

REVISTA DE DERECHO

AÑO XIV OCTUBRE - DICIEMBRE DE 1946 N.º 58

ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA - CONCEPCION

TEORIA GENERAL DE LAS MODALIDADES

591

Por ejemplo, en la compraventa el saneamiento de la evicción es un elemento de la naturaleza del contrato. Ella consiste en la obligación del vendedor de acudir en auxilio del comprador para defenderlo en el juicio que se le inicie para privarlo de todo o parte de la cosa comprada. Pues bien, esta obligación del vendedor tiene como fin asegurar las consecuencias normales del contrato de compraventa pues si yo compro algo, no espero ni deseo que se me turbe en mi derecho.

Nada impide sí, que este elemento de la naturaleza del contrato de compraventa se estipule por las partes, atribuyéndole un efecto jurídico distinto del que le señala la ley y alterando por consecuencia los efectos normales del acto, como sucede en el caso siguiente: Se celebra un contrato de compraventa en que se adquiere un automóvil y se estipula que en caso de que haya de tener lugar la obligación de saneamiento por evicción, el contrato se resuelve.

Normalmente, en ausencia de esta estipulación, las cosas sucederían en la siguiente forma: comprado el auto, si alguien entablara juicio para privarme de él tendría lugar la obligación del saneamiento por evicción. En esta situación y conforme lo dispone la ley en el art. 1843, estaría obligado a citar al vendedor para que comparezca a defenderme. Ahora bien, citado legalmente pueden darse dos casos: 1.º Si el vendedor no comparece queda obligado al saneamiento de la evicción art. 1843 y 2.º Si comparece sigue el juicio con él.

En el primer caso, aunque él vendedor no comparezca estoy obligado a defenderme, pues el legislador ha establecido que no obstante que se haya citado legalmente al vendedor y este no comparezca, no estará obligado al saneamiento de la evicción cuando el comprador hubiere dejado de oponer alguna defensa o excepción suya, y por ello fuere evicta la cosa.

En cambio, en el caso propuesto nada de esto ocurre, pues si un tercero entabla juicio, como se cumpliría la condición ya que este es el caso en que el vendedor va a estar obligado a sanear la evicción, se resuelve el contrato, sin que

necesario para que las capitulaciones matrimoniales lleguen a producir sus efectos. Por eso se ha dicho que se trata de una condición de eficacia de las capitulaciones matrimoniales (62).

Confirma lo dicho, la opinión de diversos profesores. Así el señor Somarriva dice que las capitulaciones matrimoniales no son convenciones condicionales. Si bien es cierto que para que ellas produzcan efectos se requiere la celebración del matrimonio, no es menos cierto que el matrimonio es un requisito de la esencia de las capitulaciones matrimoniales; éstas sólo se entienden perfeccionadas una vez verificado el matrimonio. Si éste no llega a celebrarse, no podemos hablar de capitulaciones matrimoniales (63).

El señor Alessandri Rodríguez sostiene que las capitulaciones matrimoniales no son un acto condicional en el sentido jurídico de esta expresión. Si lo fuesen, celebrado el matrimonio, en razón de la retroactividad de la condición, sus efectos se retrotraerían al día de su otorgamiento y desde entonces habría que considerarlas existentes (64).

Si estimamos que son condicionales, nos conduciría esta apreciación al absurdo de considerar que las capitulaciones matrimoniales que tienen por objeto reglar los efectos patrimoniales del matrimonio y determinar los derechos del marido y de la mujer, regirían estos efectos y derechos antes de que existiera matrimonio y de que hubiera marido y mujer.

En consecuencia, las capitulaciones matrimoniales no son condicionales. La condición, como toda modalidad es un elemento accidental en el acto o en el contrato, que puede o no existir, y el patrimonio es un requisito que siempre debe existir para que las capitulaciones matrimoniales produzcan sus efectos; el matrimonio no es un mero accidente de ellas, es un elemento de su esencia. Basta, en realidad, determinar

(62) Véase: Planiol y Ripert. T. V. N.º 84; Aubry et Rau. T. VII. Párrafo 501 y nota 9; Baudry Lacantinerie. T. I. Pág. 190.

(63) M. Somarriva U. Derecho de Familia. Pág. 186.

(64) A. Alessandri R. Ob. cit. Pág. 106.

TEORIA GENERAL DE LAS MODALIDADES

593

de las obligaciones cuando hay pluralidad de deudores, en que cada deudor sólo está obligado a su parte o cuota en la deuda (art. 1511 y 1526 inciso 1.º del Código Civil) e incorpora la solidaridad como elemento de la naturaleza del mandato comercial. En el silencio de las partes, la obligación de los comitentes a favor del comisionista y de éstos —si son varios— para con el comitente, será solidaria.

Nada impide que las partes estipulen que no habrá solidaridad. Tratándose de un elemento de la naturaleza, puede suprimirse sin que por eso el acto degenera en otro o deje de producir sus efectos. Al pactar que no habrá solidaridad se vuelve a la normalidad.

Otro caso lo encontramos en el inciso segundo del art. 1489 del Código Civil. Dispone el legislador que "en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado". El efecto propio de la condición resolutoria es operar la resolución del contrato en el evento previsto por las partes o la ley: en este caso, que uno de los contratantes esté en mora de cumplir lo pactado, previa la sentencia judicial que la declare. Y en el inciso segundo del mismo artículo, el legislador introduce, como elemento de la naturaleza, la modalidad alternativa y manifiesta que "en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato..."

Aquí se introduce por la ley una alteración a las consecuencias normales del acto, y además le da a la condición resolutoria otros efectos jurídicos que los que le son propios desde que no basta que se produzca el evento previsto, sino que es menester, además declaración judicial.

El contratante diligente, en virtud de esta modalidad introducida por la ley en calidad de elemento de la naturaleza, podrá a su arbitrio pedir la resolución o exigir el cumplimiento del contrato.

Aplica estas reglas el inciso segundo del art. 1826, en la compraventa, que dice: "Si el vendedor por hecho o culpa suya ha retardado la entrega, podrá el comprador a su arbitrio perseverar en el contrato o desistirse de él, y en

ambos casos con derecho para ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales".

Por último analizaremos el caso de la representación en el mandato.

La representación, como sabemos, es una modalidad en cuya virtud los efectos de un acto no van a radicarse en el patrimonio de las partes contratantes, sino en el de una de ellas, y en el de otra que no ha intervenido.

Aparece como un elemento de la naturaleza del contrato de mandato, o sea, como un elemento que no siendo esencial en él, se entiende pertenecerle sin necesidad de una cláusula especial. En efecto el art. 2151 dispone que el mandatario puede en el ejercicio de su encargo contratar a su nombre propio, en cuyo caso no obliga respecto de terceros al mandante. En este caso no hay representación, tanto porque es esencial a ésta que se contrate a nombre de otro (art. 1448), cuanto porque el art. 2151 dice expresamente que actuando el mandatario a nombre propio no obliga respecto de terceros al mandante, lo que implica rechazar toda idea de representación.

En consecuencia, el mandatario puede actuar a nombre propio y en tal caso hay mandato pero no representación, de donde resulta que ésta no es un elemento de la esencia del mandato, sino de su naturaleza.

El art. 2151 autoriza, al mandatario para que actúe a nombre del mandante, esto es para que le represente, y el art. 2132 agrega que "el mandato no confiere naturalmente al mandatario, más que el poder de efectuar los actos de administración" que allí se designan, y termina diciendo que "para todos los actos que salgan de estos límites necesitará poder especial". Esto es, por el solo hecho de otorgarse mandato, el mandatario tiene naturalmente, sin necesidad de una cláusula expresa, la facultad de representar al mandante en la ejecución del negocio que le ha confiado.

La representación, que es una modalidad, constituye en este caso un elemento de la naturaleza del contrato. Como tal elemento de la naturaleza del mandato, va envuelta en éste, pero las partes pueden suprimirla mediante una esti-

TEORIA GENERAL DE LAS MODALIDADES

595

pulación expresa, sin que por esto se altere la naturaleza jurídica del contrato:

Sin embargo nuestros Tribunales en más de una ocasión, han incurrido en el error de estimar que la representación es una cosa de la esencia del mandato. Una sentencia de la Corte Suprema expresó que "los caracteres esenciales y distintivos del mandato son: a) la gestión de uno o más negocios que una persona confía a otra; b) que el mandatario tenga la facultad de representar al mandante, de obligarlo ante terceros y obligar a terceros con él" (74).

En otra sentencia, la misma Corte declaró "que por lo que toca al mandato, debe ante todo dejarse establecido que los caracteres esenciales y distintivos de este contrato son dos: a) que el negocio que el mandatario se encarga de cumplir consista en un acto o una serie de actos; y b) que el mandatario tenga la facultad de representar al mandante, de obligarle ante terceros y obligar a los terceros con él" (75). Agrega la misma sentencia "que examinando el contrato en cuya calificación difieren las partes, se ve que reúne estos dos requisitos esenciales..." (76).

Los fundamentos que invoca esta sentencia no son exactos, ya que no es de la esencia del mandato que el mandatario tenga la facultad de representar al mandante, de obligarlo ante terceros y de obligar a los terceros con él, pues cuando el mandatario actúa en su propio nombre no obliga respecto de terceros al mandante; lo dice expresamente el art. 2151 del Código Civil.

En otra sentencia, en cambio, se ha sentado la verdadera doctrina al expresar: "que si bien Lues Hermanos aparecen celebrando el contrato de fecha 6 de Julio de 1923, sin indicar que procedían en este acto a nombre o en representación de Zahr Hnos., debe tenerse presente que el mandatario, puede, en el ejercicio de su cargo, contratar a su propio

(74) Rev. D. y J. T. XXI. P. 2.º Sec. I. Pág. 11.

(75) Rev. D. y J. T. XIX. P. 2.º Sec. I. Pág. 164.

(76) Rev. D. y J. T. XIX. P. 2.º Sec. I. Pág. I. cons. 4.º

nombre o al del mandante, no obligando en el primer caso al mandante respecto de terceros" (77):

Pero veamos si en realidad al establecer la ley esta modalidad en calidad de elemento de la naturaleza altera los efectos normales del acto.

Consideramos que los altera, pues de no haberla establecido la ley como elemento de la naturaleza, para que el acto produjera las consecuencias propias de esta modalidad radicando los efectos del acto celebrado por el mandatario entre el tercero y el mandante, habría sido necesario que el mandante expresamente la hubiera establecido, concediéndole la facultad de obligarlo en caso de que actuara en nombre de él y de no hacerlo así, dominaría ampliamente el principio de que el acto jurídico sólo puede obligar y alcanzar con sus efectos a las partes contratantes, a las personas que han concurrido con su voluntad a generar el acto y no a un tercero extraño, cual es la situación del mandante. Prueba de esto es que el mismo legislador dispuso en el art. 2151 del Código Civil que si el mandatario contrata a su propio nombre, no obliga respecto de terceros al mandante, lo que no es sino una confirmación de lo que venimos sosteniendo. Y en el Derecho Romano en que imperaba el principio de la no representación, el mandatario que celebraba un contrato, se obligaba personalmente al cumplimiento del mismo y, correlativamente, adquiría todos los derechos que de él emanaban. El mandante es un extraño respecto del acto o contrato que el mandatario celebró por encargo suyo.

Del contrato de mandato en Roma nacía la "actio mandati directa" y la "actio mandati contraria". Por la primera, el que había encargado la ejecución del negocio podía exigir al mandatario el traspaso de los derechos y obligaciones que habían nacido del contrato que se le había encomendado; y por la segunda, el mandatario podía exigir del mandante el reembolso de los gastos hechos en razón del mismo contrato.

(77) Rev. D. y J. T. XXVIII. P. 2.º Sec. I. Pág. 185.

TEORIA GENERAL DE LAS MODALIDADES

597

De modo que en definitiva se producen los efectos del contrato en la persona del mandante en virtud de un traspaso de los derechos y obligaciones que emanan de él, pero antes de que este traspaso se efectúe, el mandante es un extraño al contrato.

Esto significa, precisamente, el rechazo de toda idea de representación, la que supone una relación directa entre el tercero y el representado, vínculo que nace en el mismo momento de la celebración del contrato y que une a dicho tercero con el representado por encima de la persona del representante (78).

Con el transcurso del tiempo, y aceptado ya el principio de la representación, ésta va accediendo al mandato en todos los casos en que el mandante concede al mandatario la facultad de representarlo, pasando a ser una cláusula que se subentendía, sin necesidad de estipulación expresa, en todo contrato de mandato. En esta forma la representación, de elemento accidental del mandato, pasa a ser elemento de su naturaleza.

Introducida esta modalidad por el legislador consagrando su uso frecuente, y elevada a la categoría de elemento de la naturaleza, se alteran los efectos normales del contrato de mandato pues se autoriza al mandatario para obligar al mandante respecto del tercero con quien contrata el mandatario.

26.—Conclusiones.—Concluiremos diciendo que los elementos de la naturaleza del contrato pueden desempeñar el rol de modalidades, en todos aquellos casos en que estipulados por las partes, reúnan ciertos y determinados requisitos. Por otra parte, la ley establece ciertas modalidades como elementos de la naturaleza del contrato alterando así los efectos normales de los actos en que inciden.

(78) D. Stitckin. La representación en los actos jurídicos. Memoria. 1936. Págs. 24 y 81.

PARRAFO NOVENO

Fuentes de las modalidades

27.—**Generalidades.**—En el orden jurídico en particular, como en general en todas las cosas del mundo, todo fenómeno tiene su causa eficiente. No hay efecto sin causa. Las modalidades no pueden substraerse por cierto a esta ley universal; lo cual nos lleva a estudiar y averiguar las causas que generan las modalidades, los hechos que producen estos efectos que el derecho denomina modalidades. Este estudio nos lleva, necesariamente, a investigar cuáles son las fuentes de las modalidades, las que siendo elementos accidentales exigen causa proporcionada a ellas.

Fuentes de las modalidades son los hechos que las generan o las producen, los antecedentes de donde emana una modalidad, las circunstancias que producen una modalidad.

De la definición de la modalidad se desprende claramente que estas fuentes son fundamentalmente dos: la ley y la voluntad.

Si examinamos a fondo el asunto y nos remontamos a las fuentes más remotas, no encontraremos otra que la ley, ya que toda modalidad tiene eficacia porque la ley se la reconoce o se la da. Pero dejemos esta especulación a la Filosofía del Derecho. Si atendemos a las causas próximas, a las fuentes de las modalidades, son las dos ya enunciadas.

En esto están de acuerdo los tratadistas. Baudry Lacantinerie y Barde, después de manifestar que las modalidades no pueden ser más que un elemento accidental de los actos jurídicos, manifiestan que "las obligaciones nacidas de la convención o de disposiciones testamentarias no pueden ser condicionales sino por una manifestación de voluntad emanada de las partes o del testador atribuyéndoles este carácter" (79). Y más adelante, al referirse a las fuentes de la solidaridad, nos dicen que la pasiva puede emanar de

(79) Baudry Lacantinerie et Barde. Ob. cit. T. 2. Obligaciones Pág. 2.

TEORIA GENERAL DE LAS MODALIDADES

599

la ley o de la voluntad de las partes, y que la solidaridad activa nunca puede tener por fuente la ley (80).

José León Barandarián, comentando el Código Civil peruano, manifiesta al referirse a la sección segunda del libro V titulado De las obligaciones y sus modalidades, que "el carácter alternativo de una obligación y el respectivo derecho a la elección puede ser establecido por la ley o por la convención..." (81). Y más adelante, que "la obligación facultativa puede tener por fuente la ley como en el caso de acción hipotecaria contra terceros poseedores de la cosa, que tiene la facultad de conservar el inmueble pagando el precio; pudiendo también la obligación facultativa tener un origen convencional" (82).

Popesco Ramniceano, nos dice: "La modalidad es debida generalmente a la voluntad de las partes, pero ella puede deberse también a la ley y reposa en este caso, en la voluntad presunta de las partes"; y agrega: "se puede de esta manera, con esta idea de la modalidad explicar la representación legal y la convencional" (83).

La voluntad es fuente de la modalidad, sea por obra de las partes que la introducen en los contratos, sea por obra del testador al concebir un elemento de esta naturaleza en el acto testamentario.

La ley al establecerlas puede tener en vista objetivos diversos, tales como suplir la voluntad de las partes, a manera de sanción, para introducir una alteración en las consecuencias normales de un acto, etc.

El legislador expresamente reconoce esta doble fuente de las modalidades. Así, en el art. 1511 manifiesta que las fuentes de la solidaridad pueden ser el testamento, la convención (voluntad) o la ley (84). En el art. 1526 N.º 4

(80) Baudry Lacantinerie et Barde. Ob. cit. T. 2. Oblig. Pág. 239.

(81) León Barandarian. Comentarios al Código Civil de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de San Marcos. Lima. Año III, N.º 2. Pág. 321.

(82) León Barandarián. Trab. citado Pág. 337.

(83) René Popesco R. Ob. cit. Pág. 218.

(84) Véase: Gaceta de los T. Año 1917. Sent. 4377. Pág. 153.

establece que la indivisibilidad puede establecerse por testamento o por convención entre los herederos, o por la partición de la herencia.

PARRAFO DECIMO

La ley como fuente de las modalidades

28.—**Modalidades legales.**—Ya al referirnos a las modalidades y a los elementos de la naturaleza en el párrafo octavo, manifestamos que la ley introduce ciertas modalidades en los actos jurídicos, esto es, que existen numerosos casos en que las modalidades tienen su fuente en la ley.

El legislador ha establecido diversos casos de modalidades legales. Existen a través del articulado de nuestro Código Civil disposiciones como el art. 738 que dice: "El fideicomiso supone siempre la condición expresa o tácita, de existir el fideicomisario, o su substituto, a la época de la restitución". Si las partes no cuidan de establecer esta condición expresamente, en cuyo caso tendría su fuente en la voluntad de ellas, la establece la ley. El art. 1489 muy especialmente es otro caso de modalidad cuya fuente es la ley. En efecto, dispone que "en los contratos bilaterales va envuelta la condición de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado". Ya hemos visto cómo, si se expresa esta modalidad, pasa a convertirse en el pacto comisorio. En el inciso segundo de esta misma disposición, el legislador establece otra modalidad, cuya fuente, por lo tanto es la ley: se trata aquí de una "modalidad alternativa": "Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios".

El art. 1890 que se encuentra ubicado en el párrafo de la rescisión de la venta por lesión enorme, nos proporciona un caso de "modalidad facultativa" legal: "El comprador contra quien se pronuncia la rescisión, podrá a su arbitrio consentir en ella, (objeto debido) o completar el justo precio

TEORIA GENERAL DE LAS MODALIDADES

601

con deducción de una décima parte (in facultate solutionis); y el vendedor en el mismo caso, podrá a su arbitrio consentir en la rescisión, o restituir el exceso de precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte".

Hay otros casos de modalidades legales tales como el contenido en el art. 1814 inc. 2.º; otro caso en nuestro derecho es el plazo tácito que puede nacer no sólo de la naturaleza de la prestación sino también de la ley y de la costumbre. Ejemplo de esto tenemos en el mutuo, art. 2200 que dice: "Si no se hubiere fijado término para el pago, no habrá derecho de exigirlo dentro de los diez días subsiguientes a la entrega". El plazo tácito es de la naturaleza de ciertos contratos y como se trata de una modalidad que debe ser agregada por cláusulas especiales, si las partes no lo hacen ha tenido que hacerlo el legislador; de ahí que encontramos estos casos de plazos tácitos legales.

También es fecunda la ley en lo que se refiere a la "modalidad solidaridad pasiva", indivisibilidad, representación, etc. A éstas nos referiremos a continuación.

29.—La ley como fuente de la solidaridad pasiva.—La ley es una fuente fecunda de esta modalidad, pero no así de la solidaridad activa, ya que como hemos manifestado el legislador carece de interés en establecerla.

Al acoger la ley en sus preceptos la solidaridad pasiva, lo hace guiada por diversas razones que los tratadistas han agrupado en tres (85). En efecto unas veces la impone por interpretación de la voluntad de las partes, o como dicen Planiol y Ripert (86), las disposiciones que establecen la solidaridad en este caso son, en realidad, simplemente declarativas de la voluntad de las partes. Ejemplo de esto tenemos en el art. 2189 del Código Civil que dice: "Si la cosa ha sido prestada a muchos, todos son solidariamente responsables"; en el art. 2058 que dice: "La nulidad del

(85) Collin y Capitant. Ob. cit. T. III. Pág. 414.

(86) Planiol y Ripert. Ob. cit. T. VII. Pág. 379. N.º 1067.

contrato de sociedad no perjudica a las acciones que corresponden a terceros de buena fe contra todos y cada uno de los asociados por las operaciones de la sociedad, si existiere de hecho"; en los arts. 370 y 703 del Código de Comercio, etc.

Refiriéndose al caso del art. 2189 el señor Somarriva (87) manifiesta que, en su concepto, la solidaridad allí establecida no puede referirse sino a la obligación que impone el art. 2178 de indemnizar al comodante de los perjuicios sufridos por la cosa. Pero la obligación de restituir la cosa —obligación que jamás puede faltar en el comodato y que es la única que emana del contrato mismo— no puede ser solidaria. A ella no se ha referido el art. 2189, ya que de acuerdo con el N.º 2 del art. 1526 tiene el carácter de indivisible y, en consecuencia aquel de los comodatarios que poseyere el objeto dado en comodato estaría obligado a entregarlo al comodante.

Otras veces la ley establece la solidaridad entre los deudores porque quiere ofrecer una garantía al acreedor, como sucede en las leyes de impuestos y contribuciones. En el Código Civil hay varios casos. El art. 419 dice que cuando hay varios guardadores son solidariamente responsables...; el art. 1281: "Siendo muchos los albaceas, todos son solidariamente responsables..." (88), etc.

Por último el legislador establece la solidaridad pasiva a manera de sanción, como acontece en el art. 2317 del Código Civil que expresa: "Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito, salvo las excepciones de los arts. 2323 y 2328". Y en el inciso segundo establece un caso de solidaridad pasiva legal amplísimo: "Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso".

(87) Manuel Somarriva U. Tratado de las Caucciones. Pág. 43.

(88) Legisla sobre esta misma materia el art. 910 del Código italiano; el art. 1033 del Código francés.

TEORIA GENERAL DE LAS MODALIDADES

603

Este principio, según Planiol y Ripert, viene de una jurisprudencia muy antigua puesto que se funda en el Derecho Romano (89).

Cabe advertir que, como expresan Colin y Capitant (90), en el derecho francés no existe una disposición legal que consagre este principio. De aquí que sea obra de la jurisprudencia las soluciones referentes a esta materia (91).

Un principio igual al nuestro establece el art. 830 del Código alemán que dice: "Cuando varias personas han causado un daño por un hecho ilícito realizado en común, cada una de ellas es responsable del daño. Lo mismo ocurre si no se puede saber cuál de varios interesados ha causado el daño por su culpa". Y el art. 840 completando la disposición anterior manifiesta: "Cuando varias personas en virtud de un daño procedente de un acto ilícito, son responsables conjuntamente, quedan obligadas como deudores solidarios" (92).

Es evidente que la responsabilidad será solidaria aun cuando el delito o cuasidelito sea civil y no penal. La disposición citada no distingue y aún está ubicada, precisamente, en el título de los delitos y cuasidelitos civiles. Esto no obstante, la Corte Suprema ha estimado que el art. 2317, al declarar solidaria la responsabilidad se refiere únicamente a los delitos y cuasidelitos penales (93). El error manifiesto

(89) Véase: Planiol y Ripert. Ob. cit. T. VII. Pág. 382.

(90) Colin y Capitant. Ob. cit. T. III. Pág. 418.

(91) Giorgi dice: El Código francés pasó en silencio este punto de derecho y abrió así la puerta a una célebre controversia que se agita todavía en el foro y en las escuelas francesas. Ob. cit. T. I. Pág. 120 N.º 132.

(92) Véase: Art. 50 C. Suizo de las O. Art. 1156 C. Italiano.

(93) Rev. D. y J. T. XXXVI. Pág. 201. Sec. I. "Establecido que el derrumbe que causó la muerte de una persona, se debió a errores inexcusables de los demandados, procede condenarlos a indemnizar el daño ocasionado. Apoyada la acción deducida en la mera imprudencia o negligencia de los demandados, y no en un delito o cuasidelito criminal, no procede condenarlos solidariamente, ya que ello es procedente sólo en este último caso único a que se aplica el art. 2317 del Código Civil".

en que incurra nuestro más alto tribunal nos ahorrará todo comentario. Sin embargo hay otras sentencias que sientan la buena doctrina (94).

Otro caso de solidaridad legal de esta especie es el contemplado en el art. 130 del Código Civil que dice: "La mujer que teniendo hijos o personas adoptadas bajo su patria potestad, tratare de casarse, lo denunciará previamente al magistrado para que nombre a los hijos el guardador que corresponda; y de no hacerlo así, ella y su marido quedarán solidariamente responsables de la administración, extendiéndose la responsabilidad del marido aún a los actos de aquélla anteriores al matrimonio". También encontramos otro ejemplo en el art. 201 que manifiesta "Serán obligados solidariamente a la indemnización de todo perjuicio y costas ocasionados a terceros por la incertidumbre de la paternidad, la mujer que antes del tiempo debido hubiere pasado a otras nupcias, y su nuevo marido". Por último hay otro caso en el art. 927, etc.

Para terminar con el estudio de la ley como fuente de las modalidades analizaremos someramente el art. 1526 del Código Civil en el que se establecen diversos casos de indivisibilidades legales, esto es, de una modalidad cuya fuente es la ley, y los casos de representación legal.

30.—Indivisibilidades de pago; origen legal.—Los tratadistas han llamado "indivisibilidades de pago" a las situaciones contempladas en el art. 1526 de nuestro Código Civil". Otros, "excepciones a la indivisibilidad".

No nos encontramos aquí ante casos de indivisibilidad natural o relativa, sino, por el contrario, ante obligaciones divisibles pero que la ley o la voluntad de las partes han hecho indivisibles impidiendo que pueda ejecutarse su cum-

(94) Véase: Gaceta de los T. Año 1923. Sent. 98. Pág. 563: "La solidaridad que establece el art. 2317 del C. C. se refiere tanto a los delitos criminales como a los de carácter civil" y Año 1870 sent. 793. Pág. 382, cons. 9.º "el que comete un delito queda obligado a indemnizar los perjuicios que causa, y si son varios la obligación pesa in solidum obre cada uno".

TEORIA GENERAL DE LAS MODALIDADES

605

plimiento por parcialidades. Esta materia fué introducida por Pothier; de ahí la tomó el legislador francés, de donde pasó al nuestro.

La totalidad de estos casos son modalidades cuya fuente está en la ley, salvo el caso del número 4 que contempla la indivisibilidad de pago llamada convencional. Los tribunales confirmando lo que venimos sosteniendo manifiestan, que "la divisibilidad o indivisibilidad de una obligación originada por la circunstancia de tener ésta por objeto una cosa susceptible o no de división, sea física, sea intelectual o de cuota, depende por tanto de la naturaleza del objeto debido y de esta definición se deduce que no es indivisible por su naturaleza la acción hipotecaria, puesto que puede dividirse entre varios codeudores, la obligación de asegurar al acreedor el pago de un crédito, objeto, de la hipoteca, y en consecuencia, la indivisibilidad especial a que da origen proviene solamente de la ley, como se demuestra con el tenor literal del art. 1526 citado que dispone que cuando se trata de una obligación divisible cada deudor está sólo obligado al pago de la cuota que a él le corresponda, salvo el caso de acción hipotecaria, manifestando de este modo que esta clase de acciones debe ser considerada como una excepción a las reglas establecidas para las obligaciones divisibles (95).

Dice el art. 1526 del Código Civil: "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. Exceptuándose los casos siguientes. 1.º La acción hipotecaria o prendaria se dirige contra aquél de los codeudores que posea, en todo o parte, la cosa hipotecada o empeñada.

El codeudor que ha pagado su parte de la deuda, no puede recobrar la prenda u obtener la cancelación de la hipoteca, ni aún en parte, mientras no se extinga el total de la deuda; y el acreedor a quien se ha satisfecho su parte del

(95) Gaceta de los T. Año 1916. T. II Sent. 75. Pág. 219. Cons. 7.º

crédito, no puede remitir la prenda o cancelar la hipoteca, ni aún en parte, mientras no hayan sido enteramente satisfechos sus coacredores.

2.º Si la deuda es de una especie o cuerpo cierto, aquel de los codeudores que lo posee es obligado a entregarlo.

3.º Aquel de los codeudores por cuyo hecho o culpa se ha hecho imposible el cumplimiento de la obligación, es exclusiva y solidariamente responsable de todo perjuicio al acreedor.

5.º Si se debe un terreno, o cualquiera otra cosa indeterminada, cuya división ocasionare grave perjuicio al acreedor, cada uno de los codeudores podrá ser obligado a entenderse con los otros para el pago de la cosa entera, o a pagarla él mismo, salva su acción para ser indemnizado por los otros.

Pero los herederos del acreedor no podrán exigir el pago de la cosa entera sino intentando conjuntamente su acción.

6.º Cuando la obligación es alternativa, si la elección es de los acreedores, deben hacerla todos de consuno; y si de los deudores, deben hacerla de consuno todos éstos".

Todos estos casos son otros tantos ejemplos de modalidades cuya fuente es la ley, o sea, de modalidades legales.

31.—La ley como fuente de la representación.— El poder de representación puede emanar de la ley. Lo dice expresamente el art. 1448 del Código Civil. En este caso su nacimiento, extensión y duración se determinan por la misma ley que lo establece. Numerosos son los casos que encontramos en nuestra legislación en que la representación tiene un origen legal. Son estos los casos llamados por los autores de representación legal.

Explicando estas situaciones el señor Stitckin (96) expresa que cuando emana de la ley, la situación es sencilla. Normalmente un individuo afecta su propio patrimonio a las consecuencias de los actos jurídicos que celebra, porque su capacidad de acción se halla limitada a la esfera de acción

(96) D. Stitckin. Ob. cit. Pág. 121.

TEORÍA GENERAL DE LAS MODALIDADES

607

que la ley le atribuye, pero esta situación sufre excepción cuando la ley priva a un individuo de la facultad de ejercitar sus derechos. En este caso el legislador se ve en la necesidad de otorgar a otro individuo esa capacidad de ejercicio que le niega al primero. La persona a quien se confiere esta facultad aparece así, con una doble capacidad; por una parte, la suya propia, y por otra, una capacidad extraordinaria, anormal, para disponer de un patrimonio ajeno; es decir, para disponer del patrimonio del incapaz.

Esta situación es, naturalmente, excepcional y se requiere una disposición expresa para que se produzca. En estos casos el poder del representante emana de la ley, el representante actúa en virtud del poder que le confiere la ley. Así en la representación legal de protección, de que trata nuestro legislador en el Título XIX del Libro I del Código Civil, el art. 390 establece que "toca al tutor o curador representar o autorizar al pupilo en todos los actos judiciales o extrajudiciales que se conciernan, y puedan menoscabar sus derechos o imponerle obligaciones".

Ya el art. 43 había dicho que "son representantes legales de una persona el padre, la madre, el adoptante o el marido bajo cuya potestad vive y su tutor o curador".

Los tratadistas franceses refiriéndose a estos casos, son muy dados a hablar de mandatos legales, en contraposición o como una especie de mandato diferente del convencional (97).

Pero como sabemos el mandato es esencialmente un contrato que, como tal, requiere el consentimiento del mandante y del mandatario, mientras que el otorgamiento de poder es un acto jurídico unilateral (98). De manera que cualquiera otra figura jurídica, por semejante que sea con el mandato, en que falte el consentimiento de ambas partes,

(97) Véase: Baudry Lacantinerie. Ob. cit. Pág. 275; Stitckin. El mandato civil, Apuntes. El llamado mandato legal N.º 23.

(98) Stitckin. El mandato civil. Pág. 54. Revista de Derecho Universidad de Concepción N.º 39 y 40. Pág. 54.

no es ni puede calificarse de mandato. Así, el padre de familia no es mandatario legal de su hijo no emancipado, ni el marido lo es de su mujer en los bienes que siendo de ésta administra, ni el tutor ni el curador son mandatarios de sus pupilos.

La confusión en que incurren los tratadistas franceses se debe al error de considerar que la representación emana siempre del contrato de mandato y, entonces, dondequiera que ven una persona representando a otra, consideran que existe mandato, sea que emane esa representación de un contrato, sea que emane de la ley.

En nuestro derecho no cabe esta confusión ya que el legislador las reglamentó separadamente (99).

En el caso de los representantes legales, la facultad de representar emana de la ley y, directamente, de la situación jurídica que desempeñan —padre o madre de familia, marido tutor, etc.— independientemente de la voluntad de éstos y de la de las personas a quienes representan. Sus facultades de representación se determinan por la misma ley, cuyas disposiciones por reglamentar derechos de familia, son de orden público y no pueden ampliarse o restringirse por voluntad de las partes sino en los casos excepcionales en que la misma ley autoriza para ello.

La representación legal de estas personas dura, ordinariamente, el tiempo que se mantiene la situación jurídica que le ha dado origen; así cesa la representación legal del padre por la emancipación del hijo y la del marido, respecto de su mujer, por la disolución de la sociedad conyugal. La voluntad de las partes es insuficiente para determinar la duración de la representación legal y así no podría el pupilo revocar la del tutor, ni la mujer la del marido.

Son estos, como se ve, casos en que la representación que es una modalidad tiene su origen en la ley. Ella es su fuente.

(99) Véase: Stitchkin. Trabajo citado. Rev. D. U. de Concepción N.º 39 y 40. Pág. 56.

TEORÍA GENERAL DE LAS MODALIDADES

609

Hay finalmente representantes legales que se establecen por la ley como consecuencia de ciertas relaciones contractuales, como las sociedades; en el Código de Comercio, se otorga a los socios de una sociedad colectiva el poder de representarla, art. 387, etc.

Muchos otros casos existen en nuestra legislación de modalidades cuya fuente es la ley, de modalidades legales, pero creemos que dada la naturaleza de este trabajo, con los casos enunciados queda bien afianzado el papel de la ley como creadora de modalidades, como fuente de ellas.

PARRAFO UNDECIMO

La voluntad como fuente de las modalidades

32.—**Modalidades convencionales.**— Enunciados los casos en que las modalidades encuentran su fuente en la ley, podemos decir que constituyen una pequeña parte de las modalidades, pues éstas encuentran su fuente por excelencia en la voluntad, sea de las partes o del testador.

Es que la voluntad es soberana en el campo del derecho, teniendo una capacidad creadora de relaciones jurídicas de vasta aplicación, muchas de las cuales son constituidas por las modalidades que por principio son susceptibles de afectar toda clase de actos patrimoniales.

Las modalidades son elementos accidentales y dentro de la órbita de éstos, es la voluntad la que impera como generadora de ellos, a tal punto que si ella no cuida de establecerlas no existirían por sí.

Los elementos accidentales son obra de la voluntad de las partes que en virtud del principio de la autonomía de la voluntad puede establecerlas en el número y forma que más le plazca, siendo esta fuente tan fecunda en ellas como fecunda es la imaginación humana.

En el Código Civil encontramos numerosas disposiciones en que se dice expresamente que la voluntad es la

generadora de las diversas modalidades. Así el tantas veces citado art. 1511, dice que las fuentes de la modalidad solidaridad son la convención, el testamento o la ley, reconociendo la importancia que a ella le cabe en la creación de estos elementos. El art. 1448 del Código Civil dice que la representación emana de la voluntad del representado o de la ley. El art. 1497 al decirnos que "el deudor puede renunciar el plazo, a menos que el testador haya dispuesto o las partes estipulado lo contrario", reconoce implícitamente estas dos fuentes de esta modalidad. En la condición encontramos disposiciones que dejan de manifiesto que ella tiene su origen en la voluntad de las partes o del testador, siendo estas sus fuentes más fecundas.

Los tratadistas reconocen la importancia de esta fuente y se refieren a ella al tratar las diversas modalidades. Giorgi refiriéndose a las obligaciones facultativas, dice: "Una sola es pues, en estas obligaciones la cosa debida, y la otra prestación con que el deudor puede librarse, no está más que "in facultate solutionis". Además de los contratos, también los testamentos y la ley suelen dar ejemplos de semejantes obligaciones, las cuales requieren como requisito esencial que los contratantes, el testador o la ley hayan querido que sea una sola la cosa debida, aunque hayan concedido casi por gracia al deudor la facultad de pagar con otra distinta" (100).

Terminamos este párrafo diciendo con Ruggiero que "la voluntad puede asumir, por virtud de la autonomía que el ordenamiento le reconoce, especiales aptitudes, determinándose con modalidades que restrinjan los efectos normales del acto y hasta excluyan la existencia de éste.

La voluntad se limita a sí misma introduciendo en el tipo abstracto del negocio elementos nuevos que lo modifican más o menos profundamente, elementos que son accidentales respecto del tipo normal, es decir, cuando la voluntad es pura, pero que cuando se emplean se convierten

(100) Giorgi Ob. cit. T. IV. Pág. 458.

en esenciales en el negocio jurídico concreto imprimiéndole un carácter particular" (101).

Sabido es que en derecho privado puede hacerse todo lo que la ley no prohíbe, de manera que el campo de acción de la voluntad, en cuanto ella es fuente de modalidades, sólo se verá limitado en aquellos casos que el legislador establezca que tal o cual acto no es susceptible de modalidades, materia esta que trataremos especialmente en otro párrafo.

PARRAFO DUODECIMO

La sentencia judicial

87.—La sentencia judicial. ¿Puede ser fuente de modalidades?—En principio la sentencia judicial no es fuente de modalidades; esta es la regla general.

Dada la naturaleza de las sentencias judiciales que, como manifiesta Raymundo Salvat (102) "no son sino la aplicación del derecho a los hechos alegados y probados por las partes, que son meramente declarativas", no pueden ser fuente de estas modificaciones accidentales que afectan a los actos jurídicos.

La Corte de Apelaciones de Santiago en una interesante sentencia sienta esta doctrina refiriéndose a la solidaridad. Dice en efecto: "La sentencia judicial no es fuente de solidaridad. Citados a reconocer una deuda que no tiene el carácter de solidaria ni indivisible dos personas, en contra de las cuales se mandó tener por reconocida por no haber comparecido, es título ejecutivo contra cada cual en la cuota que le corresponda y si se demanda por el total a uno de ellos procede acoger la excepción de falta de requisitos para que el título tenga fuerza ejecutiva y absolverlo totalmente de la ejecución" (103).

(101) Ruggiero. Ob. cit. T. II. Pág. 217.

(102) Salvat. Ob. cit. Pág. 347.

(103) Rev. Der. y Jur. T. XXIX, P. 2.º Sec. I. Pág. 480 y sgtes.

Esta opinión es por lo demás muy lógica y ajustada a derechos pues sabemos que la solidaridad es una modalidad y como tal es de carácter excepcional constituyendo una modificación a las reglas de las obligaciones con pluralidad de sujetos y, en consecuencia, como modalidad debe interpretarse restrictivamente, no pudiendo los jueces aplicar las reglas que las rigen sino en los casos especialmente contemplados en la ley. Las sentencias judiciales sólo pueden concretarse a reconocer una solidaridad pre-existente o a declararla en los casos que la ley señala. Así, por ejemplo: el art. 787 del Código de Procedimiento Civil al hablar de recurso de casación, establece que "siempre que se declare inadmisibile o sin lugar el recurso de casacion, se condenará solidariamente en las costas al litigante que lo haya interpuesto y al abogado..." En este caso el juez no hace otra cosa que declarar una solidaridad legal, establecida de antemano por la ley para el caso de que reunan las circunstancias que ella establece.

El señor Raúl Varela comentando la sentencia que hemos insertado, dice que está mal fallado porque "si bien el derecho no podría ser ejercitado por el total de la deuda, la sentencia sólo pudo acoger la excepción en la parte en que la demanda ejecutiva excedía los derechos atribuidos al acreedor por el título que le servía de base y debía mandar, en consecuencia, que la ejecución siguiera adelante por la cuota o parte que le correspondía. Opina además que la sentencia que rechaza la calidad del título ejecutivo a uno que tenía este carácter —aun cuando no en total de lo solicitado— falla ultra petita" (104).

El señor Somarriva comentando este fallo dice: "En contra de lo opinado por Raúl Varela al comentar esta sentencia, estimamos que el asunto fué bien fallado por la Corte. Además de la razón que da la sentencia, cabe agregar que la solidaridad no se presume, sino que se requiere un texto expreso de la ley o de la convención. En consecuencia, si

se cita a dos personas a reconocer una deuda debe entenderse que son deudores conjuntos y no solidarios" (105).

Nosotros estimamos que es acertada esta sentencia principalmente en el sentido de considerar que ella no puede ser fuente de solidaridad, lo que se confirma con otra sentencia posterior en que se expresa que "La solidaridad no se presume y debe ser declarada expresamente en el testamento o la convención, si no se halla establecida en la ley; y por tanto, no puede deducirse de antecedentes procesales que no son convención, testamento, ni ley... (106).

En otras sentencias confirmando lo anteriormente sostenido por nosotros, la Corte Suprema resolvió que "si ambos cónyuges son condenados a dar alimentos a unos nietos y fallece la mujer, no puede perseguirse al marido por la totalidad de ellos, pues la obligación no es solidaria ni indivisible" (107).

La doctrina sentada en estas sentencias, es aplicable a todas las modalidades, pues la fuente de ellas es principal y fundamentalmente la voluntad, sea de las partes o del testador; también pueden tener por fuente la ley, pero no las sentencias judiciales.

En la legislación argentina encontramos un precepto que dice: "La solidaridad puede también ser constituida por testamento, por decisión judicial, que tenga fuerza de cosa juzgada, o puede resultar de la ley respecto de los deudores" (108).

Este artículo al referirse a las fuentes de la solidaridad incluye expresamente a las resoluciones judiciales. Savigny de quien ha sido tomada esta disposición según lo expresa Raymundo Salvat en su tratado de Derecho Civil argentino (109) la explica en la siguiente forma: "Cuando en un solo

(105) M. Somarriva U. Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia. Pág. 26.

(106) Rev. Der. y Jur. T. XXXIII. P. 2.a Sec. I. Pág. 193.

(107) Gaceta Año 1927. 2.o semestre N.º 9. Pág. 32 y Rev. Der. y Jur. T. XXV. P. 2.a. Sec. I. Pág. 264.

(108) Código Civil Argentino. Art. 700.

(109) R. Salvat. Ob. cit. Pág. 347.

y mismo juicio varios individuos son condenados a pagar una suma en común, las cosas pasan como en materia de contratos. En general, la obligación no recae sobre cada uno de ellos sino por su parte, sin que los otros sean garantes. Pero la sentencia puede también obligar a cada uno de ellos a responder de la insolvencia de los otros. Puede, en fin, ir más lejos aún, obligándolos solidariamente" (110).

La sentencia constituye entonces, según Savigny, una verdadera fuente de solidaridad, análoga a las demás fuentes derivadas de la voluntad humana.

Esta doctrina es reputada fundamentalmente errónea aún por los tratadistas argentinos. Así, Colmo (111) manifiesta: "Lo difícil está en la expresión "por decisión judicial" del art. 700, en cuya virtud parecería que los jueces pueden declarar solidaria una obligación que no la fuese realmente. Sería prodigioso. El juez debe resolver según "los hechos alegados y probados" por las partes y fundarse "en la ley". En otros términos, el juez declara el derecho, y no lo crea, pues se limita a decir que la relación jurídica era, al tiempo de la demanda, y no es, al tiempo de la sentencia de tal o cual naturaleza, según lo alegado y probado. Si, pues, —dice Colmo— la obligación no era solidaria al tiempo de la demanda, si el interesado no ha demostrado que cuando la contrajo se le imprimió tal carácter (por convención o por voluntad del testador, según cuadre), no se ve cómo el juez por su cuenta pueda declararla solidaria.

Esta misma doctrina la encontramos en todos los tratadistas de Derecho procesal que afirman que las sentencias judiciales son meramente declarativas y no constitutivas del Derecho (112).

(110) Savigny. *Le droit des oblig.* Pág. 129. Párrafo 17.

(111) A. Colmo. *Ob. cit.* Pág. 347.

(112) Véase Manresa y Reus. *Comentario a la ley de Enj. civil.* T. I. Pág. 198 y 205; Chiovenda. *Principii di diritto procesuale civile.* Pág. 135 y 79. Windsscheid. *"Diritto delle Pandette"*. Traduc. italiana de Falden y Bensa 1902-27. T. II. Pág. 297. Nota 5.

Esta disposición se explica en Savigny ya que se refiere a una judicatura, como la romana, esencialmente pretoriana o creadora de derechos.

No puede caber duda alguna en cuanto al papel de la sentencia judicial; ella no puede ser fuente de solidaridad y en general de modalidades, y ésto se ha resuelto así aún en el Derecho argentino en que hay una disposición expresa que ha aceptado como fuente de ellas a la sentencia judicial.

De manera que cuando una resolución o sentencia contiene condenación solidaria contra varias personas, no es porque ella cree la solidaridad, sino porque esta resulta, sea de la voluntad de las partes (contrato o testamento) sea de la ley, que son las dos grandes fuentes de las modalidades. Las únicas fuentes reales de las modalidades son pues, la voluntad y la ley; las resoluciones o sentencias judiciales no hacen sino declarar las modalidades, cuando ellas resultan de alguna de esas dos fuentes.

Confirma ampliamente lo que venimos sosteniendo el art. 1494 de nuestro Código Civil que dice: "No podrá el juez, sino en casos especiales que las leyes designen, señalar plazo para el cumplimiento de una obligación: sólo podrá interpretar el concebido en términos vagos u oscuros, sobre cuya inteligencia y aplicación discuerden las partes (113).

Aparentes excepciones a esta regla general que hemos formulado parecen encontrarse en lo que los tratadistas llaman "representación judicial". Decimos "aparente" porque no obstante, que el representante es nombrado por el juez, como acontece con los depositarios o secuestrados para recibir el pago, aquel procede en virtud de una ley que lo autoriza para hacer este nombramiento.

(113) Véase: Gaceta de los T. Año 1917. Sent. 315. Pág. 1019.

PARRAFO DECIMOTERCERO

Actos susceptibles de modalidades.

34.—Principio.—¿Todos los actos y contratos y los derechos y obligaciones que nacen de ellos son susceptibles de sujetarse a modalidades? El principio general en esta materia es que todos ellos pueden ser afectados por las modalidades, ya que en derecho privado puede hacerse todo lo que la ley no prohíbe.

Pero este principio tan general podemos desglosarlo y decir que es necesario distinguir según que los derechos y obligaciones emanen de un acto de familia o de uno patrimonial.

Si emanan de un acto patrimonial, rige el principio general ya enunciado, con toda su fuerza porque aquí prevalece ampliamente, el principio de la libertad contractual (114). Si por el contrario, emanan de un acto de familia, el principio que impera es el contrario, esto es, que no pueden, salvo excepciones, ser afectados por modalidades.

Los tratadistas reconocen esta diferencia unánimemente. Dalloz por ejemplo, manifiesta que "en principio, todos los contratos pueden ser modificados o alterados por la agregación de una condición; la voluntad de las partes puede con toda libertad subordinar la existencia o la resolución de un derecho a la llegada de un evento futuro e incierto". Y más adelante dice: "Esto es así cuando la modalidad afecta a actos que persiguen un interés pecuniario; pues ciertos actos que tienen un interés de otro orden repugnan al contrario la aposición de una condición o de un término cualquiera. Son los actos que interesan al estado de las personas" (115).

Baudry Lacantinerie y Barde sostienen que "todos los actos relativos a intereses pecuniarios son susceptibles de ser afectados por las modalidades. Pero hay otros actos

(114) Véase: Gaceta de los T. Año 1916. Sent. 196. Pág. 611.

(115) Dalloz. Nouveau Code Civil... T. III. Pág. 2.

constitutivos del estado civil de las personas que por consiguiente no pueden ser objeto de modalidades..." (116).

Entre nosotros el señor Manuel Somarriva se refiere a esta materia y dice que los actos de familia no pueden ser sometidos a modalidades (117).

La razón de esta diferencia estriba en el papel que juega la ley en estas dos clases de actos. Mientras que en los de naturaleza patrimonial, tiene un carácter meramente supletorio de la voluntad de las partes, en los de familia el legislador fija en forma imperativa sus efectos. La voluntad de los particulares se limita a la celebración del acto o contrato, pero no puede determinar los efectos jurídicos del mismo.

En los primeros, la voluntad de las partes determina los efectos del acto y, por consiguiente, puede alterarlos libremente introduciendo modalidades, salvo que la ley prohíba expresamente su estipulación.

En los segundos, como decíamos, la voluntad de las partes sólo es libre en cuanto a ejecutar o no el acto; una vez celebrado, el legislador fija los efectos, sin que los particulares puedan modificarlos y por consiguiente, sin que puedan someterlos a modalidades.

Estos principios están confirmados, en diversas disposiciones del Código. Tocante a los actos patrimoniales, expresa reiteradamente el legislador que admiten modalidades. Así el art. 680 dice: "La tradición puede transferir el dominio bajo condición suspensiva o resolutoria..."; el art. 738 inciso segundo dice: "A esta condición de existencia pueden agregarse otras copulativa o disyuntivamente"; el art. 1807 manifiesta: "La venta puede ser pura y simple, o bajo condición suspensiva o resolutoria. Puede hacerse a plazo para la entrega de la cosa o del precio. Puede tener por objeto dos o más cosas alternativas...". Y por último, el art. 2413 expresa: "La hipoteca podrá otorgarse bajo cualquiera condición, y desde o hasta cierto día".

(116) Baudry Lacantinerie et Barde. Ob. cit. T. 2. Oblig. Pág. 2.

(117) M. Somarriva U. La filiación. 1931. Pág. 145.

En los actos de familia, el legislador debe, dado el principio que en ellos impera, decir expresamente cuándo un acto es susceptible de modalidades. Así el art. 365 del Código Civil dice: "Las tutelas y curadurías testamentarias admiten condición suspensiva y resolutoria, y señalamiento de día cierto en que principien o expiren".

Encontramos también en el derecho de familia casos en que el legislador contempla la estipulación de una modalidad, y entonces determina sus efectos sin atender a lo que el estipulante haya querido realmente. Esto que decimos aparece de manifiesto en el art. 166 del Código Civil que dice: "Si a la mujer casada se hiciera una donación, o se dejare una herencia o legado, con la condición precisa de que en las cosas donadas, heredadas o legadas no tenga la administración el marido, y si dicha donación, herencia o legado fuere aceptado por la mujer... se observarán las reglas siguientes...". Aquí se puede estipular esta modalidad, ella incide indirectamente en el derecho de familia y su estipulación determina que se apliquen otras reglas.

Otros casos en que tratándose de actos de familia tienen aplicación las modalidades encontramos en el art. 240 inciso 6.º que expresa: "La patria potestad de la madre se entenderá sin perjuicio del derecho del padre para nombrar por testamento una persona con quien aquélla haya de consultarse en su ejercicio..." Aquí se trata de un modo que la ley autoriza expresamente, modo que produce efectos especiales propios de la naturaleza de los derechos extrapatrimoniales. También en el art. 247 inciso segundo, se contempla la posibilidad de estipular una condición.

Por último, y para terminar con este párrafo, diremos que en el derecho de familia tiene cabida otra modalidad, es la representación.

Así tratándose del matrimonio, si bien nuestro Código y la Ley de matrimonio civil de 10 de Enero de 1884, nada dijeron en cuanto a la posibilidad de celebrarse por representante, la Ley N.º 4808 sobre Registro Civil de 10 de Febrero de 1930 en su art. 15 parte final contempla esta situación al decir "en el caso del matrimonio se reque-

rirá un poder especial constituido por escritura pública, en el cual se exprese..." Ya había dicho antes que "los interesados en una inscripción podrán hacerse representar por medio de mandatarios"..

Esta excepción obedece a un principio general que informa la representación; ella es posible en todos los actos de la vida civil, salvo en los casos en que la ley expresamente dice que no procede, como por ejemplo, en el testamento. (Art. 1004 del Código Civil).

En otras legislaciones también se acepta el matrimonio por medio de representantes. Tal acontece en España y Brasil. Alemania, en cambio, lo rechaza en forma terminante (118).

PARRAFO DECIMOCUARTO

Actos no susceptibles de modalidades

35.—**Actos patrimoniales.**—Estos actos por regla general, son susceptibles de modalidades. Contadas son las excepciones en que un derecho o una obligación emanada de un acto o contrato de esta índole, no puede ser modificado por ellas.

El art. 768 del Código Civil manifiesta: "Se prohíbe constituir usufructo alguno bajo condición o a un plazo cualquiera que suspenda su ejercicio. Si de hecho se constituye no tendrá valor alguno". Y el art. 769 dice: "Se prohíbe constituir dos o más usufructos sucesivos o alternativos..."

Otro caso es el contemplado en el art. 1192 que dice: "La legítima rigurosa no es susceptible de condición, plazo, modo o gravamen alguno", precepto que sufre una única excepción en virtud de lo dispuesto en el art. 1.º letra h) de la ley N.º 4827, publicada en el Diario Oficial de 17 de Febrero de 1930, que autoriza a los Bancos comerciales e

hipotecarios para desempeñar comisiones de confianza. En su virtud, la legítima rigorosa podrá sujetarse a la condición de ser administrada por un Banco durante la incapacidad del legitimario.

Esta excepción es considerada en casi todas las legislaciones. Así el Código Civil peruano en su art. 705 manifiesta: "Sobre las legítimas no podrá el testador imponer gravamen, modalidad ni substitución de ninguna especie" (119).

El art. 1227 del Código Civil contempla otro caso: "No se puede aceptar o repudiar condicionalmente, ni hasta o desde cierto día", disposición que se encuentra en el título "De la apertura de la sucesión, y de su aceptación, repudiación e inventario". Esta excepción es contemplada por los diversos tratadistas (120).

Como la anterior se encuentra consagrada también en otras legislaciones (121).

Referente a la capacidad, ella no puede ser materia de alteración alguna por las partes, de manera, que no puede ser afectada por las modalidades. En efecto, la capacidad de las personas en el Código Civil es un precepto de orden público, que quede fuera del comercio humano. Las partes, como dice Alessandri (122), no podrían estipular válidamente sobre ella.

Según el señor Somarriva, "las capitulaciones matrimoniales no admiten modalidades, característica ésta que se desprende del art. 1722 que dice: "Las capitulaciones matrimoniales no se entenderán irrevocablemente otorgadas, sino desde el día de la celebración del matrimonio; ni, celebrado, podrán alterarse, aún con el consentimiento de todas las personas que intervinieron en ellas". Así, pues, las capi-

(119) Véase en igual sentido: Art. 3632 del Código Civil Argentino.

(120) Véase: Dalloz. Ob. cit. T. III. Pág. 3; Baudry Lacantinierie et Barde. Ob. cit. T. 2. Oblig. Pág. 11 y 12.

(121) Véase: Art. 673 Código peruano; art. 3351 Código argentino.

(122) A. Alessandri R. Teoría General de los Contratos. T. IV de Vodanovic. Pág. 231.

tulaciones matrimoniales no son susceptibles de plazo, condición o modo alguno. Ellas empiezan a regir desde que se celebra el matrimonio y actúan indefinidamente hasta su término" (123).

El art. 1722 ha sido modificado por la ley N.º 7612 publicada en el Diario Oficial de 21 de Octubre de 1943. Su texto actual que substituyó al anterior, dice así: "Las escrituras que alteren o adicionen las capitulaciones matrimoniales, otorgadas antes del matrimonio, no valdrán si no cumplen con las solemnidades prescritas en este título para las capitulaciones mismas".

Consideramos que no obstante la reforma, ellas no son susceptibles de modalidades puesto que el principio del antiguo art. 1722 en que esta aseveración se funda, se encuentra incorporado en el actual art. 1716 inciso segundo.

Por último, en el contrato de mandato encontramos otra interesante excepción, pues en él, a pesar de tratarse de un contrato bilateral, repudia la condición resolutoria del art. 1489. Recalcamos que esta limitación es sólo con respecto a la condición resolutoria tácita del art. 1489, pues nada se opone para que se estipulen otras modalidades (124).

36.—**Actos de familia.**—La regla, como lo hemos manifestado, es que en principio los actos de familia o más bien los derechos y obligaciones emanados de actos que tienen este carácter, no son susceptibles de modalidades.

Hay diversas disposiciones del Código Civil que corroboran lo que estamos sosteniendo. Así el art. 102 dice: "El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente".

(123) M. Somarriva U. Derecho de Familia. Pág. 186.

(124) Véase en este sentido: David Stutchkin. El mandato civil. Trabajo publicado en la Rev. de D. de la U. de C. N.º 39 y 40. Págs. 16 y sgtes.

La expresión actual nos revela que el matrimonio, en cuanto a su principio, no puede someterse a modalidad alguna. Sería imposible —dice el señor Somarriva— que dos personas contrajeran matrimonio hoy y estipularan que éste va a producir efectos dentro de un año, o cuando el novio reciba su título de abogado, por ejemplo (125). Todo esto porque se unen actualmente, esto es, en el mismo momento de celebrarse el matrimonio.

El matrimonio, como acto de familia que es, no admite modalidades en los efectos porque éstos se hallan fijados imperativamente por el legislador. Y aquí constatamos otra diferencia con los actos patrimoniales, en los cuales las modalidades son perfectamente lícitas, agrega el señor Somarriva (126).

En seguida, con la expresión **indisoluble** el legislador nos dice que no acepta la disolución del vínculo matrimonial y que repudia cualquiera modalidad que haga expirar el contrato de matrimonio en otra forma que la fijada por él.

Colin y Capitant se refieren incidentalmente a este punto y analizando el carácter de contrato del matrimonio y su negación, manifiestan: "Sin embargo, se ha negado la noción tradicional del matrimonio contrato, afirmando que el matrimonio constituye "un estado reglamentado por la ley". Si se quiere decir con esto, que el matrimonio no es un contrato como los demás, que la voluntad autónoma de las partes no puede regular libremente sus efectos, ni decidir la disolución, o **introducir en él modalidades**, como puede hacerlo en los contratos referentes al patrimonio, no tenemos inconvenientes en subscribir estas afirmaciones de evidencia absoluta" (127).

Reconocen ampliamente que el matrimonio como acto extrapatrimonial no puede ser afectado por modalidades introducidas por las partes.

(125) M. Somarriva U. Derecho de Familia. Pág. 22.

(126) M. Somarriva U. Ob. cit. Pág. 22.

(127) Colin y Capitant. Ob. cit. T. I. Pág. 268. Ed. 1941.

Como ya hemos visto, no obstante, la rigidez de estos principios hay una interesante excepción en materia de representación, pues esta modalidad tiene cabida en la celebración de este contrato.

Además en el art. 9.º de la actual ley de adopción, N.º 7613, publicada en el Diario Oficial de 21 de Octubre de 1943 se establece que: "La adopción no podrá sujetarse a condición, plazo, modo o gravamen alguno. Toda disposición en contrario se tendrá por no escrita". Igual concepto encontramos en otras legislaciones (128).

Esta regla contenida expresamente en estas disposiciones, se aplica a todo acto de familia, aunque el legislador no lo diga. Así, por ejemplo, no son susceptibles de modalidades, el reconocimiento de un hijo natural, la legitimación, la emancipación, etc.

Respecto del reconocimiento de hijo natural el señor Somarriva confirmando esta aseveración manifiesta que "el reconocimiento no admite modalidades" (129). Y agrega, que de acuerdo con lo dicho, el reconocimiento no puede ser condicional tanto en cuanto a su nacimiento como en su extinción. Tampoco podría sujetarse a un plazo para que produjera o cesara su efecto. Igualmente al otorgarse no podrían limitarse o ampliarse los derechos que corresponden a los padres o al hijo.

Baudry Lacantinerie y Barde, consagran estos principios diciendo que "los actos constitutivos del estado civil de las personas como el matrimonio, el reconocimiento de un hijo natural, la legitimación, la adopción, la emancipación, etc. no admiten modalidades" (130).

Muchos Códigos consagran expresamente estos principios (131).

(128) Código Civil peruano. Art. 328 dice: La adopción no pueda hacerse bajo modalidad alguna.

(129) M. Somarriva U. La Filiación. Pág. 145.

(130) Baudry Lacantinerie et Barde. Ob. cit. T. 2. Oblig. Pág. 11.

(131) Véase: Código Argentino, art. 332; Brasilero, art. 361; Uruguayo, art. 239; Peruano, art. 359; etc.

37.—¿Qué suerte corre la modalidad si se estipula en un acto de familia, en que no está expresamente permitida?

—Supongamos que se efectúe un reconocimiento de hijo natural bajo condición. ¿Qué suerte correrá la modalidad? Sabemos desde luego que el legislador en ninguna parte dijo en forma expresa que el reconocimiento no puede hacerse bajo condición. Pero con lo que hemos manifestado anteriormente sobre los actos de familia, y su naturaleza, estamos en condiciones de decir que las partes no podrían estipular esta modalidad pues estos actos las repugnan, y creemos que el acto sería válido y la condición se miraría como no escrita ya que las partes no pueden derogar las leyes de Derecho de familia y hay objeto ilícito en todos los hechos contrarios a ellas (132).

Para otros, estaríamos en presencia de una condición legalmente imposible, de modo que el reconocimiento subsistiría como puro y simple (133).

PARRAFO DECIMOQUINTO

Presunciones de modalidades

38.—Casos en que se presumen las modalidades.—Como manifestamos al estudiar los "caracteres comunes a las modalidades, la regla general es que los actos sean puros y simples; en otros términos las modalidades deben ser expresamente agregadas por las partes, no se presumen.

Así lo han declarado nuestros Tribunales al resolver que "la condición es una modalidad que constituye una excepción al derecho común, que la ley no presume sino en casos muy calificados..." (134).

(132) Véase: E. Velasco. El objeto ante la J. Pág. 36.

(133) Véase: M. Somarriva U. La filiación. Pág. 146.

(134) Rev. D. y J. T. XXVIII. Sec. II. Pág. 49; Véase además: T. XXXIII. Sec. I. Pág. 193; Gaceta. Año 1916. T. II. Sent. 75; Pág. 219.

Sin embargo el legislador contempla casos en que las modalidades se presumen. Ya hemos tenido ocasión de referirnos a algunos de ellos al tratar "las modalidades y los elementos de la naturaleza".

De manera que excepcionalmente las modalidades se presumen en algunos casos (135). Tales son: el caso contemplado en el inciso segundo del art. 719 del Código Civil que dice: "Si se ha empezado a poseer a nombre ajeno, se presume igualmente la continuación del mismo orden de cosas". Estamos frente a una presunción de representación. Otro ejemplo es el contemplado en el art. 738 del Código Civil que expresa: "El fideicomiso supone siempre la condición expresa o tácita de existir el fideicomisario, o su sustituto, a la época de la restitución". Caso en que si las partes no estipulan la modalidad, la presume la ley.

El art. 770 inc. 2.º del Código Civil, nos proporciona otro caso en que se presume una modalidad. Dice: "Cuando en la constitución del usufructo no se fija tiempo alguno para su duración, se entenderá constituido por toda la vida del usufructuario".

El art. 1489 que contempla la condición resolutoria, tácita en los contratos bilaterales (136).

En la novación, en el art. 1635 encontramos un caso en que se presume la modalidad solidaridad. Dice la citada disposición: "La substitución de un nuevo deudor a otro no produce novación, si el acreedor no expresa su voluntad de dar por libre al primitivo deudor. A falta de esta expresión, se entenderá que el tercero es solamente diputado por el deudor para hacer el pago, o que dicho tercero se obliga con él solidariamente... según parezca deducirse del tenor o espíritu del acto".

Por último diremos que en el Código de Comercio, hay numerosos casos en que se presume una modalidad. Por vía

(135) Véase: Rev. Der. y J. T. XXIX. P. 2.ª Sec. I. Pág. 196.

(136) Véase: Gaceta de los T. Año 1916. Sent. 145. Pág. 457; Año 1917. Sent. 167. Pág. 471. Cons. 3.º Año 1919. Sent. 1241. Pág. 784.

de ejemplo: el art. 77, en que se presume la representación; el art. 105, inciso segundo que presume una condición; los arts. 131, 134, 346, 1194, etc.

PARRAFO DECIMO SEXTO

Efectos de las modalidades

39.—**Efectos de las modalidades nominadas.**—Para estudiar el efecto de las modalidades es necesario distinguir entre modalidades nominadas e innominadas.

Tratándose de las primeras, que son las nombradas y reglamentadas en la ley, producen el efecto que las partes quieren que produzcan. Sus efectos dependen de las partes que las estipulan para alterar las consecuencias normales del acto o bien retardar los efectos de éste, hacerlos cesar en una época cierta o incierta o hacerlo producir otros efectos que los que normalmente produce.

El objeto que se persigue con ellas es alterar o modificar los efectos normales o la manera de ser común de un acto. Lógico es, entonces, que las partes libremente le atribuyan a estas modalidades, los efectos que deseen. En esto están de acuerdo los tratadistas (137).

Pero puede suceder que la ley en forma imperativa le atribuya a estas modalidades nominadas, efectos propios para casos determinados y en tal caso sus efectos serán los que la ley establezca, ya que si lo hace en forma imperativa, debe ser acatado por las partes sin que puedan cambiarlos por otros que a ellas les convengan. Tal ocurre, por ejemplo, cuando se hace al hijo una donación o se le deja una herencia o legado bajo condición de obtener la emancipación.

En este caso no pueden producirse los efectos queridos por la persona que hace la donación o deja la herencia o legado, pues la emancipación se produce por las causas ex-

(137) Véase: A. Alessandri R. Oblig. Pág. 137. Ch. Beudant, Ob. cit. T. IX. Pág. 312 y 506; R. Popesco R. Ob. cit. Pág. 217 y 218; H. Capitant. Ob. cit. Pág. 275.

TEORIA GENERAL DE LAS MODALIDADES

627

presamente determinadas en la ley y no por otras. De manera que la voluntad de una persona al establecer la condición no puede crear una nueva causa de emancipación.

El legislador fija entonces los efectos de esta modalidad y son éstos y no otros los que producirá. No se atiende a lo que la parte quería sino a lo que la ley establece. Así en el ejemplo propuesto "no tendrá el padre, o en su defecto la madre, el usufructo de estos bienes, y se entenderá cumplir así la condición", art. 268 Código Civil.

Como en el Capítulo II titulado "De las modalidades", analizamos los efectos propios de las principales modalidades nominadas, nos remitimos a lo allí manifestado y omitimos referirnos nuevamente a ello.

40.—**Efectos de las modalidades innominadas.**—Tratándose de las modalidades innominadas, que son aquellas que no han sido reglamentadas en la ley, son obra exclusiva de la voluntad de las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad. Ellas, por consiguiente, son soberanas para determinar sus efectos dentro de los límites permitidos por el derecho, y no podría darse el caso en que la ley interviniera para reglamentar estos efectos ya que la ley es ajena a ellas puesto que no las ha contemplado expresamente.

41.—**Efectos de las modalidades en los actos jurídicos y en las obligaciones.**—Estos principios que hemos señalado, reciben amplia aplicación tanto con respecto de las modalidades que afectan a los actos jurídicos como respecto de las que afectan a las obligaciones y al derecho correlativo.

42.—**Limitación a la libertad de las partes para determinar los efectos de las modalidades.**—Pero no obstante ser soberanas las partes para estipular las modalidades como mejor les convenga, ellas deben respetar siempre los elementos esenciales del acto o contrato o de la obligación. Las partes no pueden alterar los elementos esenciales del acto o de la obligación porque están fuera del alcance de la voluntad.

Tampoco pueden prevalerse las partes de las modalidades, para obtener fines contrarios a la ley, ni para burlarla. Habría objeto ilícito en la estipulación según el art. 1466.

Así, las partes no podrían afectar con la modalidad el vínculo jurídico pues él es de la esencia de la obligación. Por eso el legislador sabiamente dispuso en el art. 1478 del Código Civil que: "Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga". En este caso no hay, propiamente hablando, vínculo jurídico, puesto que éste liga la persona del deudor a la del acreedor y le impide desligarse arbitrariamente y ¿quién puede decirnos en esta hipótesis que hay obligación? (138).

PARRAFO DECIMO SEPTIMO

Interpretación y prueba de las modalidades

43.—**Intrepretación de las modalidades.—Principio.**—Para interpretar las modalidades y determinar las reglas que les son aplicables es necesario distinguir si tienen su origen, su fuente, en la ley o en la voluntad de las partes o del testador; esto es, si la modalidad es legal o convencional, pues distintas son las reglas de interpretación que se aplican en uno y otro caso.

44.—**Modalidades convencionales.**—Si la modalidad tiene su origen en un acto o en una convención puede suceder, y ocurre a menudo, que las manifestaciones de la voluntad por las cuales se pretende poner de manifiesto los deseos de los contratantes y los fines que se proponen alcanzar mediante la modalidad a crearse, no sean lo suficientemente aptas para dar a conocer con claridad y precisión el contenido de la voluntad que pretenden manifestar, en otras palabras, que

(138) En este sentido véase: Gaceta de los T. Año 1930. T. I. Sent. 98. Pág. 390. Cons. 11.

TEORÍA GENERAL DE LAS MODALIDADES

629

exista una diferencia entre la voluntad y la manifestación de ella. A salvar la dificultad, y determinar el sentido exacto y correcto de la cláusula contractual en que se contiene la modalidad, viene el auxilio de la interpretación, la que investigando la voluntad intencional de las partes conduce a la verdadera solución.

45.—Reglas generales de interpretación de las modalidades convencionales.— Para interpretar las modalidades convencionales se aplican las reglas de interpretación de los contratos, reglas estas que se aplican en la interpretación de todos los actos jurídicos y por consiguiente en la de las modalidades que son elementos accidentales de ellos (139).

Estas reglas están contenidas en el libro IV, título XIII, art. 1560 al 1566 inclusive del Código Civil.

El art. 1560 contiene la norma fundamental de la interpretación de los contratos. Dice esta disposición: "Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras".

Igual concepto encontramos en el art. 1069 del Código Civil, que al referirse a la interpretación del testamento, que como sabemos es un acto jurídico unilateral, establece: "Sobre las reglas dadas en este título acerca de la inteligencia y efecto de las disposiciones testamentarias, prevalecerá la voluntad del testador claramente manifestada, con tal que no se oponga a los requisitos o prohibiciones legales.

Para conocer la voluntad del testador se estará más a la substancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido".

Las reglas que se contienen en los arts. 1561 al 1566 del Código Civil, podemos agruparlas en tres categorías, a saber: 1.º Normas abstractas u obtenidas mediante deducciones de lógica; 2.º Normas concretas u obtenidas mediante la consideración de los hechos; y 3.º Normas subsidiarias de interpretación.

(139) Véase A. Llanos M. Ob. cit. Pág. 68.

En el primer grupo se reúnen las que son fruto de un razonamiento, de una abstracción y son: aplicación restringida de la letra de la estipulación o art. 1561; natural amplitud del texto contractual o art. 1565; utilidad de las cláusulas o art. 1562; naturaleza del contrato o art. 1563 inciso primero; y armonía de las cláusulas o art. 1564 inciso primero.

En el segundo grupo se contienen las normas que son el producto de la consideración de situaciones de hecho, a saber: otros contratos entre las partes o art. 1564 inciso segundo; aplicación práctica de las estipulaciones por las partes o art. 1564 inciso tercero; y el uso o la costumbre o art. 1563 inciso segundo.

En el tercer y último grupo están contempladas las dos normas del art. 1566 (140).

Estas reglas de interpretación las da el legislador y ellas serán aplicadas cada vez que una estipulación de las partes lo requiera. Son estas reglas generales que se dan para la interpretación de los contratos las que se aplican a las modalidades por ser ellas elementos de éstos.

46.—Reglas especiales.—Pero hay numerosos casos en que el legislador dió reglas especiales para determinadas modalidades. En este caso las reglas especiales priman sobre las generales a virtud del principio contenido en el art. 13 del Código Civil que dice: "Las disposiciones de una ley, relativas a cosas o negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición".

Casos en que el legislador dió reglas especiales en nuestro Código Civil, para interpretar cierta y determinada modalidad, encontramos en los arts. 1483 y 1484. Aquí se dan reglas especiales para interpretar la forma de cumplir las condiciones. (141).

(140) Véase la interesante Memoria La interpretación de los contratos ante la doctrina y la jurisprudencia. H. Brain Rioja. Concepción 1941.

(141) Véase Gaceta año 1867. Sent. 960. Pág. 398; 1877, s. 13:4. P. 669.

TEORIA GENERAL DE LAS MODALIDADES

631

Además los arts. 248, 268, 2201, etc. contemplan otros casos de reglas especiales de interpretación de modalidades.

En todos ellos se aplicarán estas normas con preferencia a las reglas generales de interpretación de los contratos.

47.—Modalidades legales.—Tratándose de modalidades legales, no se aplican las reglas contempladas en los arts. 1560 al 1566 inclusive, sino las reglas de interpretación de la ley, que contempla nuestro legislador en el libro I, párrafo IV, arts. 19 al 24 inclusive, del Código Civil.

Estas reglas se parecen a las anteriores, en que ambas tratan de indagar la intención de sus autores. Pero, al paso que para conocer esa intención en la ley se atiende principalmente al elemento gramatical, en los actos jurídicos se atiende más a la substancia de la disposición que a lo literal de las palabras (142).

48.—Necesidad de las reglas de interpretación.—La interpretación como toda institución jurídica precisa de normas que la organicen y determinen su constitución, finalidad y elementos. A ello obedece el establecimiento de las llamadas reglas legales de interpretación contenidas, si bien con diferencias, tanto en las legislaciones clásicas, como en las modernas.

Efectivamente, mientras el sistema moderno se limita a establecer una sola norma de carácter fundamental (143), el clásico a más de hacer lo propio, se extiende en la consideración de reglas relativas a los medios de que puede servirse el intérprete para desarrollar su misión interpretativa (144).

Respecto de la necesidad del establecimiento de estas reglas en las legislaciones, las opiniones están divididas, y

(142) Véase: H. Brain. Ob. cit. Pág. 16 y sgtes.

(143) Véase: art. 85 del C. brasileiro; 157 del Alemán; 18 del Suizo; 107 y 108 del Polaco y 98 del Chino.

(144) Véase: Arts. 1156 a 1164 del C. Francés; 1131 a 1139 del Italiano; 684 y 685 del Portugués; 1281 a 1289 del Español; 1291 a 1293 del Uruguayo; 1851 a 1857 del Mejicano, etc.

mientras unos estiman imprescindible su colocación dentro de los preceptos legales, otros lo consideran superfluo (145).

49.—La interpretación es una cuestión de hecho.—En realidad, dada la naturaleza jurídica del proceso investigativo, que tiene por objeto aclarar el significado y precisar el alcance del contrato, para lo cual debe obtener el conocimiento de la intención de las partes, la interpretación es una cuestión de hecho. En efecto, la intención de las partes se encuentra contenida en el aspecto de hecho, porque ella es la manifestación de la voluntad; luego debe concluirse que la interpretación del contrato desarrolla su actividad, destinada a indagar la intención de las partes, en el campo del hecho contractual.

Siendo todo lo relacionado con la interpretación de los contratos una cuestión de hecho, escapa por consiguiente al control de la Corte Suprema. Este Tribunal ha declarado que "la decisión de los jueces de fondo al fijar la intención de los contratantes podrá ser errónea, su criterio para juzgar al respecto podrá haber sido equivocado y, en suma, la resolución final de ellos podrá constituir una mala sentencia; pero en ningún caso podrá dar motivo a una casación por infracción a la ley" (146).

Pero como dice el señor Somarriva (147) comentando este fallo, "en esta interpretación tan liberal los jueces de fondo tienen sus limitaciones, porque al hacerlo deben sujetarse a las reglas de interpretación del Título XIII del libro IV del Código Civil y si violan esas disposiciones la Corte Suprema podría enmendar el fallo, porque entonces habría infracción de ley" (148).

(145) Véase: L. Barandarián. Comentario C. C. peruano. Rev. D. y C. P. Lima Año VII, N.º I. 187 y sgtes.

(146) Rev. de D. y J. T. XXVII. P. 2.ª Secc. I. Pág. 721.

(147) M. Somarriva U. Las oblig. y los contratos ante la J. Pág. 152.

(148) Sobre la procedencia del recurso de casación por infracción de las reglas de interpretación, véase: Brain. Ob. cit. Pág. 46; Ramírez de la F. Ob. cit. Pág. 99 y 100.

TEORIA GENERAL DE LAS MODALIDADES

633

50.—Prueba de las modalidades.—Las modalidades son elementos accidentales que afectan el acto o la obligación introduciendo en ellos una forma especial de ser. El acto que es afectado por una modalidad reviste una manera de ser excepcional, de manera que el que alegue la existencia de la modalidad deberá probarla.

Esta aseveración encuentra su consagración legal en el art. 1698 del Código Civil, que sienta la regla general en cuanto al peso o fardo de la prueba. Dice esta disposición: "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta".

El principio, cuyas consecuencias pone de manifiesto el art. 1698, es que la necesidad de probar se impone a aquel que alega un hecho contrario al estado normal o habitual de las cosas. Esta solución que la ley da es la natural y lógica.

Cuando una persona que se dice, por ejemplo, acreedora solidaria de otras, exige el cumplimiento del total de la obligación a una de ellas, cuya existencia ésta niega, debe presumirse que continúa existiendo el estado de cosas que la ley considera ordinario, regular, en el caso propuesto, que la obligación es simplemente conjunta, mientras que el que pretende la solidaridad no haya probado que ella existe.

El estado normal y habitual de los actos y de las obligaciones es el de puros y simples, como lo hemos demostrado en el Capítulo de introducción, pues las modalidades no nacen sino de la autonomía que la ley civil deja a la libre manifestación de la libertad contractual. Por eso el que alega la existencia de una modalidad debe probarla (149).

(149) Véase: Gaceta de los T. Año 1859. Sent. 923. Año 1860. Sent. 2071, y Año 1879. Sent. 1805. Pág. 1268.