. Mayor eficiencia operativa en las nuevas unidades directamente operadas y supervisadas.
- 4. Incremento en la cobertura y desarrollo de mercados.

- 5. Con el cobro de la cuota inicial se recupera a mediano plazo la inversión realizada en el desarrollo del sistema de franquicia.
- 6. Cobro de regalías mensuales.

8.7) DESVENTAJAS DEL SISTEMA DE FRANQUICIAS DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL FRANQUCIANTE.-

- 1) Riesgo de mal uso de la marca.
- 2) Fuerte inversión inicial en el desarrollo del sistema de franquicia
- 3) Riesgo de bajos índices de rentabilidad.
- 4) Riesgo de resistencia de los franquiciarios a cumplir puntualmente con sus regalías mensuales.
- 5) Posibilidad de rompimiento del espíritu de equipo, lealtad y confianza.
- 6) Riesgo de presión por parte de los franquiciarios para alterar los métodos de operación.
- 7) Posibilidad de franquiciarios incompetentes y no éticos

Favio	Chacol	la Huanca
-------	--------	-----------

TEMA No 23 INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS

1) CONCEPTO.-

Cuando las partes mediante composición de intereses opuestos llegan a un acuerdo, lo estipulado normalmente se inserta en un documento, el mismo puede constar de varias cláusulas, las que, si se cumplen fiel y lealmente a la luz de la moral objetiva, no es necesario su *interpretación oficial* bastando la simple *interpretación privada* que la realizan las partes contratantes.

Sin embargo, como esto no ocurre siempre, pues las partes a menudo no cumplen con lo prometido ya sea por falta de sensibilidad hacia los valores éticos, por deseos e intenciones mal comprendidos, por redacción inadecuada del contrato, por mal asesoramiento y en fin por tantas otras razones cuyas consecuencias se traducen en la disparidad de criterios sobre los alcances de la contratación, se debe recurrir a la intervención de los órganos jurisdiccionales para que interpreten los contratos, esto es para que en base a las cláusulas del mismo y a las normas contenidas en los Códigos: Civil y de Comercio, indagando la común intención de las partes, encuentren el verdadero sentido y alcance del contrato.

Al respecto como sostiene Recasens Siches, " No puede existir ningún orden jurídico sin función interpretativa, porque las normas están destinadas a ser cumplidas o en su caso aplicadas", ¹⁵⁶a lo que debe agregarse que, en la escala normativa del orden jurídico, **los contratos son normas individualizadas**. ¹⁵⁷

Para Diez-Picazo, "la interpretación de un contrato supone una ardua y compleja labor del interprete quien, además de eliminar

¹⁵⁶ SICHES, Recansens. Curso de filosofía del derecho. Editorial UNAM. Mexico 1961.

¹⁵⁷ Doctrinalmente se dice que el contrato al igual que una ley, es también una norma pero de alcance más particular, que sólo compromete, en principio a las partes contratantes, no así a terceros.

las eventuales dudas y ambigüedades del contrato, ha de tratar de encontrar la concreta voluntad de las partes"¹⁵⁸

Segùn Puig Brutau, "con la interpretación se pretende determinar a través de la conducta de cada parte, lo que una y otra han querido, o se a es la búsqueda de la común intención de las partes contratantes"

Spota, manifiesta que : "la interpretación resulta un procedimiento indispensable para conocer cuáles son los derechos y las obligaciones que emanan del negocio y por consiguiente , para su cumplimiento, al margen de todo litigio o diferendo entre partes y prescindiendo de la claridad u oscuridad de las cláusulas, con ello se trata de reconstruir el pensamiento y la voluntad de las partes considerando en su combinación y de atribuir sentido a las declaraciones realizadas por los contratantes" 159, de ahí que con la interpretación no sólo se indague la concreta intención de los contratantes, sino también se atribuye sentido a las declaraciones de voluntad.

2) DIFERENCIAS ENTRE INTERPRETACIÓN Y CALIFICACIÓN DEL CONTRATO.-

A pesar de la notaria vinculación que existe entre los conceptos de interpretación y calificación del contrato, a los efectos prácticos resulta acertado distinguirlos.

Mientras la primera sirve para determinar a través de la conducta de cada parte lo que una y otra ha querido, la segunda supone clasificar el contrato a fin de atribuirle efectos jurídicos. La interpretación persigue determinar lo que efectivamente han querido las partes, es una investigación fáctica. En tanto la calificación, se inclina al terreno de lo jurídico, se intenta buscar la naturaleza jurídica del contrato, para a partir de ahí, determinar en qué tipo legal subsumimos el supuesto fàtico que tenemos frente a nosotros. O sea, se buscan las normas jurídicas que resulten de aplicación al contrato.

DIEZ, Picazo Luis. Fundamentos del Derechos Civil Patrimonial. Volumen I., Editorial Civitas. Madrid-España, 1993

¹⁵⁹ RODRIGUEZ, Nancy C. Ojeda. Derecho de Contratos. Tomo I, Teoría General del Contrato. Editorial Académica. Edición 2005. Cochabamba-Bolivia.

3) PASOS PREVIOS A LA INTERPRETACIÓN-

Antes de comenzar a interpretar un contrato, y sabiendo conforme se manifestó en el anterior sub título, el fin de dicha actividad, existen pasos que deben de realizarse de forma previa, pasos que son los siguientes:

3.1) Calificar con el nombre jurídico apropiado al contrato, objeto de interpretación a los efectos de averiguar si corresponde a la categoría de algún contrato típico y de esta manera buscar en el Código las normas jurídicas correspondientes que sirven para interpretarlo adecuadamente.

Este primer paso es sumamente importante, porque acontece que algunas veces que las partes contratantes dan una falsa nominación de los contratos que celebran confundiendo por Ej: El arrendamiento con el comodato, lo que puede inducir a aplicación normas inadecuadas, toda vez que las que corresponden al arrendamiento son diferentes para las previstas para el comodato o préstamo de uso.

3.2) Una vez calificado el contrato con el nombre jurídico apropiado debe ser ubicado dentro de la clasificación de los contratos, a fin de que las reglas y las instituciones que le son propias, ayuden a encontrara el sentido y alcance de las cláusulas del mismo, de cuya operación surgirá el sentido y alcance de los derechos y obligaciones que las partes han asumido en la celebración del contrato, así por ejemplo, si resulta que es un contrato de anticretico y no de mutuo, ello es un principio para poder saber las repercusiones de dicho contrato.

4) TEORIAS A CERCA DE LA INTERPRETACIÓN DE LA VOLUNTAD.-

La doctrina científica, distingue los tipos de interpretación, de los contratos, a los que llama respectivamente, interpretación subjetiva e interpretación objetiva.

4.1) TEORIA SUBJETIVA.-

Busca encontrar la voluntad interna de las partes cuyo concurso e integración hace surgir el consentimiento; esta teoría persigue encontrar la verdadera intención de las partes más que limitarse a la voluntad declarada.

Nuestra legislación ha optado por esta teoría al disponer en el artículo 510 del Cód. Civ., lo siguiente: "(Intención común de las contratantes) I. En la interpretación de los contratos se debe averiguar cual ha sido la intención común de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras."

"II. En la determinación de la intención común de los contratantes se debe apreciar el comportamiento total de estos y las circunstancias del contrato".

4.2) TEORIA OBJETIVA.-

Esta teoría, llamada también de la voluntad declarada, sostiene que en la interpretación se debe considerar tan solo la forma en que ha sido exteriorizada la voluntad.

No obstante lo previsto por el Art. 510 del Cód.Civ. en los contratos cuyas cláusulas son claras y no dejan duda de ninguna naturaleza respecto a la común intención de los contratantes, se debe observar y cumplir el sentido literal de las mismas.

5) LA INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL ATENDIENDO A LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN.-

Atendiendo al destinatario de las normas sobre interpretación contractual, en los cuerpos normativos que suelen sistematizarlas, se ha podido deducir tres posibles tipos de interpretación contractual, según sus sujetos.

5.1) INTERPRTACIÓN AUTENTICA.-

Es la que se realiza por parte de las partes contratantes, vale decir por los mismos autores del contrato, dicha interpretación tendrá la fueraza vinculante, desde el mismo momento en que se llegue a expresar la

interpretación del contrato, conforme lo previsto por el Art. 519 del Còd. Civ.

5.2) INTERPRETACIÓN JUDICIAL.-

Es la ofrecida por el juez, en caso de litigio, como premisa para resolver la controversia acerca de su ejecución. Esta interpretación tiene fuerza vinculante para las partes en relación con el litigio decidido.

5.3) INTERPRETACIÓN DOCTRINAL.-

Es la realizada por un tercero en función dictaminadora o asesora, interpretación que no tendrá fuerza vinculante.

6) NORMAS SUBJETIVAS.-

Son la que facilitan la búsqueda de la común intención de las partes y de la verdadera declaración de la voluntad de los contratantes. Para lograr este objetivo, el juez debe tomar en consideración muchos elementos externos, porque nadie esta en la capacidad de trasmigrar a la conciencia ajena para descubrir en ella su verdadero querer. Esto significa que, siendo la voluntad del elemento principal de la contratación, se debe buscar esa intención, dentro de las limitaciones anotadas, para lo que debe hacerse uso de diferentes recursos, como fijarse en el comportamiento inicial de las partes y el que corresponde a todo aquel periodo que ha seguido a la contratación, tomar en cuenta las circunstancias especiales que rodean la celebración del contrato, etc.

Entre las normas de carácter subjetivo, tenemos las previstas en el Art. 510 del Cód.Civ. (Primera parte), que dice: "En la interpretación de los contratos se debe averiguar cual ha sido la intención común de los partes y no limitarse al sentido literal de las palabras" y la segunda parte que establece "En la determinación de la intención común de los contratantes se debe apreciar el comportamiento total de estos y las circunstancias del contrato".

Esta norma sustenta el principio que, en la interpretación de los contratos, se aplica el método científico que desplazó el exegético.

7) EL MÉTODO DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS.-

7.1) CONCEPTO.-

Se entiende por método el camino o procedimiento que se debe seguir para conseguir un fin determinado. Como el conocimiento es el objeto de toda ciencia, el método es el modo para obtener tales conocimientos. Merced a ello, a continuación citaremos los métodos más importantes.

7.2) MÉTODO EXEGÉTICO.-

El método exegético, se aplicó en la interpretación del Código Civil Napoleónico, durante el siglo XIX.

Este método frenó el avance de la ciencia jurídica y a la sombra de este método hubo algunos autores que como Bugnet decía: "*Ignoro el Derecho Civil, solo conozco el Código Napoleón*".

Este método consiste en interpretar la ley artículo por artículo en forma aislada, disecándolos cada uno de ellos para explicarlo frase por frase, palabra por palabra, a fin de encontrar su verdadero sentido y alcance, con absoluta prescindencia de los demás al extremo de que como dicen algunos críticos de este método, entre ellos Toullier, a través de él se encuentran los eslabones pero al final uno se pregunta donde esta la cadena, lo que significa que con este método se consigue el conocimiento parcial y aislado de las disposiciones jurídicas, pero jamás el sentido y alcance total e integrado de ellas.

7.3) MÉTODO CIENTÍFICO.-

El método dogmático científico de interpretación hace uso de los pasos comunes a todo método científico, a saber: a) investigación; b) sistematización; y c) comunicación, dándole a cada una de ellas su propia nominación:

8) NORMAS DE CARÁCTER OBJETIVO.-

Son aquellas que persiguen asegurar, ante todo, la vigencia y estabilidad de los contratos, frente a la incertidumbre proveniente

de la mal redacción de los mismos; en efecto, en ciertos casos acontece que, en un mismo contrato se insertan cláusulas ambiguas, debido a la ignorancia o conocimiento equivocado de las partes o la carencia de idoneidad de sus asesores que confunden por Ej: permuta con compra venta, arrendamiento con comodato, etc., resultando de ellas cláusulas contradictorias que dan lugar a confusiones así el contrato de préstamo de uso o comodato se estipula en un canon de alquiler; y en uno de permuta se consigna un precio de dinero.

Para solucionar los diversos sentidos provenientes de estas cláusulas ambiguas o con diferentes acepciones se les debe dar a las cláusulas un sentido que resulta del espíritu de todo el contrato, y el que más convenga a su naturaleza de conformidad a lo dispuesto por los Arts. 511 y 512 del Código Civil.

"Art. 511.- (Cláusulas ambiguas). Cuando una cláusula es susceptible de diversos sentidos se les debe dar el que pueda producir algún efecto, nunca el que ninguno".

"Art. 512.- (Término con diferentes acepciones). Los términos susceptibles de dos o más sentidos o acepciones, deben tomarse en el que más convenga a la materia y naturaleza del contrato".

9) INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LAS EXPRESIONES GENERALES.-

El juez al hacer la interpretación debe buscar en forma estricta el objeto, es decir la prestación debida, sobre el que las partes han querido contratar no pudiendo extenderse más allá de los términos de la contratación , de acuerdo a lo dispuesto por el Art. 515, que dice:

"Art. 515 (Expresiones generales). Por generales que sean los términos usados en un contrato, este no puede comprender más que las cosas sobre las que parezca que las partes se han propuesto contratar".

10) INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DE LAS REFERENCIAS EXPLICATIVAS.-

A diferencia de lo dispuesto por el artículo 515 del Código Civil, el artículo 516 del mismo cuerpo de leyes, da al Juez la posibilidad de hacer una interpretación extensiva respecto a las referencias explicativas. Esta previsión del legislador se debe a que muchas veces en la contratación, para objetivizar los alcances de las cláusulas, se recurre a ciertos ejemplos y estos no deben interpretarse como excluyentes de situaciones no contempladas en los mismos. Al respecto, el Art. 516 dispone.

"Art. 516.- (Referencias Explicativas).- Cuando en un contrato se ha expuesto un caso para explicar las obligaciones, no se presumirá por esto que se ha querido limitar la ampliación que, por derecho, recibe el acuerdo a los casos no expresados".

11) INTERPRETACIÓN EN CASO DE DUDA.-

El Código Civil de 1831, reguló la interpretación de los contratos en caso de duda, mediante una disposición contenida en el artículo 753 que dice: "En la duda se debe estar a favor del que se obliga y en contra del que estipula". Este artículo dio lugar a interpretaciones interesadas y a una serie de injusticias, favoreciendo en algunos casos a los más fuertes, como normalmente ocurre en los contratos de adhesión, en los que el que impone las condiciones y cláusulas del contrato resulta ser el obligado de ciertas prestaciones, como acontece por ejemplo en el contrato de seguro, en el que una vez producido el siniestro la compañía aseguradora, esta obligada a pagar la indemnización estipulada. Ahora bien , a la luz de la indicada disposición, en la duda, que se presenta muy a menudo en este tipo de contratos donde los derechos del asegurado previstos en cláusulas impresas en letras grandes (Algunas veces ampliados por anexos), se encuentran restringidas si no excluidas en las demás cláusulas que normalmente se las imprime en letra menuda, resultaban burlados por que en la duda se debía interpretar a favor de la compañía aseguradora que es la obligada al pago de la indemnización del siniestro, lo que constituía una verdadera

injusticia. Por estos antecedentes el nuevo Código Civil ha contemplado disposiciones especiales de interpretación para estas situaciones de duda, tanto para los contratos gratuitos como para los onerosos de adhesión.

11.1) CONTRATOS GRATUITOS.-

La interpretación deberá procesarse en sentido menos gravoso para el obligado, así en el contrato de donación, en la duda, el donante no estará obligado a entregar por ejemplo su vivienda en estado de habitabilidad y menos a responder por los vicios ocultos.

11.2) CONTRATOS ONEROSOS.-

L a interpretación se efectuará en el sentido de que importe la armonización equitativa de las prestaciones o la mayor reciprocidad de intereses, a la luz de la justicia conmutativa que preside la contratación.

En tal sentido el Art. 517 de Código Civil dispone:" (Sentido menos gravoso, sentido que importa mayor reciprocidad) En caso de duda, el contrato a título gratuito debe ser impetrado en el sentido menos gravoso para el obligado, y el contrato a tipo oneroso en el sentido que importe la armonización equitativa de las prestaciones o la mayor reciprocidad de intereses".

Es de hacer notar que el legislador Italiano hace uso con mayor frecuencia de la equidad que el legislador Francés, quién aplica esta con mucha reserva.

11.2) CONTRATOS DE ADHESIÓN.-

Se los debe interpretar a favor del que se adhiere a las cláusulas impuestas por la otra parte, tal como lo dispone el Art. 518 del Código Civil que dice:

" Art. 518.- (Interpretación contra el autor de la cláusula). Las cláusulas dispuestas por uno de los contratantes o en formulario

organizados por él, se interpretan, en caso de duda a favor del otro".

Esta previsión se justifica previamente si se considera el hecho de que, quien redacta las cláusulas del contrato imprime en ellas sus deseos, querencias y fines que persigue; es decir todo aquello que le conviene, lo que es, en cambio, desconocido por la otra parte contratante quién no tiene otra alternativa que someterse a las condiciones impuestas unilateralmente por aquella.

Estas normas de interpretación constituyen para el Juez y para los estudiosos del derecho, herramientas que permiten establecer el verdadero sentido y alcance de las cláusulas de los contratos. Sin embargo, no son las únicas, por el Juez, en el momento en el que califica y ubica al contrato objeto de interpretación, obtiene muchas otras reglas e instituciones que constituyen complemento inseparable de aquellas para lo consecución de tan delicada como importante tarea, cual es la interpretación de los contratos.

BIBLIOGRAFIA

CABANELLAS, Guillermo. <u>Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual</u>. VIII Tomos, Editorial Heliasta. Edición 1993, Bs.As. Argentina .

CALEGARI, Lydia E. De Grosso. *Contratos Atípicos*. Editorial Némesis, Edición 1996, Bs.As. Argentina.

DIEZ, Picazo Luis. <u>Fundamentos del Derechos Civil Patrimonial</u>. Volumen I., Editorial Civitas. Edición ,1993. Madrid-España.

FUENTELSAZ, Mauricio. <u>Código Civil y Jurisprudencia Constitucional</u> VI Tomos., Editorial ROGO Color, Edición 2005. Cochabamba-Bolivia.

RODRIGUEZ, Nancy C. Ojeda. <u>Derecho de Contratos. Tomo I, Teoría General del Contrato.</u> Editorial Academica. Edición 2005. Cochabamba-Bolivia.

KAUNE, Arteaga, Walter. <u>TEORÍA GENERAL Y LOS PRINCIPALES</u> <u>CONTRATOS</u>. II Tomos, Editorial Teddy Libros Ediciones. Edición, 1982 La Paz-Bolivia.

MAZEAUD, León y Juan. <u>DERECHO CIVIL</u>. <u>Resúmenes de Mazeaud</u>. Editorial Heliasta. Edición 1986-Bs.As. Argentina.

PETIT, Eugene. <u>TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO</u>. Editorial ALBATROS, Edición 1980 Bs.As. Argentina.

MESSINEO, Francisco. <u>Doctrina</u> <u>General del Contratos</u>. II Tomos, Editorial, E.J.E.A. S.A.C.I. Edición, 1986 Bs.As. Argentina,

MESSINEO, Francisco. <u>Derecho Civil y Comercial</u>, VIII Tomos Editorial E.J.E.A. Edición 1979 Bs.As. Argentina.

MORALES, Guillen Carlos. <u>CÓDIGO CIVIL Concordado y Anotado</u>, II Tomos, Editorial Gisbert y Cia. S.A. Edición. 1981 La Paz-Bolivia.