

ELEMENTOS ACCIDENTALES DEL ACTO JURIDICO

JUAN ESPINOZA ESPINOZA

Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Pontificia Universidad Católica del Perú.

Miembro del Consejo Consultivo de la Revista *ADVOCATUS*.

SUMARIO:

I. Introducción.- II. La condición: 1. La condición lícita y la condición imposible; 2. La condición meramente potestativa por parte del deudor; 3. Régimen de perdencia de la condición. Actos conservatorios. Repetición de lo pagado; 4. Cumplimiento de la condición indivisible; 5. Cumplimiento de la condición negativa; 6. Realización irregular de la condición; 7. Inretroactividad de la condición B. La condición en los contratos; 9. La condición en los testamentos.- III. El término o plazo: 1. Actos conservatorios en los actos sometidos a término suspensivo y resolutorio; 2. El beneficiario del término. La presunción favor delectanti; 3. Derecho de repetición de lo pagado por ignorancia; 4. Pérdida del beneficio del término; 5. Fijación judicial del término.- IV. El cargo o modo: 1. Antecedentes históricos; 2. Naturaleza jurídica del modo; 3. Los elementos del cargo o modo. Aspectos relevantes; 4. Un caso sobre incumplimiento del cargo.

I. INTRODUCCIÓN

Los motivos subjetivos son irrelevantes en la conformación del negocio jurídico; pero "si el individuo desea que se les tome en cuenta para la modificación del valor obligatorio del negocio, ha de -por un deber de claridad que encuentra su sanción en la autorresponsabilidad privada- llevar este motivo a ser parte integrante del contenido preceptivo del negocio". Si los denominados elementos esenciales afectan la validez del acto, los elementos accidentales (como es el caso de la condición y el plazo) afectan la eficacia del mismo.¹ Nota aparte merece el cargo o modo, en el cual se buscan "otros efectos jurídicos además de los propios del tipo negocial".² Por ello se afirma que "el legislador, regulando el tipo legal, a menudo, prevé también una disciplina, por decir, accesoria, en cuanto no imperativa; pero dispositiva (denominadas elementos naturales o *naturalia negotii*). El contenido preceptivo de tales normas forma parte del contrato, salvo que los contratantes no manifiesten una intención en contra".³ Se advierte que, "elementos accidentales son aquellos que, a los fines del *minimum* que es necesario para la validez del negocio, pueden indiferentemente, existir o no existir"⁴, agregando que:

"La accidentalidad debe entenderse solamente en el sentido de que queda al arbitrio del declarante (o de los declarantes), incluir, o no, aquellas elementos en el negocio; pero no en el sentido de que, una vez incluidos, se pueda dejar de respetarlos: la inclusión de ellos en el negocio los transforma en elementos tan esenciales como las otras".⁵ Para un sector de la doctrina nacional, la denominación de "accidentales" es impropia, por cuanto "una vez integrados al negocio dejan de ser tales y forman parte de la voluntad".⁶

Los elementos accidentales "no son exigidos por el tipo negocial o través del que las partes quieren la satisfacción de sus intereses, sino que son añadidos a él por voluntad de las mismas".⁷ Así, "con la condición y el término las partes nada menos que quieren, respectivamente, una delimitación de la hipótesis para la cual la reglamentación de intereses contenida en el negocio sea operante, o establecer

BETTI, Emilio, *Tratado general del negocio jurídico*, traducción por A. MARTÍN PÉREZ, Segunda edición, Editorial Reus de Derecho Privado, Madrid, 1959, 383.

¹ En este sentido, a propósito de los contratos, GALICANO, Francesco, *El negocio jurídico*, Segunda edición, Guiffrè, Milán, 2002, p. 150.

² DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen I, Cuarta edición, Tecnos, Madrid, 1982, p. 178.

³ GAZZONI, Francesco, *Manuale di Diritto Privato*, XII edición actualizada con referencias de doctrina y jurisprudencia, ESI, Napoli, 2006, p. 932.

⁴ MESSINEO, Francesco, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, traducción por Santiago SENTES MELENDO, tomo I, *Doctrinas Generales*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, p. 459.

⁵ MESSINEO, Francesco, *Op. Cit.*, p. 460.

⁶ LOPEZ-JUAN LUCA DE TENA, Guillermo, *El negocio jurídico*, segunda edición, Grifex, Lima, 1994, p. 289.

⁷ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Op. Cit.*

el momento en que ha de entrar en juego o cesar aquella reglamentación".¹ El Código Civil emplea el término genérico de "modalidades" para referirse a los elementos accidentales, ello en atención a la contraposición que existe entre los negocios puros y los modales (justo los que tienen incorporados una condición, un plazo o un modo).²

Los elementos accidentales (o modalidades) se pueden referir a la totalidad de los efectos del negocio jurídico (si se cumple la condición te vendo mi casa) o solo a alguno de los mismos (dentro de todas las obligaciones del contrato de prestación de servicios, una se cumplirá en un plazo determinado).

II. LA CONDICIÓN

La condición es el acontecimiento futuro e incierto del cual van a depender los efectos del acto jurídico. Puede ser suspensiva (que configura un acto válido, cuyos efectos quedan en pendencia hasta que se cumpla la condición) o resolutoria (que configura un acto válido que ya produce efectos jurídicos provisionales, que se transforman en definitivos cuando se verifica la condición).

Se afirma que "la condición es la limitación negocial de la operatividad del negocio".³ En una feliz expresión, las partes, a través de la condición "maniobran" los efectos del negocio jurídico. Así, "en una venta normal, la propiedad pasa de inmediata y definitivamente; inmediata y definitivamente surge la obligación de pagar el precio; pero si la venta está condicionada, estos efectos no son inmediatos, o no son ciertos, o no son definitivos: porque a las partes les conviene que sea así".⁴ Un sector de la doctrina sostiene que "la condición es a menudo causa del contrato", poniendo como ejemplo el contrato con obligaciones solo para el proponente.⁵ Es cierto que el artículo 171 del Código Civil se refiere a la condición lícita, calificación que, en nuestro sistema, se le suele dar a la causa.

La condición debe ser diferenciada del acto jurídico a cuyos efectos se somete aquella. La fijación de una condición genera una relación obligatoria accesoria al acto en la cual hay un deudor (quien impone la condición y tiene que dar cumplimiento a los efectos del acto de verificarse aquella) y un acreedor (el beneficiario de la condición). Si yo digo, si todos los alumnos del curso de acto jurídico salen aprobados en sus promedios finales, recibirán un premio, yo me convierto en deudor de la condición y mis alumnos en acreedores. Si se verifica la condición y el deudor no cumple, se genera un supuesto de responsabilidad civil contractual.

¿Debe ser objetivo el carácter de la incertidumbre? Un sector de la doctrina sostiene que "la condición es un acontecimiento futuro y objetivamente incierto del cual las partes hacen depender la eficacia o la resolución del contrato".⁶ Se explica que "la incertidumbre objetiva subsiste cuando en base a un normal juicio cognoscitivo no es posible saber con razonable certeza si un hecho sucederá o no".⁷

Otro sector admite que "la incertidumbre es subjetiva: las partes ignoran si acaeció o no, y de ahí que sometan los efectos negociales al albur de si ocurrió o no".⁸ Frente a estas consideraciones

¹ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, Op. Cit.

² VIDAL RAMÍREZ, Fernando, El Acto Jurídico, Cuarta edición, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 275.

³ FLUME, Werner, El negocio jurídico, traducido por José María Miguel González y Esther Gómez Calvo, Cuarta edición no modificada, Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 804.

⁴ BOFFO, Vincenzo, Il Contratto, Giuffrè, Milano, 2001, p. 603.

⁵ SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio, Il Contratto, Tomo segundo, Tercera edición, UTET, Torino, 2004, p. 135. Agregando, a propósito del código civil italiano, que "se en vano el legislador ha duplicado reglamentar analógicamente en tema de licitud, etc. identificando uso o la condición y otro a la causa" (sic).

⁶ GAZZONI, Francesco, Op. Cit., p. 933. En ese mismo sentido quien sostiene que "el acontecimiento en condición debe ser objetivamente incierto: si fuese cierto, sin carece de tal carácter no son concedidos las partes, tendríamos algo que solamente es condición propia ante una condición" (MESSINEO, Francesco, Op. Cit., p. 460).

⁷ BIANCA, Massimo, Diritto Civile, 3. Il contratto, Giuffrè, Milano, 1987, p. 515.

⁸ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, Op. Cit., p. 579.

debemos tener presente que "la incertidumbre es lo que da sentido al mecanismo condicional. Este sirve para proteger a las partes contra un riesgo, y riesgo implica incertidumbre".¹⁷ En atención a ello:

"La noción de incertidumbre relevante es entendida en sentido amplio y relativo. Es incierto el hecho del cual –con los instrumentos de conocimiento y los datos de la experiencia razonablemente disponibles a las partes– no se está en grado de decir con seguridad si se producirá o no (aunque una segura previsión podría obtenerse por técnicas de conocimiento más sofisticadas, a las cuales las partes no tienen conocimiento). Además, la incertidumbre no se puede referir a la producción del hecho (en sí cierto), sino a los modos o medidas de este".¹⁸ Incluso se sostiene que "el evento jurídicamente cierto, pero incierto en vía de hecho, puede ser deducido en condición".¹⁹

¿Tiene que ser necesariamente futura la condición? En doctrina se sostiene que "el acontecimiento debe ser 'futuro'. Por tanto, no sería equiparable a una condición, el llamado 'presupuesto voluntario de eficacia' (suposición, *Unterstellung*), o sea un evento contemporáneo del acto o ya acaecido (presente o pasado), pero desconocido por las partes o por una de ellas, y al que los mismos contratantes subordinan la eficacia o la eliminación de los efectos del negocio (lo llamada *condicio in praesens vel in praeteritum callata*)"²⁰, agregándose que "el acto ha de ser considerado eficaz o ineficaz desde su origen, aun si una de las partes no está (o ambas no están) al tanto".²¹ Frente a ello se sostiene que "sin embargo, la condición pasada o presente puede constituir una verdadera y propia condición cuando excepcionalmente subsiste incertidumbre objetivo sobre el hecho o sobre la situación indicado por las partes y la correspondiente verificación requiere un tiempo apreciable. Encuentran entonces de máxima aplicación las normas sobre la condición futura".²²

En mi opinión la subjetividad de la certeza y la condición en función de un hecho presente o pasado, son los dos extremos del mismo problema. Como una aguda doctrina alemana lo ha percibido, ambos supuestos están íntimamente vinculados. En efecto, si la condición se fija en atención a un hecho presente o pasado "la incertidumbre en este caso solo es de tipo subjetivo".²³ Por eso se sostiene que la condición impropia se presenta cuando las partes no tienen certeza del acontecimiento que objetivamente ya se produjo. Doctrina nacional entiende que la condición impropia "puede no consistir tanto en la realización del hecho pasado o presente e ignorado, sino en el conocimiento de la realización", agregando que "puede influir, pues, en la eficacia del negocio".²⁴ En atención a ello, se concluye que el Código Civil peruano también las comprende.²⁵

Junto a los requisitos de la incertidumbre, la posibilidad y la licitud, un sector de la doctrina individualiza la naturaleza ajena a la perfección y a la ejecución del negocio jurídico, del evento deducido en condición. Así, "el evento deducido en condición no debe identificarse en uno de los elementos constitutivos del contrato"²⁶ o del negocio. Por ello, "en el procedimiento de formación del contrato las partes pueden referirse en forma condicional a los elementos necesarios para integrar el supuesto contractual, pero en tal caso solo impropia se puede hablar de condición. Ante la falta de uno de los elementos, el contrato

¹⁷ ROPPO, Vincenzo, Op. Cit., p. 413.

¹⁸ ROPPO, Vincenzo, Op. Cit.

¹⁹ SACCO, Raffaele y DE NOVA, Giorgio, Op. Cit., p. 146.

²⁰ SIGLAZZI GERI, Ugo, BRECCIA, Umberto, D. BUSNELLI, Francesco y NATOLI, Ugo, *Derecho Civil, Hechos y actos jurídicos*, Tomo I, Volumen 2, traducido por Fernando Hincapié, Universidad Externado de Colombia, recopilación, Bogotá, 1995, p. 948.

²¹ SIGLAZZI GERI, Ugo, BRECCIA, Umberto, D. BUSNELLI, Francesco y NATOLI, Ugo, Op. Cit., p. 949.

²² BIANCA, Massimo, Op. Cit., p. 516.

²³ FLUME, Werner, Op. Cit., p. 793.

²⁴ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, Op. Cit., p. 298.

²⁵ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, Op. Cit., p. 299. En sentido contrario, TORRES VASQUEZ, Anibal, *Actos Jurídicos*, San Marcos, Lima, 1998, p. 372.

²⁶ BIANCA, Massimo, Op. Cit., p. 516.

no se ha perfeccionado y no es susceptible de eficacia".²⁷ En un contrato con prestaciones recíprocas, no hay que confundir la contraprestación con la condición. Hay que diferenciar el caso en el cual se da una cantidad de dinero para que se pinte un retrato (prestación vs. contraprestación), del supuesto en el cual una persona sujeta su prestación de dar la suma de dinero a la condición de que el pintor (que vive en Ica), se traslade donde vive la persona que va a ser retratada (Lima). Adicionalmente al esquema prestación vs. contraprestación, quien tiene la prestación de dar se convierte en deudor de la condición y quien presta el servicio de pintar se convierte en acreedor de la condición. Naturalmente, las partes también podrían ponerse de acuerdo que el traslado al lugar donde se encuentra la persona que va a ser retratada, sea una prestación adicional. Tampoco,

"La condición no puede referirse a la ejecución del contrato. Si un resultado determinado entra en el programa contractual, su realización se otiene al compromiso de la parte. La falta de realización de tal resultado debe ser, por lo tanto, entendida no como falta de realización de la condición, sino como incumplimiento, con lo consiguiente aplicación de las normas sobre la inexecución del contrato".²⁸

La condición puede ser suspensiva en la cual, no obstante se configure un acto válido, los efectos de este se mantienen en pendencia hasta la realización o no del acontecimiento futuro e incierto. Ejemplo: si vienes a vivir a Lima, te alquilo mi departamento. Si no se verifica la condición, no se producen los efectos del acto. Inteligentemente se advierte que "durante la pendencia de la condición, el negocio sometido a ella no engendra aún la nueva situación jurídica que la ley vincula al tipo de negocio a que aquel pertenece, pero puede producir otros efectos, provisionales y preliminares, encaminados a hacer posible el orden de intereses concebido una vez que la condición se cumpla"²⁹ (es el caso de las acciones conservatorias ex artículo 173 del Código Civil). La condición resolutoria, que es:

"la determinación de la voluntad consistente en el establecimiento de un evento que en caso de suceder o de no suceder, tendrá como consecuencia que todos o parte de los efectos del negocio se extingan. Esta extinción, a su vez, puede ser de tres órdenes: (a) reponiendo la situación a un estado anterior al de la realización del evento, si se pactó eficacia retroactiva; (b) sin modificación de la situación anterior, si no se pactó eficacia retroactiva, o; (c) sustituyendo la situación negociada por una nueva regulación".³⁰ Ejemplo: te alquilo mi departamento, mientras no lo subarriendes o te pago los estudios, mientras salgas aprobado en todas tus materias. En el caso de la condición resolutoria se trata de "un negocio cuya eficacia es inestable (puede transformarse en definitiva o puede precluir definitivamente)".³¹ Ambas condiciones atraviesan por dos fases: una de pendencia³² (período comprendido entre la celebración del negocio y la realización o la falta de cumplimiento de la condición) y la otra de verificación de la condición (en la cual el acto producirá sus efectos, o sus efectos provisionales se convertirán en definitivos). No se debe confundir el estado de pendencia de la condición con el de los efectos del acto. En el caso de la condición suspensiva, penden (o están en suspenso) tanto la condición como los efectos del acto. En el supuesto de la condición resolutoria, en la primera fase, la condición está en pendencia; pero el acto surte efectos provisionales y en la de la verificación (si se cumple la condición) los efectos se vuelven definitivos. Si no se verifica la condición, los efectos se extinguen.

²⁷ BIANCA, Massimo, Op. Cit., p. 532.

²⁸ BIANCA, Massimo, Op. Cit., p. 517.

²⁹ BETTI, Emilio, Op. Cit., p. 396.

³⁰ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, Op. Cit., p. 303.

³¹ BIGLIAZZI GER, Lino, SRECCIA, Umberto, D. BURNELLI, Francesco y NATOLI, Ugo, Op. Cit., p. 958.

³² Se afirma que "la pendencia subyace a incertidumbre sobre la posibilidad de que el evento se produzca; esto es el momento en que este ocurre o falta, o sea cierto que no puede realizarse. Desde este instante, con el cumplimiento o la ausencia de la condición, el mecanismo interno del negocio condicional funciona: incipiente o no enter - o permanecer - en vigor la regulación de intereses prevista". (Emilio BETTI, Op. Cit., p. 385).

Vistas de otra manera, estas condiciones, tienen como función la de "neutralizar los riesgos". Así, la condición suspensiva "tutela contra el riesgo que un evento esperado por las partes (o por una parte) en su propio interés, no se produzca o se produzca muy tarde".³¹ Es el caso de la compra de un terreno supeditada a la condición que se den las autorizaciones correspondientes para la construcción de un edificio. La condición resolutoria "tutela contra el riesgo que un evento, temido por las partes (o por una parte) contrario a sus intereses, se produzca".³² Es la hipótesis del alquiler de una casa en la condicionado a que el arrendatario continúe destacado para trabajar en esa ciudad. ¿Qué pasa si existen dudas si una condición es suspensiva o resolutoria? Frente a aquellos que se pronuncian a favor de una u otra³³, comparto la opinión de quien sostiene que se requiere "el empleo desapasionado de buenas técnicas de interpretación/calificación"³⁴, prestando particular atención al criterio sistemático ex artículo 169 del Código Civil.

La condición puede ser potestativa, "cuando consiste en un hecho dependiente de la voluntad de uno de los sujetos del negocio jurídico"³⁵ (te daré mil si te gradúas como abogado o el pacto de reserva de propiedad regulado en el artículo 1583 del Código Civil³⁶), casual "si el cumplirse el evento depende de circunstancias extrañas a aquella voluntad (...) o de la voluntad de un tercero"³⁷ o como sostiene otra sector de la doctrina "cuando consista en un evento fortuito"³⁸ (te daré mil si tal país gana el mundial de fútbol o si tal escritor gana el Nobel de Literatura) o mixta "en el caso de que dependa de la voluntad de uno de los sujetos del negocio y la de un tercero (te daré mil si contraes matrimonio con Juana)".³⁹ La condición puede ser simple, cuando se limita solo a la realización de un acontecimiento (te regalo un viaje a Europa si acabas tus estudios universitarios) o compleja, es decir, supeditada a la verificación de varios acontecimientos (te regalo un viaje a Europa si has estado en el quinto superior, te gradúas con tesis y hayas obtenido la calificación de magna cum laude). En este último supuesto "la pluralidad de los hechos puede ser deducida en vía alternativa, cuando hasta que suceda uno solo para que la condición se verifique; o en vía acumulativa, cuando la verificación de la condición requiere que todos se produzcan".⁴⁰

La condición puede ser de hecho (condicio facti, o voluntaria), o de derecho (condicio iuris), denominada también "presupuesto legal de eficacia"⁴¹, es "el elemento al cual una norma subordina la eficacia del contrato (o del negocio) que —aunque perfeccionado— es por ley ineficaz hasta producirse el elemento condicionante".⁴² Se afirma que la condición legal puede ser, a su vez, suspensiva o resolutoria: "la condición legal suspensiva entra en la categoría de los requisitos legales de la eficacia del contrato: requisitos que pueden ser futuros (condiciones) u presentes (presupuestos). En general también los presupuestos pueden entrar en un momento sucesivo al perfeccionamiento del contrato".⁴³ Se proponen como ejemplos, la aprobación de los contratos de los entes públicos y la licencia de importación y exportación.⁴⁴ Se afirma que, en este caso, "la vigencia del negocio jurídico se vincula al

³¹ ROPPO, Vincenzo, Op. Cit., p. 607.

³² Ibid., p. 608.

³³ Así tenemos quien sostiene que "es cierto que no existe ninguna presunción general a favor de que la condición regociamente establecido sea una condición suspensiva. Pero puesto que al ser trata de una condición resolutoria la relación jurídica se pone primero en vigor, el caso de no haber sido decidido en el sentido de que la relación jurídica no es operativa, por tanto, que solo existe una condición suspensiva" (FLUME, Werner, Op. Cit., p. 797).

³⁴ ROPPO, Vincenzo, Op. Cit., p. 609.

³⁵ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, Op. Cit., p. 581.

³⁶ El cual establece que: "En la compraventa puede pactarse que el vendedor se reserva la propiedad del bien hasta que se haya pagado todo el precio o una parte determinado de él, aunque el bien haya sido entregado al comprador, quien sustra el riesgo de su pérdida o deterioro desde el momento de la entrega.

El comprador adquiere automáticamente el derecho a la propiedad del bien con el pago del importe del precio convenido".

³⁷ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Op. Cit.

³⁸ MESSINEO, Francesco, Op. Cit., p. 461.

³⁹ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Op. Cit.

⁴⁰ ROPPO, Vincenzo, Op. Cit., p. 610.

⁴¹ BIGLIAZZI GERI, Lina, BRECCIA, Umberto, D. BUSNELL, Francesca y NATOLI, Ugo, Op. Cit., p. 950.

⁴² ROPPO, Vincenzo, Op. Cit., 439.

⁴³ BIANCA, Massimo, Op. Cit., p. 332.

⁴⁴ Liu, Cit.

cumplimiento de la condición legal "desde afuera", no en virtud de una disposición del negocio jurídico".⁴⁷ Se discute si dentro de la condición *ius* también estarían las condiciones que el mismo ordenamiento establece para la adquisición de ciertas situaciones jurídicas. Un ejemplo sería el caso de la atribución de derechos patrimoniales a favor del concebido (artículo 1 del Código Civil), por cuanto se trataría más de un presupuesto legal que una condición propiamente dicha. En todo caso estaríamos frente a una *naturalia negotii*, al que, en sentido lato, se le daría el nombre de condición. Sin embargo, ello no impide –como ya se advirtió– que dicho presupuesto (llamémoslo elemento natural del negocio o condición) sea de naturaleza suspensiva o resolutoria.

También se suele distinguir entre condiciones positivas y negativas; pero como ha sido puesto en evidencia,

"en principio, una condición se suele llamar "positiva" cuando la eficacia del negocio se hace depender del hecho de que ocurra algún suceso, mientras que la condición se considera "negativa" cuando se hace depender de que el suceso no acontezca. Mas esta idea es engañosa, pues el lenguaje espontáneo permite expresar en forma gramaticalmente positiva y negativa un mismo suceso. Ahí, se ha dicho y con razón, que una condición puede formularse en forma positiva o negativa, pues, v. gr.: a un donatario o legatario se le puede decir que percibirá el objeto donado o legado si contrae matrimonio y se le puede decir también que lo percibirá si no permanece soltero. El carácter afirmativo o negativo pertenece más al terreno de la expresión gramatical que al terreno de la estructura o de la consistencia de los hechos previstos como eventos condicionantes. Desde este punto de vista es posible distinguir sólo un evento condicionante que consista en una alteración, variación o modificación del estado de las cosas existentes en el momento de la celebración del negocio o un evento condicionante que consista en la permanencia inalterable del estado de cosas".⁴⁸

¿Se puede transmitir un derecho sometido a condición? Al no haber prohibición legal para ello, no existe inconveniente legal alguno para realizar tal acto jurídico. Evidentemente, los efectos de dicho acto están supeditados a que se verifique la condición y es un imperativo actuar acorde a la buena fe. Son ilustrativos los artículos 1357 y 1358 del Código Civil italiano. El primero de ellos precisa que:

"Quien tiene un derecho subordinado a condición suspensiva o resolutoria puede disponer en pendencia de ésta; pero los efectos de todo acto de disposición están subordinados a la misma condición".

El artículo 1358 del Código Civil Italiano dispone que:

"Quien se ha obligado o ha alienado un derecho bajo condición suspensiva, o lo ha adquirido bajo condición resolutoria, debe, en pendencia de la condición, comportarse de buena fe para conservar íntegros los intereses de la otra parte".

Por ello se sostiene que "haber atribuido al titular de un derecho subordinado a condición suspensiva el poder de disponer de él durante la pendencia de la condición, significa reconocer que la pendencia de la eficacia del título de adquisición no impide la adquisición, aun con la consecuencia de que, a la subadquisición, se propague la pendencia, *ínsita en la adquisición*" y se agrega "igualmente, la subadquisición de un derecho condicionado resolutoriamente queda, como la adquisición, expuesta a *la eventualidad de que, al verificarse la condición resolutoria, el mismo deber caer a su vez*".⁴⁹ A su vez "el vendedor puede ceder su derecho precario a un tercero, que subentra esperando que no se verifique la condición. Si la condición falta, el derecho se consolida en cabeza del vendedor hasta la fecha de la

⁴⁷ FLUME, Werner, *Op. Cit.*, p. 794.

⁴⁸ DIEZ-PUCAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Op. Cit.*, pp. 582 y 583.

⁴⁹ MESSINEO, Francesco, *Op. Cit.*, p. 464.

adquisición del tercero, a partir de la cual el bien es del tercero".¹⁰ Como bien se observa, "estamos en presencia de una simple aplicación del principio por el cual nadie puede transferir a otro un derecho mayor de aquel que le compete".¹¹

1. La condición ilícita y la condición imposible

El artículo 171 del Código Civil establece que:

"La condición suspensiva ilícita y la física o jurídicamente imposible invalidan el acto. La condición resolutoria ilícita y la física o jurídicamente imposible, se consideran no puestas".

Se observa que "la condición –suspensiva o resolutoria– es ilícita cuando es contraria a las normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres"¹², agregando que "como ejemplos de condición ilícita se pueden citar: el caso de la donación sometida a la condición de que el donatario cometa un delito, el caso de la venta de una habitación, sujeta a la condición de que el adquirente monte allí un garito; el caso de la concesión de un mutuo, sometido a la condición de que el mutuuario despose (o no despose) a una determinada persona".¹³

La condición es imposible "cuando el evento no se puede realizar, con o sin la intervención del hombre, en la realidad natural ("si dentro de cinco días construyo un edificio de veinte pisos"). Se habla también de imposibilidad jurídica, pero en general se trata de casos de ilicitud ("si me caso con tu hermana)".¹⁴ Se afirma que "la imposibilidad debe ser entendida como subsistencia de un impedimento de hecho o de derecho que hace cierta la no realización del evento según un juicio de razonabilidad".¹⁵ Doctrina nacional explica que "para determinar de qué imposibilidad jurídica se trata, hay que distinguir si se refiere a imposibilidad vinculada a la naturaleza del negocio, o a la inseguridad de la situación jurídica que ocasiona el supuesto condicional, aunque no hay unanimidad de pareceres por lo que puede aceptarse ambos".¹⁶ Un sector de la doctrina no ha vacilado en afirmar que "si un negocio jurídico se celebra bajo una condición suspensiva incomprensible o carente de sentido el negocio jurídico es nulo".¹⁷

La ratio del artículo 171 del Código Civil es simple: al estar en pendencia la condición suspensiva (ilícita o imposible) hace que el acto sea considerado nulo. Al ya producirse los efectos en la condición resolutoria, esta se considera como no puesta, es decir, se entiende como "definitivamente eficaz".¹⁸ Un ejemplo lo tenemos en un contrato de trabajo con una mujer que se concluye bajo la condición resolutoria de que la mujer espere un hijo, en este caso "solo el pacto de disolución es nulo".¹⁹

¿En qué momento se tiene que apreciar la ilicitud o la posibilidad de la condición? En materia contractual y a propósito de la condición suspensiva, el artículo 1404 del Código Civil establece que:

"La licitud de la obligación o la posibilidad de la prestación o del bien que es objeto de ella en un contrato sujeto a condición o a plazo suspensivo, se apreciarán al momento del cumplimiento de la condición o del vencimiento del plazo" (el subrayado es mío)

Este numeral tiene su fuente inspiradora en el artículo 1347 del Código Civil italiano, y está inspirado en el principio de la conservación del contrato. Autorizada doctrina nacional observa que "no debe, pues, pensarse que la obligación es ilícita y la prestación imposible al momento de celebrarse el

¹⁰ ROPPO, Vincenzo, Op. Cit., p. 639.

¹¹ SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giugli, Op. Cit., p. 139.

¹² BIGLIAZZI GERI, Lina, BRECCIA, Umberto, D. BUSNELLI, Francesco y NATOLI, Ugo, Op. Cit., p. 956.

¹³ Loc. Cit.

¹⁴ BIGLIAZZI GERI, Lina, BRECCIA, Umberto, D. BUSNELLI, Francesco y NATOLI, Ugo, Op. Cit., p. 957.

¹⁵ BIANCA, Massimo, Op. Cit., p. 518.

¹⁶ LOHMANN-LUCA DE TENA, Guillermo, Op. Cit., p. 308.

¹⁷ FLUME, Werner, Op. Cit., p. 809.

¹⁸ Loc. Cit.

¹⁹ Loc. Cit.

contrato y que posteriormente devengan lícita y posible, sino que su licitud y su posibilidad no son juzgadas en aquel momento sino en el de realización de la condición o vencimiento del plazo”.⁶² Como ejemplo se propone el siguiente: “puede suceder que ‘A’ le venda a ‘B’ un inmueble que no está en el comercio de los hombres, sujetándose los efectos del acto a una condición suspensiva, si con posterioridad al contrato entra en dicho comercio. Si se produce después el hecho futuro o incierto en que consiste la condición, el contrato será válido, pues el objeto de la prestación es posible”.⁶³ Evidentemente, siguiendo el precepto general, contenido en el artículo 171 del Código Civil, si se trata de una condición resolutoria, se considerará como no puesta, siendo el acto válido y eficaz.

En materia de novación, forma de extinción de una obligación creando otra nueva, el artículo 1284 Código Civil prescribe que:

“Cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición suspensiva, sólo habrá novación si se cumple la condición, salvo pacto en contrario.

Las mismas reglas se aplican si la antigua obligación estuviera sujeta a condición suspensiva y la nueva fuera pura”.

El artículo 1285 del Código Civil regula que:

“Cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición resolutoria, opera la novación, salvo pacto en contrario.

Las mismas reglas se aplican si la antigua obligación estuviera sujeta a condición resolutoria y la nueva fuera pura”.

Un sector de la doctrina nacional propone, en posición que comparto, la interpretación sistemática de los artículos 1284 y 1285 del Código Civil con las normas que estamos estudiando.⁶⁴

2. La condición meramente potestativa por parte del deudor

El artículo 172 del Código Civil norma que:

“Es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor”.

Se sostiene que “en la condición puramente potestativa se trata de que la parte del negocio en cuya voluntad se ha apoyado la vigencia del negocio jurídico decide sobre este mediante la simple declaración de que el negocio jurídico debe valer o no debe valer”.⁶⁵ Por ello, la condición meramente potestativa se configura cuando “el acto deducido en condición es una pura manifestación de la voluntad (“si quiero”)”.⁶⁶ Este precepto se basa en la regla *viciatur et vitios* (la condición potestativa suspensiva es nula y hace nulo el acto). Se advierte, en posición que comparto, que “la distinción entre condición potestativa y condición meramente potestativa a menudo se centra en la indiferencia o no para el sujeto entre cumplir u omitir el acto o en la seriedad de los motivos que pueden justificar la elección de la parte entre verificación

⁶² DE LA PUENTE Y LAWALLE, Manuel, *El Contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, Vol. XI, Primera Parte, Tomo II, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1998, p. 345. En sentido contrario, quien sostiene que “la imposibilidad jurídica de una condición se debe valorar, como regla, según el estado de la legislación en el momento del negocio; la imposibilidad natural, según la experiencia común y las posibilidades técnicas que existen en aquel momento” (BETTI, Emilio, *Op. Cit.*, p. 400).

⁶³ ARIAS SCHREIBER PEZET, Max, con la colaboración de CÁRDENAS QUIROS, Carlos, ARIAS SCHREIBER MONTERO, Angela y MARTÍNEZ COCO, Elvira, *Código Civil Peruano de 1984. Exégesis*, Tomo I, Librería Studium, Lima, 1986, p. 160.

⁶⁴ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTELO FREYRE, María, *Tratado de las obligaciones*, Vol. XVI, Tercera Parte, Tomo VII, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2001, pp. 499-512.

⁶⁵ FLUME, Werner, *Op. Cit.*, p. 799.

⁶⁶ SACCO, Roberto y DE NOVA, Giorgio, *Op. Cit.*, p. 148.

o no de la condición. Sin embargo, se trata de criterios que no explican el porqué de la distinción, cuando mayor crédito tiene la idea según la cual debería tenerse en cuenta la presencia de un interés merecedor de tutela jurídica de la parte de la que depende la producción de la condición.⁴² En este sentido, "la necesidad de tal elemento importa, por lo tanto, un control sobre las razones de la condición que sea arbitrariamente reductivo de la esfera de la autonomía del sujeto y extraño a la previsión legislativa, la cual indica claramente que la noción de condición meramente potestativa es aquella cuya realización depende de la simple voluntad de la parte (artículo 1355 del Código Civil italiano –al igual que el artículo 172 del Código Civil–). Si tal realización no depende de la manifestación de la voluntad, sino de una acción, estamos fuera de la hipótesis normativa y la justificación de la distinción es dada por ella, que aquí la parte se reserva una libertad de elección en orden a su acción que es preminente respecto al interés de la contraparte".⁴³ Por ejemplo, si uno establece la condición: si me caso, te alquilo mi departamento de soltero, estamos frente a una condición potestativa (válida, se entiende), lo cual es distinto a decir: si quiero, te alquilo mi departamento (condición meramente potestativa, generando que el acto sea nulo).

Entonces, "lo que caracteriza la condición meramente potestativa es que esta atribuye a la parte un directa poder decisivo sobre la eficacia o la ineficacia"⁴⁴ del acto. Al respecto se sostiene que "el principio se justifica con la consideración de que, si el enajenante, o respectivamente el deudor, pudiera a su placer querer o dejar de querer la enajenación del derecho o la asunción de la obligación, el negocio existiría y no existiría al mismo tiempo, o sea, carecería de consistencia; sería como si el negocio hubiese sido estipulado en broma".⁴⁵ Se advierte, con razón, que "el legislador ha concebido este artículo sólo teniendo en mente la condición suspensiva".⁴⁶ Sin embargo, en el caso de una condición resolutoria meramente potestativa en cabeza del deudor, un aplicación del artículo 171 del Código Civil, deberá ser entendida como no puesta, siendo el acto válido y eficaz. Queda claro que, aplicando el argumento a contrario, es perfectamente admisible la condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del acreedor (te doy mil soles si dejas de fumar en un año).

3. Régimen de pendencia de la condición. Actos conservatorios. Repetición de lo pagado

El artículo 173 del Código Civil prescribe que:

"Pendiente la condición suspensiva, el adquirente puede realizar actos conservatorios.

El adquirente de un derecho bajo condición resolutoria puede ejercitarla pendiente ésta, pero la otra parte puede realizar actos conservatorios.

El deudor puede repetir lo que hubiese pagado antes del cumplimiento de la condición suspensiva o resolutoria"

Los dos primeros párrafos de este artículo son traducción exacta del artículo 1356 del Código Civil italiano. Se afirma que "el negocio bajo condición crea, por tanto, una situación jurídica caracterizada por algunos efectos provisionales y preliminares, destinadas a asegurar la actuación de la regulación de intereses delineada por las partes, en caso de cumplimiento de la condición; efectos que despliegan una función de garantía y tutela de la expectativa, con vistas al cumplimiento futuro o la futura resolución de la relación actua".⁴⁷

En este mismo sentido, se expresa que "el ordenamiento jurídico disciplina con normas a propósito las situaciones que vienen a crearse en el período que corre entre la celebración del negocio condicional

⁴² BIANCA, Massimo, Op. Cit., p. 520.

⁴³ BIANCA, Massimo, Op. Cit., p. 521.

⁴⁴ Loc. Cit.

⁴⁵ PESSINO, Francesco, Op. Cit., p. 462.

⁴⁶ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, Op. Cit., p. 299.

⁴⁷ BETTI, Emilio, Op. Cit., p. 402.

y el ocaecimiento (o la falta de ocurrencia) del evento contemplado como condición (...). Dicho fase –que toma el nombre de pendencia de la condición– se caracteriza por la incertidumbre respecto de la realización futura del evento: quien ha adquirido un derecho bajo condición suspensiva no es aún titular y no sabe si llegará a serlo (expectativa) y quien lo ha enajenado es aún su titular, pero no sabe si lo perderá (derecho condicionada); quien ha adquirido un derecho bajo condición resolutoria, se convierte en titular, pero no sabe si lo perderá (derecho condicionado) y quien lo enajenó perdió su titularidad, pero no sabe si lo readquirirá”.⁷ Es importante tener en cuenta que “no teniendo aún el derecho, el titular de la expectativa no puede ejercitarlo; por ello frente a él, no corre la prescripción”.⁸

Se afirma que:

“El interés dominante del titular de la expectativa es preservar la integridad de los elementos de los cuales dependerá el útil ejercicio del derecho, para el caso que la realización de la condición se le atribuya; integridad que puede ser perjudicada por comportamientos del actual titular del derecho, quizá inducido a un ejercicio imprudente o negligente de este ante la perspectiva de perderlo. Para esto el titular de la expectativa puede cumplir actos conservativos: posibilidad dada, sea al adquirente bajo la condición suspensiva (...), sea al enajenante bajo la condición resolutoria”.⁹ Se agrega que “el derecho precario es la posición de quien actualmente tiene el derecho; pero quizá lo perderá con la producción de la condición. Titular del derecho precario es la contraparte del titular de la expectativa y por consiguiente: el enajenante del derecho bajo condición suspensiva; el adquirente del derecho bajo la condición resolutoria”.¹⁰

Quizá los siguientes cuadros nos ayuden a entender esta situación:

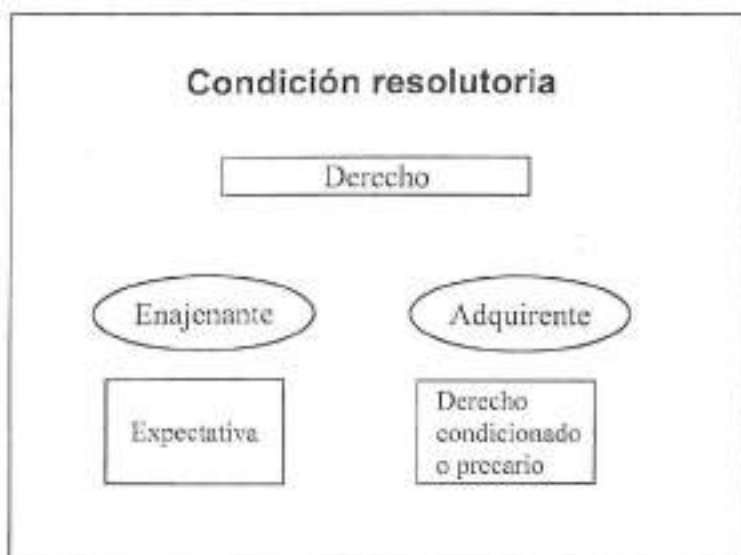


⁷ BIGLIAZZI GERLI y BRECCIA, Umberto, D. BUSNELLI, Francesco y NATOLI, Ugo, Op. Cit., p. 959.

⁸ ROPPO, Vincenzo, Op. Cit., p. 627.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*



La doctrina que vengo siguiendo, afirma que:

"Se crea, así, una relación jurídica pendiente, caracterizada por efectos jurídicos preliminares (o prodómicos) y por situaciones de interés tuteladas por el ordenamiento en función de la ocurrencia futura del evento, como también de la producción, o de la consolidación definitiva, de los efectos esenciales del negocio (...). En general (...) quien ha adquirido un derecho bajo condición suspensiva y quien lo ha enajenado bajo condición resolutoria no son titulares de los derechos respectivos antes que se dé la condición, pero sí pueden llegar a serlo (tales situaciones de ventaja e inactivas, como es sabido, se les da el nombre técnico de expectativas [...]). Se ha visto en especial que las titulares de las "expectativas" tienen dos intereses fundamentales: el uno se refiere al bien que es objeto del derecho que ellos esperan adquirir (es interés del titular de la expectativa que el bien no se pierda ni sea destruido, así como que mantenga las calidades, la utilidad y el valor que tenía originalmente); el otro se refiere al evento contemplado como condición (es interés del titular de la expectativa conjurar todo intento de la contraparte de impedir que el evento se realice)".²³

La diferencia de la expectativa con el legítimo interés (definido por la misma doctrina que vengo siguiendo como una situación jurídica de ventaja inactiva)²⁴ está dada en que la primera "es la posición de quien no tiene en derecho; pero quizá lo tendrá con la producción de la condición".²⁵ Por ello, el titular de la expectativa, está facultado a defender su situación jurídica. Autorizada doctrina nos hace recordar lo evidente: "lo que se diga sobre un "germen de derecho", "una expectativa", "un derecho a conseguir un derecho" no debe enturbiar la percepción de la sustancia del fenómeno. Ha de tenerse presente esto: Que la relación jurídica contemplada no existe aún mientras perdura la condición".²⁶

²³ BIGLIAZZI GERI, Lina, BRECCIA, Umberto, D. BUSNELLI, Francesco y NATOLI, Ugo, Op. Cit.

²⁴ BIGLIAZZI GERI, Lina, BRECCIA, Umberto, D. BUSNELLI, Francesco y NATOLI, Ugo, Derecho Civil, Tomo I, Volumen I, Normas, acciones y relación jurídica, traducido por Fernando HINESTROZA, Universidad Externado de Colombia, reimpresión, Bogotá, 1995, p. 430.

²⁵ ROPPO, Vincenzo, Op. Cit.

²⁶ BETTI, Emilio, Op. Cit., p. 402.

El modelo jurídico diseñado en el artículo 173 del Código Civil reconoce a quien tiene la expectativa, es decir, el adquirente de un derecho sometido a condición suspensiva o el enajenante de un derecho sometido a condición resolutoria a realizar los actos conservatorios tendientes a proteger el bien sobre el cual recae su titularidad. Ello no limita el derecho sometido a condición resolutoria, del cual es titular el adquirente, quien, con mayor razón, lo puede hacer valer. Por ello,

"En la fase de pendencia, quien ha enajenado un derecho bajo condición suspensiva y quien lo ha adquirido bajo condición resolutoria, son titulares efectivos del derecho enajenado y adquirido y pueden, por lo tanto, gozar y disponer de él (...). De ahí se sigue, por ejemplo, el que, si el bien del que son titulares perece por causa no imputable a ellas, se les aplica la regla según la cual el riesgo de perecimiento el bien recae sobre el propietario (res perit domino {...}). En consecuencia, una vez que se verifica la condición: a) el enajenante bajo condición suspensiva, si aún no ha recibido el precio no puede reclamarlo y si lo recibió, debe restituirlo; b) el adquirente bajo condición resolutoria, si aún no ha pagado el precio, está obligado a pagarlo; y si ya lo canceló, no puede pretender su restitución".⁵⁹

Si el deudor de la condición (suspensiva o resolutoria) hubiera realizado algún gasto, se entiende, relativo a la conservación del bien, tendrá derecho a la repetición de lo pagado, en atención al principio del enriquecimiento indebido (artículo 1954 Código Civil). Al no establecerse un mandato imperativo, cabe pacto en contrario. Es sumamente importante tener en cuenta la actuación de las partes. Así, "en especial, el deber de comportarse correctamente para conservar íntegros los derechos de la contraparte opera como límite al ejercicio del derecho "condicionado", tanto (...) en cuanto atañe a la facultad de goce (el bien no debe ser dañado o perdido culpablemente), como en lo que atañe a la facultad de disposición".⁶⁰

¿A qué actos conservatorios se refiere el Código? Doctrina nacional⁶¹ enumera, a título ilustrativo, el siguiente elenco:

- a) Solicitar el reconocimiento del documento por el que conste el derecho condicional y, en general y cuando sea posible, instar la prueba anticipada que la ley permita con la finalidad de garantizar la conservación del derecho.
- b) Solicitar la inscripción registral del documento que constituya un derecho real subordinado a condición o el gravamen que garantiza el crédito condicionado.
- c) Demandar judicialmente la declaración de un derecho condicional.
- d) Interrumpir la prescripción.
- e) Solicitar inventario de bienes y realizar actos o reclamar que se adopten soluciones destinadas a impedir la destrucción, pérdida o deterioro de los bienes sujetos a entrega o devolución.
- f) Ejercer, si fuera el caso, la acción de ineficacia pauliana. La subrogación no es exactamente acción conservatoria.
- g) Participar en los procesos de insolvencia (concurso, suspensión de pagos o quiebra) del deudor.

⁵⁹ BIGLIAZZI GERI, Lina, BRECCIA, Umberto, D. BUSNELLI, Francesco y NATOLI, Ugo, *Derecho Civil*, Tomo I, Volumen 2, Cit., ps. 961 y 962.

⁶⁰ BIGLIAZZI GERI, Lina, BRECCIA, Umberto, D. BUSNELLI, Francesco y NATOLI, Ugo, *Op. Cit.*, p. 962.

⁶¹ LÖHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, *Op. Cit.*, p. 314.

También se propone el caso que "al haber un temor fundado de que el comportamiento de la contraparte cause un perjuicio al titular de la expectativa, este puede solicitar un secuestro conservativo del bien que es objeto de la transferencia condicionada".⁶²

El artículo 856 del Código Civil establece que:

"La partición que comprende los derechos de un heredero concebido, será suspendida hasta su nacimiento. En el intervalo la madre disfruta de la correspondiente herencia en cuanto tenga necesidad de alimentos".

Una lectura atenta y sistemática de este artículo y el 173 del Código Civil nos hace entender, que si bien la atribución de derechos patrimoniales a la cual está sometido el concebido es de una condición suspensiva, sus representantes legales pueden realizar los actos conservatorios a efectos de tutelar la expectativa de la cual es titular el concebido.

4. Cumplimiento de la condición indivisible

El artículo 174 del Código Civil regula que:

"El cumplimiento de la condición es indivisible, aunque consista en una prestación divisible.

Cumplida en parte la condición, no es exigible la obligación, salvo pacto en contrario".

Este artículo es aplicable en el caso de las condiciones complejas. En el ejemplo propuesto anteriormente (te regalo un viaje a Europa si has estado en el quinto superior, te gradúas con tesis y hayas obtenido la calificación de *magna cum laude*), la condición se dará por cumplida si se verifican todos los acontecimientos previstos, salvo pacto en contrario. Se advierte que "la realización de la condición nunca puede ser obligatoria precisamente por su naturaleza de incierta, mientras que el cumplimiento siempre es cierto (aunque sea hipotético el hecho de que se efectivice), en el sentido de seguridad de tener derecho a él y que hay un modo de lograrla, aunque sea mediante ejecución forzosa".⁶³

5. Cumplimiento de la condición negativa

El artículo 175 Código Civil prescribe que:

"Si la condición es que no se realice cierto acontecimiento dentro de un plazo, se entenderá cumplida desde que vence el plazo, o desde que llega a ser cierto que el acontecimiento no puede realizarse".

Esta disposición es aplicable solo para los supuestos de actos jurídicos sometidos a una condición negativa. Se propone como ejemplo, el siguiente "en el caso que se pusiera como condición para cierto acto que Juan no se case con María dentro de los próximos seis años y María muere al tercer año, la condición negativa debe considerarse cumplida al momento de la muerte de María y no al vencimiento del sexto año".⁶⁴ Con ello se pretende evitar que el precepto negocial impuesto resulte indefinido.⁶⁵

Si bien el artículo está concebido con miras a las condiciones negativas, se sostiene que también se puede aplicar a las condiciones positivas el mismo principio. Así, "si la condición consiste en que se verifique cierto acontecimiento dentro de un plazo, se entenderá "no cumplida" desde que

⁶² BIGLIAZZI CERI, Lina, BRECCIA, Umberto, D. BUSNELL, Francesco y NATOLI, Ugo, Op. Cit., p. 960.

⁶³ LÖHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, Op. Cit., 317.

⁶⁴ LEÓN BARADIANAN HART, José, Condición negativa. Comentario al artículo 175 del Código Civil, en Código Civil Comentado, Tomo I, Titulo Preliminar: Derecho de las Personas, Acto Jurídico, Geografía Jurídica, Lima, 2003, p. 771.

⁶⁵ LÖHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, Op. Cit., p. 317.

pasó el plazo, o llegue a ser cierto que el acontecimiento no puede realizarse. Por lo tanto, si la condición positiva fuera suspensiva, el negocio no surtiría sus efectos típicos: si resolutorio, no habrá un cambio de la situación jurídica.⁶⁶ ¿Y si la condición no está sujeta a plazo? El artículo 541 del Código Civil argentino prescribe que las condiciones deben realizarse en el tiempo en que verosíblemente las partes lo entendieron. Sin embargo, ello no soluciona el problema. En este caso, se necesitará de una declaración judicial o arbitral de la falta de cumplimiento de la condición.⁶⁷ Según la doctrina nacional que vengo siguiendo, el juez o el árbitro, vía interpretación de la voluntad declarada de las partes y los usos válidamente admitidos, es el llamado a solucionar este problema.⁶⁸ Un sector de la doctrina comprende, dentro de lo que denomina purificación del negocio condicional⁶⁹, tres supuestos del negocio condicional con tiempo fijado para la producción de la condición, a saber: el transcurso total del tiempo preestablecido, la anticipada aparición de la condición y la imposibilidad sobrevinida de la condición.

6. Realización irregular de la condición

El artículo 176 del Código Civil establece que:

"Si se impide de mala fe el cumplimiento de la condición por la parte en cuyo detrimento habría de realizarse, se considerará cumplida.

Al contrario se considerará no cumplida, si se ha llevado a efecto de mala fe por la parte a quien aproveche tal cumplimiento".

Este artículo se ha inspirado en el 162 del Código Civil alemán. Aquí "nos encontramos frente a casos de auténtica sanción legal ante las consecuencias causadas por quien no ha procedido correctamente según el espíritu del negocio"⁷⁰, es decir, en contra del "principio de lealtad".⁷¹ El artículo 176 del Código Civil, (al igual que el artículo 1359 del Código Civil italiano) prevé la denominada ficción de la verificación de la condición, cuando la condición falte por causa imputable a la parte que tenía un interés en contra, no concurrente, a la producción del evento.⁷² Otro sector de la doctrina, prefiere calificar este supuesto como de una "sanción conforme al principio según el cual el autor del ilícito no puede obtener de este efectos jurídicos favorables".⁷³

Como se observa, en opinión que comparto, esta ficción "opera como remedio (en forma específica) para la parte lesionada, y como una sanción para la parte responsable de la lesión."⁷⁴

7. Irretroactividad de la condición

El artículo 177 del Código Civil regula que:

"La condición no opera retroactivamente, salvo pacto en contrario"

El artículo 1360 del Código Civil italiano, por su parte, expresa que:

"Las efectos de la producción de la condición se retrotraen al tiempo en el cual se ha concluido el contrato, salvo que, por voluntad de las partes o por la naturaleza de la relación, los efectos del contrato o de la resolución deban ser reportados a un diverso momento.

⁶⁶ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, Op. Cit., p. 318.

⁶⁷ GALGANO, Francesco, *Tratado genérico*, segunda edición, Giuffrè, Milano, 2002, p. 157.

⁶⁸ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, Op. Cit., p. 318.

⁶⁹ DIER-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, Op. Cit., p. 583.

⁷⁰ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, Op. Cit., p. 319.

⁷¹ SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio, Op. Cit., p. 153.

⁷² GALGANO, Francesco, Op. Cit., p. 937.

⁷³ BIANCA, Massimo, Op. Cit., pp. 527 y 528.

⁷⁴ ROPPO, Vincenzo, Op. Cit., p. 632.

Si la condición resolutoria es puesta en un contrato de ejecución continuada o periódica, la producción de ésta, a falta de pacto contrario, no tiene efecto respecto de las prestaciones ya realizadas”.

No obstante el modelo jurídico diseñado en el Código Civil peruano, se afirma que “la retroactividad responde mejor, según la visión moderna, al nexo hipotético que por disposición de la parte une el evento previsto a la regulación de intereses concebida. Parece también más conforme a la función esclarecedora que, según la intención práctica normal de las partes, se asigna al evento respecto al negocio, dentro del supuesto de hecho complejo en que ambos se integran, dado que el evento debe únicamente a la decisión de las partes su eficacia operante”.³³ Sin embargo, esta posición no es pacífica en la doctrina, pues se sostiene que “el criterio de la retroactividad sólo es un criterio supletorio. En verdad, la retroactividad es compatible con la condición”.³⁴ Frente a ello, se contesta que “el principio de la irretroactividad, si bien teóricamente más lógico, satisface menos las exigencias prácticas de la situación entre las partes. Por lo que las Derechas que no acogen la retroactividad se ven constreñidas, para responder a tales exigencias, a establecer prohibiciones que prevengan, durante la pendencia de la condición, actos de disposición sobre el objeto del derecho que resulten perjudiciales para la otra parte”.³⁵

Se observa, comentando el artículo 1360 del Código Civil italiano que:

*“La regla tiene relevancia, sobretodo, para los contratos traslativos, con el fin de determinar consecuencias, las cuales dependen de la pertenencia del bien al momento del hecho: riesgos de perecimiento, daños a la cosa o por la cosa, derecho sobre los frutos, etc. Si el cumplimiento opera retroactivamente, la propiedad del bien transferido bajo condición suspensiva pertenece al adquirente desde el momento del contrato: todo lo que de este momento corresponde al bien, en sentido favorable o desfavorable, debería beneficiar a respectivamente, perjudicar al adquirente. Lo mismo se diga, frente al enajenante, para la verificación de la condición resolutoria: retroactividad de la readquisición significa que el bien se considera del alienante desde el momento del contrato”.*³⁶

En nuestro sistema es exactamente al contrario: en el caso de la condición suspensiva, los riesgos surgidos en el estado de pendencia (de verificarse la condición) los asume en enajenante y en el caso de la condición resolutoria, el adquirente.

Sin embargo, cabe pacto en contrario y hay excepciones, que como ha sido advertido por la doctrina nacional, se presentan en materia de sucesiones, concretamente en las herencias y legados voluntarios.³⁷ En efecto, el artículo 689 del Código Civil regula que:

“Las normas generales sobre las modalidades de los actos jurídicos, se aplican a las disposiciones testamentarias; y se tienen por no puestos las condiciones y los cargos contrarios a las normas imperativas de la ley”.

Ahora bien, por el mandato imperativo del artículo 733 del Código Civil, no cabe imponer modalidad alguna a los herederos forzosos³⁸ (aquellos que están contemplados en el artículo 724 del

³³ BETTI, Emilio, Op. Cit., p. 407.

³⁴ SACCO, Rodolfo y DENORA, Giorgio, Op. Cit., p. 140.

³⁵ BETTI, Emilio, Op. Cit., p. 408.

³⁶ ROPPO, Vincenzo, Op. Cit., p. 625.

³⁷ LICHMANI LUCA DE TENA, Guillermo, Op. Cit., pp. 322 y 323.

³⁸ Cuyo texto completo es el siguiente: “El testador no puede privar de la legítima a sus herederos forzosos, sino en los casos expresamente determinados por la ley; ni imponer sobre aquélla gravamen, modalidad, ni sustitución alguna. Tampoco puede privar o su cónyuge de los derechos que le concede los artículos 731 y 732, salvo en los referidos casos”.

Código Civil)¹³¹; pero (en atención al artículo 738 del Código Civil)¹³² si a los herederos voluntarios y a los legatarios (sucesores a título particular). Por su parte, el artículo 768 del Código Civil regula que:

"El legatario no adquiere el legado subordinado a condición suspensiva o al vencimiento de un plazo, mientras no se cumpla la condición o venza el plazo. Mientras tanto puede ejercer las medidas precautorias de su derecho. El legado con cargo, se rige por lo dispuesto para las donaciones sujetas a esta modalidad".

Ahora bien, si desde el fallecimiento los bienes se transmiten a los sucesores (artículo 660 del Código Civil), es forzoso entender que, en el supuesto de la sucesión voluntaria y el legado sometidos a condición, una vez verificada, tiene efectos retroactivos a la fecha del fallecimiento del causante. ¿De quién es la herencia y sus frutos mientras no se cumplan las condiciones? Se responde que "la conclusión forzosa sería que interinamente la herencia y frutos pertenecerían al Estado o a la Beneficencia (artículo 830), pero eso es solución o remedio por lo demás ridícula si la condición llegara a cumplirse. Lo lógico tiene que ser que, operada la condición, actúe retroactivamente y de este modo es perfectamente comprensible el artículo 790, que adjudica a los albaceas la posesión de los bienes hasta que se paguen los legados y luego tendrán que distribuir los frutos de los bienes a prorrata".¹³³

Se concluye, en posición que comparto que "en materia ya del tratamiento coherente de las condiciones se reconoce implícitamente la retroactividad a pesar de lo que dispone el artículo 177. Porque si no la reconociera, no podría autorizar las acciones conservatorias".¹³⁴ Resulta curioso constatar que en esta materia, no obstante los modelos italiano y peruano son opuestos, ambos admiten una serie de excepciones.

8. La condición en los contratos

El artículo 1430 del Código Civil regula la condición resolutoria expresa de la siguiente manera:

"Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión.

La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria".

Se sostiene que para el sistema jurídico peruano las expresiones "pacto comisorio" y "cláusula resolutoria expresa" son equivalentes¹³⁵, agregando que "el pacto comisorio es una cláusula (entendida en el sentido de estipulación) del contrato con prestaciones recíprocas en virtud de la cual se conviene que el contrato queda resuelto cuando una o cualquiera de las partes no ejecuta determinada prestación a su cargo. Empero, la resolución es ineficaz (no produce efecto) en tanto la parte fiel no pone en conocimiento de la infiel que desea hacer efectivo la resolución, caso en el cual ésta opera de pleno derecho".¹³⁶

¹³¹ El cual establece que: "Son herederos forzados los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, y el cónyuge".

¹³² Cuyo texto completo expresa que: "El testador puede instituir legados, con la parte disponible si tiene herederos forzados, y no teniéndolos, sobre con la totalidad de sus bienes y señalar los que asigna a cada uno de los legatarios.

El testador puede imponer tanto a los herederos voluntarios como a los legatarios, condiciones, encargos y cargas que no sean contrarias a la ley, o las normas consuetudinas y el libre ejercicio de los derechos fundamentales de la persona".

¹³³ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, Op. Cit., p. 323.

¹³⁴ Loc. Cit.

¹³⁵ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, El Contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Vol. XV, Segunda Parte, Tomo IV, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1993, p. 392.

¹³⁶ Loc. Cit.

Se afirma que "este es uno de los remedios contractuales más eficaces para lograr que se ejecuten las obligaciones, pues funciona de un modo automático y no es necesario que el perjudicado por el incumplimiento recurra al Poder Judicial"¹², ello, por supuesto, si quien incumple con la obligación acata (como debería ser) dicha resolución. Piénsese en el caso de una resolución de un contrato de arrendamiento de una casa por falta de pago y el inquilino, simple y llanamente, no desaloja el inmueble. Aquí, forzosamente, se deberá recurrir al juez. Sobre la naturaleza jurídica de esta acción, se afirma que, "no se trata, como afirman algunos autores, de una sanción impuesta a quien no satisface sus obligaciones. En realidad, es una manera de liberar a quien ha cumplido el contrato, sin que incurra por ello en responsabilidad".¹³ La doctrina nacional que vengo siguiendo propone el siguiente modelo de cláusula resolutoria expresa:

"Queda expresamente convenida que el contrato se resolverá de pleno derecho, cuando el comprador no entregue el bien en el plazo convenido o el vendedor no pague el precio pactado, dentro del plazo fijado. Para que se produzca la resolución, el interesado deberá comunicarlo a la contraparte, dando a conocer que ha hecho valer la cláusula resolutoria".

Asimismo, "no existe plazo prefijado para remitir el aviso por el que se comunica que el interesado está haciendo uso de la cláusula resolutoria. No se requiere dicho plazo, ni legal ni contractualmente, dado que la comunicación podrá hacerse valer en cualquier instante a partir del momento en que se produzca el incumplimiento".¹⁴

El artículo 1534 del Código Civil, establece que:

"En la venta de un bien que ambas partes saben que es futuro, el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia".

Autorizada doctrina nacional explica que "se entiende por cosas o derechos futuros aquéllas que no existen en el momento de celebrarse el contrato, pero que pueden existir. En la compraventa de cosas o derechos futuros los contratantes prevén, con un cierto grado de incertidumbre incorporada al contrato, que existirán físicamente en un futuro"¹⁵. En el caso de este artículo "la incertidumbre es respecto al momento en que el bien llegue a tener existencia, pero hay certidumbre de que existirá".¹⁶ Se agrega que "si el bien llega efectivamente a existir en la cantidad y con la calidad convenidas en el contrato, éste producirá en ese momento todos sus efectos, quedando el vendedor obligado a transferir la propiedad del bien al comprador y este quedará obligado a pagar el precio".¹⁷ Caso contrario "si el bien no llega a existir el contrato queda sin efecto alguno, no estando el comprador obligado a pagar el precio ni el vendedor a indemnizar al comprador por la falta de existencia del bien, a no ser que tal falta de existencia le sea imputable".¹⁸

9. La condición en los testamentos

Como ya se adelantó, solo cabe imponer modalidades en las herencias voluntarias y en los legados. Un ejemplo de ello lo podemos encontrar en la disposición testamentaria que hizo José

¹² ARIAS SCHREIBER PEZET, Max, con la colaboración de CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, ARIAS SCHREIBER MONTERO, Angeli y MARTÍNEZ COCO, Eivra, Op. Cit., p. 206.

¹³ ARIAS SCHREIBER PEZET, Max, con la colaboración de CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, ARIAS SCHREIBER MONTERO, Angeli y MARTÍNEZ COCO, Eivra, Op. Cit.

¹⁴ ARIAS SCHREIBER PEZET, Max, con la colaboración de CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, ARIAS SCHREIBER MONTERO, Angeli y MARTÍNEZ COCO, Eivra, Op. Cit.

¹⁵ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, Exposición de motivos y comentarios: Compraventa, en Código Civil. II. Exposición de motivos y comentarios, Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil, compilada por REVOREDO DE DEBAKEY, Delia, Ocurra Editores, Lima, 1985, p. 206.

¹⁶ Loc. Cit.

¹⁷ Loc. Cit.

¹⁸ Loc. Cit.

de la Riva Agüero y Osma en beneficio de la (entonces no Pontificia) Universidad Católica del Perú. En efecto, la cláusula décima séptima de su testamento que data de 1933 (en realidad hizo tres testamentos y dos codicilos), estableció que:

"Instituyo como heredera a la Universidad Católica del Perú, la que tendrá el usufructo de mis bienes recibiendo sus productos de la junta administradora; y los adquirirá en propiedad absoluta dicha Universidad Católica del Perú, entregándoselos la junta administradora, sólo si la Universidad Católica existiera el vigésimo año cantando desde el día de mi fallecimiento. - Es de entender que no exija que la Universidad Católica subsista ininterrumpidamente por todo el período de veinte años, sino que bastará que subsista en el vigésimo, cualquiera sea el nombre con el cual continúe, y sea cual fuere la forma y extensión de sus enseñanzas, como sean de instrucción superior y autorizadas por el ordinario eclesiástico".

Ahora bien, Riva Agüero falleció el 25 de octubre de 1944. Aquí se ha configurado el supuesto de una condición compleja (subsistencia de la universidad con instrucción superior y autorizada por el ordinario eclesiástico) dentro de un plazo determinado (20 años). El 24 de octubre de 1964 se cumplió la misma. El problema está en que justo en su 90 aniversario (2007) la universidad ha tenido que hacer frente a la destemplada posición del Arzobispado de Lima que ha manifestado su intención de intervenir en su administración, basándose en la cláusula quinta de un testamento ológrafo (de puño y letra) que en el año 1938 también suscribió Riva Agüero, en el cual se estipuló que:

"Para el sostenimiento de la Universidad Católica de Lima, a la que instituyo por principal heredera, y para los demás encargos, legados y mandos, que en mis testamentos cerrados establezco, pongo como condición insustituible y como administradora perpetua de mis bienes, una junta que será al propio tiempo la de mi albaceazgo mancomunado, por indeterminado plazo, que se la conceda y prorroga de modo expreso".

A continuación, se nombra a una serie de personas, se estableció que:

"Cuando hubieren muerto o estuvieren impedidos todos los mencionados, entrarán el Rector de la Universidad Católica y el designado por el Arzobispo de Lima".

El argumento del Arzobispado es simple: si la junta administradora es perpetua, sigue teniendo interferencia en la universidad. Téngase en cuenta que este último testamento, si bien revoca otros anteriores, expresamente establece que no afecta el suscrito en 1933. Frente a ello, con razón se afirma que "la administración de los bienes de la Pontificia Universidad Católica del Perú corresponde a su propietario, esto es, a la universidad. Riva Agüero dijo que a los veinte años de su muerte la universidad adquirió la "propiedad absoluta". ¿Existe propiedad absoluta cuando otra persona es quien administra?". Además "se pone énfasis en que la junta administradora es perpetua. Si, lo es para los mandos y encargos pero no para administrar los bienes que pertenecen a la universidad en propiedad absoluta. La administración de los bienes de la universidad por parte de la junta administradora tenía plena justificación durante los veinte años de usufructo, pero no después".¹⁴ En efecto, haciendo una interpretación de la voluntad expresada, sistemática de las cláusulas de los testamentos y una causalista del concepto de "propiedad absoluta" frente a las facultades de la junta de administración, no se puede llegar a otra conclusión.

III. EL TÉRMINO O PLAZO

El término o plazo es el acontecimiento futuro y cierto del cual van a depender los efectos del acto jurídico. Puede ser *inicial* (llamado también *suspensivo*) o *final* (mal denominado *resolutorio*).

¹⁴ AVENDANO VALDEZ, Jorge. Ensayo en LEGAL express, No. 76, Año 7, Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2007, p. 7.

Si bien la doctrina mayoritaria prefiere utilizar la expresión "término", tanto el Código Civil peruano como la doctrina nacional emplea la expresión "plazo". Se afirma que el término es "la indicación del tiempo en el cual se caucan los efectos"¹⁴ del negocio. Un sector de la doctrina nacional prefiere conceptuar el plazo como "un derecho, normalmente con una obligación correlativa"¹⁵ y el término como "aquella estipulación de voluntad (fijada eventualmente por el juez), que indica, según el contenido de la declaración, el tiempo—instante o suma de momentos sucesivos—en que debe tener lugar la satisfacción de los distintos intereses materia del negocio".¹⁶ En mi opinión, no hay inconveniente alguno en entenderlos como términos sinónimos.¹⁷

Se explica que "las partes pueden fijar un término de tiempo desde el cual (término inicial) o hasta el cual (término final) se producirán los efectos del contrato".¹⁸ El elemento distintivo entre el plazo y la condición es la certeza del acontecimiento. Así,

"en el ejemplo clásico, la referencia a la futura muerte de una persona determinada, no constituye condición, sino plazo, siendo cierta la realización (cierto si) aunque incierto el tiempo del mismo (incierto cuando). En cambio, la condición se caracteriza por la referencia a un evento incierto (incierto si) aun con un vencimiento determinado (cierto cuando). ejemplo: el contrato se resolverá si al vencimiento de doce meses no se obtiene la licencia".¹⁹

Se sostiene que "como la condición, también el "término" puede ser suspensivo o resolutorio"²⁰, pero se dice más propiamente inicial (dies a quo) y final (dies ad quem).²¹ El término inicial marca el comienzo de los efectos del negocio. Su función es "diferir la operatividad del contrato (o del negocio), que normalmente coincide con su conclusión, en un tiempo más lejano".²² El término final fija la extinción de los efectos del negocio. Su función es "definir la medida cronológica del vínculo y del compromiso contractual"²³ (el contrato comenzará a producir efectos a partir del 19 de febrero de tal año—término inicial—y cesará el 19 de febrero del año siguiente—término final—). Se observa que "el término final puede indicarse con una fecha de calendario (30 de setiembre 2005), o por renvío a un hecho futuro certus an pero incertus quando (a la muerte de Tizio), o con la previsión de duración del contrato (por ejemplo, 3 años o 18 meses), que se entiende, transcurrirá desde el momento en el cual el contrato produce sus efectos".²⁴

El término esencial "indica que el negocio jurídico ha de cumplirse necesariamente a su llegada, ha de consumarse, porque la prestación ejecutada fuera de ese término no satisface el interés que aquel negocio estaba llamado a producir (el encargo de un traje para una primera comunión o para una boda, como casos típicos). Cumplir la prestación con posterioridad equivale a un auténtico incumplimiento".²⁵ Se añade que "el término esencial es compatible con la fuerza mayor o el caso fortuito. Es decir, si la prestación no se cumple en el tiempo fijado, se produce el efecto anteriormente expuesto: no cabe un cumplimiento posterior. Pero si la causa de ese incumplimiento es un caso fortuito o de fuerza mayor, el obligado quedará exento de toda responsabilidad probando la concurrencia de estas circunstancias".²⁶

¹⁴ ROFFO, Vincenzo, *Op. Cit.*, p. 641.

¹⁵ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, *Op. Cit.*, p. 326.

¹⁶ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, *Op. Cit.*, p. 327.

¹⁷ En este sentido, COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *El negocio jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 466.

¹⁸ GAZZONI, Francisco, *Op. Cit.*, p. 940.

¹⁹ BIANCA, Massimo, *Op. Cit.*, p. 512.

²⁰ Señala que la expresión "resolutorio" es equivoca; pero no dice por qué, COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Op. Cit.*, p. 468.

²¹ BARBERO, Demarito, *Sistema del Derecho Privado. I. Introducción. Parte preliminar-Parte general*, traducido por SENTIS MELENDO, Santiago, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967, p. 589.

²² ROFFO, Vincenzo, *Op. Cit.*

²³ ROFFO, Vincenzo, *Op. Cit.*, p. 642.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Anselmo, *Op. Cit.*, p. 591.

²⁶ *Ibid.*

En doctrina se distinguen los criterios objetivos y subjetivos para determinar la esencialidad del término. Así, en la esencialidad objetiva, se configuran hipótesis "en las cuales es una norma legal, externa al contenido de la decisión privada, o indicar que el incumplimiento comporta el venir a menos de la relación entre situación de interés y acreedor (un sujeto se obliga a cumplir un hecho por el cual está fijado por ley un término perentorio)".¹²⁸ En la esencialidad subjetiva, se configuran supuestos "en los cuales tal indicación deriva del contenido del contrato, o sea del conjunto de las cláusulas dispuestas por sus autores".¹²⁹ Doctrina nacional explica que:

*"la distinción que la doctrina dominante se esfuerza en establecer entre esencialidad subjetiva y esencialidad objetiva no tiene real fundamento, y constituye únicamente la evidencia de la existencia de dos formas distintas de apreciar un mismo fenómeno, pero no dos tipos distintos o dos formas de ser diferentes de la esencialidad, que puedan justificar un tratamiento distinto o producir ciertas consecuencias jurídicas diferentes. La existencia o no de la esencialidad del plazo sólo puede derivar de la utilidad o inutilidad que la prestación pueda reportar para el acreedor y por tanto de la idoneidad de ésta para malizar el interés de aquél después del vencimiento del plazo de cumplimiento. En consecuencia, la ponderación del interés del acreedor resulta fundamental y decisivo para establecer el referido carácter esencial".*¹³⁰

El término puede ser también determinado e indeterminado. El término determinado "es aquel que se sujeta a un hecho que las partes conocen con antelación y que, necesariamente, va a acontecer".¹³¹ El término indeterminado "depende de un hecho de necesario realización pero que no puede establecerse la oportunidad o fecha de su realización. El plazo existe porque existe la certidumbre de que el acontecimiento se producirá, pero no puede conocerse anticipadamente la fecha de su ocurrencia".¹³² El término o plazo puede ser determinado por un tercero; también de manera legal (artículo 1688 del Código Civil)¹³³, convencional y judicial.

El término puede ser expreso y tácito. El término expreso se configura "cuando su fijación ha sido hecha por una manifestación de voluntad precisa y directa".¹³⁴ El término tácito se da "cuando en el acto no se ha señalada un plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se deduce con toda certidumbre que las partes no quieren que los efectos se produzcan o se ejerzan sino desde o hasta un determinado momento".¹³⁵ También se habla de término implícito cuando puede "resultar de los mismos elementos de la regulación de intereses dispuesta por el negocio".¹³⁶

Se debe distinguir el término de eficacia del término de cumplimiento. El término de eficacia "suspende o hace cesar el efecto (determina el momento del nacimiento o de la extinción de una obligación o de un crédito)".¹³⁷ El término para el cumplimiento "indica el momento en que debe ser

¹²⁸ PRATO, Massimo, *Término esencial e adempimento tardivo*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 43.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ FORNO FLOREZ, Hugo, siguiendo a MIRABELLI, Giuseppe, *El plazo esencial y la tutela realitativa*, en *Estudios sobre el Contrato en General*, selección, traducción y notas de LEÓN HILARIO, Layman, segunda edición, ARA Editores, Lima, 2004, p. 994.

¹³¹ COMPAGNUCCI DE CASO Rubén H., *Op. Cit.*, p. 470.

¹³² VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *Op. Cit.*, p. 306.

¹³³ El cual regula que: "El plazo del arrendamiento de duración determinada no puede exceder de diez años. Cuando el bien arrendado pertenece a entidades públicas o a incapaces el plazo no puede ser mayor de seis años. Solo plazo e arérogas que excede de los términos señalados se entenderá referido a dichos plazos".

¹³⁴ COMPAGNUCCI DE CASO Rubén H., *Op. Cit.*

¹³⁵ TORRES VÁSQUEZ, Anibal, *Op. Cit.*, 414. LÖHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, sostiene que puede haber "plazos expreso, pero término tácito", tal sería el caso "derivado de una declaración de renta en la que se pacta que "al precio se pagará en los próximos meses de este año con el interés mensual convenido". Si el convenio se celebrara en Octubre, no sería aventurado afirmar que el pago debe hacerse en diez cuotas, una en Noviembre y otra en Diciembre" (*Op. Cit.*, 329 y 330). En mi opinión, se trata de un plazo o término implícito.

¹³⁶ BETTI, Emilio, *Op. Cit.*, p. 413.

¹³⁷ BIGLIAZZI GERI, Lina, BRECCIA, Umberto, BUSNELL, Francesco D. y NATOLI, Ugo, *Op. Cit.*, p. 969.

cumplida la prestación relativa a una obligación o aun crédito ya surgido".³⁸ Un ejemplo de término para el cumplimiento lo tenemos en el artículo 1148 del Código Civil, el cual establece que:

"El obligado a la ejecución de un hecho debe cumplir la prestación en el plazo y modo pactados o, en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso" (el subrayado es mío).

Comparto la opinión de quienes sostienen que "de no existir plazo, la obligación deberá ejecutarse inmediatamente, con la restricción señalada por el (...) artículo 182 del Código Civil".³⁹ Es importante tener presente el artículo 1240, que a la letra dice:

"Si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraído la obligación".

Doctrina nacional considera como excepciones a esta disposición, el ya citado artículo 182 del Código Civil y el artículo 1656 del Código Civil⁴⁰ (plazo legal de devolución en el contrato de mutuo).⁴¹

Se enumeran las siguientes características del término:⁴²

- El término, en cuanto modalidad de los negocios jurídicos, tiene que ser accidental a la especie genérica o disposición de voluntad que subordina.
- El término tiene que ser futuro respecto de la fecha de celebración del negocio y cierto. Se advierte que es distinto el supuesto de prohibición legal de plazos (o términos) especiales (artículos 1001 del Código Civil⁴³).
- Ni el plazo ni el término pueden ser ilícitos.
- Posibilidad física (sería inválido el pacto que fija el término para el 30 de febrero)
- Posibilidad jurídica.
- En principio, la llegada del término no opera retroactivamente.⁴⁴

I. Actos conservatorios en los actos sometidos a término suspensivo y resolutorio

El artículo 178 del Código Civil prescribe lo siguiente:

"Cuando el plazo es suspensivo, el acto no surtirá efectos mientras se encuentre pendiente.

Cuando el plazo es resolutorio, los efectos del acto cesan a su vencimiento.

³⁸ BIGLIAZZI GERI, Lina, BRECCIA, Umberto, BUSNELL, Francesco D. y NATOLI, Ugo, Op. Cit., p. 949.

³⁹ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario, Plazo y modo de la ejecución, Comentario al artículo 1148 del Código Civil, en Código Civil Comentado, Tomo V, Derecho de las Obligaciones, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 107.

⁴⁰ El cual regula que: "Cuando no se ha fijado plazo para la devolución a éste resulta de las circunstancias, se entienda que es de treinta días corridos desde la entrega".

⁴¹ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario, Tratado de las obligaciones, Vol. XVI, Segunda Parte, Tomo V Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1996, pp. 245 y 246.

⁴² LÖHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, Op. Cit., pp. 328 y 329.

⁴³ El cual disciplina que: "El usufructo es temporal. El usufructo constituido en favor de una persona jurídica no puede exceder de treinta años y cualquier plazo mayor que se fije se reduce a éste. Tratándose de bienes inmuebles de valor mobiliario de propiedad del estado que sean materia de restitución con fondos de personas naturales o jurídicas, el usufructo que constituya el Estado en favor de éstas podrá tener un plazo máximo de veinticinco años".

⁴⁴ LÖHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, Op. Cit., p. 330. Otro sector opina, "no cabe sentido plantear la cuestión de retroactividad, puesto que el efecto del término se produce siempre ex nunc" (BETTI, Emilio, Op. Cit.).

*Antes del vencimiento del plazo, quien tenga derecho a recibir alguna prestación puede ejercitar las acciones conducentes a la cautela de su derecho*⁴³

Se sostiene que "en el intervalo entre el cumplimiento del negocio jurídico y el advenimiento del término, hay un estado de pendencia cuyos efectos son en parte análogos y en parte diferentes de los previstos para la condición"⁴⁴, agregando que "pendiente el término, hay también aquí una expectativa, que no es todavía el derecho, pero que es ya más que la expectativa pendiente de la condición. La condición, siendo incierta, pone en tela de juicio, para todas las partes, la eficacia del negocio, el término, que es cierto (por lo menos certus an), no la pone en contingencia, sino que la aplaza".⁴⁵ Por ello, durante el estado de pendencia, quien del término establecido aguarda un derecho o la actualidad de un crédito, puede realizar todos los actos conservativos, como en el caso de la condición.⁴⁶

Doctrina nacional afirma que "es poco adecuado o al menos incompleto hablar de plazo resolutorio. Así es. Si por tal entendemos aquel durante el cual pueden ejercerse los derechos y concluido que fuere llega el término final, el concepto es correcto. Pero no lo es tanto si a continuación se dice que llegado el fin del plazo, el derecho se extingue".⁴⁷ En mi opinión el origen del problema está en pretender identificar simétricamente los efectos del término resolutorio con los de la condición resolutoria. Se trata de dos supuestos distintos: al verificarse la condición resolutoria, los efectos provisionales del negocio se vuelven definitivos; al cumplirse el término resolutorio, ya no se producen (se entiende que estamos en el supuesto de término de eficacia y no para el cumplimiento). El término de condición resolutoria es equivoco y mejor debería emplearse el de término final.

2. El beneficiario del término. La presunción favor debitoris

El artículo 179 del Código Civil norma que:

"El plazo suspensivo se presume establecido en beneficio del deudor; a no ser que del tenor del instrumento o de otras circunstancias resultase haberse puesto a favor del acreedor, o de ambos"

Desde el derecho romano clásico se consideró al término como un privilegio dado a los deudores.⁴⁸ Este modelo jurídico ha sido adoptado por el Código Civil francés y ha sido seguido por la mayoría de sus homólogos. Nota aparte el Código Civil argentino, cuyo artículo 570 establece que:

"El plazo puesto en las obligaciones, se presume establecido para ambas partes, a no ser que, por el objeto de la obligación o por otras circunstancias resultare haberse puesto a favor del deudor o del acreedor. El pago no podrá hacerse antes del plazo, sino de común acuerdo".

En estos mismos términos (salvo la última parte) está redactado el artículo 1127 del Código Civil español. Por ello, se advierte que:

"La consideración del plazo como un beneficio del deudor no tiene un valor absoluto. El plazo puede haber sido establecida en beneficio del acreedor. El ejemplo clásico es el del contrato de depósito, en el cual el depositario, deudor, está obligado a custodiar durante todo el tiempo convenido, pero el depositante, acreedor, está facultado en todo momento para exigir la entrega. La misma idea cabe aplicar al contrato bancario de depósito en cuenta

⁴³ BARBERO, Domingo, Op. Cit., p. 594. En sentido crítico, se afirma que "no se puede hablar de pendencia sino como estado de incertidumbre" (METTI, Enfoq. Op. Cit.).

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ LÖHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, Op. Cit., p. 334.

⁴⁷ COMPAGNUCCI DE CASO-Ruiz H., Op. Cit., p. 476, quien cita a ULPANO (Digesto, 45.1.4.1 y 50.17.17).

carriente o en cuenta de ahorro. En términos generales, el acreedor puede tener un interés legítimo en mantener a su deudor durante algún tiempo en su posición jurídica de deudor. Cabe igualmente pensar que a la confianza del acreedor en el deudor se une un interés del primero en retrasar la prestación, por percibir como contraprestación un precio medido precisamente en función del tiempo que la prestación tarde en realizarse, de manera que el tiempo determina una mayor rentabilidad del crédito.¹¹⁸

Doctrina nacional advierte que "hay un plazo, esto es, un período de tiempo durante el cual el acreedor no le está permitido exigir que el deudor cumpla. La extensión de este plazo está marcada por un término fijado por las partes, por el juez o por un tercero".¹¹⁹ Una excepción a esta regla la encontramos en el artículo 1611 del Código Civil, el cual determina que en el caso del contrato de suministro:

"El plazo establecido para las prestaciones singulares se presume en interés de ambas partes".

En sentido crítico, se afirma que

"No vemos razón jurídica poderosa para explicar que el plazo beneficie al deudor. Es razonable suponer que el deudor quiere obligarse en las condiciones más ventajosas para él y por ende retrasar en la posible su prestación. Pero de esta no puede extraerse un principio jurídico que lo que hace es favorecer al deudor en detrimento de un acreedor que desea obtener su crédito cuanto antes. Lo lógico hubiera sido establecer que el plazo beneficie a ambas partes, salvo que otra cosa se deduzca de las declaraciones de voluntad de los agentes o de las circunstancias del caso".¹²⁰ Es importante tener en cuenta que, desde que el artículo 179 del Código Civil habla de deudor, nos encontramos dentro de una relación obligatoria, por tanto, esta presunción *iuris tantum*, se da en el supuesto de término para el cumplimiento, no en el de eficacia.

Cabe renuncia al beneficio del término, si el mismo es a favor del deudor. Si el plazo es a favor del acreedor y del deudor, se tendrá que modificar la relación obligatoria por acuerdo de ambas partes. Siempre en el escenario del término para el cumplimiento, el inciso g. del artículo 5 de la Ley de Protección al Consumidor, Decreto Legislativo No. 716, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por el Decreto Supremo No. 039-2000-ITINCI, reconoce como uno de los derechos de los consumidores, el:

"Derecho, en toda operación de crédito, a efectuar pagos anticipados de las cuotas o saldos en forma total o parcial, con la consiguiente liquidación de intereses al día de pago, incluyéndose así mismo los gastos derivados de las cláusulas contractuales pactadas entre las partes".

Si el término de cumplimiento opera en beneficio del consumidor-deudor, este es titular del derecho al pre-pago o al pago anticipado. No comparto la opinión de quien sostiene que

"Esta norma pareciera que excluye lo que es una práctica común en contratos de crédito, la fijación de una penalidad por pagos anticipados. Al respecto, consideramos que debe primar la norma constitucional que establece el derecho de las partes en determinar el contenido contractual. Desde un aspecto económico, la penalidad busca cubrir el posible costo de relocalización del crédito. Si las penalidades fuesen prohibidas, dicho costo sería trasladado por las entidades financieras a todos los consumidores,

¹¹⁸ DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Los negocios obligatorios*, II, Civitas, quinta edición, Madrid, 1996, p. 329.

¹¹⁹ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *Op. Cit.*, p. 337.

¹²⁰ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *Op. Cit.*, p. 338.

generando el incremento en las tasas de intereses".¹³ En efecto, el argumento de la práctica común es falaz, pueden haber buenas o malas prácticas: si bien la norma constitucional establece la libertad de contratación, se debe entender la misma no como un derecho irrestricto del proveedor a imponer condiciones vejatorias a los consumidores y ello se logra con una interpretación sistemática de la propia Constitución, cuyo artículo 65 reconoce que "el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarias", del Código Civil (justo el artículo 179 del Código Civil) y la misma Ley de Protección al Consumidor, cuyo artículo 2 reconoce la interpretación pro consumidor; si bien están proscritas las penalidades no lo están los gastos en los cuales ha incurrido el proveedor. Por ello, la afirmación del encarecimiento de los costos, en este caso, resulta del todo injustificada.

3. Derecho de repetición de lo pagado por ignorancia

El artículo 180 del Código Civil dicta que:

"El deudor que pagó antes del cumplimiento del plazo suspensivo no puede repetir lo pagado. Pero si pagó por ignorancia del plazo, tiene derecho de repetición"

Siempre nos encontramos en un supuesto de término de la prestación, por ello se afirma que "este artículo es de aplicación cuando el término está establecido a favor del deudor y respecto de derechos crediticios".¹⁴ Dentro del capítulo de enriquecimiento injusto, el 813.II del Código Civil alemán, establece que:

"Si una obligación a plazo se cumple antes de tiempo el derecho a exigir la repetición queda excluida; no puede exigirse la devolución del interés del tiempo restante".

Autorizada doctrina alemana pone el siguiente ejemplo:

"Si el arrendador ha cedido antes al arrendatario la cosa arrendada por error acerca del período de arrendamiento, puede exigir su devolución de acuerdo a las normas sobre el enriquecimiento injustificado, porque la entrega de la cosa arrendada no se debe antes del período de arrendamiento. Si el arrendatario paga la renta por un tiempo respecto del cual aún no ha alquilado la cosa, dado que ha realizado una prestación no debida, le corresponde un derecho de repetición no obstante el 813.II, aunque por un período posterior deba como renta una cantidad igual. Sin embargo, si el arrendatario paga la renta antes de que comience el período de arrendamiento porque, por error, cree estar obligado a tal pago anticipado, según el 813.II no puede exigir la devolución de la cantidad pagada. En los contratos obligatorios sinalagmáticos de tracta sucesiva hay que tener en cuenta, además, que por razón de la relación de reciprocidad, las obligaciones mutuas dependen la una de la otra".¹⁵

El segundo párrafo del artículo 1185 del Código Civil italiano regula que:

"El deudor no puede repetir lo que ha pagado anticipadamente, aunque haya ignorado la existencia del término. Sin embargo, en este caso, él puede repetir, en los límites de la pérdida sufrida, aquella de lo cual el acreedor se ha enriquecido por efecto del pago anticipado".

Sobre este modelo jurídico se afirma que se trata de una tutela del deudor que ha incurrido en error "dirigida a poner remedio al pago anticipado frente a la pauperización y al enriquecimiento recíprocos no justificadas y eventualmente conexos (...). En efecto, una suma pagada como contraprestación antes del

¹³ FERRAND RUBINI, Enrique, Los derechos de los consumidores, en Ley de Protección al Consumidor. Comentarios. Presidentes Jurisprudenciales. Notas Complementarias, a cura de ESPINOZA ESPINOZA, Rodhas, Lima, 2004, p. 67.

¹⁴ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, Op. Cit.

¹⁵ FLUME, Werner, Op. Cit., p. 853.

vencimiento puede tener un valor superior al que tendría al tiempo del vencimiento. En tal caso el deudor es admitido a repetir, pero sólo dentro de los límites de la diferencia (el llamado *interusurium*).¹⁴

A nivel nacional, se entiende que “el error en este campo supone conocer la existencia de un término, pero no conocer su fecha, o lo que es igual, se tiene un conocimiento equivocado. La ignorancia es otro caso distinto: es creer lo no existencia del plazo y, por tanto, que la obligación es exigible, lo que equivale a falta absoluta de conocimiento”¹⁵, agregándose que “demostrado la ignorancia, la devolución debe incluir los intereses legales devengados desde la entrega anticipada”.¹⁶ Otro sector sostiene que “la ignorancia es ausencia de conocimiento y como tal se asimila al error, que es un vicio de la voluntad (...) que puede hacer anulable el acto jurídico. De ahí, que la ignorancia deba entenderse respecto a la existencia del plazo o de la oportunidad de su cumplimiento o de la fecha de su vencimiento, pues nada obsta para que el deudor concientemente efectúe un pago anticipado”.¹⁷ En mi opinión, si bien estoy de acuerdo que no hay diferencia sustancial alguna entre ignorancia y error, sí es relevante respecto de que “situación” recaen. Por ello, si el deudor paga antes de la fecha del término inicial creyendo que éste es antes de lo acordado, el error no da lugar a la repetición. Entendiéndose esta supuesta respecto del término de cumplimiento. Si el error (que el artículo 180 del Código Civil llama ignorancia), recaen en la creencia que no había plazo, sí hay repetición. En los efectos prácticos, al ser sumamente difícil probar este segundo supuesto, se termina siempre en la irrepitibilidad de lo pagado. No debemos olvidar que la regla es la exigibilidad inmediata del pago (*statim debetur*), la cual está descrita en el artículo 1240 del Código Civil, en los siguientes términos:

“Si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación”.

El artículo 1113 del Código Civil español, norma que:

“Será exigible desde luego toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto, o de un suceso pasado, que los interesados ignoren.

También será exigible toda obligación que contenga condición resolutoria, sin perjuicio de los efectos de su resolución”

Una atenta y autorizada doctrina explica que la regla de la exigibilidad inmediata del pago “no significa, en absoluto, que, en defecto del término, la obligación deba ejecutarse inmediatamente so pena que el deudor se encuentre en mora si no la cumple, puesto que la mora sin intimación sólo se produce en los casos en que existe plazo, pues es la llegada del plazo lo que aparece como determinante de la mora”.¹⁸ Así, la regla significa que “el deudor puede cumplir rápida e inmediatamente sin tener que esperar la llegada del plazo. Significa también que el acreedor puede reclamar el cumplimiento de la obligación, aunque para tal caso los imperativos de la buena fe permiten entender que el deudor debe

¹⁴ SIGLIAZZI GERI, Lina, BRECCIA, Umberto, BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo, Op. Cit., p. 970. Un tradicional doctrina propone dos ejemplos: “a) si el pago consiste en dar una suma, aunque para pagarla el deudor la haya retirado de un empleo fructífero, es por lo mismo seguro que el acreedor no estará obligado a restituir todos los intereses lucrados, si hubiese empleado la suma a una tasa mayor, como por el contrario, no estará obligado a restituir si no hubiese empleado la suma, porque faltaría el enriquecimiento. De aquí que parece posible arguir que en el caso de pago consistente en dar de renta, el acreedor no está nunca obligado a restituir alguna o la restitución de intereses, porque si antes el enriquecimiento no hubiese ocurrido por efecto del pago, sino del nuevo empleo dado a la suma recibida. b) Si el pago consistiese en la entrega de cosas (ejemplo: acciones de sociedad) y a la anticipación de el Acreedor con el pago de los débitos después de la entrega, pero antes de la obligación de entrega, era parecería que el deudor tenía derecho a la repetición, y así también de los intereses que, acrecidos con títulos, hubiesen sido extraídos y vencidos por los títulos entregados después de la entrega efectuada antes de término” (BARBERO, Domingo, Op. Cit., pp. 594 y 595).

¹⁵ LICHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, Op. Cit., p. 340.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ VIDAL RAMÍREZ, Ferrando, Op. Cit., p. 308.

¹⁸ DIEZ-PUCAZO, Luis, Op. Cit., p. 330.

disponer de un tiempo razonable para la ejecución de la prestación, cuando, aun siendo ésta inmediata, de su naturaleza o circunstancias se desprenda que un plazo, aunque sea mínimo, es necesario).⁴³

4. Pérdida del beneficio del término

El artículo 181 regula que:

"El deudor pierde el derecho a utilizar el plazo:

1. Cuando resulta insolvente después de contraída la obligación salvo que garantice la deuda. Se presume la insolvencia del deudor si dentro de los quince días de su emplazamiento judicial, no garantiza la deuda o no señala bienes libres de gravámenes por valor suficiente para el cumplimiento de su prestación.

2. Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que se hubiese comprometido.

3. Cuando las garantías disminuyeren por acto propio del deudor, o desaparecieran por causa no imputable a éste, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras equivalentes, a satisfacción del acreedor.

La pérdida del derecho al plazo por las causas indicadas en los incisos precedentes, se declara a petición del interesado y se tramita como procedimiento sumarísimo. Son especialmente procedentes las medidas cautelares destinadas a asegurar la satisfacción del crédito".

Los tres incisos de este artículo son prácticamente idénticos a los que, a su vez, se encuentran regulados en el artículo 1129 del Código Civil español y el artículo 1186 del Código Civil italiano. Se explica que esta disposición "parte de la premisa que el plazo se ha establecido a favor del deudor"⁴⁴, agregando que "es claro, sin embargo, que estamos ante un derecho del acreedor, de suerte que aunque haya concurrido uno de los supuestos del artículo, el deudor no incurre en falta si el acreedor no le intima al inmediato pago".⁴⁵ En mi opinión, estamos frente a una carga (entendida, se dijo anteriormente, como una situación jurídica dependiente de un derecho, destinada a obtener un resultado favorable).⁴⁶ En efecto, si el acreedor no cumple con la carga de la intimación, no obtendrá el resultado favorable de la caducidad del plazo en su beneficio. Justo por ello se dice que "el vencimiento del plazo no es automático".⁴⁷ También se afirma que "por tratarse de situaciones excepcionales, la ley ha querido limitar claramente los supuestos y ha establecido un *numerus clausus*".⁴⁸ Otros casos se encuentran en los artículos 1427⁴⁹ (la excepción de caducidad de plazo), y 1323 del Código Civil⁵⁰ (incumplimiento del pago en cuotas periódicas)

Se advierte que por insolvencia debe entenderse "una situación objetiva del patrimonio del deudor, aunque no se haya producido una declaración judicial de concurso o quiebra".⁵¹ Lo mismo se diga del procedimiento administrativo ante la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI respecto de la resolución que declara la situación de concurso. Lo relevante es la incapacidad de pago

⁴³ DIEZ-PICAZO, Luis, siguiendo a Vicente Luis MONTES PENADES, *Op. Cit.*, pp. 330 y 331.

⁴⁴ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, *Op. Cit.*, 341.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ SCOZZAFAVA, Oberdan Tammaso, *voir Dnote*, en *Enciclopedia del Diritto*, XXX, Giuffrè, Milano, 1981, p. 100.

⁴⁷ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, *Op. Cit.*, p. 342.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ El cual establece que: "Si después de contraído un contrato con prestaciones recíprocas sobreviene el riesgo de que la parte que debe cumplir en segundo lugar no pueda hacerlo, la que debe efectuar la prestación en primer lugar puede suspender su ejecución, hasta que aquella satisfaga la que le corresponde o garantice su cumplimiento".

⁵⁰ Cuyo tenor es el siguiente: "Cuando el pago deba efectuarse en cuotas periódicas, el incumplimiento de tres cuotas sucesivas o no, concede al acreedor el derecho de exigir al deudor el inmediato pago del saldo, disminuido por vencidos las cuotas que estuvieran pendientes, salvo pacto en contrario".

⁵¹ DIEZ-PICAZO, Luis, *Op. Cit.*, p. 333.

que "ha de medirse por la relación del activo realizable frente al pasivo exigible".¹¹⁶ Se observa que hay que distinguir la insolvencia definitiva de la provisional: "la primera consiste en la situación por la cual el activo del deudor es inferior a su pasivo, o simplemente tiene pasivo y carece de activo; la insolvencia temporal o provisional se aprecia cuando se trata de un deudor cuyo activo es superior al pasivo, pero por no poder realizarlo de inmediato, no puede afrontar sus obligaciones (fundamentalmente pecuniaras) en una fecha cierta".¹¹⁷ Nótese que se habla del empazamiento judicial y no de resolución.

Respecto del vencimiento anticipado por alteración de garantías, se sostiene que "el fundamento de la regla se encuentra en la estrecha relación que existe entre el plazo considerado como beneficio del deudor y la existencia de las garantías o seguridades del crédito. Puede existir entre uno y otro elemento alguna relación de causalidad: el plazo se concede porque la deuda se garantiza; pero, aunque tal relación causal no exista, una desaparición de las condiciones económicas sobre las que el pago aplazado se convino, debe experimentar algún influjo en la suerte de la obligación".¹¹⁸ Respecto del artículo 181.2, se podría decir que "la aplicación del precepto requiere la existencia de un "compromiso" o, dicho de otro modo, de un negocio jurídico suficiente para que de él derive la obligación de constitución de garantías. No es, por tanto, aplicable a los promesas informales o a las garantías aludidas en las conversaciones previas, en vista de las cuales el acreedor haya sido inducido o conceder el término, sin perjuicio de que algunos de los supuestos indicados puedan llegar a ser calificadas como dolo". Así,

"La exigibilidad anticipada parece encontrar su fundamento en el incumplimiento de la obligación de constitución de la garantía, lo que conduce a entender, que ha de tratarse de un incumplimiento voluntario o culposo. Aunque la idea expuesta deba considerarse en términos generales admisible, para valorar la culpa será preciso analizar la diligencia o falta de diligencia con que el deudor asumió el compromiso de constitución de una garantía, que resulta después imposible (por ejemplo, se comprometió a presentar un fiador porque había tenido con él algunas conversaciones y el fiador luego se niega; prometió constituir una hipoteca pero la titulación de los bienes que debía serle conocida, se lo impide)".¹¹⁹

Se observa que el texto no establece un término para la obtención de las garantías.¹²⁰

A propósito de la disminución de garantías, se sostiene que esta expresión "es bastante amplia y hace referencia al hecho de que la conducta del deudor haya producido un efecto reductor de la seguridad de que, por virtud de aquellas garantías, se beneficiaba el crédito. Se trata, por consiguiente, de una minoración y disminución de la seguridad, que lo mismo puede producirse por actos materiales que por actos propiamente jurídicos. La disminución puede, al mismo tiempo, ser una disminución física o una disminución del valor".¹²¹ En el caso de la desaparición, "puede ser destrucción total" o la extinción de la garantía "por causas específicamente jurídicas".¹²² Nótese que el artículo 181.3 se refiere al concepto de causa no imputable, la cual puede ser objetiva (artículo 1315 del Código Civil, que se refiere al caso fortuito o fuerza mayor) o subjetiva (artículo 1314 del Código Civil, que se refiere a la diligencia ordinaria requerida).¹²³

¹¹⁶ DIEZ-PICAZO, Luis, Op. Cit., p. 324.

¹¹⁷ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, Op. Cit., 343, quien sostiene, en opinión que comparto, que este inciso "alude a ambos variantes de insolvencia" (Cr.).

¹¹⁸ DIEZ-PICAZO, Luis, Op. Cit.

¹¹⁹ *Ibid.*, pp. 335 y 336.

¹²⁰ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, Op. Cit., p. 344.

¹²¹ DIEZ-PICAZO, Luis, siguiendo a Vicente Luis Mantas Penados, Op. Cit., p. 326.

¹²² DIEZ-PICAZO, Luis, Op. Cit.

¹²³ Sobre el particular, permitíame remitir a mi libro *Derecho de la Responsabilidad Civil*, Cuarta Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 209.

5. Fijación judicial del término

El artículo 182 del Código Civil prescribe que:

"Si el acto no señala plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujese que ha querido concederse al deudor, el juez fija su duración.

También fijará el juez la duración del plazo cuando éste haya quedado a voluntad del deudor o un tercero y éstos no lo señalasen.

La demanda se tramita como proceso sumarísimo"

Salvo algunos matices, este artículo sigue fielmente al artículo 1128 del Código Civil español. Por ello, "se ha señalado que la fórmula literal del precepto no es especialmente afortunada, pues el supuesto que en él se contempla no es el de falta de señalamiento de un plazo, hipótesis suficientemente resuelta con la regla de exigibilidad inmediata (artículos 1240 del Código Civil y 1113 del Código Civil español) sino de obligaciones de carácter duradero en las que lo que no se ha establecido es la duración del plazo. No se trata de un plazo tácito, sino de una situación que objetivamente requiere una determinada duración temporal para que los derechos y las obligaciones de las partes puedan hacerse efectivos".¹⁷⁰

6. Reglas para la determinación del término

El artículo 183 del Código Civil regula que:

"El plazo se computa de acuerdo al calendario gregoriano, conforme a las siguientes reglas:

1. El plazo señalado por días se computa por días naturales, salvo que la ley o el acto jurídico establezcan que se haga por días hábiles.

2. El plazo señalado por meses se cumple en el mes de vencimiento y en el día de éste correspondiente a la fecha del mes inicial. Si en el mes de vencimiento falta tal día, el plazo se cumple el último día de dicho mes.

3. El plazo señalado por años se rige por las reglas que establece el inciso 2.

4. El plazo excluye el día inicial e incluye el día del vencimiento.

5. El plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente".

El artículo 184 del Código Civil, por su parte, dispone que:

"Las reglas del artículo 183 son aplicables a todos los plazos legales o convencionales, salvo disposición o acuerdo diferente".

Sobre el calendario gregoriano se sostiene "que ha adquirido la condición de "calendario universal", ya que solamente Israel y los países árabes mantienen sus respectivos calendarios, aunque por razones de índole práctica suelen recurrir en sus periódicos y en los documentos de trato comercial a la doble datación".¹⁷¹

IV. EL CARGO O MODO

El cargo o modo es la obligación que se le impone al beneficiario de una liberalidad cuyo incumplimiento no acarrea la ineficacia del negocio; pero sí responsabilidad contractual (si el

¹⁷⁰ DIEZ-PICAZO, Luis, Op. Cit., p. 331.

¹⁷¹ MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Calendario gregoriano y Dos Delicias Wlcz Szrajfeld*, en *Homenaje a Delicias Wlcz Szrajfeld*, IV, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2000, p. 459.

beneficiario es el propio imponente) o una acción por enriquecimiento indebido (si el beneficiario es un tercero determinado o indeterminado).

Se afirma que "el modo es la disposición negocial mediante la cual, en una donación o atribución por causa de muerte, el donatario o instituido queda obligado a una prestación. Dado que la atribución se efectúa bajo modo, la conservación de la atribución por el beneficiario sólo está justificada si cumple el modo. No obstante el cumplimiento del modo no es por sí sólo la causa de la atribución. En primer plano se encuentra la atribución gratuita. De ahí que con base en el modo, junto a la pretensión de cumplimiento sólo se conceda una pretensión limitada por enriquecimiento contra el gravado del modo".⁸⁸ Otro sector de la doctrina entiende que, "del "modo" surge una obligación a favor del disponente o de un tercero. El modo se puede definir, entonces, como una cláusula accesoria que comporta el surgimiento de una obligación con función de límite del provecho recibida por el beneficiario de una liberalidad o de una atribución gratuita (modo, del latín *modus*, significa, cabalmente, medida, límite)".⁸⁹ En mi opinión, dada la naturaleza jurídica del cargo o modo, cual es la de una obligación que se impone al beneficiario de una liberalidad, su incumplimiento genera responsabilidad contractual (si el beneficiario es el propio imponente) o una acción por enriquecimiento indebido (si el beneficiario es un tercero determinado o indeterminado).

En este sentido, "la obligación que surge del *modus* no se sitúa en un nexo de correlatividad con la atribución patrimonial recibida por el heredero, el legatario o el donatario. No se puede hablar de "intercambio" entre la atribución y la obligación; no sólo porque la obligación, en el caso de testamento, no puede, obviamente, concebirse en provecho del testador ahora difunto, y en el caso de la donación, en general, va en beneficio de intereses económicos de terceros; sino también —y sobre todo— porque no es el fundamento económico que respalda o justifica la atribución patrimonial. Lo cual está confirmado por la propia disciplina del código (italiano y peruano)".⁹⁰

El cargo o modo "se distingue de la condición porque no incide en la eficacia del negocio en el cual accede. Por tanto, la condición hace incierta la eficacia del contrato; pero no obliga. El *modus*, en cambio, obliga pero no modifica la eficacia del contrato, de tal manera que la prestación principal debe ser realizada, prescindiendo del cumplimiento de la obligación modal, que no transforma el contrato gratuito en contraprestación".⁹¹ También se le debe diferenciar de la carga. Las cargas han sido definidas como "imperativos del propio interés. En eso se distinguen de los deberes, que siempre representan imperativos impuestos por el interés de un tercero o de la comunidad".⁹² Se trata de "las condiciones de la conservación de un derecho, cuyo cumplimiento se necesita por la particularidad del derecho que ha de conservarse"⁹³, es decir, "situaciones de necesidad de realizar un determinado acto para evitar que sobrevenga un perjuicio".⁹⁴ Un ejemplo de esta situación lo tenemos en el artículo 1338 del Código Civil, el cual establece que:

"El acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación".

⁸⁸ FLUPE, Werner, Op. Cit., p. 894.

⁸⁹ BIGLIAZZI GER, Lina, BRECCIA, Umberto, BUSNELL, Francesco D. y NATOLI, Ugo, Op. Cit., p. 971.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 972.

⁹¹ GAZZONI, Francesco, Op. Cit., p. 941.

⁹² GOLDSCHMIDT, James, Teoría general del proceso, traducido por Leonardo PRETO CASTRO, Editorial Labor, Barcelona, 1936, p. 82. También en Derecho procesal civil, traducido por Leonardo PRETO CASTRO, Editorial Labor, Barcelona, 1936, p. 203.

⁹³ GOLDSCHMIDT, James, Teoría general del proceso, Cit.

⁹⁴ GOLDSCHMIDT, James, Derecho procesal civil, Cit.

Otro sector de la doctrina, en vez de emplear la categoría de carga, prefiere la de "deberes secundarios de conducta", es decir "hechos previos, sin los cuales el deudor no está en condiciones de ejecutar la prestación debida".⁸¹ También se habla de "actos de colaboración del acreedor".⁸²

1. Antecedentes históricos

En el antiguo Derecho Romano, el *modus* servía para burlar ciertas prohibiciones legales, como la prohibición de donación entre cónyuges. En este caso se usaba la *donatio mortis causa sub modo*: la mujer le daba al marido sus fondos de tierra en fiducia con la obligación de devolverlo a su muerte al hijo común. Sin embargo, esta función indirecta del *modus* ha perdido mucha importancia en el Derecho moderno.⁸³ En el antiguo Derecho Romano, se hacía prestar caución al legatario "al efecto de garantizar el cumplimiento del cargo, autorizando al heredero, o en general a la persona encargada del legado para rehusar la entrega del mismo al legatario, mientras no diera esa seguridad".⁸⁴

En el primitivo Derecho Romano "se ignora la transferencia de la propiedad a título gratuito y solo se conoce la transferencia a título oneroso".⁸⁵ En la época de Justiniano, ya se distingue el *modus* de la condición suspensiva.⁸⁶ Fue el Cristianismo "quien elevó la caridad al puesto de un factor social importante".⁸⁷ De ahí vienen las *pio causae*.

2. Naturaleza jurídica del modo

La doctrina española que vengo siguiendo ha sistematizado las siguientes teorías:⁸⁸

- Teoría de la modalidad, se entiende al modo como "una cláusula adjunta a un acto jurídico, con el fin de restringir o modificar la extensión de los derechos creados como el mismo".⁸⁹ Se critica esta posición afirmando que "semejantes fórmulas, que confunden el concepto del modo (de elaboración histórica y sentido técnico) con la idea vulgar de modalidad, tienen que ser rechazadas por su inexactitud y generalidad excesiva".⁹⁰
- Teoría del fin, como la determinación expresa de un fin secundario del acto jurídico. Para ello, "es preciso que se trate de un fin secundario (para excluir la causa, que es el fin principal del acto), que sea referente al futuro (con lo cual eliminamos los motivos del acto), que no afecte a la existencia del fin del principal, o lo que es igual, que no envuelva una condición suspensiva (descartando con ello la idea de condición) y, por último, que ese fin vincule y sea obligatoria (para no confundir el modo con el consejo o *nudus praeceptum*)".⁹¹
- Teoría de la aplicación patrimonial, como "determinación accesoria mediante la cual el que transfiere, por disposición de última voluntad o por donación, un derecho de bienes, impone

⁸¹ MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *La mano en el derecho privado, romano y comparado*, Tomo XII, Trujillo, 2006, p. 40.

⁸² OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, María, *Tratado de las obligaciones*, Vol. XVI, Cuarta Parte, Tomo XIV, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2003, 2306. Los autores entienden que "constituyen, en buena cuenta, obligaciones que en muchos casos pueden desapreciarse como tales, pues son abstracciones como obligaciones de "segundo rango" o de "segunda categoría" (Cf.).

⁸³ CASTÁN, José, El "modo" en los actos jurídicos, en *Revista de Derecho Privado*, Tomo V, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, enero-diciembre, 1916, pp. 94 y 95.

⁸⁴ CASTÁN, José, *Op. Cit.*, p. 98.

⁸⁵ CASTÁN, José, El "modo" en los actos jurídicos, II, en *Revista de Derecho Privado*, Tomo VI, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, enero-diciembre, 1919, p. 103.

⁸⁶ CASTÁN, José, *Op. Cit.*, p. 109.

⁸⁷ CASTÁN, José, siguiendo a VON IHERING, Rudolf, *Op. Cit.*, p. 103.

⁸⁸ CASTÁN, José, El "modo" en los actos jurídicos, II, en *Revista de Derecho Privado*, Tomo VIII, segunda edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, enero-diciembre, 1921, pp. 212 y ss.

⁸⁹ ALBRY, Charles y RALI, Charles Frédéric, CAPTANT, Henri, citados por CASTÁN, José, *Op. Cit.*, p. 212.

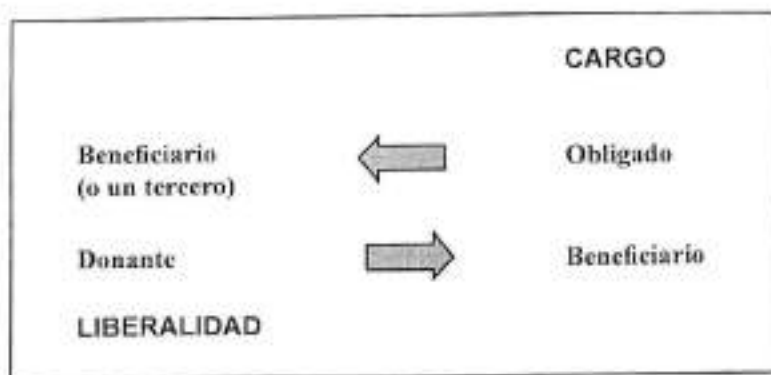
⁹⁰ CASTÁN, José, *Op. Cit.*, p. 212.

⁹¹ CASTÁN, José, *Op. Cit.*, pp. 213 y 215.

al favorecida la obligación de emplearlos; total o parcialmente, en la obtención de cierto fin".¹⁹²

- d) Teoría de la carga, como una "carga aneja a una atribución patrimonial, impuesto al que recibe una liberalidad o, más en concreto, como una carga impuesta al que recibe una liberalidad".¹⁹³ Se advierte que "hay que entender por *modus* un vínculo jurídico cualquiera y no sólo una pérdida patrimonial ni una prestación valuable en dinero".¹⁹⁴ Además, se debe distinguir al modo de las cargas de la herencia (pago de deudas) o de las cargas reales (servidumbre). Estas son obligaciones que pesan sobre la herencia o los bienes donados, las cargas modales recaen personalmente sobre el beneficiario.¹⁹⁵
- e) Teorías eclécticas, combinan el fin, la aplicación patrimonial y prestación personal.¹⁹⁶
- f) Teoría de la obligación accesoria, "el modo es una prestación como la que es objeto de una obligación cualquiera".¹⁹⁷

Se llega a la conclusión, en posición que comparto plenamente, que el modo es "una obligación accesoria impuesta al que recibe una liberalidad".¹⁹⁸ El siguiente cuadro nos puede ayudar en la comprensión de la naturaleza de esta categoría:



En efecto, debemos tener en cuenta que nos encontramos en una relación jurídica principal: aquella generada por el acto de liberalidad (donación, herencia o legado), en la cual hay un transferente (que sería el donante del cuadro) y un beneficiario. Por otro lado, al imponerse el cargo, surge una relación obligatoria accesoria, en la cual el beneficiario deviene en obligado y hay un beneficiario del cargo (que puede ser el mismo sujeto que efectuó la liberalidad –que también se le llama imponente del cargo– o un tercero).

3. Los elementos del cargo o modo. Aspectos relevantes

Son los siguientes:¹⁹⁹

- a) Obligatoriedad, "no ofrece duda que el *modus* requiere el elemento de la obligatoriedad, o, lo que es igual, la intención por parte del disponente de crear un vínculo obligatorio; de otro modo, existiría

¹⁹² CASTAN, José, Op. Cit., p. 215.

¹⁹³ Loc. Cit.

¹⁹⁴ CASTAN, José, Op. Cit., p. 216.

¹⁹⁵ Loc. Cit.

¹⁹⁶ Loc. Cit.

¹⁹⁷ CASTAN, José, Op. Cit., p. 217.

¹⁹⁸ Loc. Cit.

¹⁹⁹ Loc. Cit.

un simple consejo o deseo (*nudum praeceptum*), cuyo observancia se esperará de la gratitud u honorabilidad del favorecido, pero que no tendrá valor jurídico".²⁶⁹

- b) Accesoriedad, si bien el modo es una obligación "hay que justificar su carácter de obligación accesoria, es decir, excepcional, y extraña a la naturaleza del acto a que se incorpora".²⁶⁹
- c) Gratuidad, por cuanto sólo puede recaer sobre actos a título gratuito.
Sus aspectos más relevantes son:²⁷⁰
 - a) El modo no modifica los efectos típicos al negocio al cual se incardina, aunque le agrega otros que limitan económicamente los primeros, de suerte que tradicionalmente se ha dicho que es la más accesoria de las modalidades.
 - b) Si bien conceptualmente autónomos el modo y la liberalidad, el primero descansa en la segunda, de suerte que encuentra su fundamento jurídico en una atribución que enriquece al gravado y por cuyo mérito se le puede exigir el cargo.
 - c) Corolario de lo anterior es que el cumplimiento del modo solamente se puede demandar una vez hecha efectiva la liberalidad.
 - d) Como el modo va unido a la liberalidad, el autor de esta puede disponer que el beneficiario de la prestación que se le exige al gravado sea el propio disponente o un tercero, quien adquiere un derecho a reclamar el cumplimiento del cargo.

Como ya se mencionó, el cargo es diferente de la condición: el cumplimiento del cargo hace que se produzcan los efectos del acto sometido a condición suspensiva y convierte en definitivos los efectos provisionales del acto sometido a condición resolutoria. En el cargo, su cumplimiento no incide sobre los efectos del acto principal (la liberalidad). Se afirma que "las normas de regulación del modo sólo pueden aplicarse a los testamentos, donaciones y a ciertos supuestos de rentas vitalicias".²⁷¹

El artículo 185 del Código Civil regula que:

"El cumplimiento del cargo puede ser exigido por el imponente o por el beneficiario. Cuando el cumplimiento del cargo sea de interés social, su ejecución puede ser exigida por la entidad a la que concierne".

Se sostiene que "el cumplimiento de los cargos constituye una obligación para el beneficiario de la liberalidad. El problema consiste en determinar la naturaleza de dicha obligación y las consecuencias de su incumplimiento".²⁷² La aceptación se puede producir expresa o tácitamente, salvo que se trate de un incapaz, caso en el cual su representante legal requiere autorización (artículos 448.9 y 532.1 del Código Civil).²⁷³ Debe tenerse en cuenta que "el modo no tiene carácter conmutativo, compensatorio o de equilibrio patrimonial, ni siquiera en parte, sino meramente limitativo".²⁷⁴ Sin embargo, como ya se mencionó, si bien el cargo no repercute en los efectos de la liberalidad principal, su incumplimiento genera una responsabilidad contractual, ya que la naturaleza del mismo es la de una obligación. La legitimidad para solicitar su cumplimiento la tienen tanto el imponente del cargo como el beneficiario, además de la entidad social, según sea el caso. En otra sede observé, siguiendo un sector de la doctrina italiana, que la naturaleza jurídica de la erogación, destinada a cumplir el fin del comité, es

²⁶⁹ CASTÁN, José, *Op. Cit.*, p. 218.

²⁷⁰ *Ibid.*

²⁷¹ LÖHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, *Op. Cit.*, pp. 351 y ss.

²⁷² LÖHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, *Op. Cit.*, p. 352.

²⁷³ *Ibid.*

²⁷⁴ LÖHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, *Op. Cit.*, p. 354.

²⁷⁵ LÖHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, *Op. Cit.*, p. 355.

"La obligación de cumplir los cargos impuestos para la adquisición de un derecho pasa a los herederos del que fue gravado con ellos, a no ser que sólo pudiesen ser cumplidos por él, como inherentes a su persona."

En este caso, si el gravado muere sin cumplir los cargos, la adquisición del derecho queda sin efecto, volviendo los bienes al imponente de los cargos o a sus herederos."

En mi opinión la disposición del artículo 188 del Código Civil desnaturaliza el cargo. En efecto, si la nota característica del cargo es que su incumplimiento no afecta la liberalidad (cómo se entiende que si se trata de una obligación *in tuto* persona los bienes vuelvan al imponente o a sus herederos?) En este caso, el cargo deja de ser tal y se convierte en una condición resolutoria.

El artículo 189 del Código Civil norma que:

"Si el hecho que constituye el cargo es ilícito o imposible, o llega a serlo, el acto jurídico subsiste sin cargo alguno".

Con esta disposición se comprueba que el cargo es un elemento verdaderamente accesorio, por cuanto su ilicitud o imposibilidad no afectan la relación jurídica principal; pero si opera la regla contraria, es decir, si la liberalidad es ilícita o imposible, también afectaría al cargo (*accessio cedit principii*). Se afirma que "si el cargo es siempre una obligación que debe cumplir el obligado tiene que participar de los requisitos de la prestación. La posibilidad o no de su cumplimiento debe juzgarse con un criterio objetivo, y se mide tanto a lo jurídico como a lo físico".²²³

4. Un caso sobre incumplimiento del cargo

Ángel de las Casas Silva, en su testamento de fecha 29.01.32 y en su codicilo del 18.08.34, dejó en legado a la Sociedad de Beneficencia Pública de Lima los inmuebles que fueron de su propiedad ubicados en Jr. La Mar No. 823, 835, 851, 859 y 863 y Jr. Junín No. 520 del distrito de Pueblo Libre, con el cargo que destinase dichos inmuebles para la construcción de un asilo que albergue "señoritas pobres y decentes", al cual se le denominaría "Casa de Nuestra Señora de los Angeles". Se disponía además que la viuda del señor de las Casas mantendría el usufructo de los inmuebles hasta su muerte. Se nombró como albacea a su sobrina Clotilde Alvaríño de Lisson, a fin de que entregase a la Sociedad de Beneficencia dichos inmuebles y vigilase la construcción de dicho albergue. Con fecha 16.03.62, la albacea hace la respectiva entrega. Lejos de no construir el albergue, con fecha 12.08.88, la Sociedad de Beneficencia hipotecó dichos inmuebles en favor de la Caja de Ahorros de Lima, hasta por la suma de US\$ 451,411.20. Con escritura pública de dación en pago del 28.08.95 y su modificatoria del 01.03.96, la Sociedad de Beneficencia transfirió la propiedad de los inmuebles a favor de la Caja de Ahorros de Lima en Liquidación, vendiéndose posteriormente a favor de la Orden de Agustinos Recoletos. Se pone en conocimiento del juez que el demandante interpuso un proceso de nulidad de contrato de dación en pago e hipoteca por la misma causa y el Décimo Sexto Juzgado en lo Civil de Lima, con Resolución No. 59, del 18.08.00, fue declarada infundada la demanda, siendo confirmada por la Corte Superior y la Corte Suprema. Ante tal manifiesto incumplimiento del cargo, el nieto del causante, con fecha 10.05.02, interpone una demanda de indemnización por enriquecimiento indebido.

La Sociedad de Beneficencia contesta la demanda argumentando que la acción ha prescrito el 14.11.94 (10 años después de la entrada en vigencia del Código Civil), no se ha perjudicado los derechos de los herederos forzosos porque el testador dispuso de su porción disponible y que el único que se encuentra facultado para cuestionar o exigir el cumplimiento de la voluntad es el albacea. Respecto del proceso de nulidad de contrato de dación en pago e hipoteca, se explica que

²²³ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., Op. Cit., p. 490.

se declaró infundada la demanda, por cuanto la Sociedad de Beneficencia, al ser propietaria, tenía la facultad de disposición del bien.

El Fiscal Adjunto Provincial de la Fiscalía Provincial Civil de Lima, en su dictamen del 24.03.03 opinó que la demanda debe ser declarada infundada, por cuanto:

"Si bien la demandada incumplió con el cargo que se le impuso en el testamento otorgado por Ángel De las Casas Silva y Sara Menéndez Guerrero, dicho incumplimiento no ha generado la obligación de indemnizar ante la ausencia de daños generados al recurrente".

El Décimo Cuarto Juzgado Civil de Lima, con Resolución No. 16, del 11.07.04, declaró fundada en parte la demanda, entendiendo que la Sociedad de Beneficencia debe pagar a favor del demandante y a todos los herederos la suma de US\$ 150,000.00 o su equivalente en moneda nacional, atendiendo a que, con respecto al ya mencionado proceso sobre nulidad del acto jurídico:

"La decisión judicial se sustentó en que la donación hecha por el albacea había transferido de modo definitivo la propiedad del inmueble a favor de la demandada, estableciéndose en el noveno considerando de la sentencia citada en primer lugar que "(...) en el supuesto de que la Beneficencia Pública de Lima, no haya cumplido con efectuar las obras encomendadas por los legatarios, son los perjudicados de esa omisión los que tienen que seguir las acciones pertinentes, omisión que no puede servir de fundamento para la nulidad del acto jurídico (...)".

De ese fundamento se infiere que el cargo no afectó el derecho de la donataria a transferir el dominio y por eso su incumplimiento no podía dar lugar a la nulidad del acto jurídico de donación en pago pero sí al ejercicio de las acciones pertinentes, habilitando al heredero del constituyente para el ejercicio de la presente acción indemnizatoria por enriquecimiento inelebido.

(...) En efecto, la demandada pacíficamente reconoce que no ha cumplido el cargo impuesto pero niega que ello la obligue al pago que se pretende; basando su defensa, fundamentalmente, en que los herederos del causante no han sufrido daños porque recibieron otros bienes y que la única persona facultada para reclamar por el incumplimiento de la voluntad del testador es la albacea Cíotilde Alvarado de Lissón.

(...) El primero de estos argumentos no es atendible porque los herederos al margen de haber recibido otros bienes o no, han sucedido a su causante y, por tanto, están facultados para reclamar el pago de daños por no haberse respetado la última voluntad de su causante, en la medida que la demandada lejos de destinar el inmueble a los fines altruistas para los que le fue legado aprovechó, primero, su uso y después, su valor aplicándolo a cancelar obligaciones propias que la llevaron a suscribir la escritura pública de donación en pago.

(...) Igual suerte corre el segundo de los argumentos expuestas por la demandada, tanto porque conforme al artículo 734 del Código Civil de mil novecientos treinta y seis, vigente cuando Ángel de las Casas Silva otorgó su testamento y reproducido en el artículo 787 del Código Civil actual, al albacea no le corresponde exigir que el cargo se cumpla, cuanto porque en el caso concreto de autos el testador no designó como albacea a Cíotilde Alvarado y a los nombrados no impuso la obligación de velar por el cumplimiento del cargo.

(...) La transferencia hecha por la legataria sin haber cumplido el cargo o transferirlo a la nueva adquirente, le ha procurado un beneficio sin causa ya que aplicó el valor del inmueble a la cancelación de deudas propias destinando la propiedad a fines diferentes a los dispuestos por el testador y causando daños a sus herederos ya que éstos vieron mermadas

sus legítimas al sustraerse el inmueble legado de la herencia que les correspondía sin que a cambio hubieran visto satisfecha la última voluntad de su causante.

Esta situación configura el supuesto fáctico del artículo 1954 del Código Civil que sujeta a la demandada a la consecuencia jurídica prevista en la norma, es decir, a la obligación de indemnizar a quien se empobreció a expensas suyas.

(...) El análisis precedente conduce a que se ampare la pretensión indemnizatoria, cuyo monto se fijará prudencialmente teniéndose en cuenta que la legataria vino poseyendo el inmueble desde la fecha de su entrega hasta que lo transfirió a favor de la Caja Municipal de Ahorros de Lima por escritura pública de fojas doscientos cincuenta y uno de los pedáos, así como que su valor a la fecha de la transferencia fue de cuatrocientos catorce mil novecientos dólares.

Con el mismo propósito se considerará que el inmueble fue bien social de Ángel de las Casas Silva y de su cónyuge doña Sara Menéndez Guerrero y, por tanto, la indemnización se fijará a favor de la sucesión del primero como patrimonio autónomo del que forma parte el demandante y en nombre de quienes obra, tal como lo expresa en el décimo y decimotercero fundamento de hecho de su demanda" (el subrayado es mío).

Como era de esperarse, con escrito del 12.07.04, la Sociedad de Beneficencia apeló esta Resolución, insistiendo en el hecho que el actor no ha demostrado el daño que se le ha producido. La Segunda Fiscalía Superior de Lima, en su Dictamen No. 039-2006-MP-2ª FSCL, del 30.01.06, es de la opinión que se revoque la sentencia apelada, por cuanto:

"La liberalidad fue otorgada con carga, es decir, se donaron los inmuebles para que se les destine a un fin expreso y específico, para lo cual la aquí demandada al aceptar el legado se comprometió a cumplir con la voluntad de los donantes, como se aprecia de la quinta cláusula del testimonio de donación de fojas 39, cargo con el que evidentemente no cumplió, como ha quedado acreditado en autos.

No obstante ello, es incuestionable que dichos bienes ingresaron en la esfera patrimonial de la demandada, quien ejerció sus potestades sobre ellos durante largo tiempo, sin cumplir con el cargo de la donación y antes de darlo en pago a la Caja de Ahorros de Lima en liquidación, sin que dicho incumplimiento hubiera sido cuestionado. Ahora corresponde determinar si la empleada al haber ejercido su potestad de disposición sobre dichos bienes incumpliendo el cargo, se ha enriquecido indebidamente. En tal contexto, referiremos que dichos inmuebles pasaron a formar parte del patrimonio de la empleada por voluntad expresa del donante, sin afectar la legítima de sus herederos forzosos, esto es, se trató de un acto de liberalidad sobre su tercio de libre disposición; en cuyo caso no se puede hablar de un empobrecimiento por parte de quienes no heredaron sus bienes, de otro lado, no se ha acreditado en autos el enriquecimiento indebido de la demandada, ya que en estricto realizó un acto de disposición sobre bienes de su propiedad" (el subrayado es mío).

La Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con Resolución No. 9, del 06.12.06, revocó la sentencia de primera instancia, argumentando que:

"Es de acotar que los bienes pasaron a la esfera patrimonial de la entidad empleada por voluntad expresa del donante (en este caso el abuelo del demandante), sin afectar la legítima de sus herederos, dado que se trató de un acto de liberalidad sobre la parte de libre disposición; (...)

En tal medida no se puede invocar que hubo un enriquecimiento indebido en detrimento del accionante, dado que los bienes donados no formaron parte de la masa hereditaria por propia voluntad del testador, quien hizo uso de su derecho de libre disposición:

(...) Asimismo, daba tenerse en cuenta que para estar ante un supuesto de responsabilidad y consiguiente indemnización se debe probar el daño, el nexo causal y el factor de atribución; en cuanto al daño este debe ser cierto e injusto. El nexo causal es la relación causa-efecto que existe entre la conducta que se reprocha y el resultado dañino y los factores de atribución pueden ser de naturaleza subjetiva u objetiva, según se esté ante un supuesto de responsabilidad contractual o extracontractual (17):

(...) En este sentido, en el caso que nos ocupa no hay un nexo causal entre las partes, a efecto de poder determinar una indemnización como la reclamada por el accionante, lo que se corroboraba inclusive del expediente acompañado, del que se desprende que se desestimó la nulidad de actos jurídicos de parte del mismo accionante".

Estas decisiones motivan las siguientes reflexiones:

- La moraleja de este proceso es clara: cuando una persona dispone de sus bienes en beneficio de otra y desea que ésta cumpla con determinada conducta, es mejor que sea bajo la modalidad de una condición y no la de un cargo, a efectos de incentivar su cumplimiento. También es preciso que dicha condición se de dentro de un término para evitar que se genere una situación de incertidumbre *ad oeternum*.
- Es importante tener en cuenta si la acción ha prescrito o no. La interpretación de la Beneficencia es que el plazo prescribió en 1994. El 16.03.62, la albacea hace la respectiva entrega. El 12.08.88, la Sociedad de Beneficencia hipotecó dichos inmuebles. Ha pasado un plazo más que prudencial para entender que no hubo un cumplimiento del cargo (26 años). No obstante ello, el plazo debería contarse cuando la parte interesada haya tomado conocimiento de la hipoteca. No queda claro en autos que la misma haya sido inscrita (de ser así, el plazo comenzaría a correr en la fecha de inscripción). La escritura pública de dación en pago del 28.08.95 y su modificatoria del 01.03.96, se inscribieron el 10.10.96. Entonces es a partir de la fecha de inscripción que corre el *dies a quo*, no como sostiene la demandada (a partir de la entrada en vigencia del Código Civil). Por consiguiente, la acción no ha prescrito: el plazo es de 10 años por tratarse de una acción personal (artículo 2001.1 del Código Civil)
- Hay que tener presente también que nos encontramos frente a un tercero con buena fe registral (2013 del Código Civil), que es la Orden de Agustinos Recoletos.
- Ahora bien, ¿el nieto está legitimado para accionar?. En mi opinión, sí. Autorizada doctrina italiana sostiene que "la falta de un beneficiario directo explica la regla que legitima a cualquier interesado para actuar para el cumplimiento de lo cargo".³¹ No se olvide que el cargo era en beneficio (aunque la expresión leída -con los ojos de un lector contemporáneo- pueda generar alguna perplejidad) "señoritas pobres y decantas". Además el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil legitima para actuar a quien tiene legítimo interés moral y este se refiere, justamente, al agente o a su familia.
- ¿Nos encontramos frente a una responsabilidad contractual o a un enriquecimiento indebido? Como ya se había adelantado, si el cargo tiene la naturaleza jurídica de una obligación, su incumplimiento debe regirse bajo las reglas de la responsabilidad contractual. Esto me parece

³¹ BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 2. Le famiglia. Le successioni*. Segunda edición revisada y actualizada, Giuffrè, Milano, 1989, p. 629.

perfectamente aplicable en el caso que el beneficiario del cargo sea una persona determinada. En el caso que sea un tercero o un grupo indeterminado, me parece que la vía correcta es la del enriquecimiento indebido, porque no se establece una relación débito-crédito entre el obligado al cargo y el beneficiario. Es una situación similar a la de un contrato a favor de tercero. Si el imponente es (a la vez) beneficiario del cargo, en mi opinión sí existe una relación débito-crédito accesoria a la liberalidad y por ello, se justifica la aplicación de las normas de la responsabilidad contractual (rectius, por inejecución de las obligaciones).

- f) Este es el error en el que incurre la segunda instancia. En efecto, al analizar los elementos característicos que configurarían el enriquecimiento indebido, los confunden con aquellos propios de la responsabilidad civil. No se debe olvidar que la obligación de restituir los enriquecimientos injustificados o sin causa "posee un marcado carácter de excepcionalidad"²²² y es una fuente de las obligaciones (aunque arriesgo, con esta última afirmación, a quedarme en la "superficie de las cosas"²²³). Comparto la opinión de quien sostiene que "por más vueltas que al tema se dé, en la hipótesis del enriquecimiento injusto hay un daño y una manera de ferir ese daño. Hay un daño. El hecho de colocar en primer lugar el "enriquecimiento" de uno no puede hacer olvidar que la máxima sólo funciona cuando hay "empobrecimiento", "detrimento", "jactura". Y que la regla es siempre determinante de una pretensión dirigida a obtener un valor económico".²²⁴ Sin embargo, en la "genuina" responsabilidad civil "hay daño y no hay necesariamente enriquecimiento".²²⁵ El análisis debió centrarse entre la relación causal entre el enriquecimiento y el empobrecimiento injustificados. En doctrina se sostiene que "la disminución patrimonial puede producirse por la pérdida de un derecho que deriva de una causa expresa de exclusión, o simplemente por la pérdida de la posibilidad de hecho de gozar un bien o de realizar aquellos ventajas de las cuales se tendría derecho".²²⁶ Se agrega que "la acción general de enriquecimiento debe encontrar su justificación fuera del mismo derecho, por una general exigencia de justicia".²²⁷ Sin embargo, no se debe olvidar el carácter residual que tiene la acción de enriquecimiento. Por ello, el artículo 1955 del Código Civil prescribe que:

"La acción a que se refiere el artículo 1954 no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización".

- g) Es indudable que hubo un enriquecimiento; pero ¿cuál es el empobrecimiento? Si bien, el nieto estaba legitimado a accionar, ya se advirtió que las beneficiarias son las "señoritas pobres y decenas". Es cierto que no se afectó —en su momento— la legítima de los herederos forzosos; pero tampoco es menos cierto que no se cumplió con el cargo. En puridad, lo que se debió haber demandado es una cantidad de dinero (siempre argumentando enriquecimiento indebido) en beneficio (no de los herederos) sino de alguna persona jurídica sin fines de lucro que apoye a personas necesitadas. En otro escenario, se habría pensado en la Beneficencia; pero dadas las particulares circunstancias de este caso, ello sería del todo inadmisibles.
- h) No está demás decir que los criterios para determinar si la responsabilidad es de naturaleza objetiva o subjetiva son independientes si son contractuales o extracontractuales.
- i) De acuerdo al artículo 787 del Código Civil, si le corresponde al albacea verificar si se cumplió el cargo, en la medida que haya sido un "encargo especial del testador" (inciso 9).

²²² DIEZ-PICAZO, Luis, *La doctrina del enriquecimiento injustificado*, en DE LA CAMARA, Manuel y DIEZ-PICAZO, Luis, *Dois estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, Madrid, 1968, p. 41.

²²³ Como sostiene DIEZ-PICAZO, Luis, *Op. Cit.*, p. 51.

²²⁴ DIEZ-PICAZO, Luis, *Op. Cit.*, p. 56.

²²⁵ *Ibid.*, p. 57.

²²⁶ TRABUCCHI, Alberto, voz *Avicimessa*, § *Dritto Civile*, en *Enciclopedia del Diritto*, II, Giuffrè, 1958, p. 67.

²²⁷ TRABUCCHI, Alberto, *Op. Cit.*, p. 68.