

DE 70127



EFFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

**ROSA ESTHER OTERO HERNANDEZ
JAIRO BONILLA PACHECO
OMAR JOSE MACHACON CUSTODE**

**Trabajo presentado como requisito
parcial para optar al Título de:
ABOGADO**

Asesor: RAUL DIAZ CARDENAS

**BARRANQUILLA
CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO
1993**

Barranquilla, mayo 19 de 1993.

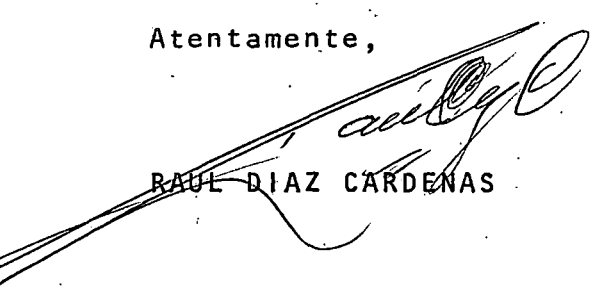
Doctor
CARLOS LLANOS S.
Decano
Facultad de Derecho
U. S. B.

Apreciado Doctor:

Atentamente me permito emitir concepto sobre el trabajo que para optar el título de Abogado han presentado los egresados ROSA ESTHER OTERO HERNANDEZ, JAIRÓ BONILLA, OMAR JOSE MACHACON CUSTODE, la cual lleva por título EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES.

Examinando dicho trabajo de tesis considero que reúne los requisitos necesarios para su cometido, no solo por su contenido legal sino por su aspecto crítico.

Atentamente,



RAUL DIAZ CARDENAS

Nota de aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

DIRECTIVA

RECTOR	:	Dr. JOSE CONSUEGRA
SECRETARIO GENERAL	:	Dr. RAFAEL BOLAÑO
DECANO	:	Dr. CARLOS LLANOS

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1993

TABLA DE CONTENIDO

0.	INTRODUCCION	7
1.	OBLIGACIONES SUJETAS A MODALIDADES	9
1.1.	NOCIONES GENERALES	9
1.2.	PLAZO Y CONDICION SUSPENSIVOS Y EXTENSIVOS	13
1.3.	CONDICION RESOLUTORIA	15
1.3.1.	OBLIGACION DE PAGO INSTANTANEO	17
1.3.2.	OBLIGACIONES DE PAGO CONTINUO O ESCALONADO	19
1.4.	HAY CONTRATOS CONDICIONALES O A TERMINO?	20
1.5.	OBLIGACIONES A PLAZO	23
1.5.1.	PLAZOS EXPRESOS Y TACITOS	25
1.6.	EFFECTOS DE PLAZO SUSPENSIVO	27
1.7.	OBLIGACIONES CONDICIONALES	30
1.7.1.	SOLO LA VOLUNTAD PUEDE ESTABLECER CONDICIONES	31
1.8.	CONDICIONES POTESTATIVAS, CASUALES Y MIXTAS.	
	LA PURAMENTE POTESTATIVA DEL DEUDOR	31
1.8.1.	EFFECTOS DE LA SUSPENSIVA, DE LA EXTINTIVA Y DE LA RESOLUTORIA	33
2.	OBLIGACIONES SUBJETIVAMENTE COMPLEJAS	37
2.1.	NOCIONES GENERALES	37
2.1.1.	LOS CASOS DEL ARTICULO 1583	38

2.2.	OBLIGACIONES CONJUNTAS	41
2.2.1.	NOCION	41
2.2.2.	EFFECTOS	42
2.3.	OBLIGACIONES SOLIDARIAS	42
2.3.1	NOCION DE LA SOLIDARIDAD	42
2.3.2.	FUENTES DE LA SOLIDARIDAD	43
2.3.3.	EFFECTOS DE LA SOLIDARIDAD ACTIVA	45
3.	EFFECTOS DE LAS OBLIGACIONES	46
3.1.	NOCIONES GENERALES	46
3.2.	LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO	50
3.2.2	OBLIGACION Y RESPONSABILIDAD	52
4.	CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS	55
5.	CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE CONDICIONES DE LOS CONTRATOS	73
5.1.	EL CONTRATO INEXISTENTE. LA SIMULACION	73
5.2.	NATURALEZA JURIDICA DE LA SIMULACION	75
5.3.	SIMULACION ABSOLUTA O RELATIVA	76
5.3.1.	LA PRUEBA DE LA SIMULACION	77
5.4.	EL CONTRATO INVALIDO. LA NULIDAD, ABSOLUTA Y RELATIVA	79
5.4.1.	CONCEPTO DE NULIDAD	79
5.4.2.	CAUSAS DE NULIDAD	80
5.5.	EL CONTRATO SUBSISTENTE. LA RESOLUCION Y LA TERMINACION	82

5.5.1.	EL INCUMPLIMIENTO COMO CAUSA DE INSUBSISTENCIA	82
5.6.	CONDICIONES DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA	83
5.7.	LA TERMINACIÓN POR INCUMPLIMIENTO	85
6.	CONCLUSIONES	87
7.	BIBLIOGRAFIA	89

INTRODUCCION

El estudio de las personas, los bienes y la sucesión por causa de muerte ofrece apenas una imagen estática, orgánica y puramente descriptiva del Derecho Civil. De no ser porque en los tres primeros libros del Código, que en su orden regulan estas materias, se establecen algunas obligaciones legales y se trata de ciertos actos jurídicos (entre ellos uno que las genera: la aceptación de herencia o legado), estos libros sólo contendrían una estructura inerte de la organización privada social: padres, hijos, cónyuges, guardadores, pupilos, personas jurídicas, propietarios, poseedores, fiduciarios, fideicomisarios, nudos propietarios, usufructuarios, usuarios, hibitantes, causantes, herederos legatarios y otras personas vinculadas unas con otras por razón de situaciones patrimoniales o de otra índole que requieren un ordenamiento jurídico.

Las obligaciones y los contratos, objeto del libro cuarto del código, y aquellas en parte de los otros tres -como dejo dicho-, constituyen el factor dinámico y vital del derecho civil. Las instituciones que gobiernan las personas, los bienes y las

sucesiones cobran eficacia y movimiento gracias a los contratos que se celebran y a las obligaciones que por éstos u otras fuentes se contraen. Sin obligaciones y contratos no hay comercio jurídico.

Con independencia de su edad, sexo o condición, el hombre está obligado desde edad temprana, primero como hijo, más tarde como cónyuge, luego como padre. Recibe educación e instrucción merced al cumplimiento de obligaciones legales y contractuales.. Sus necesidades aún las primarias como tener techo, alimentación, salud, no se satisfacen por lo general sino mediante contratos y obligaciones. De ordinario no adquiere bienes, ni los enajena, ni puede darlos o recibirlos a título precario, ni formar patrimonio, sino contratando y obligándose. Sus negocios le exigen a veces valerse de crédito, obligándose por contrato de mutuo, casi siempre con garantía de fianza, prenda o hipoteca. Hasta para entretenerse en espectáculos, clubes u otros sitios de recreo, ha de contratar y contraer obligaciones. En fin, si causa daño a terceros en el ejercicio de sus múltiples actividades, queda obligado a indemnizar.

1 OBLIGACIONES SUJETAS A MODALIDADES

1.1. NOCIONES GENERALES.

1.1.1. ESTUDIO LIMITADO AL PLAZO Y LA CONDICION.

Las modalidades son el plazo o término, la condición y el modo.

Nos ocuparemos sólo de los dos primeros, dejando de lado el modo, cuyo estudio es más propio del curso de las sucesiones por causa de la muerte.

1.2. COMO SE DISTINGUEN ESTOS.

La obligación pura nace simultáneamente con la fuente que se produce y se hace exigible desde el mismo momento en que nace. Si, por ejemplo, comprador y vendedor no sujetan a plazo ni condición la obligación de dar la cosa vendida, esta obligación nace cuando el contrato se forma y su pago puede exigirse por el comprador desde entonces.

La obligación a plazo, como la pura, nace con su fuente; pero no es exigible hasta la ocurrencia de un hecho futuro: el

advenimiento de cierta fecha. Cuando vendedor y comprador convienen en que aquél no se obliga a entregar la cosa vendida inmediatamente, sino v. gr. tantos días después de celebrada la compraventa o el día en que determinada persona fallezca, la obligación nace al formarse el contrato, pero no será exigible sino al vencimiento del plazo estipulado.

La obligación condicional no nace exigible con su fuente, sino con el acaecimiento de un hecho futuro incierto. Cuando el vendedor se obliga a hacer tradición de la cosa que vende si un tercero, que es el dueño, le trasfiere el dominio de ésta, su obligación no nacerá, ni será exigible, sino en el caso de que el dueño de la cosa le transfiera el dominio, y sólo desde ese momento.

Condición y plazo son, pues, hechos futuros de los cuales depende el nacimiento y la exigibilidad, o la mera exigibilidad de las obligaciones, respectivamente. La diferencia específica entre las dos modalidades estriba en que el plazo es hecho futuro de ocurrencia cierta, en tanto que la condición es hecho futuro de ocurrencia incierta.

Influirá, para saber si un hecho futuro constituye plazo o condición, la circunstancia en que el día en que ocurra sea determinado o indeterminado?

El artículo 1139 del código, aplicable a los contratos por disposición del 1555 de la misma obra, expresa lo siguiente:

"El día es cierto y determinado, si necesariamente ha de llegar, y se sabe cuándo, como el día tantos de tal mes y año, o tantos días, meses o años después de la fecha del testamento o del fallecimiento del testador.

"Es cierto pero indeterminado, si necesariamente ha de llegar, pero no se sabe cuándo; como el día de la muerte de una persona.

"Es cierto pero indeterminado, si puede llegar o no; pero suponiendo que haya de llegar se sabe cuándo, como el día en que una persona cumpla veinticinco años.

"finalmente, es incierto e indeterminado, si no se sabe si ha de llegar, ni cuándo, como el día en que una persona se case".

Conforme al artículo 1144, el hecho futuro incierto, sea determinado o indeterminado el día en que haya de ocurrir, si ocurre, constituye siempre condición.

De la misma manera, el hecho futuro cierto, sea determinada o indeterminada la fecha en que acaecerá, constituye plazo, aunque en el inciso segundo del art 1142 y en el primero del 1143 se diga en apariencia lo contrario.

Regulan estas disposiciones una especie de lo que pudiera llamarse "modalidades complejas o mixtas"; la combinación de plazo y condición, fenómeno que en realidad consiste en una condición que ha de cumplirse dentro de cierto plazo. El que se obliga en el caso de que alguien que existe sobreviva hasta cierto día o hasta cuando un tercero fallezca, contrae obligación Condicional y no a plazo, haya de vencer el estipulado en fecha determinada o indeterminada. Mas lo que hace que estas modalidades mixtas o complejas constituyan condición y no plazo, no es la circunstancia de que el día que éste deba cumplirse sea determinado o indeterminado, sino la combinación de los dos hechos futuros, el uno incierto y el otro cierto, en forma que coincidan en su ocurrencia. El fenómeno que entre ambos se produce es de naturaleza condicional.

1.2. PLAZO Y CONDICION SUSPENSIVOS Y EXTENSIVOS

No sólo hay plazos y condiciones que suspenden la mera exigibilidad de la obligación, o su nacimiento y su exigibilidad; los hay también que impiden el nacimiento de nuevas obligaciones que venían causándose. Cuando la finalidad que tienen es aquélla, se llaman plazo y condición suspensivos. Cuando es esta otra, plazo y condición extintivos. En algunos casos los efectos de tales modalidades son a la vez suspensivos y extintivos.

a) Cuando una persona se obliga bajo condición o a plazo suspensivo, no nace obligación o ésta no se hace exigible mientras la condición no se cumpla o el plazo no haya vencido, según se explicó atrás.

b) Las obligaciones de ejecución continua, sucesiva escalonada pueden sujetarse a condición o plazo extintivo, con el efecto de que cumplida aquella o vencido éste, cesan tales obligaciones, esto es, no se causan más en lo futuro. El efecto de tales dos modalidades no es extinguir las obligaciones

nacidas antes de acontecer el hecho en que consisten,, sino impedir que en adelante se produzcan éstas nuevamente.

c) A veces un mismo plazo o condición tiene efecto extintivos sobre unas obligaciones y suspensivos sobre otras.

Si se ha pactado, v. gr., que el arrendamiento durará un año (me refiero a lo dispuesto por el ordinal 2º del art 2008 del código, sin tener en cuenta disposiciones legales que lo han suspendido o derogado), al vencer este plazo no se seguirán causando las obligaciones mutuas contraídas para mientras dure el arriendo, tales como la de librar al arrendatario de toda turbación o embarazo en el goce de la cosa y la de pagar la renta al arrendador. Este, el efecto extintivo de la modalidad. Pero cumplido el año, se hacen exigibles las obligaciones pactadas para cuando termina el arriendo, cuales son la de restituir al arrendador la cosa arrendada y, en ciertos casos, la de reembolsar al arrendatario el importe de mejoras. Tal el efecto suspensivo de la modalidad. Lo mismo sucede si se ha convenido que el arrendamiento dure hasta cuando llegue a cumplirse una condición, como la que resuelve el derecho del arrendador en la cosa arrendada (hipótesis del art 2017).

De igual manera, el cumplimiento del plazo o de la condición de que dependa la duración del contrato de sociedad, extingue, con relación al futuro, las mutuas obligaciones de los socios (art 2124); pero da lugar a nuevas obligaciones a cargo de ellos (art 2141). Y las de mandante y mandatario pueden ejecutarse a plazo o condición de efecto extintivo (ordinal 2º del art 2189), cuyo cumplimiento determina, a la vez, que se produzcan nuevas obligaciones (art 2199).

Pueden ejecutarse a plazo y condición suspensivos todas la obligaciones, sean de dar, hacer o no hacer, de ejecución instantánea o sucesiva. Por el contrario, el plazo y la condición extintivos solo se conciben en materia de obligaciones de ejecución sucesiva, continua o escalonada.

1.3. CONDICION RESOLUTORIA

Tipo especial de condición es la resolutoria, que no es modalidad de las obligaciones, sino de la transferencia de derechos reales.

Sin embargo en el ordinal 9º del art 1625 se expresa que las obligaciones se extinguen "por el evento de la condición

resolutoria", lo cual hace necesario efectuar cuidadoso examen del asunto.

a) Como quiera que ninguna obligación puede extinguirse antes de haber nacido ni después de haber expirado, en el ordinal transcrito forzosamente se supone que el hecho futuro e incierto capaz de poner fin a ésta tiene que ocurrir entre el momento en que nace y el momento en que se paga. Quedan pues excluidas dos hipótesis:

1. La de que por el suceso de la condición de que allí se trata el deudor quede obligado, caso en el cual ésta no es resolutoria, sino suspensiva;

2. La de que el evento haya sido previsto para después del pago, esto es, para después de la extinción de la obligación, lo cual ocurre cuando su objeto consistía en haber tradición de derecho real bajo condición cuyo acaecimiento determina que el adquirente perdiera ipso facto ese derecho.

El punto queda entonces planteado así: puede la obligación, una vez nacida, extinguirse por la ocurrencia de un hecho futuro e

incierto que exonere al deudor de pagarla? Mi respuesta es sin vacilación negativa, por las razones que paso a explicar.

1.3.1. OBLIGACION DE PAGO INSTANTANEO:

Toda condición que las afecte sólo puede tener efecto suspensivo, jamás resolutorio. Si falla, el deudor no queda obligado; si se cumple, éste tiene que pagar. No cabe otra alternativa. La condición resolutoria, como se verá por lo que adelante expongo, no puede actuar sino después que la obligación se ha extinguido y, por lo tanto, no es modalidad de ésta.

Hay, empero, dos casos de apariencia engañosa, que deben ser investigados:

1. El de deudor obligado a hacer tradición de cosa que no tendrá que dar si se cumple cierta condición antes del pago, v.gr. la de que el acreedor haya fallecido cuando llegue el momento de hacerlo. Esta condición, que podría tenerse por resolutoria a simple vista, es suspensiva, y consiste en que el acreedor exista en ese momento, que es el mismo en que nace la obligación. Ello es así aún en el caso de haberse estipulado

plazo para el pago: el plazo y el hecho de existir el acreedor cuando ocurra su vencimiento, forman entre sí una "modalidad compleja o mixta", que se traduce en condición suspensiva.

2. El de donación hecha bajo condición expresa de que al donante no le nazcan hijos legítimos, hipótesis prevista por el artículo 1481. Si la condición se cumple, el donante queda obligado. Si falla antes que éste haya entregado la cosa donada, tiene efecto suspensivo: no queda obligado a hacer la entrega, es decir, su obligación no llega a nacer. Y si falla después de entregada la cosa, la obligación de darla ya estaba extinguida por pago y lo que se resuelve no es ésta, sino la adquisición gratuita del donatario, quien quedará con cargo de restituir lo recibido.

1.3.2. OBLIGACIONES DE PAGO CONTINUO O ESCALONADO:

En los contratos que las producen, puede pactarse condición cuyo único efecto posible es poner fin al período en que se causen determinadas obligaciones, dando origen a uno nuevo en que se causarán otras. Pero el cumplimiento de la condición no extingue las obligaciones del primer período, sino que impide que éstas se prolonguen o sigan produciéndose durante el segundo.

La obligación del arrendador de mantener la cosa arrendada en estado de servir el fin para el cual fué arrendada, debe pagarse continua e interrumpidamente desde la entrega de ella al arrendatario hasta el cumplimiento de la condición que se haya pactado. Esta fija el momento en que termina el pago; pero es el pago, no el cumplimiento de la condición, lo que extingue tal obligación del arrendador. En cuanto al arrendatario, una vez ocurrido el hecho condicional que se haya estipulado para ponerle fin al primer período del contrato, no tendrá que seguir pagando renta en lo futuro; más la obligación que a pagarla tuvo a su cargo durante dicho período no se extingue por el

cumplimiento de la condición, sino por pago u otro medio equivalente.

En el art 1625 se enumeran once modos de extinguirse las obligaciones. Entre ellos hay unos pocos, como la declaración de nulidad absoluta del contrato o la rescisión del mismo (ordinal 8o.), que actúan de manera indirecta sobre la obligación; es decir, que destruyendo el contrato con efecto retroactivo como si jamás se hubiera celebrado, exoneran consiguientemente a las partes de las obligaciones que por él habían contraído.

1.4. HAY CONTRATOS CONDICIONALES O A TERMINO?

En diversos textos del código se dice expresamente o se da a entender que hay contratos a plazo o bajo condición. Cito como ejemplos el art 1549, tocante al contrato en general; el 1863, a la compraventa, y el 1460, a la donación entre vivos.

La idea de que las manifestaciones de voluntad jurídicamente eficaces pueden sujetarse a estas modalidades, ha sido además sostenida en jurisprudencia y doctrina.

a) Decir que un contrato está sujeto a condición o plazo suspensivo es significar que no se formará o comenzará a ser eficaz sino por el cumplimiento o al cumplimiento de un hecho futuro incierto o cierto. Lo cual es inadmisibile, porque es el contrato mismo lo que crea las modalidades; luego éstas, que son fruto del consentimiento de las partes, no pueden suspender la formación ni la eficacia de aquél. La causa eficiente es siempre lógica y cronológicamente anterior al efecto, y jamás puede ser el efecto lo que produce la causa.

b) Que un contrato está sujeto a condición o término extintivo querría decir que el acuerdo de voluntades se extingue al cumplimiento de la modalidad pactada. Lo cual tampoco es verdad, porque el contrato sigue produciendo efectos después de vencido el plazo o acaecido el hecho condicional.

c) Finalmente, tampoco cabe sostener que haya contratos bajo condición resolutoria. Esta, según lo visto, no afecta sino la adquisición de derechos reales que se hace mediante la tradición. Pero ni la tradición (como lo demuestran las disposiciones de los artículos 750, 1544 y 1545 del código, de las cuales se desprende nítidamente que lo condicional es la adquisición del derecho real y no el modo de transmitirlo), ni

el contrato que crea la obligación de hacerla, se resuelve por el cumplimiento de la condición resolutoria.

1.5. OBLIGACIONES A PLAZO

1. PLAZOS VOLUNTARIOS, LEGALES Y JUDICIALES

El plazo o término puede ser voluntario, legal o judicial, según se establezca por voluntad unilateral o plurilateral de las personas, por disposición de la ley o por decreto del juez.

La voluntad, manifiesta unilateralmente (testamento) o plurilateralmente (contrato), es la fuente más común de las obligaciones a plazo.

En algunos casos la ley establece término para el cumplimiento de ciertas obligaciones. Son ejemplos el art 468 del código, que impone al guardador la obligación de hacer inventario de los bienes del pupilo dentro de los noventa días subsiguientes al discernimiento de la guarda; el 1289, que obliga a todo asignatario por causa de muerte a declarar, dentro de los cuarenta días posteriores a la demanda que en tal sentido se le haga, si acepta o repudia la asignación; el 1389, que señala el plazo de un año para hacer la petición, contado desde la fecha en que el partidor acepte el cargo, y el 2225, que concede al

mutuario plazo mínimo de diez para restituir la suma recibida, si no se ha pactado otro plazo.

Conforme al inciso segundo del art 1551, "No podrá el juez, sino en casos especiales que las leyes designen, señalar plazo para el cumplimiento de una obligación... " Tales casos especiales son, entre otros: el poseedor vencido debe restituir la cosa en el término que el juez le señale (art 961); el albacea debe comparecer a ejercer su cargo en el plazo que, a instancias de persona interesada, determine el juez (art 1333); aquel de los deudores de obligación indivisible que haya sido demandado para el pago, puede pedir el juez un plazo para entenderse con sus codeudores (art 1587); si se ha pactado que el mutuario pague cuando pueda, el juez está autorizado para fijarle un término, atendidas las circunstancias (art 2226).

1.5.1. PLAZOS EXPRESOS Y TACITOS

Con arreglo al inciso primero del citado artículo 1561, "El plazo es la época en que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito. Es tácito, el indispensable para cumplirla".

El plazo expreso es el que de este modo has señalado las partes, la ley o el juez.

El tácito es el impuesto por las circunstancias de tiempo, lugar o modo tocantes con el pago de la obligación.

Este último, que no constituye propiamente modalidad, va envuelto en los casos en que la completa ejecución del objeto supone actos o hechos que no se pueden realizar inmediatamente, como ocurre cuando para efectuar el pago se requieren actividades incompatibles con la simultaneidad, o el traslado del deudor a otro lugar, o la intervención de tercero, etc. Todo desacuerdo en el particular debe dirimirlo el juez, con base en dictamen de peritos u otras pruebas.

1.6. OTRAS CLASIFICACIONES YA ESTUDIADAS

Según lo dicho al exponer las nociones generales sobre las modalidades, el plazo puede ser determinado o indeterminado, suspensivo o extintivo.

Es determinado si se sabe cuándo llegará el día en que vence, como en el caso de que el deudor deba hacer el pago quince días después de celebrado el contrato.

Es indeterminado si se ignora cuándo llegará esa fecha, como en la hipótesis de que el pago deba efectuarse al fallecimiento de una persona.

Plazo suspensivo es el que, mientras está pendiente, detiene la exigibilidad de la obligación.

Plazo extintivo, aquel cuyo cumplimiento determina que el deudor se libere en lo futuro de ciertas obligaciones contraídas hasta entonces.

1.6.. EFECTOS DE PLAZO SUSPENSIVO

El plazo o término suspensivo no afecta la existencia de la obligación. Sólo tiene efectos en relación con su exigibilidad y con la prescripción.

a) La obligación existe antes del vencimiento del plazo suspensivo.

Consecuencia de esto es la de que si el deudor paga mientras el plazo está pendiente y el acreedor le recibe el pago, no puede aquél repetir lo pagado ((art 1552). Y no puede repetirlo aunque haya hecho el pago por error, en la creencia de que no había plazo o de que estaba vencido.

b) La obligación no es exigible, por regla general, mientras esté pendiente el plazo suspensivo.

Tal es el efecto principal del plazo. Para explicarlo, es necesario determinar previamente en beneficio de quién se establece esta modalidad.

El plazo suspensivo se considera establecido en beneficio exclusivo del deudor, salvo que por voluntad de las partes, o del testador, o de quien lo fije, se haya señalado en interés del acreedor, o de éste y el deudor.

1. Cuando el plazo suspensivo se ha señalado en beneficio exclusivo del deudor (regla general), al acreedor no puede exigir el pago mientras aquél esté pendiente, salvo en tres hipótesis:

- a) Quiebra o insolvencia notoria del deudor;
- b) Extinción o disminución considerable, por culpa del deudor, de las cauciones con que haya asegurado su obligación;
- c) Renuncia expresa del plazo hecha por el deudor (art 1553 y 1554).

Peró en el caso que se examina, el deudor puede pagar en cualquier momento antes del vencimiento del término, aún contra la voluntad del acreedor. Este pago importa, en efecto, una renuncia tácita del beneficio del término: la obligación se vuelve pura.

2. Cuando el plazo suspensivo se ha establecido en beneficio recíproco el deudor y el acreedor, ni éste puede exigir el pago, ni aquél efectuarlo, mientras el plazo esté pendiente; a menos que el deudor ofrezca el pago y el acreedor lo acepte, porque entonces hay renuncia común de este beneficio.

3. Cuando el plazo suspensivo se fija únicamente en interés del acreedor, el deudor no puede pagar válidamente contra la voluntad de aquél sino después de vencido el término. El acreedor, por el contrario, tiene derecho de exigir el pago en cualquier momento: exigiéndolo antes de que el plazo se haya cumplido, renuncia tácitamente a este beneficio.

5. EFECTOS DEL EXTINTIVO

Las obligaciones de ejecución continua o escalonada sujetas a plazo extintivo, cesan de existir al vencimiento de éste. El plazo señala el tiempo durante el cual el deudor habrá de ejecutar continua o escalonadamente el objeto debido, o como dice Planiol, "es la medida determinante del momento en que la obligación se considerará como enteramente ejecutada".

El vencimiento del plazo estintivo pone pues fin a las obligaciones sujetas a esa modalidad. Pero el efecto se produce ex nunc, no con carácter retroactivo: la obligación existió hasta el momento en que expiró el plazo: los pagos correspondientes a la prestación o prestaciones debidas hasta entonces, subsisten; las no ejecutadas y causadas antes de vencerse el plazo, siguen debiéndose.

1.7. OBLIGACIONES CONDICIONALES

REQUISITOS DE LA CONDICION

Según lo explicado al distinguir el plazo de la condición, ésta consiste en un hecho futuro e incierto de cuyo acaecimiento depende ciertos jurídicos.

El hecho ha de ser futuro con relación a la manifestación de voluntad que lo ha previsto como creador de tales efectos. Si el hecho ocurre con anterioridad o está ocurriendo en el momento de contratar, no es condición aunque los contratantes supongan que no ha ocurrido. Pero la validez del contrato no se afecta por esa circunstancia; la obligación se entiende contraída incondicionalmente.

1.7.1.SOLO LA VOLUNTAD PUEDE ESTABLECER CONDICIONES.

Sólo la voluntad jurídicamente eficaz puede establecer condiciones, bien sea unilateral (testamento), bien plurilateral (contrato). La ley no fija condiciones, en el sentido técnico - jurídico del vocablo. Los hechos a que está subordinada la producción de ciertos efectos, v.gr. el llegar a la edad de 21 años para ser capaz, o el incumplir un contrato para que se pida y decreta su resolución, no constituyen condiciones. El juez desde luego tampoco puede imponerlas.

1.8. CONDICIONES POTESTATIVAS, CASUALES Y MIXTAS. LA PURAMENTE POTESTATIVA DEL DEUDOR

De los artículos 1534 y 1535 resulta que la condición es potestativa si consiste en un hecho voluntario del deudor o del acreedor;

CASUAL, si consiste en un hecho voluntario de un tercero o en un hecho de la naturaleza;

MIXTA, si consiste a la vez en un hecho voluntario del deudor o del acreedor y de un tercero, o del deudor o del acreedor y de la naturaleza.

Conforme al artículo 1535; "Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consiste en la mera voluntad de la persona que se obliga. Si la condición consiste en un hecho voluntario de cualquiera de las partes, valdrá".

Se trata aquí de la condición llamada puramente potestativa del deudor. Este promete obligarse si así lo quiere, si voluero. Tradicionalmente se ha negado todo efecto jurídico a este tipo de condición.

1.8.1. EFECTOS DE LA SUSPENSIVA, DE LA EXTINTIVA Y DE LA RESOLUTORIA

Deben examinarse separadamente los efectos que se producen al cumplirse la condición suspensiva, la extintiva y la resolutoria.

a) CONDICION SUSPENSIVA:

1. La obligación no existe antes del cumplimiento de la condición suspensiva. Por lo tanto, si el eventual deudor la paga, hace pago de lo no debido y tiene derecho de repetir lo que pagó (inciso segundo del artículo 1542).

2. Al cumplirse la condición, no solamente el deudor queda obligado, sino su obligación se hace exigible, como acontece con las obligaciones puras (inciso primero ibídem).

3. Si antes de cumplirse la condición, la cosa que a su cumplimiento se debería parece sin culpa del deudor, no nace obligación; si por culpa de éste, queda obligado a pagar al

acreedor indemnización compensatoria total (precio de la cosa y demás perjuicios sufridos). Si en la misma hipótesis la cosa recibe aumentos o mejoras, o si se deteriora o disminuye sin culpa del deudor, el acreedor debe recibirla como esté en el momento de cumplirse la condición; pero si el deterioro o disminución proviene de culpa del deudor, éste debe la cosa como está más indemnización compensatoria parcial (diferencia de precio entre el de la cosa tal como fué pactada y el de ésta deteriorada o disminuida, y los demás perjuicios sufridos). Tanto en el caso de parecimiento, como en el de deterioro o disminución por culpa del deudor, el acreedor tiene opción entre exigir al deudor la correspondiente indemnización o pedir la resolución del contrato (no la rescisión, como equivocadamente expresa el legislador) Todo esto está dicho en el artículo 1543.

b) CONDICION EXTINTIVAS:

Su único efecto es poner fin a la primera etapa de contrato de ejecución continua o escalonada, dando origen a la segunda etapa, destinada a la liquidación del negocio.

c) CONDICION RESOLUTORIA:

1. Una vez cumplida, el accipiens queda obligado a restituir la cosa al tradens o a entregársela al tercero o terceros previamente designados. Tal es el efecto suspensivo de la condición resolutoria. Esta obligación a cargo del accipiens desde luego no es de dar, sino de hacer, como quiera que el solo cumplimiento de la modalidad determinada que el derecho real inicialmente transferido cambie de titular, radicándose en cabeza del tradens o del tercero o terceros. El primer efecto que se examina está previsto por el artículo 1544.

2. Pero el accipiens fué el titular del derecho real desde el momento de la tradición efectuada bajo condición resolutoria hasta el momento de que ésta se cumplió. Por lo tanto, es dueño de los frutos percibidos en el tiempo intermedio y no tiene obligación de restituirlos, salvo que se haya pactado lo contrario. Así se dispone por el artículo 1545.

3. En cuanto a parecimiento, aumentos y mejoras, deterioros y disminuciones de la cosa mientras la condición esté pendiente, se siguen las mismas reglas del artículo 1543, explicadas a propósito de la condición suspensiva.

4. Si el accipiens enajena la cosa mientras la condición está pendiente y ésta llega a cumplirse, el nuevo titular del derecho real, por virtud del acaecimiento de la condición, no podrá reivindicarla contra terceros poseedores de buena fé.

5. La obligación y el crédito que, como eventuales, existe antes de cumplirse la condición resolutoria (o la suspensiva), se transmiten a los herederos del deudor y del acreedor, respectivamente (artículo 1549).

2. OBLIGACIONES SUBJETIVAMENTE COMPLEJAS

2.1. NOCIONES GENERALES.

Pluralidad de sujetos en obligaciones de objeto divisible (conjunción y solidaridad) y en obligaciones de objeto indivisible (indivisibilidad).

Obligaciones simples son las que tienen un solo acreedor y un solo objeto. Subjetivamente complejas, las que tienen varios deudores, o varios acreedores, o varios deudores y acreedores. Objetivamente complejas, las que tienen varios objetos.

Las obligaciones subjetivamente complejas y de objeto Divisible, provenientes de una fuente común, se llaman obligaciones conjuntas: forman un grupo de obligaciones independientes, cada una de las cuales tiene por objeto una cuota parte de la totalidad de lo debido (inciso primero del artículo 1568).

Cuando el objeto del grupo de obligaciones subjetivamente complejas es Divisible, pero por mandato de su fuente común

no puede dividirse, éstas se llaman solidarias: cada una tiene por objeto la totalidad de lo debido (inciso segundo ibídem).

En fin, si el objeto es Indivisible y son varios los deudores, o los acreedores, o los unos y los otros, sólo hay entonces una obligación y ésta se llama indivisible: cada acreedor tiene derecho y cada deudor está obligado a la totalidad del objeto debido (artículo 1581).

2.1.1. LOS CASOS DEL ARTICULO 1583

Luego de establecer que cuando no hay solidaridad ni indivisibilidad las obligaciones son conjuntas, de manera que su objeto se divide entre deudores y acreedores, el artículo 1583 enuncia seis casos en que esta regla general no se implica. Vamos a examinar brevemente.

1. La acción hipotecaria o prendaria se dirige contra el deudor que posee la cosa sujeta al gravamen, y mientras no se haya extinguido totalmente la obligación a que acceden la hipoteca o la prenda, éstas subsisten.

El caso está mal traído por el legislador, puesto que se trata de los derechos reales de hipoteca y prenda (artículo 665), no de obligaciones (artículo 666). Estos dos derechos reales subsisten hasta tanto la obligación a la cual sirven de garantía no se haya extinguido totalmente (artículo 2433 y 2421, respectivamente).

2o. 4o. (inciso segundo y tercero) y 5o. A las hipótesis que en estos ordinales se contemplan me referiré al tratar de las obligaciones indivisibles.

3o. Cuando por dolo o culpa de uno solo de los codeudores de un objeto divisible, sobreviene imposibilidad de ejecutarlo, sólo el deudor responsable queda obligado al pago total de la indemnización de perjuicios; los demás quedan libres.

No me parece que este postulado constituya excepción a la regla de que cuando las obligaciones no son solidarias ni indivisibles, el objeto se divide entre deudores y acreedores. Lo que ocurre en el supuesto previsto por el ordinal 3o. es que las obligaciones, inicialmente conjuntas, se transforman en una sola obligación a cargo de un solo deudor, esto es, en una obligación simple: la de indemnizar (artículo 1731).

40. Inciso primero. Si por disposición del testador, por acuerdo entre los herederos o por virtud de la participación, uno solo de éstos tiene a su cargo el pago completo de alguna de las deudas, el acreedor puede dirigirse contra dicho heredero por el total de lo debido o contra cada heredero por su correspondiente cuota.

Esto no es sino repetición inútil de lo dispuesto por otros artículos, tales como los 1343, 1397, 1411, 1415 y 1416, que reglamentan el régimen excepcional de que gozan los acreedores del de cujus.

60. En las obligaciones alternativas subjetivamente complejas, la elección debe hacerse de consumo por todos los deudores o por todos los acreedores, según el caso.

No hay aquí excepción alguna a la divisibilidad del objeto elegido, para efectos de su ejecución. Este es divisible entre los deudores o entre los acreedores, una vez hecha la elección por todos aquellos o por todos estos.

2.2. OBLIGACIONES CONJUNTAS

2.2.1. NOCION

Son, como queda dicho, las subjetivamente complejas de objeto Divisible que provienen de una misma fuente o que, habiendo sido simples en su origen, se han vuelto de complejidad subjetiva por haber pasado, por título universal o singular, a varios acreedores o a varios deudores.

El Código trata de ellas en dos de sus textos; el inciso primero del artículo 1568, donde se expresa que "En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito"; y el inciso primero del artículo 1583, a cuyo tenor "Si la obligación no es solidaria ni indivisible, cada uno de los acreedores puede sólo exigir su cuota, y cada uno de los codeudores es solamente obligado al pago de la suya; y la cuota del deudor insolvente no gravará a sus codeudores".

2.2.2. EFECTOS

Si no hay estipulación contractual o disposición testamentaria en contrario, el objeto se divide en partes iguales, de modo que cada deudor pague y cada acreedor reciba igual cuota.

Como se trata de tantas obligaciones cuantas partes del objeto resulten de dividirlo entre todos los acreedores y deudores, los modos de extinción que tengan ocurrencia entre un deudor y un acreedor sólo extinguen esa obligación y no las otras. La insolvencia de un deudor no grava a los demás. La culpa y la mora de cualquiera de los deudores sólo hace responsable a éste, no a los otros. En fin, la interrupción y la renuncia de la prescripción únicamente actúan respecto del acreedor o deudor correspondiente.

2.3. OBLIGACIONES SOLIDARIAS

2.3.1. NOCIÓN DE LA SOLIDARIA: DISTINCIÓN ENTRE EL VINCULUM Y EL COMMODUM.

Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los

acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o *insolidum*" expresa el inciso segundo del artículo 1568, en el cual se viene tratando de las obligaciones de objeto Divisible.

De aquí resulta que por obra de la solidaridad, el objeto se hace artificialmente indivisible, más sin que ello implique que el vínculo se transforme en obligación de este linaje; la solidaridad y la indivisibilidad son fenómenos distintos en técnica jurídica, y sus regímenes no son iguales (art 1582).

En materia de solidaridad es preciso distinguir dos aspectos: a) las relaciones entre la parte acreedora y la parte deudora, que constituyen el *vinculum*, y b) Las relaciones que, una vez ejecutado el objeto, se producen entre los distintos acreedores o entre los diversos deudores, las cuales se denominan el *commudum*.

2.3.2. FUENTES DE LA SOLIDARIDAD

Conforme al transcrito inciso segundo del artículo 1568, son fuentes de la solidaridad el contrato, el testamento y la ley.

En el inciso final del mismo artículo se expresa que "La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no establece la ley", lo cual significa que, cuando se trata de obligaciones contractuales o testamentarias, la solidaridad no puede presumirse o entenderse establecida tácitamente. Mas no se requiere que los contratantes o el testador empleen el vocablo "solidaridad"; pueden valerse de otros equivalentes, como cuando exigen que el pago sólo pueda hacerse ejecutando en su totalidad el objeto debido. En el Derecho Civil moderno no hay palabras sacramentales.

No existe en nuestro régimen civil solidaridad activa legal.

Son ejemplos de solidaridad pasiva impuesta por la ley los de los artículos 235, 508, 983, 1338, 2084, 2214 y 2344. Este último texto tiene especial importancia, porque regula una situación frecuente en la práctica: "Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355. Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso".

2.3.3. EFECTOS DE LA SOLIDARIDAD ACTIVA

Defiere notablemente de esta concepción el régimen que nuestro Código Civil contiene en materia de solidaridad activa: ésta, conforme al sistema adoptado en Colombia, excluye toda representación recíproca entre acreedores; pero la mayoría de los modos de extinción tiene efecto, no meramente sobre la cuota del acreedor que en ellos interviene, sino la totalidad del objeto.

a) Digo que el código excluye la idea de representación mutua de los acreedores, porque no se concibe que alguien represente legítimamente a otro en perjuicio de los intereses de éste, como ocurriría en los casos de mutuo disenso y condonación en que interviniera un solo acreedor. Estos modos, en nuestro régimen, tienen efecto extintivo general.

b) Extingue todos los créditos solidarios cualquier modo de los enunciados por el artículo 1625, con excepción de los siguientes: la transacción y la declaración judicial de nulidad absoluta, nulidad relativa o resolución del contrato.

3. EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

3.1. NOCIONES GENERALES

Conforme al artículo 2488 del código, "Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables..."

Los efectos de las obligaciones son los distintos medios de que dispone el acreedor, en caso de incumplimiento del deudor, para hacer efectivo su crédito sobre el patrimonio embargable de éste, forzándolo a pagar con uno o más bienes corporales o incorporales de su activo, en especie o convertidos en dinero.

El acreedor puede valerse de varios medios para tal fin, clasificables en tres grupos:

a) Medios de conservación del activo patrimonial del deudor.

Los principales son estos:

1. Intervenir en la confección de inventario de los bienes del deudor en caso de que éste haya fallecido (art 1312 del código civil);
2. En el mismo caso, pedir que se guarden bajo llave y sellos sus muebles y papeles (art 1279, 1280 y 1281 ibídem);
3. Impretar el beneficio de separación, para que no se confundan los bienes del deudor fallecido con los de su heredero, de manera de poder el acreedor satisfacer su crédito sobre aquellos bienes con preferencia a las deudas propias del heredero (art 1435 y siguientes, ibídem).
4. Solicitar el embargo y el secuestro previos de uno o más bienes del deudor, como medida cautelar en el proceso ejecutivo (art 513 del nuevo código de procedimiento civil) o en el de nulidad de matrimonio civil, divorcio, separación de bienes o liquidación de sociedad conyugal (art 691 ibídem).
5. Ejercer el derecho de retención sobre determinados bienes del deudor, hasta tanto éste no haya satisfecho íntegramente la deuda (art 859, 947, 970, 1995, 2188, 2258, 2426 y 2463 del código civil).

b) Medios de reintegración del activo patrimonial del deudor.

Estos medios sólo tienen cabida en el caso de insolvencia del deudor, esto es, cuando su pasivo patrimonial es mayor que su activo. Si es menor, el acreedor carece de interés legítimo y, por tanto, de acción para hacer volver al patrimonio del deudor bienes o derechos que de él salieran, porque los que allí quedan son suficientes para la total satisfacción del pasivo.

c) Medios de satisfacción del crédito.

Cuando el deudor no ejecuta voluntariamente su obligación y ha sido constituido en mora, el acreedor tiene varios derechos, según los casos:

Cuando ha habido retardo:

1. Si la obligación es de dar o específica de hacer intuitu personae debitoris, puede exigir que el deudor le pague el objeto debido más indemnización moratoria.

2. Si la obligación es genérica de hacer, puede pedir que el propio deudor, o un tercero a expensas de éste, ejecuta el

objeto debido, y el deudor le pague además indemnización moratoria;

3. Si la obligación es no hacer y cabe deshacer lo hecho, puede solicitar que el deudor lo deshaga, u obtener autorización del juez para deshacerlo él mismo a expensas del deudor, en ambos casos con derecho a indemnización moratoria.

Cuando ha habido inejecución absoluta o ejecución defectuosa:

Sea la obligación de dar, hacer o no hacer, puede el acreedor exigir del deudor indemnización compensatoria, bien total o bien parcial, respectivamente.

Cuando el contrato generador de la obligación es bilateral:

Trátese de retardo, ejecución defectuosa o inejecución absoluta, puede demandar la resolución del contrato y que el deudor le pague indemnización sustitutiva del beneficio que el acreedor hubiera derivado de su cumplimiento.

De todas estas hipótesis se trata en los artículos 1546, 1610, 1612 y 1613 del código.

Una vez fijado el quantum de la indemnización correspondiente, el acreedor puede obtener el pago de ésta, más el del objeto debido en los casos de retardo, mediante sistema que consiste en embargo, secuestro, avaluo y remate o adjudicación de bienes del deudor, como medidas sucesivas que se toman en los procesos de carácter ejecutivo.

3.2. LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO

Lo mismo que la responsabilidad delictual y cuasidelictual, aquella que proviene del incumplimiento de una obligación cualquiera supone tres condiciones: hecho ilícito, culpa y daño.

El hecho ilícito consiste aquí en la inejecución o falta de pago de la obligación contraída; la culpa, en que el deudor sea la causa voluntaria, intencional o no intencional, de la inejecución; y el daño o perjuicio, en el hecho de que el acreedor no reciba, transitoria o definitivamente, total o parcialmente, el objeto a que tiene derecho en virtud de la obligación.

Pero esto último no significa que el único perjuicio que sufre el acreedor a consecuencia de la inejecución o falta de pago

sea el consistente en no recibir el objeto pactado en la época y con las condiciones de calidad y cantidad con que tiene derecho de recibirlo; puede sufrir además otros perjuicios que también dan derecho a indemnización, según se verá.

3.2.1. Inejecución absoluta, ejecución defectuosa y retardo. Opinión de algunos expositores alemanes sobre la existencia de una cuarta forma de inejecución.

Hay inejecución o falta de pago cuando el acreedor no recibe el objeto debido tal como el deudor debía ejecutarlo. Si la obligación es de dar o entregar, o prestar servicios profesionales, o de abstenerse de ejecutar un hecho, habrá inejecución en el caso de no efectuarse la dación o entrega, habrá inejecución en el caso de no efectuarse la dación o entrega o la prestación positiva o negativa correspondiente, con independencia de los motivos o circunstancias que determinaron esta conducta del deudor.

Tradicionalmente se han distinguido tres clases de inejecución o falta de pago de las obligaciones, a las cuales hace referencia expresa el artículo 1613 de nuestro código: la inejecución absoluta, que es total (nada se pagó) y definitiva

(ya no hay lugar al pago); la ejecución defectuosa o imperfecta, que es parcial (se pago mal, por defecto de calidad o cantidad); y definitiva (no cabe ya corregir el defecto, sea de calidad o de cantidad); y el retardo, que es inejecución total o parcial (nada se ha pagado o se ha pagado mal), pero transitoria (todavía puede pagarse o puede corregirse el defecto).

3.2.2. OBLIGACION Y RESPONSABILIDAD

Con todo, no es ocioso insistir en la imperiosa necesidad de poner al contenido de la obligación un único límite: la imposibilidad absoluta del objeto, imprevista e inevitable. Y por ello no sobra tampoco examinar más a fondo cómo se concilian dos principios tradicionales aparentemente contradictorios: ejecute el deudor ese objeto a toda costa, mientras continúe siendo posible, y límitese el deudor a emplear en el cumplimiento de su obligación cierta diligencia y cierto cuidado, relativos y variables. No son incompatibles estos dos extremos?

La más ingeniosa y a primera vista acertada opinión según la cual tales principios tradicionales armonizan y se complementan entre sí, es la del expositor Pierre Wigny,

doctor de la Universidad Harvard. Según "él, la imposibilidad del objeto es concepto que concierne exclusivamente a la obligación, en tanto que la diligencia y cuidado es fenómeno que sólo toca con la responsabilidad. Véase cómo llega a tal conclusión.

Cuando el objeto de la obligación se ha hecho absoluta y definitivamente imposible -afirma-, se plantea la cuestión de la responsabilidad del deudor y de la consiguiente indemnización de perjuicios. Antes, el deudor no puede convertir su obligación en la de indemnizar, ni puede el acreedor exigir que se lo indemnice, porque aquel sólo está obligado, y éste sólo tiene derecho, al pago del objeto tal como fué pactado. La ejecución de éste queda en cambio descartada desde el momento en que se hafa imposible, y es entonces donde cabe preguntarse si el deudor es o no el responsable de los daños que haya sufrido el acreedor con la falta de pago: responde de ellos si por su culpa, esto es, por no haber empleado la diligencia y el cuidado debido, no evitó la imposibilidad que sobrevino al objeto de la obligación; no responde si la imposibilidad no se debió a culpa suya, es decir, a su negligencia y descuido.

Conforme al artículo 1134 del código civil francés -advierde el expositor-, el contrato es ley para las partes. Se prometen ellas determinados objetos, no otros. Luégo admitir que unilateralmente se sustituya el objeto de cualquiera de las obligaciones recíprocas con una suma de dinero (la indemnización de perjuicios), es quebrantar la ley del contrato. El objeto pactado es lo exclusivamente debido mientras sea posible ejecutarlo. Correlativo es este otro principio, que se apoya en el sentido común: la indemnización de perjuicios es lo único a que el acreedor puede tener derecho cuando el objeto pactado se hizo absoluta y definitivamente imposible.

Por lo tanto -concluye-, no cabe hablar de responsabilidad, ni de culpa, o sea de falta de diligencia y cuidado, cuando el deudor no ejecuta objeto que sea de posible ejecución, porque en esta hipótesis sólo puede pedir el acreedor el pago, que es la prestación de lo que se debe. Podrá exigir indemnización si el objeto debido se hizo imposible y el deudor pudo evitar esta imposibilidad con la diligencia y el cuidado que debió emplear en ello.

4. CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS

- 4.1. a) Unilaterales y Bilaterales
b) Los llamados bilaterales imperfectos
c) interés de la clasificación

a) El contrato es unilateral cuando ha de producir obligaciones "primarias" a cargo de una sola parte, y bilateral, si está destinado a que las partes contraigan recíprocamente obligaciones de esta naturaleza.

Llamo obligaciones "primarias" las que estructuran el contrato de manera que no pueda confundirse con otro, por oposición a las "secundarias", que son elementos auxiliares o complementarios destinados a que el negocio jurídico se realice con equidad. Así, es la compraventa, que es bilateral, son obligaciones "primarias" la de dar una cosa, a cargo del vendedor, y la de pagarla en dinero, a cargo del comprador (art 1849 del código), en tanto que la de sanear en caso de evicción o por vicios redhibitorios nace de la tradición y es "secundaria" con relación al contrato (art 1893). Así, la obligación de administrar uno o más negocios de otra persona, que contrae el

mandatario, y la de pagar a éste la remuneración estipulada o usual, que generalmente contrae el mandante, son "primarias" (art 2142 y 2184), mientras la de rendir el mandatario cuenta de la administración y la de reembolsar a éste los gastos razonables causados por la ejecución del mandato son "secundarias" (art 2181 y 2184). Así, en fin, la obligación de conservar y restituir la cosa recibida en comodato o depósito, que pesa sobre el comodatario o depositario, es "primaria" (art 2203, 2205 y 2236), pero la de indemnizar al uno o al otro de las expensas de conservación de la cosa es "secundaria" y común a todo contrato de este linaje (art 2216 y 2259).

Por lo anteriormente expuesto, encuentro deficientes la definiciones contenidas en el artículo 1496, que reza así: "El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente".

Comodato y depósito son siempre contratos unilaterales, a pesar de que en virtud de obligaciones "secundarias" pueden llegar a quedar obligadas ambas partes, según quedó visto. El mandato es unilateral cuando es gratuito, y bilateral, cuando es remunerado (art 2143), independientemente de las

obligaciones "secundarias" que genera, que son siempre unas mismas.

No deben confundirse entre sí la noción de ser el contrato unilateral o bilateral y la de ser el acto jurídico lo uno o lo otro. Los actos que suponen la manifestación de una sola voluntad (testamento, aceptación de herencia o legado), son unilaterales, y los que implican consentimiento, o sea dos o más voluntades acordes, son bilaterales. En este sentido el contrato está destinado a generar obligaciones "primarias" recíprocas o únicamente haya de producirlas de este tipo a cargo de una sola de las partes.

B) La equivocada idea de que por el contrato unilateral se obliga una de las partes pero no se obliga la otra, es el origen de la distinción que tradicionalmente se viene haciendo entre contrato unilateral perfecto y bilateral imperfecto. Según la doctrina, el primero es el que desde su formación está destinado a crear obligaciones a cargo de ambas partes, y el segundo, el que no produciendo al formarse sino obligaciones para una sola de las partes, puede causarlas posteriormente a cargo de la otra. Ejemplo de aquél sería la compraventa; de este otro, el comodato.

Algunos expositores, entre ellos Planiol y Hémard, sostiene que los llamados contratos bilaterales imperfectos son unilaterales, como quiera que las obligaciones que nacen a cargo de la parte inicialmente obligada o provienen del contrato, sino de "hechos accidentales posteriores al acuerdo de voluntades y extraños a éste". Otros expositores, como Pérez Vives, expresan la opinión de que el contrato es bilateral no cuando crea obligaciones a cargo de ambas partes, sino cuando las que éstas contraen "se sirven mutuamente de causa".

Rechazo la idea de que haya contratos bilaterales imperfectos, pero por otros motivos. En mi concepto, los contratos que así llama la doctrina son unilaterales, puesto que sólo generan obligaciones "primarias" a cargo de una de las partes, no de la otra, la cual únicamente puede contraer obligaciones "secundarias". Por otro aspecto, nada tiene que ver con la bilateralidad y unilateralidad del contrato la circunstancia de que las partes se obliguen desde la formación de éste o lleguen a obligarse por razón de hechos posteriores al acuerdo de voluntades.

c) La clasificación tiene importantes consecuencias:

1. La acción resolutoria sólo tiene cabida en los contratos bilaterales, por incumplimiento de obligación "primaria" (art 1546 del código);

2. Lo propio sucede con la exceptio non adimpleti contractus o excepción de contrato no cumplido (artículo 1609);

3. La cuestión de los riesgos, esto es, la consistente en determinar si la imposibilidad del objeto de la obligación de una de las partes, sobrevenida sin su culpa entre el momento de nacer la obligación y el momento del pago, exonera o no a la otra parte de cumplir su propia obligación, únicamente puede ser planteada en los contratos bilaterales (art 1607).

4.2. a) Gratuitos o de beneficencia y onerosos

b) Interes de la clasificación

a) Conforme el artículo 1497. "El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; u oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro".

A primera vista, el contrato unilateral podría confundirse con el gratuito, y el bilateral, con el oneroso. Sin embargo, hay contratos unilaterales y onerosos, como el mutuo con interés, que tiene por objeto la utilidad de ambas partes: el mutuante, que no obliga, contrata para recibir los intereses de la suma que presta, y el mutuario, que sí se obliga, contrata para gozar y disponer de ella durante el plazo pactado. Lo que no hay es contrato bilateral que sea gratuito, porque el bilateral lo celebran siempre las partes para su recíproca utilidad, gravándose cada una en provecho de la otra.

b) Un solo efecto apreciable se deriva de esta obligación:

Según el artículo 1604 del código, en los contratos gratuitos el deudor responde, o bien sólo de la culpa lata, si es contratante que no reporta utilidad alguna del negocio (como es el depósito, por ejemplo), o bien hasta la levísima, si es el único que por éste se beneficia (como en el comodato). En los contratos onerosos, que se celebran en mutuo beneficio de las partes, cada deudor o el único deudor responde de la culpa leve (como en la compraventa y en el arrendamiento).

4.3. a) Conmutativos y Aleatorios
b) Interés de la subclasificación

a) "El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio", reza el artículo 1498.

Observe que, con arreglo a esta disposición, la equivalencia entre los gravámenes que soportan las dos partes debe existir tanto en el contrato conmutativo como en el aleatorio. Haciendo abstracción de la fuerza mayor o caso fortuito que llegue a exonerar a algunas de las partes del gravamen a su cargo, la diferencia entre un contrato y el otro estriba en que el conmutativo los contratantes aceptan gravarse entre sí, con cargas que se miran como equivalentes independientemente de toda contingencia, mientras en el aleatorio, por lo general, uno soporta gravamen fijo y en firme, sin que se sepa de antemano si el otro también llegará a gravarse o en que cuantía. La equivalencia se entiende existir aquí entre la fijeza y la firmeza de una prestación y las probabilidades de ganancia o pérdida que han sido calculadas en función del factor suerte, de

modo que el monto del gravamen que irrevocablemente pesa sobre una de las partes quede determinado con base en dos elementos: la cantidad que puede ganar quien lo soporta y el porcentaje de probabilidad que tiene de ganarla.

b) La subclasificación trae dos consecuencias de interés:

1. En el contrato conmutativo, la condición suspensiva que se pacte afecta las obligaciones recíprocas de las partes, en forma que lleguen a obligarse ambas o ninguna quede obligada. En el aleatorio, o bien las obligaciones de una parte deben ser incondicionales y las de la otra condicionales, o bien la condición se estipula para que su acaecimiento defina cuál de ellas se obliga y cuál no se obliga.

2. La compraventa y la permuta son rescindibles por lesión enorme cuando, como es regla general, son conmutativas (artículo 1946 y 1958). Ningún contrato aleatorio puede rescindirse por esta causa.

4.4. PRINCIPALES Y ACCESORIOS

Según el artículo 1499. "El contrato es principal cuando subsiste por si mismo sin necesidad de otra convención, y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no puede subsistir sin ella".

Lo principal y lo accesorio, en mi opinión, no son los contratos, sino las obligaciones. Un mismo acuerdo de voluntades puede producir las de ambas clases, como es de frecuente ocurrencia en la práctica. La manera como está redactada la disposición legal transcrita pone de manifiesto que así lo entendió el legislador, puesto que se refirió expresamente a "obligación principal" para explicar lo accesorio.

La mera circunstancia de que haya cláusula penal, generadora de obligación accesorio, y no "contrato penal" demuestra en mi sentir que esta clasificación concierne a las obligaciones y no a los contratos. La hipoteca, la prenda y la fianza no son propiamente contratos accesorios, sino generadores de obligaciones accesorias.

- 4.5. a) Reales
b) Solemnes
c) Consensuales

Por el artículo 1500 se establece otra clasificación importante: "El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento".

a) En el derecho civil moderno el principio general en materia de contratos es el diametralmente opuesto al primitivo romano: el solo consentimiento crea obligaciones. la regla es pues el contrato consensual. por excepción los hay reales, que se forman mediante la entrega (no siempre la tradición) de cosa material, y solemnes, que requieren formalidades especiales, no tanto con el criterio romano de que haya signo externo del acuerdo de voluntades para que se perciba su existencia, sino principalmente para dar autenticidad y publicidad a los contratos que las requieren, a fin de que la

ignorancia y el error no imperen en el campo de ciertos negocios.

Sostiene planiol que la obligación del depositario, comodatario, acreedor prendario u otro deudor que ha recibido cosa material con cargo de restituirla, no es contractual, sino que nace ex re, esto es, del derecho de tener cosa ajena. En prueba de ello arguye que esa obligación existe legalmente aunque no haya habido entrega ni, por lo tanto, contrato alguno: los interesados no tienen necesidad de pactarla, porque preexiste a cualquier acuerdo de sus voluntades. Se trata, dice, de la obligación legal de restituir toda cosa ajena, origen de la acción reivindicatoria. Entre esta obligación y la del depositario, comodatario o acreedor prendario sólo hay diferencias de carácter accesorio, como la de que la que depositante, comandante y deudor prendario no necesitan probar el dominio de la cosa, mientras si debe hacerlo el reivindicador. Diferencias como ésta, concluye, no alteran la identidad de naturaleza de todas las citadas obligaciones.

No estoy de acuerdo con esta manera de entender el asunto. El que por propia iniciativa toma cosa ajena, debe restituirla, y a que lo haga se endereza la acción reivindicatoria (artículo 952) Pero si alguien toma cosa de otro porque éste se la entrega a

título precario, no se puede negar que ha habido entre ambos un acuerdo de voluntades en virtud del cual el que la ha recibido se obliga a restituirla, y es ese acuerdo (contrato), no la entrega, lo que genera la obligación de restituir.

Por la forma como está estructurado el contrato real, surgen en la práctica situaciones incómodas y hasta contradictorias. Nada vale ante el Derecho Civil colombiano el acuerdo verbal de voluntades del banquero y su cliente para que éste reciba suma de dinero a título de mutuo. Por otro aspecto, resulta ilógica la disposición del artículo 2244 del Código, según la cual el depósito, contrato real, degenera en arrendamiento de servicios, contrato consensual, si se estipula remuneración por la custodia de la cosa depositada. Cuál es el motivo de que haya consentimiento antes de la entrega si el contrato es oneroso, pero no lo haya si es gratuito?

El contrato real es figura jurídica que me parece fuera de lugar en el derecho moderno.

b) Algunas de las " formalidades especiales " a que está sujeta la formación del contrato solemne son impuestas por la ley en consideración a la naturaleza de éste; otras son exigidas

en atención a la calidad o el estado de las personas que celebran el contrato.

Ejemplos de las formalidades de la primera clase son el escrito en que debe consignarse el contrato de promesa (artículo 89 de la Ley 153 de 1887) y a la escritura pública que es necesario otorgar cuando se celebran " contratos relativos a la enajenación o mutación de propiedad de bienes inmuebles y a la constitución de hipoteca, imposición de cualquier gravamen, responsabilidad o servidumbre, y generalmente todo contrato o acto entre vivos, que ponga limitaciones al derecho de propiedad sobre inmuebles, y los demás actos y contratos respecto de los cuales la ley exige que su costancia quede consignada en escritura o instrumento público " (artículo 2577 del Código).

Ejemplos de la segunda clase de formalidades son las que la ley tiene establecidas para ciertos contratos que celebren los representantes legales de los incapaces (artículos 303, 304, 483, 484, 485, 487, 489, 491, 493, 501, 502 y otros).

Puede haber además contratos solemnes por voluntad de las partes, como está previsto por los artículos 1858 y 1979 del Código.

No deben confundirse las solemnidades que la ley exige ad existentiam actum y aquellas que son necesarias ad probationem. Con arreglo al régimen de nuestro Código Civil, la compraventa de bienes muebles es contrato consensual (artículo 1857), es decir que se forma por el mero consentimiento; pero no podía probarse sino mediante prueba escrita si la cosa o el precio valían más de quinientos pesos (artículo 91 de la Ley 153 de 1887), sin que por ello dejara de ser consensual. Esta última disposición fue derogada por el nuevo Código de procedimiento Civil (artículo 698). Pero la distinción entre los dos tipos de solemnidades subsiste.

c) todos los contratos que no son reales, ni solemnes, son consensuales. Como dejo dicho, éstos constituyen la regla; los otros son excepciones.

4.6 a) De ejecución instantánea y de ejecución sucesiva.

b) Interes de la clasificación.

a) El Código no clasifica expresamente los contratos en estos dos grupos, pero los distingue y reglamenta de manera diferente.

El contrato es de ejecución instantánea cuando los objetos de las obligaciones que genera se ejecutan en un solo acto único, sin dilación, y es de ejecución sucesiva cuando tales objetos no pueden ejecutarse al punto, sino en varios actos escalonados (como generalmente ocurre en el precio o renta en el arrendamiento) o en un solo acto continuo y de larga duración (como mantener el arrendatario en el uso y goce de la cosa mientras dure el arriendo).

Por lo general son contratos de ejecución instantánea los que producen obligaciones de dar, como la compraventa y la permuta. No obstante, cuando se pactan en tales contratos entregas sucesivas o escalonadas de bienes, lo que es de uso frecuente en el comercio, se vuelven de ejecución sucesiva, con los efectos que son propios a éstos.

Los contratos que causan obligaciones de hacer o no hacer son ordinariamente de ejecución sucesiva, porque tales objetos no pueden por lo general ejecutarse en forma instantánea. Pero se conciben casos excepcionales en que la acción o la abstención pueden cumplirse en un solo momento.

Todo contrato de ejecución sucesiva tiene dos etapas: una primera, durante la cual los contratantes realizan el negocio que los llevó a contratar, y una posterior, destinada a liquidar el negocio ya concluido. El plazo y la condición extintivos del primer grupo de obligaciones – que a la vez son suspensivos de las del segundo grupo – , tienen importante función como medios naturales de separar una etapa de la otra.

b) Esta clasificación se traduce en una consecuencia importante:

Los contratos de ejecución instantánea pueden resolverse por incumplimiento de cualquiera de las partes (artículo 1481 y 1483, relativos a la donación entre vivos; 1930, a la compraventa 1958, a la permuta). los de ejecución sucesiva no se resuelven; pueden expirar (artículos 2008, concerniente al arrendamiento; 2132, a la sociedad; 2199, al mandato), o

terminar (artículo 1990, tocante al arrendamiento; 2125, a la sociedad; 2189, al mandato), o extinguirse (artículo 2163, referente al mandato: 2300 a la renta vitalicia), o disolverse (artículo 2134, para la sociedad; 2150, para el mandato), o cesar (artículo 1988, para el arrendamiento 2194, para el mandato; 2280, para el secuestro), o concluir (artículo 2026, para el arrendamiento), o revocarse (artículo 2163, para el mandato).

He citado varios ejemplos de los distintos vocablos con que en nuestro régimen civil se designa lo que en el francés se llama "resiliation ", fenómeno consistente en poner fin al contrato de ejecución sucesiva ex nunc, sin efecto retroactivo, por oposición al que consiste en resolver el de ejecución instantánea, esto es, hacerlo desaparecer como si nunca hubiera existido, ex tunc.

4.7 a) Tipicos o nominados y Antipicos o anominados.

b) Interes de la calificación.

a) El contrato es típico o nominado cuando su estructura y sus efectos están expresamente previstos en la ley, y atípico o innominado en el caso contrario.

En el régimen civil colombiano son contratos típicos la donación, la compraventa, la permuta, la cesión (de crédito, derecho de herencia o derechos litigiosos), el arrendamiento (de cosa material, de servicios materiales o inmateriales), la sociedad, el mandato, el comodato, el mutuo, el depósito, la apuesta, la constitución de renta vitalicia, la fianza, la prenda, la hipoteca, la anticresis y la transacción.

Todos los contratos no comprendidos en esta enumeración taxativa son atípicos. A tal clase pertenecen los que generan obligaciones " primarias " de no hacer, sea cual fuere la prestación contraria que se estipule, o de hacer a cargo de ambas partes, y en pocos casos de hacer a cargo de una y dar a cargo de la otra o de dar a cargo de ambas. Se conciben, además, diversas acumulaciones de todos estos tipos de objetos en un contrato cuya estructura no sea la ninguno de los nominados.

b) Los contratos típicos se rigen por las disposiciones legales que los reglamentan, que son las exactamente aplicables a ellos (artículo 8o. de la ley 153 de 1887), en tanto que los atípicos se gobiernan, o bien por dichas

disposicione, cuando admitan aplicaci3n anal3gica, o bien por las reglas generales de derecho (ibidem).

5. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE CONDICIONES DE LOS CONTRATOS

5.1. EL CONTRATO INEXISTENTE. LA SIMULACION

Simular es, en la acepci3n general del vocablo, representar una cosa fingiendo o imitando lo que no es. En t3cnica jur3dica, dentro de la teor3a de los contratos, simular es aparentar, para engañar publicamente, un contrato que en realidad no se celebra.

El contrato simulado es pues acto inexistente, porque las partes que manifestaron celebrarlo no consintieron en 3l; pero han fingido que s3 lo celebraron, con el prop3sito de engañar a terceros vali3ndose de esta mentira para tratar de proteger alg3n inter3s de ambas o de una de ellas.

He citado estos dos casos para hacer notar que en uno y otro la compraventa aparente no existe, puesto que en ambos el acto verdadero, el oculto, es incompatible con el ostensivo; no se puede vender y no vender a la vez una misma cosa a una misma persona, como tampoco se puede vendérsela simultáneamente por un precio determinado y por otro precio distinto. De consiguiente, es erróneo el concepto de que en el segundo ejemplo propuesto Coexisten dos contratos: uno, el verdadero, que ha sido en efecto consentido por las partes y estas ocultan a terceros; y otro, el aparente, que existe también, como quiera que se ha celebrado realmente una compraventa y lo aparentado es una compraventa, con sólo la diferencia resultante del monto del precio.

Cuando alguno propone a otro un negocio complejo, consistente en una serie de estipulaciones, algunas esenciales, otras accidentales o de tipo secundario (el momento o el lugar del pago de la obligación menos importante), la conformidad del destinatario con todas esas estipulaciones menos una de esta última especie, que él no acepta, impide el consentimiento. No hay acuerdo, ni por tanto contrato, hasta tanto proponente y destinatario no convengan en todas las estipulaciones que constituyen el negocio, sin excluir ninguna.

5.2. NATURALEZA JURIDICA DE LA SIMULACION

Por lo visto, la simulación implica esencialmente una discrepancia entre la realidad y la apariencia. Lo verdadero es el acto o contrato que las partes no celebraron de verdad, porque no convinieron en él.

La apariencia surge de una o más pruebas ostensivas, pública. Por lo tanto, la simulación plantea exclusivamente un problema de orden probatorio: implica un solo acto o contrato y dos pruebas o conjuntos de pruebas cuyos contenidos son contradictorios. Las públicas dan razón de un contrato que las partes no celebraron; las ocultas o privadas demuestran el único acto o contrato que las partes realmente celebraron. Esta situación da lugar a un enfrentamiento de pruebas -no a conflicto entre actos o contratos opuestos-, cuyo resultado debe ser la descalificación de la apariencia, porque esta no

corresponde a la realidad y porque en derecho, como en todo sistema ético, la verdad debe primar siempre sobre la mentira.

5.3. SIMULACION ABSOLUTA O RELATIVA

a) Es absoluta cuando las partes han convenido en que no haya contrato alguno entre ellas, es decir, en que la situación existente antes de aparentar el contrato simulado permanezca igual. En este caso, el acto único, el verdadero, consiste en el pacto o acuerdo consensual de crear una prueba que engañe públicamente demostrando ante terceros la existencia de determinado contrato, a pesar de que las partes interesadas no celebraron ninguno.

b) Es relativa la simulación cuando los contratantes han aparentado un contrato distinto del que realmente celebraron, o cuando han fingido no haber celebrado entre ellas uno en que verdaderamente consintieron. Así, hay simulación relativa si se pactó donación y se finge compraventa, o si habiéndose ajustado ésta con pacto de retroventa, se simula haberla

acordado sin ese pacto; y la hay también si habiendo convenido las partes en que haya compraventa entre ellas, aparentann que se celebró tal contrato entre uno de los verdaderos contratantes y un tercero que no interviene realmente en el negocio y que se encarga de transferir después la cosa al otro verdadero contratante; es decir, si la operación se realiza mediante persona interpuesta o testaferro, para burlar por este medio una prohibición legal, la de celebrarse compraventa entre el padre y el hijo de familia.

5.3.1. LA PRUEBA DE LA SIMULACION

EL SISTEMA TRADICIONAL Y EL ADOPTADO POR EL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.

En materia probatoria, nuestra antigua legislación se apoyaba en dos principios fundamentales: a) La prueba no es libre, sino está sujeta a tarifa legal, de manera que sólo los medio taxativamente comprendidos en ella pueden formar el convencimiento del juez; b) el hecho jurídico puede ser demostrado con cualquier medio de prueba, de fuerza plena, que está incluido en la tarifa legal, en tanto que el acto jurídico

sólo puede establecerse con pruebas de determinada naturaleza y calidad entre las que forman esa tarifa.

Por lo que toca con la simulación, cuando el actor obraba como parte estaba sujeto a las restricciones de orden probatorio que el régimen derogado establecía en relación con los actos jurídicos, la más importante de las cuales era la que rechazaba las declaraciones de testigos como prueba única de obligaciones cuyos objetos valieran más de quinientos pesos (art 91 y 92 de la ley 153 de 1887). A quien demandaba la declaración de simulación en calidad de parte, no se le admitía probar el contrato oculto sino con documento privado, confesión o principio de prueba por escrito acompañada de declaraciones de testigos o de indicios (art 92 ibídem). Por el contrario, cuando el actor obraba como tercero podía valerse hasta de la misma prueba indiciaria para demostrar el contrato secreto.

El nuevo código de procedimiento civil suprimió la tarifa legal, sustituyéndola con el sistema de libertad de prueba, conforme al cual todo medio convicción, esto es, cualquiera que sea útil "para la formación del convencimiento del juez", tiene fuerza probatoria (art 175), con tal que no esté prohibido por la ley o

no sea ineficaz por disposición de ella (art 178). Este nuevo sistema constituye notable avance en punto de prueba de la simulación.

5.4. EL CONTRATO INVALIDO. LA NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA

5.4.1. CONCEPTO DE NULIDAD

En la más vasta significación del vocablo, nulo es lo que carece de validez y eficacia. Mas en el derecho civil no todo lo inválido puede calificarse propiamente de nulo. En este campo la nulidad es concepto estrictamente aplicable al acto jurídico, es especial al contrato.

Sin embargo, no se entiende así en nuestro código, y de ello surgen oscuridades y confusiones. Por los artículos 1535 y 1593 se prevén casos de "obligaciones" nulas, que en realidad son hipótesis de estipulaciones contractuales nulas: aquella

por la cual dice una de las partes obligarse bajo condición que depende de su mera voluntad, y aquella que, afectada de algún vicio de nulidad -error, fuerza o dolo, crea una obligación principal cuyo cumplimiento se asegura con una pena válidamente pactada, o viceversa.

En el código no se declara que haya "instrumentos públicos" nulos, sino inválidos (art 2595, por ejemplo), y es notorio que el legislador puso empeño en distinguir la invalidez del instrumento y la nulidad del contrato de que da fé (inciso final del art 2608), así como en no confundir la invalidez del registro del instrumento y la nulidad de la diligencia de registro, que sí es un acto (colon final del art 2664). Pero leyes posteriores, como la 153 de 1887 y la 33 de 1896, sí aluden a la nulidad del "instrumento", en vez de a su invalidez (art 96 de la primera y 2o. de la otra).

5.4.2. CAUSAS DE NULIDAD

Conforme al artículo 1741, "La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de

ellos, y no a la calidad o estado de la persona que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapeces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato".

a) proviene pues la nulidad absoluta de alguna de las causas siguientes, que el artículo transcrito enumera taxitivamente:

1. Objeto ilícito;
2. Causa ilícita;
3. Omisión de requisito o formalidad prescrito por la ley en consideración de la naturaleza misma del contrato, salvo el que consiste en otorgar instrumento público, cuya falta determina inexistencia y no nulidad del acto (art 1760); y
4. Incapacidad absoluta de cualquiera de las partes, esto es, demencia, impubertad, sordomudez que impida darse a entender por escrito.

b) La nulidad relativa puede ser generada por:

1. Error, fuerza o dolo como vicios del consentimiento;

2. Incapacidad relativa de cualquiera de los contratantes, es decir, que alguno de éstos sea menor adulto no habilitado de edad, disipador en interdicción o persona jurídica.

3. Omisión de requisito o formalidad exigido por la ley en atención a la calidad o estado de las personas que celebran el contrato.

5.5. EL CONTRATO SUBSISTENTE. LA RESOLUCION Y LA TERMINACION

5.5.1. EL INCUMPLIMIENTO COMO CAUSA DE INSUBSISTENCIA.

Son condiciones de subsistencia del contrato, según se deje dicho, la buena fé y la diligencia y cuidado de las partes en la ejecución de sus obligaciones. Cuando falta alguna de estas condiciones y ello se traduce en incumplimiento, el contrato se puede resolver o puede terminar.

A lo primero conduce la acción resolutoria, que se dirige contra el contratante que ha incumplido, siempre que el

contrato bilateral sea de ejecución instantánea. Lo segundo tiene lugar cuando el contrato es de ejecución sucesiva o escalonada: bien unilateral, caso en que puede terminar por incumplimiento de la única parte obligada, bien bilateral, evento en que cabe ponerle fin si una de las partes incumple.

5.6. CONDICIONES DE LA ACCION RESOLUTORIA

Para su ejercicio se requieren las siguientes condiciones:

a) Que se trate de incumplimiento de obligación "primera", no "secundaria". Así, la evicción y la aparición de vicios redhibitorios, por las cuales el vendedor incumple obligaciones que no nacen directamente de la compraventa sino de la tradición y que son comunes de toda enajenación a título oneroso, no dan derecho a la resolución del contrato, sino a su rescisión en ciertos casos, porque se trata de obligaciones "secundarias" de la compraventa, y porque el contrato expira no propiamente por faltarle condición de subsistencia, sino por haberse formado con imperfección que remonta a la época de su celebración.

b) Que el incumplimiento de la obligación "primaria" sea total, o a lo menos de parte importante de su objeto. Si lo no pagado es mínimo es relación con el valor del objeto, como ocurre en algunos casos de ejecución cuantitativa o cualitativamente defectuosa, no cabe la resolución del contrato (inciso 2o. del artículo 1648).

c) Que el deudor que ha incumplido haya sido constituido en mora conforme a las reglas de los artículos 1608 y 1609. Se requiere pues que si la obligación es a plazo suspensivo o sólo haya podido ejecutarse útilmente dentro de cierto tiempo, éste haya transcurrido o aquél haya vencido, o que el deudor haya sido judicialmente reconvenido en los demás casos, y que su incumplimiento no se funde en que el acreedor, por su parte, tampoco cumplió sus obligaciones en el momento en que debió hacerlo.

5.7. LA TERMINACIÓN POR INCUMPLIMIENTO.

Los contratos de ejecución sucesiva o escalonada pueden hacerse terminar en caso de que una de las partes no cumpla sus obligaciones. La terminación da entonces desde luego derecho a indemnización de perjuicios que sustituya el beneficio que el contrato hubiera continuado produciendo para la otra parte.

Este fenómeno, que puede provenir de incumplimiento o de algún hecho que no implique dolo ni culpa de ninguno de los contratantes, sólo tiene efectos ex nunc, esto es, con relación al futuro, dejando con vida y con eficacia todas las consecuencias que el contrato produjo hasta el momento en que terminó.

Supone la terminación las mismas condiciones que se exigen para el ejercicio de la acción resolutoria, a saber:

1. Que el incumplimiento sea de obligación "primaria" (art 1989, 1994).

2. Que la falta de pago haya sido total o de parte considerable (inciso finales de los artículos 1990 y 1997); y

3. Que el contratante que incumplió haya sido constituido en mora (art. 1984).

CONCLUSIONES

La obligación es el vínculo jurídico entre dos o más personas determinadas, por virtud del cual una o unas de ellas (parte deudora) han de dar, hacer o no hacer algo (objeto de la obligación) el favor de la otra u otras (parte acreedora).

Durante los primeros siglos de Roma, sólo se tuvo un rudimentario concepto de la obligación o, más exactamente, de la persona obligada: la que, por no haber pagado puntualmente algo que debía, era encadenada por su acreedor y sometida a trabajar en provecho de éste. Tal es el origen de los vocablos ob-ligatio y solutio. Más tarde apareció la noción abstracta de obligación, aunque subsistieron por largo tiempo algunos residuos del viejo concepto, tales como la prisión por deudas. En todos los sistemas civiles modernos, la obligación dejó de ser vínculo de orden material, para convertirse en relación recíproca de tipo meramente jurídico.

El vínculo de derecho en que consiste toda obligación es la causa determinante de que la parte deudora tenga que dar,

hacer o no hacer lo prometido, y es además la causa justificativa del pago. Pero no es de la esencia de la obligación que la parte acreedora pueda exigir lo que se le debe. Sólo si aquella es civil, puede ésta exigirlo; si es meramente natural, no puede exigirlo. Y una y otra son obligaciones desde el punto de vista jurídico, pues que ambas implican para el deudor la necesidad de dar, hacer o no hacer lo prometido, y ambas justifican el pago.

El Contrato es el acuerdo de voluntades entre dos o más personas destinado a crear una o más obligaciones.

Contrato y Obligación son, por lo tanto, cosas enteramente distintas. Aquel es una manifestación bilateral de voluntades, cuya finalidad es que un contratante quede obligado o ambos recíprocamente. La obligación es el efecto del contrato. Este es una de las posibles causas de aquella. Jamás se los puede confundir.

Por no distinguirlos claramente, nuestro Código Civil contiene varias confusiones inaceptables. La definición que del contrato se da por el artículo 1495 no es del todo satisfactoria; la unilateralidad que la caracteriza sugiere más la idea de

obligación que de contrato. El objeto no es requisito de la "Declaración de voluntad", como se expresa en el artículo 1517, sino de la obligación. La causa no es elemento de la "obligación", según se dice en el 1524, sino del contrato. No hay contrato "condicional" conforme al texto del artículo 1549, sino obligaciones condicionales. En fin, lo principal o accesorio no son propiamente los contratos, sino las obligaciones.

BIBLIOGRAFIA

ARRUBLA PAUCAR, Jaime. A. Contratos Mercantiles. Tomo II. 1a. edición. Biblioteca Jurídica Dike. 1991.

CABANELAS, Guillermo. KELLY JULIO, Alberto. Contratos de Colaboración Empresarial. Ed. Heliasa. Buenos Aires 1987.

DE BUENLAZANO, Néstor. La Decadencia del Contrato. Ed. Porrúa. México, 1986.

MONTILLA, Agustin. La Codificación como técnica de producción legislativa. Revista de Derecho Privado, junio 1987.

VALLESPINOS, Carlos Gustavo. El Contrato por Adhesión a Condiciones Generales. Ed. Universidad de Buenos Aires, 1984.