

el negocio no produzca desde su celebración los efectos (testamento, condición suspensiva, por ejemplo) o que los regularmente producidos sean eliminados (resolución y revocación, por ejemplo).

La terminología de la doctrina sobre el tema abunda en imprecisiones, tanto que se hace necesario distinguir entre ineficacia en sentido amplio e ineficacia en sentido estricto.

En sentido amplio comprende toda falta de efectos, incluso aquella que deriva de un vicio que afecta la validez del negocio (371), esto es, todas las hipótesis donde los efectos no se producen o están destinados a desaparecer sucesivamente (372), o, como se ha dicho "todos los casos en que el Ordenamiento incide sobre la producción de efectos" (373). Dentro de esta (indiscriminada) denominación se incluyen los casos de inexistencia, nulidad, anulabilidad, ineficacia en sentido estricto originaria, impugnación o ineficacia sucesiva (rescisión y resolución) y revocación. La imprecisión de este uso amplio es evidente. Ha sido catalogada como "fuente de equívocos" (374).

En sentido estricto la ineficacia presupone un negocio relevante y válido, como tal potencialmente eficaz, por lo que es una calificación autónoma (375), diversa de la invalidez y diversa también de la irrelevancia (376).

Para algunos los negocios ineficaces son negocios incompletos (377), donde todavía no concurren los requisitos necesarios (negocio a plazo o bajo condición, transmisión de propiedad mientras se inscribe en el Registro, negocio jurídico que requiere la aquiescencia de una tercera persona hasta tanto ésta la ratifica). Otros no incluyen las

figuras de impugnabilidad —casos de ineficacia sucesiva o sobreviniente— dentro del concepto, con lo cual restringen demasiado su contenido (378).

La ineficacia en sentido estricto comprende los casos de falta de producción originaria o sobreviniente de efectos. Originaria es la ineficacia cuando no se ha cerrado todavía el ciclo formativo del supuesto causal por la ausencia de un coelemento (379); sobreviniente es la que se produce cuando el negocio ha desplegado ya su eficacia (380).

"La ineficacia sucesiva es una vicisitud que incide sobre la situación efectual, después de que ésta ha surgido; debe reportarse en todo caso a una inidoneidad funcional del programa negocial por la incidencia de intereses externos incompatibles" (381).

3) INEFICACIA E IRRELEVANCIA.

Como consecuencia de las imprecisiones doctrinarias respecto al contenido del término ineficacia, se ha incurrido en confusión con respecto al concepto de irrelevancia. Se trata, en realidad, de dos calificaciones jurídicas muy distintas: la irrelevancia denota la posición de indiferencia de un acto para el Derecho, pues, no habiéndose completado el supuesto mínimo, el Ordenamiento no interviene (382); la ineficacia, en cambio, presupone la relevancia. "La expresión ineficacia posee sentido solamente respecto a un hecho dotado de peculiar relevancia. . ." (383).

La distinción reposa en la diferenciación entre hecho y efecto. Cuando estamos en una situación de ineficacia no se pone en duda la relevancia

(371) V. SCALISI, op. cit., supra 39, p. 331.

(372) V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 3, p. 229.

(373) CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 390.

(374) MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 624.

(375) V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 390, TORRENTE, op. cit., supra 42, p. 249.

(376) "Técnicamente debe designarse como ineficaz el acto jurídico en que la falta de producción de efectos no deriva de un estado patológico del supuesto de hecho, sino de la actual falta de una concausa de eficacia, esto es, el acto jurídico meramente relevante". FALZEA, op. cit., supra 36, p. 40.

(377) Así VON THUR, op. cit., supra 148, p. 90.

(378) V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 389 y SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 3, p. 230.

(379) V. FALZEA, op. cit., supra 36, p. 53.

(380) "Puede darse que el contrato inicialmente eficaz pierda sus efectos por un hecho sobreviniente" (condición resolutoria, revocación, etc.) SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 3, p. 258.

(381) SCALISI, op. cit., supra 39, p. 367.

(382) "Jurídicamente se llama "relevante" a una situación de hecho concreta cuando esté constituida por todos los elementos requeridos por la norma para que el acto sea reconocido por el Derecho. . .". FALZEA, op. cit., supra 36, p. 26.

(383) SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 327.

(384). "Los términos ineficacia e irrelevancia no están ligados por una relación de implicación necesaria por lo que no hay dificultad en admitir hechos relevantes pero ineficaces" (385).

Ineficacia e irrelevancia son respuestas que el Ordenamiento da a problemas claramente diferenciados. En la irrelevancia se valora estáticamente la correspondencia formal del programa negocial con el esquema normativo. En la ineficacia la valoración es dinámica (386); no se valora tanto una correspondencia formal como una idoneidad sustancial para la satisfacción de los intereses negociales.

La irrelevancia se distingue tanto de la ineficacia originaria como de la sobreviniente. La originaria presupone la relevancia; con respecto a la sobreviniente se ha dicho que la irrelevancia es un "no llegar" y que la ineficacia sobreviniente es un "devolverse" (387).

La diferencia resulta clara si se piensa que la relevancia se configura como una potencialidad de eficacia; "designa la idoneidad del acto para provocar transformaciones. . . y se revela como eficacia potencial, distinguiéndose así de la eficacia actual, aunque ocurre a menudo que los dos momentos coinciden" (388).

4) INEFICACIA PENDIENTE E INEFICACIA DEFINITIVA.

La distinción entre la ineficacia pendiente y la ineficacia definitiva, de conformidad con la metodología real-objetiva, encuentra su base en la específica consideración de los intereses en juego. Es necesario, pues, determinar su fundamento axiológico.

El fundamento axiológico unitario de la ineficacia pendiente se encuentra en dos exigencias (intereses): "remitir la realización del interés a un

momento sucesivo respecto al de su constitución y asegurar al mismo tiempo la plenitud de satisfacción del interés cuya realización ha sido pospuesta" (389). En estos casos basta esperar que el interés ya manifestado se complete o actualice, lo que ocurre con la identificación definitiva de los términos subjetivos u objetivos o con la definitiva exclusión de posibles intereses externos prevalecientes (390).

La ineficacia pendiente se transforma en ineficacia definitiva (o definitiva exclusión de efectos) cuando se excluya del todo que los hechos de los que depende la identificación del objeto y del sujeto puedan producirse, como, por ejemplo, en la previsión del artículo 1057 del Código Civil, según la cual *"En caso de que las partes hayan convenido que el precio se fije por uno o más terceros, y estos se negaren a cumplir el encargo o no lo pudieren verificar, o no se convinieren, la venta se tendrá por no hecha"*.

El acto definitivamente ineficaz se califica de acto jurídicamente "inútil". La "inutilidad", en doctrina, "designa la situación particular en que se encuentra el acto por la falta de verificación, en el momento prefijado, de una concausa de eficacia o por el sobrevenir de un evento absolutamente impositivo en una figura de efectos dilacionados" (391); la inutilidad es, en síntesis, la ineficacia caracterizada por ser definitiva.

Para que pueda hablarse de "inutilidad" (o ineficacia definitiva) deben producirse dos circunstancias: "en primer lugar, un acto jurídico perfeccionado en sus elementos constitutivos y actualmente improductivo de los efectos jurídicos. . . y en segundo lugar, la falta de realización. . . del elemento marginal requerido por la norma o el sobrevenir de un hecho impositivo que, obstaculizando el subentrar de las consecuencias jurídicas

(384) V. SCALISI, op. cit., supra 39, p. 323.

(385) SCALISI, op. cit., supra 39, p. 323.

(386) V. SCALISI, op. cit., supra 39, p. 331.

(387) Así CARNELUTTI, op. cit., supra 120, p. 318.

(388) FALZEA, op. cit., supra 36, p. 27. "La simple relevancia jurídica del hecho se presenta, como se ha dicho, en la potencialidad reconocida por el Derecho de producir los efectos predispuestos. . . Precisamente porque conserva tal posibilidad, y constituye todavía un instrumento válido para los sujetos que de él se ha valido para la satisfacción de sus intereses, el acto jurídico meramente relevante debe definirse al mismo tiempo como (todavía) jurídicamente útil". FALZEA, op. cit., supra 36, p. 46.

(389) SCALISI, op. cit., supra 39, p. 341.

(390) V. SCALISI, op. cit., supra 39, p. 339, TORRENTE, op. cit., supra 42, p. 249.

(391) SCALISI, op. cit., supra 39, p. 346.

del acto, paraliza la potencialidad de efectos. . ." (392). También la ineficacia sobreviniente (resolución, revocación, etc.) puede producir "inutilidad", o ineficacia definitiva.

La diferencia entre la inutilidad y la irrelevancia (o inexistencia) se encuentra en que el acto inútil penetró en la esfera del Derecho y por ello presenta un ciclo definido de existencia (no así el acto irrelevante) (393).

Otro ejemplo que ilustra la inutilidad es el de la no verificación (deficiencia) de la condición suspensiva que excluye definitivamente la producción de las consecuencias jurídicas del negocio (394).

5) PENDENCIA Y EXPECTATIVA.

De conformidad con los postulados metodológicos real-objetivos, la actualidad de los intereses programados es el requisito indispensable para la eficacia jurídica negocial; mientras los intereses no se actualicen no se produce el efecto jurídico (395); se habla en estos casos de eficacia diferida o suspendida, o estado de pendencia.

Lo anterior ocurre debido a que es posible que el interés que las partes han programado no sea actual en el momento de la conclusión del negocio, sino que deba actualizarse cuando se verifiquen determinados hechos (396).

A pesar de la falta de actualidad del interés programado a veces existen otros intereses preliminares (en función de las consecuencias jurídicas suspendidas); a ellos se liga el fenómeno de la "expectativa", especie de consecuencia preliminar; los efectos preliminares nos hacen ver que ya el Ordenamiento reconoce tutela a la situación; sobre estas bases es posible hablar de "relación de expectativa", donde el término activo es la expectativa y el término pasivo es la "obligación" de respetarla (397).

No siempre a la pendencia se acompaña la expectativa; no hay expectativa, por ejemplo, en los casos de "indeterminación subjetiva originaria" (por ejemplo en la donación a persona por nacer), pues en ellos faltando el sujeto destinatario no puede darse ninguna situación actual. El destinatario de la expectativa (en los casos en que esta acompaña a la pendencia) es el punto de referencia de los efectos futuros de una figura ya perfeccionada en sus elementos constitutivos.

El contenido de la expectativa es doble: garantía de nacimiento y garantía de ejecución, según que la tutela se refiera a que nazca o se ejecute la situación jurídica futura. A pesar de esta diversidad funcional, todos los medios de tutela de la expectativa responden al interés de que ella no resulta inútil por la conducta de una de las partes (398).

En el primer grupo (garantía de nacimiento) se comprende el derecho de que la otra parte no impida la verificación de la condición (artículo 682 del Código Civil). Se incluye también el derecho al resarcimiento del daño frente a quien ha puesto el impedimento (399).

Dentro de la tutela correspondiente al segundo grupo encontramos, por ejemplo, el poder de cumplir actos que interrumpan la prescripción (artículo 683 del Código Civil) y el poder de pedir declaración judicial de la existencia de la expectativa. Dentro de las medidas tutelares de la expectativa se incluye la facultad de "exigir el otorgamiento de la respectiva escritura, o la exhibición de la que se hubiere otorgado y estuviere en poder de otra persona y la de procurar que se tomen medidas de seguridad cuando la cosa debida condicionalmente estuviere abandonada o su existencia se hallare en peligro" (400).

Se habla de pendencia con relación al tiempo que transcurre desde el momento en que se celebra

(392) FALZEA, op. cit., supra 36, p. 48.

(393) FALZEA, op. cit., supra 36, p. 51.

(394) FALZEA, op. cit., supra 36, p. 177. "Considerando que el acto para el cual no se ha verificado en el momento prefigurado el elemento accesorio del cual depende el nacimiento de la situación efectiva, no se encuentra en posibilidad de desplegar la función que el Derecho le ha asignado al reconocerlo como instrumento a disposición de los sujetos, tal acto puede definirse como jurídicamente inútil, y la ineficacia que afecta el hecho puede denominarse "inutilidad". FALZEA, op. cit., supra 36, p. 47. La inutilidad se denomina también "esterilidad", BORDA, op. cit., supra 56, p. 390.

(395) V. VARRONE, op. cit., supra 51, p. 11.

(396) V. VARRONE, op. cit., supra 51, p. 10.

(397) V. FALZEA, op. cit., supra 36, ps. 30 y 212.

(398) V. FALZEA, op. cit., supra 36, p. 210.

(399) V. MESSINEO, op. cit., supra 56, ps. 132 y 133.

(400) BRENES, op. cit., supra 56, ps. 70 y 71.

el negocio hasta el momento en que se constata la verificación o falta de verificación del evento (401).

Confrontando la condición suspensiva con la condición resolutoria observamos que solamente en la primera hay verdadera pendencia. Mientras la condición suspensiva no se cumple "no se sabe si el acto jurídico producirá el efecto deseado. Sin embargo, este acto se ha realizado; la relación jurídica a que debe dar origen está, desde este momento, esbozada. No es exacto decir con Pothier que solamente hay una esperanza de derecho. El que ha prometido bajo condición suspensiva no puede ya retirar la promesa que ha hecho. El derecho condicional existe en germen. Por consiguiente, le está permitido a aquel en cuyo beneficio ha sido creado tomar las medidas de conservación destinadas a defenderlo..." (402). En la condición resolutoria, en cambio, la situación es diversa: "La relación jurídica nace inmediatamente, sólo existe incertidumbre en punto a saber si subsistirá así o quedará disuelta; pero, mientras tanto, el acto produce sus efectos como si fuera puro y simple" (403).

Los conflictos durante la fase de pendencia se han resuelto tradicionalmente en consideración a la voluntad expresa o implícitamente deducible de la conveniencia de las partes (404).

Carácter natural de la pendencia es su transitoriedad. "Los diversos efectos preliminares o conservativos están destinados a desaparecer con la definitiva ineficacia del acto o con su definitiva eficacia" (405). Cuando el estado de pendencia concluye con una certeza sobre la imposibilidad de verificación de efectos hablamos de ineficacia definitiva (406).

En síntesis, el término "pendencia" hace referencia a los efectos (hay dilación o suspensión de

ellos), mientras que el término "expectativa" hace referencia a un tipo particular (atenuado) de situación jurídica. Puede darse la pendencia sin expectativa cuando falta un sujeto a quien destinar la eficacia del acto (artículo 1400 del Código Civil).

6) LAS HIPOTESIS DE INEFICACIA. PLANTEAMIENTO SISTEMÁTICO.

Hemos visto que la ineficacia es el resultado negativo del proceso de integración del interés negocial en el sistema. La clasificación de sus modalidades se remite a) a la indeterminación subjetiva u objetiva del interés o a la posibilidad de interferencia de intereses externos prevalecientes y b) a la actual interferencia de intereses externos sobre el interés negocial. Se habla de causas internas y de causas externas, respectivamente.

Con relación a la primera hipótesis, vemos que en la vida negocial a veces los intereses se manifiestan incompletos por falta de determinación actual del destinatario de la situación jurídica o del objeto sobre el que ésta ha de recaer (407), o bien por falta de certeza sobre si se mantendrá el interés.

En la segunda hipótesis un interés externo al interés negocial se revela preponderante y transforma la producción de efectos del primero (en los casos de adaptación, impedimento o eliminación).

A) Las causas internas de ineficacia.

a) Causas internas: indeterminación subjetiva u objetiva.

Sujeto y objeto son los puntos de conexión entre el negocio y sus efectos (408). Puede ocurrir, en concreto que un determinado negocio deje inciertos estos términos, dejando su identificación a elementos marginales (409). Hay ineficacia, por cuanto no conociéndose todavía quién va a ser

(401) V. FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, p. 104.
(402) COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra 130, pág. 370.
(403) V. COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra 130, p. 370.

(404) V. BRUSCUGLIA, Luciano, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede*. Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza della Università di Pisa, Giuffrè-ed. Milano, 1975, p. 20.

(405) SCALISI, op. cit., supra 39, p. 343. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 628.
(406) V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 407.

(407) V. SCALISI, op. cit., supra 39, ps. 332 y 336.
(408) FALZEA, op. cit., supra 25, p. 272.

(409) V. SCALISI, op. cit., supra 39, p. 333. "El hecho que permite la individuación del elemento objeto o del elemento subjetivo es esencial para la completa realización de la situación efectiva, pero no para la validez del acto". TOMMASINI, op. cit., supra 38, p. 23.

titular de la situación jurídica, ésta no puede nacer para dar satisfacción al interés negocial. "La fuente de imputación constituye pues una concausa del acto; es necesaria no para la existencia del negocio, sino para el surgimiento del efecto. ..." (410). Hay también ineficacia porque no sabiéndose cuál es el objeto sobre el que ha de recaer el efecto no puede aquél cumplir su función de punto de vinculación.

Veamos algunos ejemplos con relación a la falta de determinación subjetiva:

1) El caso del destinatario de la situación jurídica que ha permanecido ajeno al acto y cuya decisión debe esperarse, por ejemplo en la hipótesis del negocio estipulado en nombre ajeno por el representante sin poderes, hasta la ratificación (artículos 1026 a 1029 del Código Civil) (411). En esta hipótesis, la eficacia respecto al tercero depende de su ratificación, sin embargo, el prometiende queda vinculado inmediatamente (artículos 1026 y 1027 del Código Civil). También hay indeterminación subjetiva originaria en la estipulación puramente gratuita en favor de tercero, donde se aplican los principios de las donaciones y se requiere la aceptación (artículos 1030 y 1031 del Código Civil) (412).

2) Cuando la situación jurídica está destinada a un sujeto futuro (por ejemplo la disposición a favor de una persona física que todavía no ha nacido o a favor de una persona jurídica que se va a constituir). El artículo 1400 del Código Civil establece, por ejemplo, que "Para recibir por donación es preciso estar, por lo menos, concebido al tiempo de redactarse la escritura de donación; pero quedará pendiente el derecho del donatario. ...".

3) Cuando el destinatario de la situación jurídica debe ser indicado por un tercero (el caso de la disposición testamentaria librada al arbitrio de un tercero, que entra dentro de la órbita de autonomía privada del testador, la cual solamente tiene la

limitación del artículo 595 del Código Civil en materia alimentaria).

Con relación a la falta de determinación objetiva encontramos también algunos ejemplos en el Derecho Privado costarricense:

1) Cuando el bien es designado en modo genérico, se trata de un bien fungible o de obligaciones alternativas. En efecto, establece nuestro Código Civil: artículo 1050: "La venta de cosas indeterminadas de cierta especie, no transmite la propiedad de la cosa, sino cuando ésta se determine", artículo 1051: "La venta de cosas fungibles. ... aunque existe desde su celebración como contrato productor de obligaciones, no transmite la propiedad hasta que se cuenten, pesen o midan dichas cosas" (413) y artículo 645: "En las obligaciones alternativas la elección corresponde al deudor. ..." (414).

2) Si la indicación del objeto está dejada al arbitrio de un tercero (artículos 1056 y 1057 del Código Civil que se refieren al caso en que el precio de la venta debe ser fijado por un tercero).

3) Si el bien indicado no existe todavía, por ejemplo en el caso de la compraventa de cosa futura (artículo 1059 del Código Civil) (415). "La necesidad del evento al cual está confiada la tarea de integrar la determinación del objeto, provoca, dentro de ciertos límites, la suspensión de los efectos negociales. Tal suspensión se mantiene hasta que el hecho no se verifique. Cuando este hecho sea futuro e incierto surge una situación de pendencia que se parece mucho a la condicional; por tal razón muchos remiten las fuentes de cualificación objetivas al concepto de condición suspensiva. ... pero no se trata de un elemento accidental. ..." (416).

La distinción hecha entre las causas internas de ineficacia, según que deriven de falta de determinación subjetiva u objetiva tiene, como se ha visto, fundamento positivo. La importancia prác-

(410) FALZEA, op. cit., supra 36, p. 256.

(411) Sobre la hipótesis en Italia v. PUGLIATTI, Salvatore, *Studi sulla rappresentanza*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 514.

(412) "Omnis rati habitio prorsus retrahitur et confirmat ea, quae ab initio subsequuta sunt". Toda ratificación se retrotrae en absoluto y confirma lo hecho desde el principio. CODIGO DE JUSTINIANO, Lib. IV, Tit. XXVIII, L. 7. CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 6. "Non tantum verbis ratum haberi potest, sed etiam actu". No sólo cabe ratificar con palabras, sino también con actos". SCEVOLA, Lib. XLVI, tit. VIII, L. 5, DIGESTO, CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 40. Un rápido paralelismo entre convalidación y ratificación permite establecer que mientras la falta de convalidación influye sobre la validez y deja abierta la posibilidad de anulación del negocio, la falta de ratificación suspende la eficacia". MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 621.

(413) "En un negocio sobre cosa genérica o alternativa a la preliminar individualización de la cosa está subordinado el efecto real, aunque no el surgimiento de la relación obligatoria". SCALISI, op. cit., supra 39, p. 342.

(414) V. FALZEA, op. cit., supra 36, p. 307.

(415) "La existencia actual de la cosa se requiere para que surjan los efectos del negocio, no para que el negocio exista". FALZEA, op. cit., supra 36, p. 313.

(416) FALZEA, op. cit., supra 36, p. 305.

tica de la distinción se encuentra en que en el primer caso (falta de fuente de imputación subjetiva) no nace ningún efecto jurídico, mientras que en los casos de falta de determinación objetiva, si bien no se produce el efecto real, puede producirse el efecto obligatorio (por ejemplo en la compra-venta de cosa genérica) (417) y pueden surgir efectos preliminares: en la falta de fuente de imputación subjetiva no es configurable ninguna expectativa, lo que sí ocurre cuando falta la fuente de determinación objetiva (418).

-b) Causas internas: posible interferencia de intereses externos prevalecientes.

Encontramos también ineficacia derivada de causas internas, cuando la producción de efectos se suspende debido a la incerteza originaria sobre si se presentará un interés externo prevaleciente. Ello ocurre, por ejemplo, en el caso del testamento.

En el testamento encontramos un negocio jurídico unilateral y perfecto desde que el testador ha emitido su manifestación en las formas legales. La eficacia del mismo se encuentra remitida, sin embargo, a la apertura de la sucesión (artículo 520 del Código Civil) (419), mientras tanto es relevante (y puede ser válido), pero es ineficaz (420).

La ineficacia originaria del testamento puede transformarse en "inutilidad relativa" (421), mediante la revocación (422). Es en este sentido que se habla de ineficacia por posible interferencia de intereses externos (al negocio) prevalecientes (sobre el negocio).

B) Las causas externas de ineficacia.

De conformidad con lo visto hasta el momento, las causas de ineficacia pueden distinguirse en dos categorías: causas internas que derivan de la falta de un elemento marginal y causas externas que obstaculizan desde fuera la eficiencia del acto en razón de intereses incidentes sobre el interés negocial (423).

(417) V. FALZEA, op. cit., supra 36, p. 306.
(418) "La incerteza del objeto no impide el nacimiento de una expectativa en sentido técnico...". SCALISI, op. cit., supra 39, p. 342.

(419) V. PUGLIATTI, op. cit., supra 53, p. 126.
(420) V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 267 y MESSINEO, Francesco, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Vol. sexto, Giuffrè-ed. Milano, 1962, p. 204.

(421) Es relativa porque la revocación puede ser revocada y puede darse vida de nuevo al primer testamento; no puede hablarse por ello de ineficacia definitiva o "inutilidad" (absoluta) (Artículo 623 Código Civil).

(422) V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 392 y GULLON, op. cit., supra 149, p. 110.

(423) V. FALZEA, op. cit., supra 36, p. 57.
(424) V. SCALISI, op. cit., supra 39, p. 335.

(425) V. SCALISI, op. cit., supra 39, p. 335.
(426) V. SCALISI, op. cit., supra 39, p. 335.

La ineficacia por causas externas presupone la existencia del acto. La situación efectual, sin embargo, no adquiere existencia o la adquiere en parte, o la pierde, debido al hecho de que el Ordenamiento considera prevaleciente otra situación jurídica que no es con ella compatible. Ejemplos de regulación positiva en los términos referidos se encuentran en las hipótesis de ineficacia relativa (por ejemplo en el caso del artículo 455 del Código Civil) y en materia de revocación testamentaria (artículo 621 del Código Civil).

Obsérvese que se trata de otros intereses jurídicos que, interfiriendo sobre el interés negocial, exigen que las valoraciones negociales sean corregidas, modificadas o eliminadas.

Por causas externas puede producirse una adaptación, un impedimento o una eliminación (424). Veamos separadamente estas tres posibilidades:

a) Hay adaptación en los casos de reducción de eficacia en el tiempo o de reducción de eficacia subjetiva.

El caso típico de reducción de eficacia en el tiempo se encuentra en la condición, debido a la incerteza sobre si se verificará o no la interferencia de intereses y a la necesidad de esperar el momento temporal en el que los sujetos han previsto la satisfacción del interés programado (425).

El caso típico de reducción de eficacia subjetiva se encuentra en las llamadas hipótesis de ineficacia relativa (también llamada inoponibilidad); en ellas, mientras que el efecto jurídico opera plenamente respecto a ciertos sujetos, ello no ocurre con respecto a otras categorías (por ejemplo en el caso del comprador de un bien inmueble que no inscriba su adquisición). La adaptación depende de la existencia de diversas situaciones jurídicas concurrentes sobre un mismo bien y de la exigencia de realizar una forma intermedia de tutela para resolver el conflicto de intereses (426).

b) Hay impedimento en los casos de inutilidad

originaria, donde la ineficacia depende de la falta de verificación de una concausa de eficacia (por ejemplo cuando ya no se podrá verificar el evento previsto como condición suspensiva). En estos casos queda impedida definitivamente la eficacia (427).

c) Hay eliminación cuando la ineficacia depende de hechos resolutorios (condición resolutoria, término final) y, en general en los negocios extintivos (como en la revocación o distracto). La eliminación comprende todos los casos de ineficacia sucesiva o sobreviniente.

a) En particular sobre la adaptación: examen de la condición y de la "ineficacia relativa".

a-1) Las condiciones Aspectos generales.

Dentro de los elementos accidentales del negocio jurídico que tienen incidencia sobre la eficacia, especial mención merecen las condiciones. Es común en la doctrina la idea de que "la condición afecta únicamente los efectos del negocio, bien suspendiéndolos, bien resolviendo los ya producidos" (428).

La condición consiste en el hecho de subordinar la formación o la desaparición de una relación jurídica a la realización de un acontecimiento futuro e incierto (429). Las partes pueden, pues, hacer depender la eficacia o ineficacia del negocio de un hecho futuro e incierto que, además, debe ser posible y lícito (430).

Los caracteres de la condición son:

- 1) se trata de un hecho futuro (431),
- 2) se trata de un hecho incierto; el acto jurídico condicional es, por ello, un acto cuya suerte es incierta (432), y
- 3) se trata de un elemento accidental, en

cuanto su estipulación depende de la voluntad de las partes (433).

La doctrina conoce dos tipos de condiciones: suspensivas y resolutorias. Ellas son de efectos contrarios; "así cuando la suspensiva se realiza, el derecho nace; y cuando la resolutoria se cumple, él desaparece. Todo el tiempo que la primera se halla en estado latente, el vínculo de Derecho no se forma; y mientras la segunda está sin verificarse la obligación surte todos los efectos. De aquí resulta que siempre que la suspensiva esté sin producirse, el presunto acreedor no puede invocar derechos adquiridos, pues sólo tiene la esperanza de un derecho (434); y el presunto deudor, a su vez, nada debe; hallándose facultado por lo mismo para recobrar lo que hubiere pagado por error. En cambio, el que adquiere bajo condición resolutoria goza de los atributos del dominio sin otro inconveniente que la posibilidad de perderlo más adelante" (435). Ha sido explicado que la condición suspensiva opera dentro de la estructura del acto, colocándose entre el momento de la relevancia y el de la eficacia; la resolutoria, en cambio, opera exteriormente cuando el negocio ha desplegado ya su eficacia (436). En la condición suspensiva encontramos, en consideración a las valoraciones mismas de las partes, que su función es la de indicar la situación del mundo fenoménico (futura e incierta) a cuya verificación el autor del acto subordina la actualidad del interés programado (437). En el negocio condicionado suspensivamente no se programa un interés actual, sino un interés que se actualizará hasta el momento en que se produzca el evento previsto. Verificándose la condición suspensiva el negocio adquiere eficacia, verificándose la condición resolutoria el negocio la pierde (438).

(427) Un ejemplo en el artículo 605 del Código Civil.

(428) GULLON, op. cit., supra 149, p. 167.

(429) V. COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra 130, p. 361.

(430) V. FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, p. 101.

(431) Idea también de origen romano: "Itaque tunc potestatem conditiones obtinet, quom in futurum confertur". Y así tiene fuerza de condición cuando se refiere a un tiempo venidero, PAPINIANO, Lib. XII, Tít. I, 1.39. "conditio". La condición relativa a un hecho presente o pasado no se considera propiamente condición. CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 67.

(432) V. COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra 130, p. 361.

(433) V. FALZEA, op. cit., supra 36, p. 130.

(434) En realidad, más que la esperanza de un derecho tiene una expectativa.

(435) BRENES, op. cit., supra 56, p. 70, V. BORDA, op. cit., supra 56, p. 244.

(436) V. FALZEA, op. cit., supra 36, p. 239.

(437) V. esta explicación sustancial en VARRONE, op. cit., supra 51, p. 89.

(438) V. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 590.

Es interesante recordar aquí la llamada "ficción de verificación" (artículo 682 del Código Civil): "La condición se reputa cumplida cuando el deudor obligado bajo tal condición impide su cumplimiento". Se considera verificado el evento cuando tal verificación no se produce debido a causa imputable a la parte que tenía interés contrario a tal verificación. En tal caso, si la condición es suspensiva el negocio produce sus efectos; si la condición es resolutoria el negocio se resuelve con efecto a partir de la conclusión (retroactividad real) (439). Con la ficción de verificación se dispone implícitamente la obligación para los contratantes de no impedir el verificarse de la condición, por lo que se decreta a título sancionatorio que la condición se tenga por cumplida (440). Ella sirve para hacer respetar el interés programado por las partes; esta solución también tiene sus fuentes en Roma (441).

Es interesante aclarar que ciertas condiciones ilícitas o imposibles pueden tener incidencia sobre la validez de la obligación. Establece, al respecto el artículo 679 del Código Civil: "*Toda obligación contraída, ya sea para el caso en que el estipulante cometiere un acto ilícito, u omitiere cumplir con un deber, ya sea para el caso en que el prometiende cumpliera un deber o no cometiere un acto ilícito es nula; pero será válida la obligación contraída para el caso en que el prometiende cometiere un acto ilícito o descuidare el cumplimiento de un deber*" (442). En el artículo 678 del mismo cuerpo legal se establece: "*La obligación contraída bajo una condición imposible es nula; pero si la condi-*

ción es de no hacer una cosa imposible, la obligación es válida".

a-1-1) Aclaraciones sobre "el término".

La calificación de "accidental" que (también) se otorga al término revela su posición en la estructura del supuesto negocial. Su significación práctica tiene relieve respecto a la eficacia del negocio (443). Se trata de un elemento accidental que opera sobre la eficacia, señalando el momento en que empieza a producirse (término suspensivo o inicial) o se extingue (término resolutorio o final) (444). Influye sobre la eficacia y no sobre el perfeccionamiento del negocio (445).

La diferencia sustancial entre el término inicial y el término final ha sido explicada en el siguiente sentido: "*el término final revela una naturaleza radicalmente diversa a la del término inicial; ello depende del diverso rol ejercitado por uno y otro respecto al despliegue de la función del negocio. Si, en efecto, función del negocio es la innovación de una cierta configuración de intereses, el término inicial se refiere a la misma aptitud del negocio para traducirse sobre el plano de la realidad, en cuanto señala el momento de inicio de la innovación. En cambio, el término final presupone que el negocio se haya traducido ya sobre el plano de la realidad. . . él no se refiere a la medida de la programación para operar, sino a la medida de la programación*" (446).

A diferencia de la condición, en el término hay certeza (447) aunque se parecen en el efecto de diferir o eliminar la eficacia de la situación jurídica (448).

- (439) V. FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57. "Se considera —si es suspensiva— como si nunca hubiera nacido. Si la condición es resolutoria, la obligación continúa produciendo sus efectos, que entonces se convierten en definitivos". COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra 130, p. 371.
- (440) V. FALZEA, op. cit., supra 36, p. 206.
- (441) "Jure civili receptum est, quoties per eum, cujus interest conditionem impleri, fit quominus impleatur, ut perinde habeatur, ac si impleta conditio fuisset". Está admitido en Derecho Civil que cuando el interesado en una condición impida su cumplimiento, se la considere como cumplida. JULIANO, Lib. XXXV, tit. I, L. 24, DIGES.
- (442) V. MESSINEO, op. cit., supra 76, p. 30.
- (443) V. RUSSO, Ennio, *Il termine del negozio giuridico*, Giuffrè-ed. Milano, 1973, p. 4.
- (444) RUSSO, op. cit., supra 443, p. 3 cit. a: DE RUGGIERO, R., *Istituzioni di diritto civile*, I, Messina, 1934, p. 283, MESSINEO, Francesco, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, p. 124, FERRARA, F., *Diritto Privato attuale*, Torino, 1948. V. tamb. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 593 y GULLON, op. cit., supra 149, p. 182.
- (445) "La adquisición de un derecho, o la asunción de una obligación, se supone, en el negocio a término inicial, ya ocurrido, solamente que el momento del ejercicio del derecho o del cumplimiento de la obligación no ha llegado todavía". MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 594.
- (446) RUSSO, op. cit., supra 443, ps. 148 y 149.
- (447) V. FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, p. 105.
- (448) V. GULLON, op. cit., supra 149, p. 181. "Si las partes convinieron en realizar unas construcciones, al finalizar las cuales el demandado pagaría por el uso de ellas una renta calculada sobre el valor de las mismas, se está en presencia de una obligación de término incierto o desconocido, término y no condición, porque el hecho tenía que verificarse necesariamente con arreglo al contrato, aunque se ignoraba la fecha exacta en que debían finalizar las obras". SALA DE CASACION, No. 72 de 10 hrs. del 28 de junio de 1976.

a-1-2) Condición y término. Aclaraciones.

Aunque ambos elementos accidentales determinan una ineficacia voluntaria (449), estructuralmente, término y condición se defieren en razón de la certeza (o falta de ella) acerca de su verificación (aunque en doctrina se discute la posibilidad del término incierto). Se ha dicho que "tiene más vitalidad la obligación a término que la obligación condicional, ocupa más lugar en el patrimonio que ese germen que constituye el crédito solamente condicional" (450).

Las consecuencias prácticas se observan en el riesgo: el riesgo de la cosa debida bajo condición recae sobre el deudor (artículo 685 del Código Civil: "Mientras la condición suspensiva no se realice, el enajenante conserva por su cuenta y riesgo la cosa objeto de tal obligación y hace suyos los frutos que produzca"); por el contrario "el riesgo de la cosa debida a término recae sobre el acreedor. Este se ha convertido en propietario de la cosa en virtud del contrato. Lo que el término suspende es únicamente la entrega material de la cosa. Cabe por tanto aplicar la regla 'res perit domino'" (451) (artículo 776 del Código Civil: "El plazo se presume estipulado en favor del deudor, salvo que resulte lo contrario de la convención o de las circunstancias").

Para algunos (452) la diferencia puede encontrarse en que en el caso de la condición suspensiva existe una situación de relevancia, mientras que en el caso del término surge la situación jurídica, pero se atrasa su ejecución. La diferencia es observable si se toma en cuenta el hecho de que el acreedor bajo condición suspensiva puede antes de verificarse el evento realizar los actos conservatorios de su derecho (pero sólo los actos conservatorios) (artículo 683 del Código Civil); se excluye la realización de su interés, porque su derecho todavía no existe y él todavía no es acreedor. Esta posibilidad existe, en cambio, para el acreedor a término, aun antes del vencimiento. La plena validez del pago

anticipado y la consecuente exclusión de repetición de lo que ha sido pagado antes del vencimiento (artículo 773: "Lo que ha sido pagado antes no puede ser reclamado") son la demostración más convincente del reconocimiento de su derecho con anterioridad al cumplimiento del término y al mismo tiempo aclaran la función de éste en el sentido de que se produce solamente con relación al ejercicio del derecho, sin excluir la eventual realización anticipada del interés (453). Una confirmación ulterior se tiene con la llamada "decadencia del beneficio del término" (artículo 777 del Código Civil) que eliminando todo límite temporal al ejercicio del crédito legitima al acreedor para exigir inmediatamente la prestación (454).

"La decadencia del beneficio del término recuerda un poco la 'ficción de verificación' de la condición. No es difícil ver la diversidad de los dos remedios: mientras que la ficción de verificación tiene carácter sancionatorio de la violación de la obligación de no impedir el verificarse de la condición, la decadencia del beneficio del término, refiriéndose a cualquier comportamiento del deudor que perjudique las razones del acreedor, realiza una verdadera forma de tutela anticipada del derecho del acreedor, que en el caso del negocio condicional no existe" (455).

a-1-3) En particular sobre la adaptación derivada de condición suspensiva.

Cuando la condición es suspensiva el negocio queda en suspenso, mientras tanto se encuentra privado de eficacia en su contenido, de modo que si se refiere a la adquisición de un derecho ese derecho se encuentra "condicionado"; el titular de ese derecho condicionado puede solamente realizar actos conservatorios (artículo 683 del Código Civil: "El acreedor, puede, antes de cumplirse la condición, ejercer todos los actos conservativos de su derecho") (456).

En la condición suspensiva encontramos un

(449) V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 391.

(450) V. COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra 180, p. 377.

(451) COLIN Y CAPITANT, op. cit., supra 180, p. 377, v. tamb. ARIAS RAMOS, op. cit., supra 56, p. 137.

(452) NATOLI, Ugo, *La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio. Studi sulla buona fede. Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza della Università di Pisa, Giuffrè-ed. Milano, 1975.*

(453) V. SCALISI, op. cit., supra 39, p. 341.

(454) Sobre el tema PEREZ, Víctor, *El comportamiento de las partes (acreedor y deudor) durante la fase de actuación de la relación obligatoria*, Revista Judicial, Corte Suprema de Justicia, San José, No. 3, p. 62.

(455) SCALISI, op. cit., supra 39, p. 342.

(456) Sobre el tema v. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 587.

caso típico de ineficacia, entendiéndose ésta como una ineptitud actual para la producción de efectos. Se califica de ineficaz el negocio perfecto y válido, que no produce sus efectos porque hay una causa que lo impide. El caso de la condición suspensiva ejemplifica este mecanismo: la condición suspensiva es causa de ineficacia del negocio, el que producirá sus efectos cuando el evento se verifique (457).

a—2) En particular sobre la "ineficacia relativa". Adaptación subjetiva de eficacia.

Se distingue frecuentemente la ineficacia en absoluta y relativa según que ella opere respecto a todos o solamente respecto a determinadas personas. Se dice que en este segundo caso el negocio es eficaz entre algunos e ineficaz entre otros (458): el contrato eficaz entre las partes no puede ser opuesto útilmente a terceros. El caso típico se encuentra en el conflicto entre dos adquirentes de un bien inmueble, uno de los cuales haya inscrito con anterioridad su título (459).

Como se ha adelantado, la ineficacia relativa responde a una exigencia de adaptación y representa el medio de que se vale el Ordenamiento para realizar una forma intermedia de tutela de los intereses de las partes y de los terceros (460). Con este remedio se tutela el interés del tercero en cuanto titular de una situación jurídica incompatible con los efectos del acto.

La ineficacia relativa se denomina usualmente "inoponibilidad": hay ineficacia respecto a ciertos sujetos a los cuales no es oponible el acto (461).

La relatividad de esta forma de ineficacia deriva de la distinción entre partes y terceros (462), entendiéndose por tercero quien no ha sido parte en el acto o contrato a que se refiere la inscripción (en el caso de la inoponibilidad por falta de registración) (párrafo segundo del artículo 455 del Código Civil) (463). Se ha dicho que en la base del remedio hay un fenómeno de reflexión de los efectos del acto en la esfera jurídica de personas que no han tomado parte en él (464).

Debe observarse que en la doctrina hay graves imprecisiones sobre este concepto. Algunos han llegado a afirmar que el negocio es "nulo" frente a determinadas personas (465) confundiéndose la invalidez con la ineficacia.

Dado que el negocio carece de efectos frente al tercero no es necesaria ninguna acción suya para eliminar los efectos del negocio, aunque, en algunos casos podrá ser útil alguna acción declarativa o de constatación (466): ello se ha explicado diciéndose que "frente a la nada no es siquiera concebible una impugnación"; no se requiere cuando los efectos del negocio no pueden oponerse al tercero, como, por ejemplo, ocurre cuando las partes no cumplen una carga como la de dar publicidad a su acto (467).

Los ejemplos de ineficacia relativa son múltiples; entre ellos tenemos:

(457) V. FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, p. 114.

(458) V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 390, BRANCA, op. cit., supra 158, p. 97.

(459) V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 3, p. 259.

(460) V. SCALISI, op. cit., supra 35, p. 355.

(461) V. LA CRUZ, op. cit., supra 36. "Inoponibilidad significa que el negocio en sí válido y además eficaz entre las partes y también hacia otros, no es eficaz, por lo que no despliega ningún efecto, frente a algunos terceros". MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 626, BORDA, op. cit., supra 56, p. 389, TRABUCCHI, op. cit., supra 1, p. 198.

(462) V. DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 292, V. PLANITZ, op. cit., supra 93, p. 107.

(463) V. SALA DE CASACION, No. 52 de 13 y 30 hrs. del 25 de junio de 1952, sem. I, tomo único, p. 552.

(464) V. SCALISI, op. cit., supra 39, p. 354. En cuanto a las críticas al esquema de la "Doppelwirkungen". V. PUGLIATTI, op. cit., supra 53, p. 658, SCALISI, op. cit., supra 39, ps. 347 y 353.

(465) V. VON THUR, op. cit., supra 148, p. 91.

(466) V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 393.

(467) V. BETTI, op. cit., supra 35, ps. 350 y 351.

a) la falta de publicidad declarativa de la compraventa de bienes inmuebles (artículos 455 y 459 del Código Civil) (468).

El artículo 456 del Código Civil "que es el fundamento jurídico que sostiene la fe que el Registro presta a terceros, protege del modo dispuesto a los actos o contratos que se hayan inscrito en dicha institución, dándole así vigor a otras normas legales, como la del artículo 267 del Código Civil que preceptúa que "para que la propiedad sobre inmuebles surta todos sus efectos legales, es necesario que se halle debidamente inscrita en el Registro General de la Propiedad", y la del artículo 255 ibídem que manda que "los títulos sujetos a inscripción que no estén inscritos, no perjudican a terceros, sino a partir de la fecha de su inscripción en el Registro" (469). La determinación de los títulos inscribibles ha sido aclarada jurisprudencialmente (470). El conflicto de intereses se observa,

por ejemplo, en el caso de presentación de la escritura con posterioridad a un mandamiento de embargo (471). Se distingue entre si han transcurrido o no tres meses a partir del negocio para resolver el conflicto. Así, se ha dicho: *"en el régimen establecido por nuestro Código Civil para solucionar los conflictos sobre preferencia en razón de tiempo entre el titular de un derecho real, adquirido o constituido en escritura pública y el embargante que logra anotar el embargo con anterioridad a la fecha de presentación de la escritura al Registro Público, se ha establecido que esta última prevalece sobre el embargo siempre que sea presentada al Registro dentro de los tres meses posteriores a su otorgamiento; de lo contrario si la presentación se hiciere después, la preferencia corresponderá al embargante, salvo que se demuestre en vía ordinaria que es cierto el derecho. . ."* (472).

b) En términos análogos se regula la hipoteca

(468) "si éste no ha sido hecho público mediante la transcripción, no es oponible a otro causahabiente del mismo propietario que podría haber contratado luego, pero que habiendo hecho público su título ha conservado el derecho adquirido". STOLFI, op. cit., supra 37, p. 99. "...de acuerdo con los principios que rigen la institución del Registro Público, entre dos documentos relativos a una misma finca, que se excluyan o contradigan entre sí, el que estuviere inscrito prevalece sobre el que no lo está. . ." SALA DE CASACION, No. 54, de 16 hrs. del 28 de mayo de 1958, sem. I, T. II, p. 876.

(469) SALA DE CASACION, No. 21 de 15 y 30 hrs. del 27 de enero de 1967, sem. I, tomo I, p. 369. "aun cuando una sentencia tuviera por válida la primera venta, si esta última no se dio a conocer a los terceros por medio del Registro, esa sentencia no puede causarle perjuicio al segundo comprador, conforme al artículo 456 citado, el cual se inspira en el principio fundamental de que, sin publicidad, el tercero no puede ser perjudicado, de modo que no se han infringido por el Tribunal de alzada los artículos 468, inciso 1, 469 y 470 ibídem". SALA DE CASACION, No. 52 de 13 y 30 hrs. de 25 de junio de 1952, sem. I, tomo único, p. 552. En términos análogos: "Un documento privado de carta venta, sin fecha cierta alguna, surte efectos sólo entre las partes contratantes, no contra terceros, a quienes sólo les afecta lo que aparece inscrito en el Registro y es sabido que sólo los trasпасos que consten en escritura pública pueden inscribirse". TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 123 de 8 y 45 hrs. del 14 de marzo de 1976, v. tamb. SALA DE CASACION, No. 9 de 14 y 15 hrs. del 20 de enero de 1971.

(470) "Si bien el artículo 450 del Código Civil dispone de un modo general que en el Registro se inscribirán los títulos que consten en escrituras o ejecutorias, sin mayor esfuerzo se comprende que el texto alude a los que tengan intrínsecamente el carácter de inscribibles, es decir, atendiendo a la naturaleza del acto o contrato o del respectivo pronunciamiento judicial, mas no —como es obvio— a los títulos que estén en el caso contrario por ser incompatibles con el régimen del Registro". SALA DE CASACION No. 9 de 14 y 15 hrs. del 20 de enero de 1971. "Una escritura pública en que se constituya una obligación puramente personal, aunque esté vinculada a un inmueble, como sería la promesa de vender una finca, no podría inscribirse en el Registro, por tratarse de relaciones extrañas a la institución registral; y así también ocurriría con la ejecutoria de una sentencia referente a un crédito no garantizado con derechos reales sobre inmuebles, pues una obligación de esa índole nada tiene que ver con el Registro Público". SALA DE CASACION, sentencia últ. cit.

(471) "El recurso es procedente por violación del artículo 455 del Código Civil y errónea interpretación del número 458 del Código de Procedimientos Civiles. Manda el primero que los títulos sujetos a inscripción que no estén inscritos —el instrumento de que se trata en el caso presente—, no perjudicarán a tercero, sino desde la fecha de su presentación en el Registro. De esa suerte, si la presentación de la escritura fue posterior a la del mandamiento de embargo, en manera alguna puede afectar o perjudicar éste (ver artículo 54 del Reglamento del Registro Público). SALA DE CASACION No. 85 de 15 y 15 hrs. del 15 de abril de 1959, sem. I, tomo II, p. 683. "Conforme al artículo 196 del Código de Procedimientos Civiles, una vez practicada la anotación en el Registro Público del mandamiento para inscribir una demanda ordinaria "la transmisión de la propiedad o la constitución de cualquier derecho real sobre la cosa, se entenderá hecha sin el perjuicio del acreedor anotante". De otra parte, los títulos sujetos a inscripción en aquella oficina —como lo es la escritura de que se trata— no perjudican a terceros, sino desde su presentación a la misma, según el número 455 del Código Civil. Por ello, aunque de fecha anterior a la que ésta está sujeta a las dos disposiciones mencionadas y por esto no puede ordenarse la cancelación que el ocurante persigue. Tal tesis ha sido constantemente mantenida por esta Corte; v. entre otras sus sentencias de 14 y 20 hrs. del 28 de noviembre de 1940, p. 1293 de la colección, de 3 y 30 hrs. p.m. de 30 de abril y de 3 y 45 hrs. p.m. del 17 de setiembre, ambos meses de 1929 y ps. 420 y 338 respectivamente". SALA DE CASACION, No. 9 de 14 y 45 hrs. del 20 de enero de 1959, sem. I, t. I, p. 259. V. tamb. SALA DE CASACION, No. 141 de 14 y 30 hrs. del 30 de noviembre de 1978.

(472) SALA DE CASACION, No. 141 de 14 y 30 hrs. del 30 de noviembre de 1978.

sobre inmuebles sin inscribir en el Registro (según resulta de los artículos 464 y 455 del Código Civil) (473).

c) También hay ineficacia relativa en la llamada no invalidación de inscripciones nulas en perjuicio de tercero (según el artículo 50 del Reglamento del Registro Público el Registrador General puede suspender la inscripción de actos absolutamente nulos, de conformidad con el artículo 835 del Código Civil) (474). Según el artículo 456 del Código Civil la inscripción que se realizare no convalida los actos o contratos inscritos que sean nulos o anulables conforme a la ley (475). Se hace sin embargo una excepción (476) en cuanto los actos o contratos que se ejecuten por persona que en el Registro aparezca con derecho a ello, establecido que, una vez inscritos no se invalidarán en cuanto a terceros.

d) Otro ejemplo de ineficacia relativa se encuentra en tema de contrato de mandato; según el último párrafo del artículo 1251 del Código Civil "los poderes generales o generalísimos deben otorgarse en escritura pública e inscribirse en la sección correspondiente del Registro de la Propiedad, y no producen efecto respecto de tercero sino desde la fecha de su inscripción". En tal caso la falta del requisito produce una inoponibilidad con relación a terceros (477). Se ha sostenido, consecuentemente, que la inscripción no es un requisito esencial de

perfeccionamiento del contrato y, que el acto de inscripción lo que determina es la eficacia respecto a terceros (478).

e) También hay ineficacia relativa en materia de inscripción de trasposos automovilísticos en el Registro de Vehículos de la Dirección General de Tránsito.

f) En materia de sociedades encontramos otras hipótesis de ineficacia relativa (artículos 19 y 22 del Código de Comercio). Mientras no se haya efectuado la publicación y la inscripción sobre la constitución de la sociedad, sus modificaciones, fusión o cualesquiera otros actos que modifiquen su estructura, los pactos y documentos sociales no producirán efecto legal alguno en perjuicio de terceros (479).

g) La renuncia a la prescripción no opera respecto a los acreedores del renunciante cuando éstos hacen valer los derechos de su deudor (artículos 850 y 716 del Código Civil).

h) En materia de compraventa de establecimientos mercantiles también hay ejemplos de inoponibilidad con relación a los acreedores (480).

i) No perjudican tampoco a tercero las acciones de resolución cuando aquel ha inscrito su derecho (artículo 457 del Código Civil) (481).

j) Hay, en fin, ineficacia relativa en los casos de la llamada acción revocatoria o pauliana, sobre la cual conviene hacer algunas consideraciones: la

(473) "Si bien las partes pueden convenir en un gravamen hipotecario sobre un inmueble sin inscribir en el Registro Público, para que tal cosa pueda perjudicar a terceros, y sólo con esa finalidad, el derecho de hipoteca sí debe llevarse al Registro respectivo. . .". TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 609 de 8 y 30 hrs. del 26 de julio de 1976.

(474) "...según el artículo 50 del Reglamento del Registro Público el Registrador General debe suspender la inscripción de los documentos que registren actos o contratos absolutamente nulos, o que carezcan de las formalidades extrínsecas que las leyes exigen, o de alguno de los requisitos que debe contener el asiento". SALA DE CASACION No. 113 de 16 y 15 hrs. del 9 de noviembre de 1956, sem. II, tomo II, p. 766, V. tamb. SALA DE CASACION No. 117 de 15 hrs. del 25 de noviembre de 1958, sem. II, tomo II, p. 683.

(475) "...el artículo 456 del Código Civil en su regla primera establece que: "la inscripción no convalida los actos o contratos inscritos que sean nulos o anulables conforme a la ley". SALA DE CASACION, No. 74 de 15 y 30 hrs. de 16 de julio de 1958, sem. II, tomo I, p. 38.

(476) V. SALA DE CASACION, 13 y 30 hrs. del 5 de enero de 1951, sem. I, t. único, p. 15. El artículo 477 del Código Civil establece: "Podrá declararse nula la cancelación (de inscripciones): 1) cuando se declare falso o nulo el título en virtud del cual fue hecha, 2) cuando se haya verificado por error o fraude. Pero en estos casos la nulidad sólo perjudica a terceros posteriores, cuando se haya inscrito provisionalmente la demanda establecida para que se declare en juicio.

(477) V. SALA DE CASACION No. 44 de 10 y 15 hrs. del 30 de abril de 1969 y No. 5 de 14 y 15 hrs. de 13 de enero de 1971.

(478) V. SALA DE CASACION, No. 5 de 14 y 15 hrs. del 13 de enero de 1971.

(479) V. CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, ps. 393 y 394.

(480) "Solamente cuando el acreedor se dice perjudicado por la venta del establecimiento mercantil, presenta un título en que conste una deuda proveniente del giro o tráfico mercantil del negocio, se podrá declarar la nulidad de la venta dicha, por omitirse la publicación de los edictos que señalá la ley. . .". TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 801 de 9 y 30 hrs. del 29 de octubre de 1974.

(481) V. MESSINEO, op. cit., supra 56, ps. 626 y 627.

acción revocatoria tiene como finalidad específica la obtención de una declaración de ineficacia relativa (482); ella se refiere a los actos de disposición del patrimonio que el deudor verifique en perjuicio del acreedor. Se ha aclarado que ella opera en la medida del perjuicio que resulte conscientemente producido y subsista en el momento en que se promueve la demanda (483).

Se trata de una hipótesis de ineficacia relativa, en cuanto ella tiene efecto solamente respecto al acreedor que la ha pedido (484).

La acción en examen se encuentra regulada en nuestro Ordenamiento por los artículos 848 y 849 del Código Civil, de conformidad con los cuales hay ineficacia respecto al acreedor de los actos del deudor que le perjudique siempre que el deudor conozca el perjuicio o que el acto anterior al crédito haya sido preordenado dolosamente; obtenida la declaración de ineficacia el acreedor puede accionar contra los terceros adquirentes; esta acción prescribe en cinco años a partir de la fecha del acto (485).

Obsérvese que "la acción revocatoria o pauliana presupone que el deudor cumpla actos de disposición del propio patrimonio, acarreado con ello perjuicio a los intereses del acreedor; el acreedor puede pedir que sean declarados ineficaces frente a él tales actos" (486); "aunque su crédito estuviere sujeto a condición o a término", expresa el artículo antes citado.

El fundamento de esta acción se encuentra "en el derecho general de garantía que incumbe al acreedor sobre los bienes del deudor" (487).

La acción, como se ha dicho, tiende a que no se desintegre indebidamente el caudal del deudor con el cual el acreedor puede satisfacer su crédito; se refiere, pues, a los actos que tiendan a sustraer parte de su patrimonio "o sea, bienes que ya lo integraban, como sería la renuncia a una servidumbre o a un usufructo ya constituidos; no comprende, por consiguiente los hechos negativos, por los cuales omite aumentarlo, verbigracia el rechazo de una donación" (488).

Nuestra jurisprudencia ha establecido los paralelismos y las diferencias entre esta acción y la de nulidad por simulación absoluta. Se ha aclarado que "surten efectos análogos en cuanto dejan libre el camino para que los acreedores puedan ejercitar el derecho de persecución sobre los bienes que son prenda común de todos ellos" (489). Sus diferencias se encuentran en cambio en que "la acción pauliana se concede para atacar un contrato verdadero, en que el deudor se desprende de un bien en fraude de acreedores, contrato que sería válido si no existiera ese fraude, es decir, si el deudor tuviese otros bienes para responder a sus obligaciones, mientras que la acción por simulación absoluta se dirige a impugnar un acto o contrato que sólo tiene existencia aparente, y por medio de ella lo que se persigue es que los tribunales declaren que el bien no ha sido enajenado y que continúa perteneciendo al deudor. La confusión entre ambas acciones proviene, por una parte, de que en la simulación absoluta también existe, generalmente, un fraude en perjuicio de acreedores; y por otra, de que el Código Civil se ocupa por igual de la acción de simulación y del fraude pauliano al referirse a los actos o contratos que pueden impugnarse dentro de la insolvencia o concurso, sin regular especialmente la simulación por separado, pues el único artículo que se ocupa de ella es el número 905 inciso primero. Además, como la acción pauliana tampoco estaba contemplada en el carácter de acción individual, pues no fue sino al reformarse el artículo 848 del Código Civil, por ley número 4327 de 25 de febrero de 1969 que dicha acción fue establecida con autonomía —fuera del concurso— esa circunstancia también ha dado lugar al error frecuente de suponer que la declaratoria de quiebra o insolvencia era indispensable para impugnar los actos o contratos simulados, como si por no existir posibilidad de alegar el fraude pauliano en una acción individual, lo mismo ocurriera con la simulación absoluta. No es así en realidad, pues ese tipo de simulación cae de lleno dentro de lo que dispone el artículo 835 inciso primero del Código

(482) "...ineficaz frente a los acreedores defraudados...". DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 292. V. tamb. BORDA, op. cit., supra 56, p. 380.

(483) V. BETTI, op. cit., supra 35, p. 370.

(484) V. FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, p. 355, CARNELUTTI, Francesco, *Estudios de Derecho Procesal*, I, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952, p. 455.

(485) Debe observarse que se trata más bien de una caducidad, por las razones citadas en la nota 346.

(486) FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, p. 354.

(487) BRENES, op. cit., supra 56, p. 101.

(488) BRENES, op. cit., supra 56, p. 101.

(489) SALA DE CASACION No. 22 de 14 y 30 hrs. de 31 de marzo de 1970.

Civil; y tanto por lo que prescribe el artículo 837 *ibídem*, a cuyo tenor la nulidad absoluta "puede alegarse por todo el que tenga interés en ella", cuanto por el derecho de los acreedores que también fija el artículo 981 del mismo Código, es evidente que cualquiera de ellos puede pedir la declaratoria de simulación sin mediar procedimientos concursales, pues se trata de uno de los recursos que tienen a suma no los acreedores para conservar el patrimonio del deudor, a los fines de hacer efectivo el derecho de garantía que establece el citado artículo 981" (490).

b) En particular sobre el impedimento: examen de la deficiencia de la condición suspensiva y de la revocación del testamento.

b-1) La deficiencia de la condición suspensiva. Inutilidad.

Ya hemos tenido ocasión de tratar el argumento. Basta recordar que cuando, en un negocio suspensivamente condicionado, se revela la imposibilidad de que el evento futuro e incierto llegue a verificarse, el negocio de ser relevante pasa a ser inútil, esto es, definitivamente ineficaz. La eficacia queda impedida definitivamente.

b-2) La revocación del testamento. Inutilidad relativa.

Cuando se revoca el testamento ocurre algo análogo al fenómeno descrito como "deficiencia de la condición suspensiva": antes del momento de la eficacia se impide (de antemano) la producción de efectos. La ineficacia que nace no es sin embargo necesariamente definitiva, en cuanto la revocación puede ser, a su vez, revocada y puede revivirse el primer testamento siempre que así se declare expresamente (artículo 623 del Código Civil) (491). Se habla por ello de "inutilidad relativa".

La revocación puede ser expresa o tácita

(492), según el carácter simbólico o significativo de la manifestación de intereses.

No se debe acudir a la invalidez para explicar el fenómeno de la revocación testamentaria, por cuanto el concepto de revocación es perfectamente compatible con el testamento válido (lo presupone). El carácter relativo de la inutilidad revela esto.

Conviene recordar que ciertas cláusulas del testamento no son revocables, como el reconocimiento de un hijo (artículo 87 del Código de Familia).

c) En particular sobre la eliminación. Examen de la revocación, la rescisión y la resolución.

c-1) La revocación.

Una de las formas típicas de ineficacia sobreviniente, o ineficacia por causas externas que determina "eliminación", es la revocación. Con ella no solamente se eliminan los efectos producidos sino que se impiden los ulteriores efectos del negocio (493). Se admite, por ejemplo, que en la revocación de la donación hay ineficacia sobreviniente; el negocio válido es, en este caso, privado de eficacia mediante el ejercicio de una potestad unilateral (artículo 1405 del Código Civil) (494).

El concepto de revocación ha sido confundido con los conceptos de rescisión (495) y con el de invalidez (496).

El concepto de "revocación" es usado en las mismas fuentes romanas con diversos sentidos "revocare denota a veces el retiro de la voluntad expresada (R. voluntatem donationem, mandatum), y a veces tiene el mismo sentido y alcance semántico de "rescindere", esto es, disolver un vínculo jurídico con eficacia obligatoria "ex nunc" . . . Algunos autores atribuyen a la voz "revocación" un sentido específico, refiriéndola únicamente a los actos a título gratuito. Otros le dan un alcance

(490) SALA DE CASACION, No. 22 de 14 y 30 hrs. del 31 de marzo de 1970. Sobre esta comparación v. BORDA, op. cit., supra 56, p. 383.

(491) V. MESSINEO, op. cit., supra 420, p. 219. Otro caso de inutilidad relativa en el artículo 816 del Código Civil.

(492) V. MESSINEO, op. cit., supra 420, p. 210 y PUGLIATTI, op. cit., supra 53, p. 126.

(493) V. VARRONE, op. cit., supra 51, p. 45, v. BORDA, op. cit., supra 56, p. 391, TORRENTE, op. cit., supra 42, p. 250.

(494) Algunos no admiten la calificación de ineficacia subsiguiente en el caso de la revocación: BETTI, op. cit., supra 35, p. 350.

(495) "La rescisión de un contrato se opera solamente por voluntad de las partes contratantes o por declaración judicial". SALA DE CASACION, No. 50, I sem. II tomo, p. 851, 1958.

(496) "Los contratos son susceptibles de ser invalidados no solamente por causas legales taxativas, sino también por mutuo consentimiento de los propios interesados; este género que deja sin efecto un contrato anterior en virtud de mediar mutuo consentimiento, y que se funda en la misma voluntad de las partes que dio origen y vida al contrato que ellas, a su vez, también quieren destruir recibe en algunas legislaciones el nombre de revocación". SALA PRIMERA CIVIL, No. 382 de 9 hrs. de 10 de setiembre de 1976.

amplísimo referible a toda especie de negocios" (497) (concepto este último de validez teórico general).

El fundamento sustancial de la revocación se encuentra precisamente en el juicio de valor formulado por el mismo autor del acto revocado; con este juicio se demuestra que la programación negociada antes predispuesta ya no es conforme con sus intereses (498). El presupuesto es la recíproca conveniencia de las partes (499).

Con el nuevo negocio se neutralizan los efectos del precedente. Cuando la eficacia del negocio cesa por voluntad de las partes resulta innecesario el pronunciamiento judicial; así lo ha aclarado nuestra jurisprudencia y la doctrina (500).

Los casos posibles de revocación son: a) acto unilateral del testador, o del donante, b) mutuo consentimiento cuando se trata de contratos y c) acto unilateral del estipulante cuando se trata de negocio en favor de tercero y éste no se ha adherido a él (artículos 1030 y 1031 del Código Civil) (501).

La justificación jurídica del instituto se encuentra en el mismo poder de autonomía privada que dio vida al negocio (502). Los orígenes se encuentran en Roma (503).

Hay ciertos negocios donde la autonomía privada no funciona con efectos revocatorios. Son negocios irrevocables, por ejemplo, el reconocimiento de un hijo (artículo 87 del Código de Familia), y la donación fuera de los casos legales (artículo 1405 del Código Civil) (504).

El contrato revocatorio es denominado por

algunos "distracto" (505): frente al acuerdo inicial se levanta con posterioridad el consentimiento contrario de las partes.

La retroactividad de la revocación no es legal sino solamente convencional o voluntaria (506).

La revocación puede ser expresa o tácita.

Expresa es la que resulta claramente de los términos del nuevo negocio. Es tácita cuando no hay una manifestación expresa. Por ejemplo, hay revocación tácita cuando se hace un segundo testamento, en lo que contradiga al primero (artículo 622 del Código Civil).

c-2) La impugnabilidad: rescisión y resolución.

c-2-1) Ideas generales sobre la impugnabilidad.

Hablamos de impugnabilidad del negocio jurídico cuando se concede a una de las partes, o a otro sujeto, el poder de accionar para la eliminación de los efectos. En estos casos el negocio es, desde el momento de su realización, válido y eficaz (507). Tiene, sin embargo, en algún momento, una deficiencia estructural o funcional, por lo que se concede al interesado la posibilidad de impugnar su eficacia (508). Es también así una hipótesis de ineficacia sobreviniente.

Puede decirse que los negocios impugnables son negocios que, aun teniendo todos los requisitos de validez, pueden llegar a sufrir una destrucción de efectos debido a algunas circunstancias —a menudo sobrevinientes— que el Ordenamiento toma en consideración con miras al resultado prác-

(497) LORETO, Luis, *Contrato revocatorio y retroactividad convencional*, Editorial Sucre, Caracas, 1976, p. 55.

(498) V. VARRONE, op. cit., supra 51, p. 46.

(499) MESSINEO, op. cit., supra 4, p. 691.

(500) MESSINEO, op. cit., supra 4, p. 691. "En sentencia de las... prohibiendo argumentos de la Sala Primera Civil este Tribunal declaró que es innecesaria la resolución de un contrato "si las partes acuerdan amigablemente la conclusión de la relación contractual existente entre ellas". Tal doctrina buena para el evento de un convenio consumado "a fortiori" debe serlo cuando el convenio no llega a perfeccionarse". SALA DE CASACION No. 36 de 15 y 16 hrs. del 9 de abril de 1969, Sem. I, Archivo.

(501) V. BETTI, op. cit., supra 35, p. 191.

(502) V. LORETO, op. cit., supra 497, p. 53.

(503) "Quae consensu contrahuntur, consensu dissolvuntur". Lo que el consentimiento contrae, el consentimiento lo disuelve. CODIGO DE JUSTINIANO, CABANELLAS, op. cit., supra 76, p. 6.

(504) MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 631 y MESSINEO, op. cit., supra 97, p. 203.

(505) V. LORETO, op. cit., supra 497, ps. 54, 55 y 63: "Esta expresión casi ignorada de nuestra práctica forense y poco usada por nuestros civilistas es, sin embargo, expresión correcta y técnica. Ella deriva su validez semántica de las fuentes clásicas, en donde hallamos empleado el sustantivo "distractus" equivalente a "disolutio" en oposición a "contractus".

(506) LORETO, op. cit., supra 497, p. 63.

(507) V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 398.

(508) V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 408.

tico perseguido por las partes, o bien en función de la tutela de la igualdad negocial, en los casos de resolución y rescisión, respectivamente.

c-2-2) La rescisión.

Dentro de las formas de ineficacia derivadas de un proceso de "eliminación" de los efectos surtidos encontramos la impugnabilidad por rescisión. La doctrina atribuye este derecho a una parte en razón de una grave desproporción entre las prestaciones (realizadas o prometidas) (lesión), o cuando derive de un estado de peligro notorio para la otra parte o de un estado de necesidad del que esa parte se hubiere aprovechado (509).

En nuestro sistema no se ha otorgado a la expresión rescisión su significado técnico correcto; así ocurre en la legislación (véase, por ejemplo el artículo 836 del Código Civil), jurisprudencia (510) y doctrina (511).

Se ha aclarado que la rescisión incide sobre la eficacia "...el negocio rescindible es un negocio válidamente formado, pero que produciendo perjuicio... podrá ser declarado ineficaz... supone la validez y opera únicamente sobre la eficacia" (512); en ambos casos de rescisión se concede al sujeto el poder de hacer caer los efectos, por lo que se trata de una hipótesis de ineficacia sucesiva (513). Es el caso de hablar de ineficacia sobrevinida a un negocio al cual no faltan requisitos de validez. No adolece de vicios o defectos, pero es un negocio que produce un perjuicio que solamente

puede ser reparado provocando su ineficacia (514).

Estando dirigida la rescisión al restablecimiento de un equilibrio se comprende la admisibilidad del instituto de la reducción a equidad (515).

c-2-3) La resolución.

La resolución puede conceptualizarse como el medio con el cual una de las partes, por el sobrevenir de un hecho externo que perturba el desarrollo normal de la relación, puede provocar la cesación de la eficacia. Como tal se ubica dentro del concepto técnico de "eliminación" (que es una de las posibilidades de ineficacia definitiva —junto con algunas formas de impedimento— que a su vez se ubica dentro de las formas de ineficacia derivadas de causas externas) (516). A diferencia de la rescisión encuentra su fundamento en el sobrevenir de una situación de hecho que incide sobre la funcionalidad negocial (517).

En razón de lo anterior, el remedio de la resolución tiene como presupuestos o un hecho objetivo o un comportamiento de una de las partes, posteriores a la celebración del negocio, rompiendo la composición de intereses de que el contrato es expresión (518).

Se admiten diversos tipos: por imposibilidad sobreviniente, por excesiva onerosidad sobreviniente y por incumplimiento.

El remedio de la resolución por excesiva onerosidad sobreviniente tiende a tutelar la condición de paridad entre las partes en momentos sucesivos

(509) Así BETTI, op. cit., supra 35, p. 371. V. desarrollos de estas ideas en PUGLIATTI, op. cit., supra 53, quien expresa sobre los casos de peligro y necesidad: "la primera se presenta cuando una de las partes ha asumido obligaciones en condiciones inicuas, por la necesidad de salvarse o salvar a otros del peligro actual de un daño grave en la persona... la otra se da si hay desproporción entre la prestación de una parte y la de la otra, y la desproporción depende del estado de necesidad de una de las partes del cual la otra se haya aprovechado para obtener ventaja... en ambas situaciones se toma en cuenta el equilibrio de intereses, con referencia al momento constitutivo del contrato, y tal equilibrio es, más que el presupuesto, el objeto mismo de la tutela". DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 317 y FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, p. 373, DIEZ PICAZO, op. cit., supra 34, p. 317 y FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, p. 373, TRABUCCHI, op. cit., supra 207, BRANCA, op. cit., supra 158, p. 95.

(510) "El vocablo rescindir, significa en correcto lenguaje jurídico y conforme al sentido que le atribuye el Código Civil, dejar sin efecto un acto o contrato porque adolece de vicios que lo hacen relativamente nulo". SALA DE CASACION, No. 80 de 15 hrs. de 12 de julio de 1968, así tamb. parte de la doctrina. V. BORDA, op. cit., supra 56, p. 391.

(511) Se confunde rescisión con nulidad relativa (y ésta con anulabilidad). BRENES, op. cit., supra 56, p. 254, BONET, op. cit., supra 173, p. 729.

(512) LA CRUZ, op. cit., supra 36, p. 310.

(513) V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 3, p. 260.

(514) V. GULLON, op. cit., supra 149, p. 208.

(515) "Sentado, luego, que la ineficacia encuentra su motivo en el perturbado equilibrio de las prestaciones deducidas en el contrato... se comprende que la rescisión puede ser evitada por la otra parte ofreciéndose a modificar el contrato en la medida suficiente para reintegrarlo a la equidad". BETTI, op. cit., supra 35, p. 371.

(516) MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 631.

(517) V. SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 2, p. 269.

(518) MESSINEO, op. cit., supra 4, p. 679. "...la relevancia respecto a la realización de los efectos de un hecho sobreviniente es lo que agrupa todas las hipótesis de resolución y justifica la unitariedad de la terminología". SCOGNAMIGLIO, op. cit., supra 3, p. 269, V. tamb. BRANCA, op. cit., supra 158, p. 95.

a la conclusión del negocio (519). Se aplica a los contratos con prestaciones recíprocas que sean de ejecución continuada, periódica o diferida.

La resolución por incumplimiento, en cambio, contempla un hecho del deudor a él imputable (520). Esta resolución debe ser declarada judicialmente (521). En caso de incumplimiento (artículo 692 del Código Civil) de una de las partes, la otra puede, a su escogencia, pedir el cumplimiento o la resolución del contrato, con daños y perjuicios. Es necesario, eso sí, que el incumplimiento reclamado tenga importancia (522); esta importancia depende de los intereses de las partes; lo que se quiere tutelar es una situación de equilibrio de un sistema de intereses (523).

Es necesario, como se ha adelantado que la resolución sea pedida judicialmente, porque ella no opera de pleno derecho; "es necesario que la parte interesada ejercite la acción correspondiente, para que después de oídos los contendientes pueda ser motivo de pronunciamiento el punto; y así también habrá de hacerse para hacer valer las responsabilidades que dimanen del incumplimiento; aunque la acción resolutoria carezca de interés actual" (524). No tiene interés la acción cuando por alguna otra razón se ha producido la ineficacia del negocio (525).

En ciertos casos de excepción la resolución opera de derecho, como en el caso de la cláusula resolutoria expresa y el término final (526).

Aunque en la anulabilidad y la resolución hay (en ambos casos) una eliminación de efectos, entre

estas figuras hay claras diferencias, como se ha visto; ellas se resumen en que "la anulabilidad presupone un vicio congénito del supuesto causal, a consecuencia del cual el Derecho formula para la programación negocial un juicio negativo, que a su vez se resuelve en la atribución al supuesto (inválido) de efectos precarios y eliminables. Resolubilidad tiene que ver en cambio, con un supuesto no viciado y la atribución a ella de efectos jurídicos definitivos: la resolución, con sus reflejos sobre la eficacia es debida a un hecho que se verifica en la fase de actuación del programa negocial, en sus elementos subjetivos u objetivos, un hecho que sobreviene el ciclo de formación del negocio y no puede referirse, desde un punto de vista de teoría general, a los vicios relativos al supuesto" (527).

c-3) La resolución convencional.

c-3-1) La cláusula resolutoria.

La eliminación de eficacia por factores sobrevinientes puede estar determinada negocialmente por las mismas partes mediante lo que se denomina "cláusula resolutoria" (528). Ella consiste en "cualquier determinación que prevea o en general discipline la resolución de los efectos descendientes del negocio mismo. En este sentido pertenecen, por ejemplo a la categoría de las cláusulas resolutorias (o resolutorias) la previsión de una condición resolutoria, en sentido técnico, la atribución de una facultad de receso unilateral, y la especificación de la resolución de un acto de liberalidad por incumplimiento del 'modus' " (529).

(519) CARIOTA FERRARA, op. cit., supra 95, p. 385. y BETTI, op. cit., supra 35, p. 373.

(520) V. MESSINEO, op. cit., supra 4, p. 687.

(521) "El incumplimiento de un contrato legitima el ejercicio de la acción para que los tribunales declaren la resolución, y la intervención de estos es indispensable" SALA DE CASACION No. 107 de 2 de setiembre de 1970.

(522) FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, p. 374.

(523) PUGLIATTI, op. cit., supra 53, p. 172.

(524) SALA DE CASACION, No. 115 de 16 hrs. de 6 de octubre de 1976.

(525) "Habiendo expirado el contrato por el vencimiento del plazo, y en consecuencia no existiendo ya convenio alguno entre las partes, ninguna razón legal asiste al recurrente para alegar que la actora debió haber pedido que se declarara resuelto el contrato pues la acción resolutoria se concede para que se deshagan por la vía judicial los contratos pendientes, lo cual excluye la posibilidad de que esa acción pueda tener cabida tratándose de un contrato que terminó por otra de las causas que la ley señala, una de ellas la expiración del plazo estipulado". SALA DE CASACION, No. 74 de 10 hrs. del 31 de julio de 1969, TRIBUNAL SUPERIOR CIVIL, No. 640 de 14 y 15 hrs. del 21 de setiembre de 1973.

(526) V. FRANCESCHELLI, op. cit., supra 57, p. 375.

(527) TOMMASINI, op. cit., supra 38, p. 15.

(528) V. MESSINEO, op. cit., supra 4, p. 683.

(529) BUSNELLI, Francesco, *Cláusula resolutoria*, Milano, Giuffrè-ed. 1960, p. 1.

Se ha sostenido que "la cláusula resolutive expresa da lugar a un medio extraordinario por el cual en los contratos con prestaciones recíprocas, una parte, en el caso en que se verifique el previsto incumplimiento de la contraparte puede obtener la resolución de la relación, prescindiendo de las vías normales y mediante un acto de voluntad suyo" (530).

c-3-2) En particular sobre la condición resolutoria.

Cuando la condición es resolutoria el negocio tiene eficacia mientras tanto como si fuese puro y

simple, de modo que si tiene por contenido la adquisición de un derecho, éste entra en la esfera jurídica del adquirente, quien puede ejercitarlo; el alienante, por su parte, puede realizar actos conservativos, en vista de la eventual verificación de la condición (531). Si bien es cierto que cuando se verifica la condición resolutoria cesa la eficacia (532) del mismo modo que cesa con la anulación (533), debe tenerse presente que la segunda se origina en un estado patológico inicial del negocio mientras que la condición resolutoria deriva de una particular disciplina del acto establecida por las partes.

(530) BUSNELLI, op. cit., supra 529, p. 1 y sentencias citadas en nota 525.

(531) V. MESSINEO, op. cit., supra 56, p. 587.

(532) SALA PRIMERA CIVIL, No. 382 de 9 hrs. de 10 de setiembre de 1976.

(533) V. FALZEA, op. cit., supra 36, p. 243.