

# REVISTA DE DERECHO

AÑO XIV OCTUBRE - DICIEMBRE DE 1946 N.º 58

ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA - CONCEPCION

---

**RENE LAZO FERNANDEZ**

## **TEORIA GENERAL DE LAS MODALIDADES (\*)**

### **PARRAFO PRIMERO**

#### **Antecedentes de las modalidades**

1.—**Antecedentes y evolución.**—Las modalidades son elementos accidentales de los actos jurídicos y como tales encuentran su fuente más fecunda en la voluntad de las partes; son ellas las que libremente las establecen. Por este motivo, intimamente ligada a la influencia y a la fuerza que a través del tiempo ha tenido la voluntad, está la aplicación de las modalidades.

Para determinar la época en que las modalidades empiezan a tener una aplicación frecuente, es necesario ver el desarrollo del valor de la voluntad en las legislaciones.

El derecho romano primitivo refleja una mentalidad materialista que imprime a las relaciones jurídicas un carácter riguroso y formalista. "La voluntad por si sola, es una cosa demasiado abstracta, que expone a incertidumbres. Ella no puede producir efectos sino cuando se concreta en hechos materiales sensibles. Así, se exige que sea manifestada por figuras sensibles, sorprendentes, determinadas, o por lo menos que sea acompañada por actos materiales que caigan bajo los sentidos" (1).

Basta pasar revista a los contratos del derecho romano para darse cuenta que la voluntad no puede tener en ellos

---

(\*) De la Memoria de Prueba: "Ensayo de una teoría general de las modalidades en los actos jurídicos".

(1) E. Gaudement. *Théorie des obligations*. Pág. 27. José Bernal. *Teoría general de los contratos en el D. Romano*. Memoria. Págs. 63 y 64.

una intervención y una fuerza creadora capaz de imponer las modalidades del derecho actual; el contrato tiene fuerza porque se celebra cumpliendo con las formalidades, llenando todos los requisitos del molde clásico.

A medida que avanza el tiempo, desaparece en parte el formulismo, pero el derecho aún no reconoce a la voluntad de las partes la autoridad suficiente para que por sí sola pueda dar lugar al perfeccionamiento, con fuerza obligatoria, de determinados contratos. Sólo en el siglo VI de Roma se sancionan los cuatro contratos consensuales —emptio venditio; locatio conductio; societatis; mandatum—, marcando con ello el comienzo de la carrera triunfal de la voluntad a través del derecho. Después de la caída del Imperio Romano, en los siglos V y VI, a consecuencias de la invasión de los bárbaros, el derecho como toda la civilización romana, sufrió una estagnación, y la evolución de la voluntad hacia una autonomía, también sufrió una paralización a consecuencia del carácter formalista que tenía el derecho de los invasores (2).

La decadencia del formalismo no comienza hasta el siglo XIII bajo la presión del derecho romano renaciente y del derecho canónico y también por efecto de las necesidades económicas que al crecer en importancia y en complejidad exigían más libertad en la formación de los contratos dejando margen para la aplicación más frecuente de las modalidades.

En España, con el Ordenamiento de Alcalá, promulgado en el siglo XIV (1348) se alcanzó un alto grado de evolución, mucho mayor que en Francia en esa misma época, estableciendo como principio que el hombre puede obligarse en la forma que lo desee.

Así avanzado el tiempo llegamos al siglo XVII en que el principio moderno de la fuerza creadora de la voluntad

---

(2) Véase: Colin y Capitant. Curso elemental de Derecho Civil. T. III. Pág. 594 y sgtes.

## TEORIA GENERAL DE LAS MODALIDADES

549

quedó definitivamente consagrado por Loyseí y Domat (3).

Como dice Ripert para llegar a esta concepción de la voluntad soberana, ha sido necesario que en la obra lenta de los siglos, la filosofía espiritualizara el derecho para librar la voluntad pura de las formas materiales por las que se aplicaba, que la religión cristiana impusiera a los hombres la fe de la palabra escrupulosamente empeñada, que la doctrina del derecho natural enseñara la superioridad del contrato, fundando la sociedad misma sobre el contrato, que la teoría del individualismo liberal afirmara la concordancia de los derechos privados, libremente debatidos con el bien público. Entonces pudo reinar la doctrina de la autonomía de la voluntad que es a la vez el reconocimiento y la exageración del poderío del contrato" (4).

Desde el momento en que impera con todas sus fuerzas el principio de la autonomía de la voluntad, empieza la aplicación cada vez más fecunda de las modalidades, las que limitadas a un reducido número en sus comienzos, se hacen cada vez más frecuentes y diversas hasta llegar hoy día a ser indefinidas en cuanto el número y variedad de ellas.

Intimamente ligada a la fuerza cada vez más creciente que ha tenido la voluntad en el derecho está la aplicación y desenvolvimiento de la teoría de las modalidades. Ellas como elementos accidentales, tienen un importantísimo papel para adaptar a las necesidades sociales y al progreso del Derecho, las instituciones existentes, muchas de las cuales se conservan con sus caracteres intactos desde el Derecho Romano. Es por medio de estas cláusulas que se puede socializar en forma preponderante muchos contratos.

Por otro lado, con esta evolución que experimenta el derecho abandonando el formulismo y dando cada vez más fuerza a la voluntad de las partes como creadora de relaciones, se rompe también el molde clásico del derecho romano en cuanto al efecto de los actos jurídicos, ya que según

(3) Planiol y Ripert. Tratado práctico de Derecho Civil. Tomo VI. Pág. 125.

(4) G. Ripert. La règle morale dans les obligations civiles. Pág. 31.

los principios romanos "cada uno debe intervenir y actuar por sí mismo en la vida jurídica, pues las consecuencias jurídicas del acto afectan directamente al que lo ejecutó" (5).

De aquí se desprendían dos consecuencias importantes, que inspiraban a todos los demás principios de derecho privado romano: 1.º nadie podía estipular por cuenta y a nombre de otro, esto es, excluyen la modalidad representación y 2.º tampoco se podía estipular, que un acto afectara el patrimonio de un tercero extraño a la convención, esto es, se excluía la llamada estipulación para otro.

Hoy día no cabe discusión acerca de la admisibilidad de estas modalidades, pues están consagradas en todas las legislaciones modernas.

El carácter individualista del Derecho en el siglo pasado también ha sido un obstáculo para el amplio desarrollo de las modalidades, que hoy en día van dándole a los actos y contratos una fisonomía propia haciendo que éstos se "desromanicen" y vistiéndolos con el ropaje propio del siglo en que vivimos.

Desde 1933 viene insistiendo el ilustre Decano Honorario de la Facultad de Lyon, en la existencia de un contenido, en las leyes contemporáneas, diverso del que caracterizó al siglo pasado, suficiente como para darle una fisonomía propia (6).

De la misma manera que el contrato se ensancha cuantitativamente, por su multiplicación y diversificación, se extiende cualitativamente en su zona de influencia; del primitivo contrato inoperante respecto de terceros, se ha llegado al actual contrato colectivo, en el cual "la voluntad colectiva encadena, a las buenas o a las malas, las voluntades individuales" (7).

Es este concepto nuevo del Derecho el que determina el verdadero alcance de las modalidades, ya que ellas im-

(5) Ortolán. Citado por Stitckin. La representación en los actos jurídicos. Memoria 1936. Pág. 15.

(6) Véase: Jossierand. Un ordre juridique nouveau: Le contrat dirigé; L'essor moderne du concept contractuel.

(7) Jossierand. L'essor moderne du concept contractuel. Pág. 339.

## TEORIA GENERAL DE LAS MODALIDADES

551

puestas por la ley sirven para amoldar a las necesidades sociales los actos jurídicos en un "dirigismo" que no caiga en incoherencia, parcialidad, partidismo o anarquía. Por otro lado la voluntad de las partes suplirá por una cláusula de esta naturaleza las deficiencias de las instituciones existentes que no responden a las necesidades actuales.

### PARRAFO SEGUNDO

#### **Las modalidades en la legislación europea y americana**

2.—Las modalidades en los principales Códigos europeos.— Examinados los Códigos de Francia, España e Italia, observamos que en ellos se trata de las modalidades sin siquiera darles este nombre. En efecto tratan de las diversas especies de obligaciones, abarcando un gran número de modalidades; y se refieren a otras, como la condición, el plazo y el modo para contraponer las obligaciones en que inciden a las puras y simples; pero uniformemente desconocen el término "modalidad". Ninguno de esos cuerpos trata esta materia en forma sistemática como lo han hecho Códigos recientes como el peruano y el mexicano (8).

El Código Civil alemán que presenta una estructura novedosa, trata en el Libro I, Sección III, Título IV "De la condición y el plazo" y en el Título V, "De la representación y apoderamiento". Es particularmente interesante la ubicación que da este cuerpo de leyes a esta materia, ya que al hacerlo en el Libro I que comprende la Parte General en que se contienen los preceptos comunes a todos o parte de los libros siguientes, las hace aplicables a todos ellos.

---

(8) Véase: Código Civil peruano. Lib. V. Secc. 1.a Tit. V. "De las modalidades de los actos jurídicos" y Secc. 2.a "De las obligaciones y sus modalidades"; Código Civil para el Distrito y Territorios federales de México. Lib. IV. Tit. 2.o Modalidades de las obligaciones.

En el Libro II, titulado "Derecho de las relaciones obligatorias", trata, en diversas secciones, de las modalidades que afectan a las obligaciones (9).

El Código de las obligaciones de la República de Polonia, es también bastante interesante por la forma en que se refiere a las modalidades. Pero igual que los anteriores a que nos hemos referido, este Código como la mayoría desconoce el término modalidades y trata, de ellas en diferentes partes.

**3.—Las modalidades en los principales Códigos americanos.**—En los Códigos americanos encontramos un orden más lógico en la reglamentación de estas materias. Así, el de Uruguay trata de las modalidades pero únicamente las que afectan las obligaciones. En efecto, el Libro IV, en su parte primera, comprende cuatro títulos de los cuales el segundo está dedicado a ellas. El Título II del Código del Uruguay, en sus cuatro capítulos nos muestra en forma ordenada las diversas modalidades que afectan a la obligación, en efecto, el capítulo primero se titula "De las obligaciones con relación a su objeto", en sus ocho secciones se trata de las obligaciones de dar, hacer, no hacer, alternativas, facultativas, de género, con cláusula penal, divisibles e indivisibles.

En el capítulo segundo titulado "De las obligaciones con relación a las personas" se trata de las obligaciones solidarias.

En el capítulo tercero titulado "De las obligaciones con respecto al modo de contraerse", trata de las obligaciones condicionales y a plazo.

Por último, en el capítulo cuarto titulado "De las obligaciones con relación a sus efectos", trata el legislador uruguayo de las obligaciones civiles y meramente naturales.

El Código Civil argentino, en el Libro II, titulado "De los derechos personales en las relaciones civiles", trata,

(9) Código Civil Alemán. Secc. 1.ª Tit. I. Obligaciones de prestar. Secc. 2.ª Tit. III. Promesa de prestación en favor de tercero. Secc. 6.ª Pluralidad de deudores y acreedores.

## TEORIA GENERAL DE LAS MODALIDADES

553

en diversos títulos, en una forma parecida al anterior pero más deficiente, de las obligaciones en general y de las diversas especies de obligaciones.

J. A. Bibiloni en su "Anteproyecto de reforma al Código Civil argentino", Libro segundo, Sección primera, parte primera, trata las diversas especies de obligaciones, no introduciendo en cuanto al orden ninguna novedad especial.

Pero en la sección segunda, título primero, al tratar de los contratos y a continuación del estudio del efecto de los contratos, trata "De los contratos a cargo o a favor de terceros". Es elogiable esa innovación, ya que con ella introduce un orden más lógico, dado que estas modalidades afectan propiamente a los efectos del acto jurídico radicándolos en personas distintas de los contratantes.

En cuanto a la condición, plazo y cargo, como llama al modo, están tratados en el libro primero, título tercero, y a continuación en el título cuarto legisla sobre la representación. Es interesante anotar que al referirse a la condición manifiesta que "se modifica la redacción del art. 528 porque se trata de los actos jurídicos y no solamente de las obligaciones". En realidad, como observamos en el Capítulo segundo de este trabajo, estas modalidades afectan al acto jurídico y a las obligaciones.

El Código Civil de México de fecha reciente (1928) trata de las modalidades en el título segundo del libro IV, de las obligaciones. Hacemos notar como este cuerpo de leyes dictado en este siglo sólo se refiere a las modalidades de las obligaciones y no a las que pueden afectar a los actos jurídicos.

En el capítulo primero del título segundo, trata de las obligaciones condicionales; en el capítulo segundo, de las obligaciones a plazo; en el tercero, de las obligaciones conjuntivas y alternativas; en el cuarto, de las obligaciones mancomunadas; etc.

Son estas en realidad, más que las modalidades de las obligaciones, las diversas especies de ellas, faltando la precisión requerida y la concordancia con el título pertinente.

También en este Código encontramos, al tratar de las diversas especies de contratos en la compraventa, un capítulo (VII) titulado "De algunas modalidades del contrato de compraventa". Con esto vemos que el legislador mexicano reconoce que hay modalidades que afectan al acto jurídico y también el contrato, pero no por esto se refirió a ellas en la parte general.

No nos referiremos a otros Códigos americanos, como el de Ecuador, Colombia, etc., porque influenciados directamente por el nuestro o el francés no ofrecen novedad alguna.

Pero el que particularmente analizaremos es el moderno Código del Perú, que está en vigencia desde el 14 de Noviembre de 1936.

El Código Civil peruano dedica el Libro V al "Derecho de obligaciones" dividiéndolo en dos interesantes secciones: la primera. "De los actos jurídicos" cuyo Título V "De las modalidades de los actos jurídicos" trata de la condición (arts. 1103-1112), del plazo (arts. 1112-1117) y del cargo (arts. 1117-1121); la segunda sección se titula "De las obligaciones y de sus modalidades". Aquí faltó la precisión requerida, ya que por no abandonar las tradiciones jurídicas se ha referido conjuntamente a las modalidades de las obligaciones y a las diversas especies de ellas, sin decirnos cuáles son unas y otras. Esto viene del hecho que no obstante referirse este código a las modalidades en forma bastante lógica, no da en cambio, un concepto de las modalidades. Bien pudo haberse separado esta sección en dos partes, la primera dedicarla a las diversas especies de obligaciones y la segunda, a las modalidades de las obligaciones.

Por lo demás es este uno de los pocos códigos que al referirse a estas materias las llama por su nombre, modalidades, y en la forma que en él están desarrolladas refiriéndose al acto jurídico y a las obligaciones, significa un gran paso a la técnica perfecta de estas importantes materias dentro de un Código.

## TEORIA GENERAL DE LAS MODALIDADES

555

**4.—Nuestro Código Civil.**—Nuestro Código Civil trata de las modalidades en dos partes. Primeramente se refiere a ellas, en el Libro III titulado "De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos" al hablar de las asignaciones testamentarias en el título cuarto, cuyo párrafo segundo se titula "asignaciones testamentarias condicionales", el tercero, "asignaciones testamentarias a día" y el cuarto, "asignaciones testamentarias modales". En segundo lugar trata de las modalidades en el Libro IV titulado "De las obligaciones en general y de los contratos" cuyos diversos títulos se refieren a las diferentes clases de obligaciones.

Si bien nuestro Código, influenciado directamente por el francés y por el español, no trató de las modalidades en una forma sistemática, al referirse a ellas en dos partes diferentes, deja en claro el pensamiento del legislador en el sentido que ellas afectan al acto jurídico y también a las obligaciones. Particularmente interesante es la ubicación de tres artículos, 1448, 1449 y 1450, que envuelven tres interesantes modalidades tratadas en el título segundo que reglamenta "los actos y declaraciones de voluntad".

Consideramos sí, que dado el avance del Derecho y de la técnica actual en esta materia, las reglas dadas sobre las modalidades en el Libro III, deben estar en una parte general relativa a los actos jurídicos y así no cabría dificultad para aplicarlas tanto a las asignaciones testamentarias, como a todos los actos jurídicos.

Por otra parte, reclamamos en una futura ordenación de nuestro Código Civil una parte especial dedicada a las modalidades, tanto de los actos jurídicos como de las obligaciones, abandonando en estas últimas el sistema a base de las diversas especies de obligaciones.

Sin pretender decir la última palabra, ni hacer una exposición acabada, ya que no lo permite la naturaleza de este estudio, consideramos que el Libro IV de nuestro Código Civil debería dedicar un Capítulo a los actos jurídicos, y uno de sus Títulos a las modalidades de los actos jurídicos

y otro Capítulo a las obligaciones en general y comprendiendo en un título de éste, las modalidades de las obligaciones. Con esto se contribuiría a precisar ambos conceptos ya que es frecuente en nuestro Código que se trate conjuntamente del acto jurídico y de la obligación. Así lo hace el legislador al tratar del objeto del acto jurídico, del efecto de las obligaciones, etc.

Basta examinar los diversos Títulos que hay en este libro para ver que estas materias están mezcladas. En efecto, empieza con el título primero "Definiciones"; el segundo "De los actos y declaraciones de voluntad"; el tercero "De las obligaciones civiles y meramente naturales"; el cuarto "De las obligaciones condicionales y modales"; el quinto "De las obligaciones a plazo"; el sexto "De las obligaciones alternativas"; el séptimo "De las obligaciones facultativas"; el octavo "De las obligaciones de género"; el noveno "De las obligaciones solidarias"; el décimo "De las obligaciones divisibles e indivisibles"; el undécimo "De las obligaciones con cláusula penal"; el duodécimo "Del efecto de las obligaciones"; el décimo tercero "De la interpretación de los contratos"; etc.

En una buena ordenación lógica de estas materias habría que separar lo relativo a los actos jurídicos y lo que tiene atinencia directa con las obligaciones.

Queda con esto de manifiesto la necesidad de una buena reglamentación dentro de nuestro cuerpo de leyes de la materia relativa a las modalidades, ya que nuestro Código ni siquiera emplea el término modalidad, y no se refiere a ellas sino al tratar de otras instituciones.

## PARRAFO TERCERO

### Definición de las modalidades

5.—**Definiciones.**—Colin y Capitant definen las modalidades como "ciertas cláusulas que las partes introducen en el acto, ya para retardar los efectos del mismo, ya para

## TEORIA GENERAL DE LAS MODALIDADES

557

extinguirlos en un momento dado" (10). Esta definición se refiere exclusivamente al término y a la condición, los cuales pueden ser como sabemos, suspensivos y extintivos.

M. Planiol dice que las modalidades "son cláusulas restrictivas que modifican la eficacia del acto jurídico". Las define diciendo que "toda modalidad consiste en la designación de un acontecimiento futuro establecido por las partes y de la realización del cual dependen los efectos del acto jurídico" (11). Y agrega "las modalidades son de dos formas diferentes, según si las partes suspenden los efectos del acto hasta la realización del acontecimiento indicado, caso en el que la modalidad es suspensiva, o según si ellas dejan a estos efectos producirse inmediatamente, pero conviniendo que ellos terminarán con la realización del acontecimiento, en tal caso la modalidad es extintiva o resolutoria. Las modalidades de los actos jurídicos pueden pues tener dos objetos opuestos, los unos retardando, los otros extinguiendo sus efectos". Termina diciendo que "las modalidades que producen estos resultados son de dos clases: el término y la condición. Uno y otro pueden ser independientemente suspensivos o extintivos" (12).

Estas dos definiciones, no satisfacen, pues dan un concepto sumamente restringido de las modalidades ya que sólo se refieren a dos de ellas, dejando fuera las demás, tan importantes como éstas y tal vez más frecuentes en su aplicación.

La causa de esto se debe a que, como manifiesta Josserand, el término y la condición "son las modalidades por excelencia, las únicas que se tienen en vista ordinariamente al emplear esta expresión" (13). Igual idea expresa H. Capitant pues dice que "las consecuencias naturales de un acto jurídico pueden ser modificadas y restringidas por la voluntad de las partes. Entre estas restricciones hay dos que se encuentran frecuentemente en los actos jurídicos

(10) Colin y Capitant. Ob. cit. T. I. Pág. 183.

(11) M. Planiol. *Traité élémentaire de Droit Civil*. Tomo I. Pág. 125.

(12) M. Planiol. Ob. cit. T. I. Pág. 126.

(13) Josserand. *Cours de Droit Civil Positif Français*. Tomo II. Pág. 395.

determinando por consecuencia sus caracteres. Estas son: el plazo y la condición" (14).

El señor Alessandri Rodríguez define las modalidades diciendo que son "las cláusulas particulares que pueden insertarse en una obligación para modificar sus efectos, sea en cuanto a su existencia, a su ejercicio o a su extinción" (15). Y agrega que las modalidades que pueden afectar a una obligación son tres: la condición, el plazo y el modo.

Esta definición, como las anteriores, nos da un concepto restringido de modalidad por cuanto se refiere a las tres ya enunciadas que si bien es cierto son las más comunes, no lo es menos que no son las únicas.

Por otra parte debe observarse que las tres definiciones citadas dejan de manifiesto que la modalidad emana sólo de la voluntad de los contratantes o del testador, en circunstancia que puede tener su origen en la ley. Así sucede en nuestra legislación en el caso del fideicomiso, que supone siempre la condición de existir el fideicomisario o su sustituto, a la época de la restitución, art. 738 del Código Civil; y muy especialmente en los contratos bilaterales, en los cuales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, art. 1489.

Ninguna de estas definiciones satisface por cuanto no corresponden al verdadero concepto de modalidades que dejamos establecido en el Capítulo II párrafo primero. ¿Qué son, entonces, las modalidades? Los tratadistas se refieren a ellas y dicen que "son las maneras de ser, todas las variantes que los derechos son susceptibles de presentar y contener" (16). Beudant las define diciendo: "Las modalidades son las maneras de ser accidentales, de donde resultan para la obligación los caracteres particulares que modifican sus efectos habituales" (17).

---

(14) H. Capitant *Introduction a l'étude du Droit Civil*. Tomo I. Pág. 275.

(15) A. Alessandri R. *Teoría de las obligaciones*. Pág. 137.

(16) Jossierand. *Ob. cit.* T. I. Pág. 76.

(17) Ch. Beudant. *Cours de Droit Civil Français*. Tomo IX. Pág. 312.

## TEORÍA GENERAL DE LAS MODALIDADES

559

Pero sigue en pie la pregunta ya que esos conceptos por lo demasiado amplios nos parecen un tanto oscuros y vagos. H. Capitant nos responde diciendo que modalidad es "una modificación aportada por las partes a las consecuencias naturales de un acto jurídico, una variante de la obligación pura y simple" (18). Si bien aquí queda de manifiesto que la modalidad puede afectar tanto al acto jurídico como a la obligación, falta indicar en ella las fuentes de las modalidades y sus efectos.

Según M. Levy Ullman, modalidad es "todo elemento accidental que puede afectar al acto jurídico sea por disposición de la ley o por voluntad de las partes" (19). Definición que es la más precisa de las hasta aquí formuladas, pero que es necesario completarla con la indicación de los efectos de las modalidades.

¿Cuáles son los efectos de las modalidades? Ellos son diversos según su naturaleza. Así René Popesco Ramniceano manifiesta que "la modalidad tiene por objeto retardar los efectos de un acto jurídico, o bien hacerlos cesar en una época cierta, o bien hacer producir a un acto jurídico otros efectos que los que normalmente produce" (20).

Completando la definición de Levy Ullman con los conceptos vertidos por Popesco Ramniceano, podemos decir que modalidad es "todo elemento accidental introducido en un acto jurídico, sea por disposición de la ley o por la voluntad de las partes, y que tiene por objeto retardar los efectos del mismo, hacerlos cesar en una época cierta o incierta o bien hacerlo producir otros efectos que los que normalmente produce".

Pero esta definición se refiere sólo a las modalidades del acto jurídico y como sabemos ya, hay modalidades que afectan a las obligaciones, de manera que desde este otro punto de vista podríamos decir que modalidad es "un ele-

---

(18). H. Capitant. Ob. cit. Pág. 275.

(19) M. Levy Ullman, cit. por René Popesco Ramniceano. De la *représentation dans les actes juridiques en droit comparé*. Pág. 217.

(20) R. Popesco Ramniceano. Ob. cit. Pág. 217.

mento accidental, introducido por la ley o la voluntad en las obligaciones, de donde resultan para ellas sus caracteres particulares que alteran su forma normal".

Haciendo de ambas definiciones una sola que la englobe, diremos que modalidad es "Todo elemento accidental introducido en un acto jurídico o en una obligación, por la Ley o la voluntad, con el objeto de alterar sus efectos jurídicos propios".

#### PARRAFO CUARTO

##### Conceptos restringido y amplio de las modalidades

6.—Concepto restringido; la condición, el plazo y el modo.— Existe un concepto restringido de las modalidades que sólo se refiere a la condición, al plazo y al modo. Lo encontramos en casi todos los tratadistas (21) que tradicionalmente hablan de estas tres modalidades como las únicas y no es raro encontrar autores de este siglo que sólo se refieran a ellas. También hay Códigos modernos que sólo reglamentan estas modalidades.

Así nace el concepto de las modalidades en el Derecho romano y se conserva a través del tiempo subsistiendo hasta nuestros días.

7.—Concepto amplio de las modalidades.— Pero al lado de este concepto restringido, y reaccionando contra él, se ha desarrollado, principalmente en los últimos tiempos, debido a las nuevas orientaciones del Derecho, un concepto amplio de las modalidades. Según éste, sería modalidad toda alteración o modificación que experimentara un acto jurídico

---

(21) Véase: Collin y Capitant. Ob. cit. T. I. Pág. 192 y T. III. Págs. 365 y sqtes. Manresa y Navarro. Comentario del Código Civil Español. Tomo VIII. Pág. 124; H. Capitant. Ob. cit. Pág. 275. M. Planiol. Ob. cit. T. I. Pág. 125.

TEORIA GENERAL DE LAS MODALIDADES

561

o una obligación. No se atiende entonces, así concebida la modalidad a la naturaleza de los elementos del acto jurídico o de la obligación que sufren esas alteraciones. No importa, dentro de este concepto, si lo que se altera, para darle la nueva fisonomía al acto, es un elemento de la esencia.

Así concebida, podría entenderse que existe modalidad en los casos en que por faltar un elemento esencial, el acto o la obligación presentan una alteración en sus consecuencias normales.

Es lo que manifiesta Filderman (22) cuando define la eventualidad diciendo que es "una modalidad que hace depender un derecho de un acontecimiento esencial a su existencia".

Este concepto que lo hace suyo el señor Galecio en su interesante Memoria titulada "Ensayo de una teoría general de los derechos eventuales", lo explica diciendo: "Habíamos calificado al derecho eventual como modalidad, en cuanto la eventualidad modifica los efectos del acto y no en cuanto la eventualidad signifique un elemento accesorio del acto" (23).

Con este criterio podríamos considerar incluso que la obligación natural es una modalidad de las obligaciones civiles, por cuanto faltando la coacción se alteran las consecuencias normales del vínculo jurídico obligatorio.

También cabría aquí el acto abstracto (24), que es aquel cuya causa no cobra expresión en ellos o que se celebra sin guardar relación alguna con una causa determinada (25). En este último caso, desaparece uno de los elementos esenciales del acto, es la causa.

De lo expuesto resulta que como dice Jossierand, el vocablo modalidades "tiene un sentido amplio y un sentido más

---

(22) Filderman. De la rétroactivité de la condition. N.º 19.

(23) R. Galecio. Ensayo de una teoría de los derechos eventuales. Memoria. 1944. Pág. 26.

(24) M. Osias. L'acte abstrait. Pág. 23.

(25) Alessandri. T. IV. Vodanovic. p. 260.

limitado. En el concepto restringido se comprenden dos particularmente prácticas e importantes: el plazo y la condición, que constituyen las modalidades por excelencia. En la acepción más general, el término modalidad comprende todas las maneras de ser, todas las variantes que los derechos son susceptibles de contener y de presentar" (26). Demolombe vierte conceptos semejantes en esta materia (27).

8.—**Nuestro concepto.**—No podemos aceptar el concepto restringido de las modalidades porque por ser demasiado limitado no considera la inmensa mayoría de las modalidades a que nos hemos referido en el Capítulo II. Ni tampoco el concepto amplio de las modalidades, pues por ser demasiado amplio encierra situaciones que no son propiamente modalidades. Ni siquiera está de acuerdo con la etimología de esta palabra, que, como sabemos, significa "modo de ser o determinación particular que puede recibir o no un acto, sin que por esto se cambie o altere su esencia". Tampoco está de acuerdo este concepto amplio con la definición de las modalidades: Todo elemento accidental introducido en un acto jurídico o en una obligación, con el objeto de alterar sus efectos jurídicos propios.

Es que, en realidad, sólo se ha considerado un aspecto de las modalidades, abandonando el otro que las caracteriza: la modalidad es siempre un elemento accidental del acto o de la obligación en que incide que el derecho objetivo no exige ni supone, sino que surge exclusivamente por el libre arbitrio de los que concluyen en el negocio jurídico (28).

Nuestro concepto de las modalidades, que ocupa un lugar intermedio entre el restringido y el amplio, es el que informa esta Memoria; consideramos que es el que responde a la esencia y a la naturaleza jurídica de las modalidades.

(26) Josseland. Ob. cit. T. I. Pág. 77.

(27) Demolombe. Ob. cit. T. XXV. Pág. 275 y 276.

(28) Véase: Gaceta de los T. Año 1930. I. Sent. 98. Pág. 390.

TEORIA GENERAL DE LAS MODALIDADES

563

PARRAFO QUINTO

**Caracteres comunes a toda modalidad**

9.—**Enunciación.**—Los caracteres de las modalidades se desprenden de su concepto y de la definición que de ellas hemos dado. En efecto, son caracteres comunes a toda modalidad: 1.º ser una cosa accidental del acto o contrato o un elemento accesorio de la obligación; 2.º son una excepción del derecho común; 3.º no se presumen; 4.º tienen su fuente necesariamente en la voluntad de las partes o en la disposición de la ley; 5.º pueden afectar toda clase de actos o contratos y 6.º todas modifican, de una manera u otra, los efectos normales del acto o de la obligación en que inciden.

De estos caracteres comunes a todas las modalidades nos ocuparemos ahora brevemente, por estar dedicados los párrafos siguientes de este trabajo a tratar de ellos en especial.

1.º **La modalidad es un elemento accidental.**—Toda modalidad es un elemento accidental del acto jurídico: ni esencial ni naturalmente le pertenece y se agrega por medio de cláusulas especiales. Tratándose de las obligaciones, son elementos accesorios de ellas y en ningún caso un elemento constitutivo (29).

Corroboración esta afirmación, la opinión unánime de los tratadistas; así, por ejemplo, Baudry Lacantinerie y Barde manifiestan que "la condición no puede jamás ser más que un elemento accidental del acto jurídico, pues ellos pueden siempre concebirse sin la agregación de esta modalidad" (30). Lo que se dice de la condición se hace extensivo a todas las modalidades.

2.º **Son de carácter excepcional.**—La regla general es que los actos sean puros y simples de manera que si la modalidad falta, el acto recupera su calidad normal, produciendo sus

---

(29) José Bernalés P. De la Teoría General de los Contratos en el Derecho Romano. Memoria. Pág. 63.

(30) Baudry Lacantinerie et Barde. *Traité théorique et pratique de Droit Civil*, Tomo II. Obligations. Pág. 2.

efectos propios. No obstante dejan de serlo por la agregación de una modalidad, pero en este caso el acto reviste una manera de ser excepcional, de manera que el que alegue la existencia de la modalidad debe probarla. Las modalidades constituyen la excepción y como tal deben probarse (31).

3.o **Las modalidades no se presumen.**—Característica ésta que se deriva de la anterior y del hecho de ser las modalidades un elemento accidental. Natural y lógico es que no se presuman, salvo contados casos de excepción que después analizaremos (32).

4.o **Fuente de las modalidades.**—Las cláusulas especiales por las cuales se agregan los elementos accidentales llamados modalidades tienen su fuente en la voluntad de las partes o del testador, según el caso, o en la ley. En el primer caso estaremos en presencia de las modalidades convencionales o voluntarias, y en el segundo, de las modalidades legales. La primera de estas fuentes es mucho más fecunda puesto que son más numerosas las modalidades emanadas de la voluntad de las partes que de la ley.

5.o **Actos susceptibles de modalidades.**—En principio, las modalidades pueden afectar toda clase de actos o contratos, y obligaciones, sin perjuicio de las excepciones legales que estudiaremos en su oportunidad.

6.o **Modifican los efectos normales.**—Por último decíamos que es carácter común a toda modalidad modificar de una manera u otra los efectos ordinarios de la obligación o la manera de ser del acto jurídico. Beudant, refiriéndose a este punto, manifiesta que las modalidades deben modificar los efectos jurídicos de la obligación, la naturaleza misma de ella, imprimiéndole ciertos caracteres o efectos particulares (33).

---

(31) René Popesco. Ramniceano. La representation dans les actes juridiques en droit comparé. Págs. 220 y 221.

(32) Véase: Sentencia N.º 100 de 23 de Mayo de 1928 y 26 de Abril de 1940. En Colin y Capitant. Notas de D. de Buen. Pág. 444. T. III.

(33) Ch. Beudant. Ob. cit. T. IX. Pág. 312 y 508.

## TEORIA GENERAL DE LAS MODALIDADES

565

### PARRAFO SEXTO

#### La modalidad es un elemento accidental

10.—Principio.—La modalidad es un elemento accidental del acto o del contrato o bien un elemento accesorio de la obligación. No olvidemos que señalamos esta circunstancia como uno de los caracteres comunes a todas ellas.

Se distinguen en todo contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales o no produce efecto alguno o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se la agregan por medio de cláusulas especiales. (Art. 1444).

Al referirnos a estos elementos (34) decíamos que mientras las cosas de la esencia y de la naturaleza de un contrato se entienden incorporadas por la sola disposición de la ley sin que las partes deban estipularlas o expresarlas, las cosas accidentales deben estipularse y sólo en virtud de esto quedan incorporadas al contrato. En el campo de los elementos accidentales domina ampliamente la voluntad de las partes pudiendo establecer las modalidades que deseen o más les convenga.

Consideramos que las modalidades son un elemento accidental del acto o contrato, concepto que se desprende de la etimología de la misma palabra, porque de no establecerse por la voluntad de las partes o la disposición de la ley, el acto puede subsistir normalmente sin que degenera en otro diferente y sin que deje de producir sus efectos, como sucedería en cambio, si fuesen un elemento de la esencia.

---

(34) Cap. I. Párrafo II. Págs. 12 y 3gtes. de esta Memoria de Prueba.

El acto que se otorga sujeto a modalidad, es en sí perfecto por contener sus elementos de existencia y validez. Son sus efectos los modificados o su manera de ser la alterada. Las partes han formado un acto completo y en seguida lo han sometido a modalidad. No es tal lo que sucede cuando falta un requisito legal; pues en esta hipótesis el acto queda incompleto, trunco y, ordinariamente, está afectado de un vicio que puede destruirlo.

Si analizamos la "modalidad solidaridad" vemos que de acuerdo con lo que dispone el legislador, consagrando el derecho común, la norma general, cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores en el segundo sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito. Pero en virtud de la convención, el testamento o de la ley puede establecerse que podrá exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda y entonces la obligación es solidaria.

Es necesario, como se ve, que la solidaridad se establezca por la convención, el testamento o la ley; no se presume porque es un elemento accidental de modo que si las partes o la ley no cuidan de establecerla la obligación tendrá pleno valor y surtirá todos sus efectos normales. No sucedería lo mismo si se omitiera un elemento esencial de la obligación, como ser el objeto. En esta última hipótesis no habría obligación sencillamente, lo que no sucede, repetimos, cuando se deja de establecer una modalidad. Todo esto porque ellas no son más que un elemento accidental del acto o del contrato o accesorio de la obligación.

Es decir que si no se establece la modalidad solidaridad, para seguir con el caso propuesto, por la convención, el testamento o la ley, la obligación es pura y simple y no podría demandarse el total del crédito por uno de los varios acreedores ni estaría cada uno de los deudores obligado a pagar el total de la obligación. El acto sin la solidaridad puede existir perfectamente, puede producir sus efectos y seguir su

## TEORIA GENERAL DE LAS MODALIDADES

567

curso normal, debido a que la "modalidad solidaridad" no es un elemento esencial, ni tampoco de su naturaleza, por cuanto ella no se presume y así lo manifiesta expresamente el legislador al decir que "la solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley". Lo que está ampliamente corroborado por la Jurisprudencia de los Tribunales que invariablemente han fallado 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..." (35).

Baudry Lacantinerie y Barde refiriéndose a la solidaridad y después de decir que ella constituye una modalidad, manifiestan que "ya sea activa o pasiva, siendo una derogación a la situación ordinaria de los diversos acreedores o deudores de una misma obligación divisible, y presentando los caracteres de una excepción, no puede resultar de una convención tácita" (36).

Igual cosa observamos al analizar la modalidad que envuelve la obligación facultativa, que consiste en la facultad que se da al deudor de librarse pagando con la cosa debida o con otra que se designa y que se dice está "*in facultate solutionis*". La obligación pura y simple tiene cuatro elementos ya conocidos por nosotros y que son el elemento humano, el elemento objetivo, el vínculo jurídico y la coacción. Reunidos estos cuatro elementos hay obligación, que no requiere de la "modalidad facultativa" para existir, las partes, si quieren, agregan esta modalidad, pero deben hacerlo por una cláusula especial, porque ésta, como las otras modalidades es un elemento accidental.

Para que exista la obligación basta que se reúnan sus elementos esenciales, pero para que además envuelva la "modalidad facultativa" es necesario una cláusula especial.

---

(35) Véase: Rev. Der. y Jur. T. XXXIII. P. 2.a Sec. I. Pág. 193 y Gaceta de los Tribunales. Año 1917. Sentencia N.º 4377. Pág. 153.

(36) Baudry Lacantinerie et Barde. Ob. cit. T. II Obligaciones. Pág. 235.

la que puede emanar de la voluntad de las partes o de la ley. Pero, repetimos, si falta esta modalidad, la obligación existe y produce sus efectos normalmente.

Si son varios los objetos debidos, lo normal es que el deudor se libre pagándolos todos, o sea, haciendo la prestación de todo lo que debe. Es el derecho común de la obligación con pluralidad de objetos y si no se establece expresamente una modalidad que modifique estos efectos normales no por eso va a dejar de existir la obligación. Pero puede estipularse la modalidad que se llama "alternativa". En este caso se modifican los efectos ordinarios y el deudor deja de estar obligado a prestarlos todos para verse libre, bastando sólo con la prestación de uno de ellos. Es necesario que se estipule expresamente o que la ley así lo disponga, para que se entienda que la obligación en que hay pluralidad de objetos es alternativa y no conjuntiva. Ello porque la modalidad es un elemento accidental que ni esencial ni naturalmente le pertenece y que para comprenderse necesita de una cláusula especial, de una disposición expresa que la establezca.

Los tratadistas, sin excepción, manifiestan que las modalidades son elementos accidentales. Jossierand, analizando los caracteres de ellas y refiriéndose especialmente al término y a la condición: dice que "tanto una como la otra no son elementos necesarios a la existencia o a la validez de un acto jurídico o de un derecho. Se pueden suprimir sin comprometer su existencia ni su validez. Presentan un carácter futuro y accidental" (37):

Demolombe nos dice que "habiendo tratado ya de los elementos esenciales y los efectos generales de las obligaciones convencionales, vamos a tratar ahora los caracteres accidentales de que son susceptibles" (38). Y nos agrega que "el acto es puro y simple toda vez que una de estas modalidades no se encuentra, en efecto, establecida sea por

(37) Jossierand. Ob. cit. T. I. Pág. 77.

(38) Demolombe. Ob. cit. T. XXV. Pág. 275.

## TEORIA GENERAL DE LAS MODALIDADES

569

la voluntad de las partes, sea por una disposición especial de la ley" (39).

En forma más general y concreta Levy Ullman nos dice al definir las modalidades, que ellas son elementos accidentales que pueden afectar un negocio... (40).

Llegamos así a la conclusión de que las modalidades son un elemento accidental porque sin ellas el acto existe puro y como tal produce sus efectos normalmente, el acto se concibe con todos sus atributos no obstante que no se haya estipulado la modalidad. Ahora bien, siendo las modalidades elementos accidentales, lógico es que para agregarlas, de acuerdo con lo que manifiesta el legislador en el artículo 1444 del Código Civil, en su última parte, se precise de cláusulas especiales.

### PARRAFO SEPTIMO

#### Requisitos de la esencia y las modalidades

11.—Principio.—Siendo las modalidades por definición un elemento accidental del acto o del contrato, pueden faltar sin que por esto se afecte la esencia del acto mismo; el acto no deja de producir sus efectos ni degenera en otro diferente.

Las modalidades son "modos de ser o determinaciones particulares que puede recibir o no un acto, sin que por esto se cambie o destruya su esencia".

Ahora bien, si un requisito de la esencia jugara el papel de modalidad éste necesariamente para no desvirtuar el concepto de modalidad, tendría que encontrarse en la situación de poder faltar sin que por esto se afectara el acto, lo que a simple vista aparece como un contrasentido jurídico.

El requisito esencial no puede faltar, ya que sin él el acto o no produce efecto alguno o degenera en otro diferente. Como dice Ricci (41), la esencia de los contratos jurídicos

(39) Demolombe. Ob. cit. T. XXV. Pág. 276.

(40) Levy Ullman, cit. por R. Popesco R. Ob. cit. Pág. 217.

(41) Ricci. Derecho Civil teórico y práctico. T. XV. Pág. 266

no depende de ningún modo del albedrío de los contratantes; existe una necesidad lógica y jurídica que se impone a todas las voluntades y cada cual puede abstenerse de otorgar un contrato; pero al contratar, no está en su poder modificar la esencia del mismo, ni mucho menos atribuirle una distinta.

Pero hay situaciones un tanto frecuentes en que aparece un requisito de la esencia desempeñando un papel que muchos autores han confundido con una modalidad y que más aún encuentra su consagración en la letra misma del Código.

A estos casos nos vamos a referir para esclarecer la verdadera situación y afianzar la premisa sentada, de que un requisito de la esencia no puede desempeñar el papel de modalidad, sin desvirtuar su verdadero concepto.

12.—**Venta de cosa futura.**—La venta de cosas que no existen, pero se espera que existan, se entenderá hecha bajo la condición de existir, salvo que se exprese lo contrario, o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte, dice el art. 1813 del Código Civil.

De la norma citada se desprende que el Código calificó en dos formas distintas las ventas sobre cosas inexistentes: si es de cosa futura, se entiende hecha bajo la condición suspensiva de que llegue a existir; cuando se compra la suerte el contrato es puro y simple y tiene un objeto actual que es la propia suerte o esperanza. Eliminamos desde luego de nuestro estudio este último caso; en él, la indeterminación del objeto es el fin mismo del contrato.

El carácter condicional de la venta de cosa futura es unánimemente, reconocido y aceptado por la doctrina (42) y la jurisprudencia (43).

(42) Véase: Aubry et Rau. Cours de Droit Civil Français. Tomo V. Pág. 43; Alessandri. Compraventa y promesa de venta. N.º 251; Troplong. Le Droit Civil expliqué. Tomo I. Pág. 273; Laurent. Principes de Droit Civil Français. Tomo XXIV. Pág. 104; Manresa. Ob. cit. T. X. Pág. 28; Huc. Comentaire Théorique et pratique du Code Civil. Tomo X. Pág. 99.

(43) Véase: Gaceta de 1886, sent. 1879. Pág. 1215; Gaceta de 1882, sent. 2100. Pág. 1181; Gaceta de 1878, sent. 5728. Pág. 1878.

TEORIA GENERAL DE LAS MODALIDADES

571

Los autores expresan esta idea diciendo que en el caso de la venta de una cosa futura, la formación del contrato está subordinada a la realización de la cosa vendida, de manera que si no llega a existir, ello acarreará la nulidad del contrato por falta de objeto.

"Cosa futura, como dice Manresa, es la que no tiene existencia real y positiva en el momento de prestarse el consentimiento" (44).

De manera que si se celebra un contrato de compraventa que tenga por objeto una cosa futura, que no existe en ese momento pero que existirá después, se formará la venta en definitiva, cuando la cosa exista. "Si no llega a existir —dice el señor A. Alessandri Rodríguez— el contrato es inexistente por falta de objeto" (45).

¿Pero es esto verdad?

Tres situaciones bien diversas pueden presentarse, dice Baudry Lacantinerie, y son: 1.º La cosa no ha existido nunca y tampoco existirá en el futuro. Aquí no hay contrato porque si la cosa no ha existido ni existirá es la nada; hay imposibilidad absoluta para cumplirlo y nadie puede obligarse a lo imposible. Por esta razón el legislador ni se ha ocupado de este caso.

2.º La cosa no ha existido en el presente, pero podrá existir en el futuro. Este caso está contemplado en el art. 1813; es una venta de cosa futura.

3.º La cosa existió en el pasado, pero ha dejado de existir. Este caso es el del art. 1814 que dice "la venta de una cosa que al tiempo de perfeccionarse el contrato se supone existe y no existe, no produce efecto alguno".

Razonando con el señor Alessandri Rodríguez, tenemos que tanto en el caso del art. 1813 como en el del art. 1814, la venta es inexistente por falta de objeto, esto es que si la cosa futura falta, no hay contrato porque falta el objeto, y si ella no existe, como en el caso del art. 1814, tampoco hay venta por falta de objeto.

(44) Manresa y Navarro. Ob. cit. T. X. Pág. 27

(45) Alessandri R. Compraventa... etc. Pág. 270. T. I.

Nos preguntamos: si ambos casos son iguales ¿por qué se reglamentaron en dos disposiciones distintas y con diferentes efectos?

En realidad, el caso contemplado en el art. 1813 no es igual al del art. 1814. Parece a simple vista que así fuera, ya que en ambos falta "la cosa" y por lo tanto en ambos deberíamos tener los mismos resultados. Más ¿por qué el legislador en un caso dió eficacia a la venta y en el otro no? En nuestro concepto, en el caso de la venta de cosa futura hay en realidad objeto de contrato, pues conforme lo preceptúa el art. 1461, "no sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan..."

No ocurre lo mismo en el caso contemplado en el art. 1814. Aquí falta el objeto del contrato, pues habiendo perecido la cosa antes de celebrarse el contrato, la declaración de voluntad carece de objeto, es inexistente. No produce efecto alguno, ha dicho el legislador. En cambio, tratándose de la venta de cosa futura ha manifestado que "se entenderá hecha bajo la condición de existir".

De manera que en el caso de la venta de cosa futura, hay contrato puro y simple con todos sus elementos. Pero sucede que el objeto de la obligación, la cosa, está sujeta a una eventualidad; la obligación de dar, que envuelve la de entregar conforme al art. 1548, es eventual.

De ahí por qué el legislador, que no ha podido desentenderse de la realidad ha dicho que se entenderá hecha bajo la condición de existir o lo que es lo mismo está sujeta al evento de existir y por tratarse de un elemento de la esencia concluimos que no es condición modalidad, sino "conditio iuris" que da origen a un derecho eventual.

El contrato existe, perfecto, pero ha dado lugar a una obligación eventual y no podrá exigirse la entrega porque falta la cosa materia de la obligación. Y no puede hablarse de condición modalidad, pues como dice Giorgi al definir la condición, ella "es una relación arbitraria entre la obligación y un acontecimiento futuro e incierto, por el cual se hace depender la eficacia o la resolución de la obligación

TEORÍA GENERAL DE LAS MODALIDADES

573

misma del hecho de verificarse o no aquel acontecimiento". Y agrega "decimos relación arbitraria para dar a entender que la condición debe tener su fundamento exclusivo en la libre voluntad de las partes y no en la necesidad jurídica como sucede en este caso" (46).

"Toda relación con un acontecimiento incierto (con una modalidad) que sea la enunciación superflua de un requisito esencial del contrato, no es una modificación accidental de la obligación", dice Giorgi (47). "Conditionis iuris", decían los romanos, quae tacite insunt, supervacuae sunt, frustra adduntur, non faciunt legata conditionalia, y nosotros por identidad de razones podemos decir que no hacen condicional el contrato" (48).

Ahora bien, es achaque común de casi todos los escritores modernos el llamar condicional a la venta de cosa futura. Sin embargo, en esto hay —como dice Giorgi— un modo de hablar un poco impropio y anfibiológico, puesto que teniendo la venta por requisito esencial la existencia de una cosa vendida, el evento de que depende la subsistencia del contrato tiene una relación no arbitraria, sino necesaria con la obligación contractual (49).

De manera que concluimos que esta calificación de contrato condicional es inexacta. La condición es un acontecimiento incierto del cual las partes hacen depender la obligación; un elemento accidental del acto. Sus efectos están suspendidos por la voluntad de las partes; el acto es perfecto por contener todos sus elementos esenciales.

Hemos manifestado que en este caso estamos en presencia de un derecho eventual; la obligación y el derecho correlativo son eventuales y no condicionales. Cabe examinar, por tanto, qué se entiende por derecho eventual.

---

(46) Giorgi. Teoría de las obligaciones en el Derecho Moderno. Tomo IV. Pág.306.

(47) Giorgi. Ob. cit. T. IV. Pág. 306.

(48) Giorgi. Ob. cit. T. IV. Pág. 306.

(49) Giorgi, Ob. cit. T. IV. Pág. 307.

Se ha dicho que "derecho eventual es aquel cuyo elemento primordial existe ya" (50).

El Derecho Romano consagró el principio de la unidad de tiempo en la formación de los actos jurídicos, según el cual los elementos de la declaración de voluntad debían presentarse simultáneamente para dar lugar a la formación del acto o del contrato. En Roma, el acto jurídico no puede concluirse por etapas: lo impide el formulismo de su legislación. La doctrina clásica seguida por el legislador nos enseña que un derecho no puede nacer sino cuando el acto jurídico está definitivamente constituido. El acto nace en un solo instante, pues cuando el último elemento se reúne con los demás, aparece el acto en su constitución definitiva; pero antes no ha sido sino la nada jurídica.

Esta teoría, que es exacta, no puede ser un principio absoluto ya que escapan a su imperio una serie de situaciones en que se admite que el acto se perfeccione sucesivamente.

Habrà en un momento dado consentimiento de las partes, más tarde se formará el objeto del acto jurídico, en otro instante, una de las partes, que necesitaba una autorización para adherirse a él, en razón de su incapacidad, llegará a obtenerla. Ahora bien, de los elementos para formar el derecho nacido del acuerdo de voluntades uno sólo es esencial; la voluntad. Aún una sola voluntad basta para que pueda nacer un derecho eventual, a condición de que la ley la considere teniendo ya una cierta fuerza, una cierta estabilidad por sí misma. Cuando esta voluntad existe hay inmediatamente un derecho eventual.

En cuanto a los demás elementos, objeto, causa, aún capacidad, serían elementos menos necesarios para la existencia del derecho que para su ejecución. Pueden estos elementos existir por sí solos. Sin el consentimiento, empero, no tienen valor jurídico. Una capacidad, un objeto, son la nada sin la voluntad del hombre que le da vida. Nos hallamos pues frente a simples materiales del derecho.

---

(50) René Demogue. De la naturaleza y de los efectos del derecho eventual. Rev. Der. y Jur. T. IV. Pág. 5.

## TEORIA GENERAL DE LAS MODALIDADES

575

Por la inversa, cuando se reúne el elemento primordial con otro podrán faltar algunos de esos que son necesarios para poner en ejecución el derecho. ¿Cuál es aquí la situación? ¿Habrá que decir que se trata de un caso análogo a una condición? No, porque lo que aquí falta son elementos esenciales a la formación de la relación jurídica, que aún se encuentra en estado futuro; suspenden la ejecución del contrato, porque ningún acto puede ser ejecutado mientras sus elementos esenciales no estén reunidos y no porque la voluntad de las partes lo haya querido.

Estas situaciones, en que el derecho es aún imperfecto y el acto jurídico incompletamente constituido, han sido llamadas por ciertos autores situaciones eventuales.

Desde que ciertos elementos se reúnen para la formación del acto hasta que éste queda completo, transcurre un lapso en que las relaciones jurídicas se encuentran suspendidas, afectadas por la incertidumbre respecto del elemento que falta. En este sentido, el acto se encuentra sometido a una eventualidad y podemos decir que ella hace depender un derecho de un acontecimiento futuro esencial a su existencia y derecho eventual es el derecho nacido actualmente de un acto o situación jurídica incompleta, pero que poseen ya un elemento esencial: la voluntad manifestada en una forma protegida por la ley (51).

De manera, entonces, que al derecho eventual para ser puro y simple, le falta un elemento esencial a su existencia, lo que no ocurre en el derecho sujeto a modalidad.

El calificativo de elemento accidental del acto, que tradicionalmente se ha dado a la condición, y el análisis de sus elementos, sobre todo el carácter voluntario de la dependencia de los efectos del acto al acontecimiento futuro y de la naturaleza accesoria y extrínseca de este suceso, favorecen desde luego la separación inmediata entre derecho eventual y derecho condicional.

---

(51) Véase: R. Demogue, trabajo citado, y R. Galecio: "Ensayo de una teoría de los derechos eventuales". Memoria 1944. Pág. 24.

Mientras que en la condición el hecho a que está subordinado el vínculo obligatorio es algo distinto de la fuente del derecho, en la eventualidad ese hecho consiste, precisamente, en un elemento que es un presupuesto necesario y requerido por la ley para que el derecho exista o produzca los efectos que le son propios, como un elemento general a toda declaración de voluntad o especial a ciertos actos. Es, pues, algo esencial y no accidental, un elemento interno y no extrínseco lo que es preciso esperar para que el acto produzca sus efectos.

Por otra parte, la naturaleza de la subordinación es también diferente. En la eventualidad es la ley, la necesidad jurídica o la naturaleza de las cosas lo que hace depender el acto de un hecho de realización futura; en la condición, las partes pactan, el testador dispone o la ley, presumiendo la voluntad de los contratantes, establece esa dependencia. Ella es necesaria en un caso, voluntaria en el otro. Por eso es que Giorgi, para hacer resaltar esta característica de las modalidades, al definir la condición dice que es una relación arbitraria entre la obligación y un acontecimiento futuro.

Concluimos que el derecho y la obligación correlativa que emanan del contrato de venta de cosa futura son eventuales y no condicionales, ya que la cosa es un elemento esencial de ésta, es su objeto.

Cuando se vende una cosa futura, se llega en suma a considerar aquí la venta como actual y que sólo está sometida a una eventualidad su ejercicio, en el sentido más estricto de la palabra. Es que, en efecto, mientras que no se puede concebir una obligación sin consentimiento, se comprende muy bien una obligación que nace sin objeto actual. La única cosa que no se comprende es la ejecución de una obligación que carece todavía de objeto (52).

13.—Otros contratos.—Examinaremos a continuación otros contratos en que presentándose situaciones parecidas, han sido mal calificadas por la doctrina.

(52) René Demogue, trabajo citado, pág. 8.

## TEORIA GENERAL DE LAS MODALIDADES

577

14.—**La venta al gusto.**—El art. 1823 dice al respecto: "Si se estipula que se vende a prueba, se entiende no haber contrato mientras el comprador no declara que le agrada la cosa de que se trata, y la pérdida, deterioro o mejora pertenece entre tanto al vendedor".

En estas ventas, a más del consentimiento mismo del comprador es menester que la cosa sea de su agrado. Sólo así se reputará perfecta la compraventa.

Más de un autor ha pretendido demostrar que la venta al gusto es una venta condicional cuya existencia definitiva está subordinada a una condición suspensiva que consiste en que la cosa sea del agrado del comprador. La existencia del contrato queda subordinada a su mera voluntad.

La disposición del art. 1487, que declara nula la condición meramente potestativa que depende de la persona que se obliga sería aplicable o no, según el criterio del juez, porque el agrado del comprador no dependerá solamente de su fantasía o carácter, sino que estará determinado por la verificación que haga de la proporción entre el valor de la cosa y el precio, las necesidades que tenga de ella y las posibilidades de obtenerla a un buen precio en otros mercados (53).

En realidad aquí no hay tal condición pues como dice Portalis en su Exposé de Motifs presentado al Cuerpo legislativo: "No hay venta en tanto el comprador no haya gustado las cosas y declarado que le agradan, porque hasta este momento no hay un verdadero consentimiento de su parte" (54).

Falta, como se ve, un requisito de la esencia para que la venta surta plenos efectos y no un elemento accidental, como sería si se tratara de una condición.

La venta es eventual y no se perfeccionará sino cuando el comprador declare que le agrada la cosa; sólo desde entonces comenzará a surtir los efectos inherentes a tal con-

---

(53) Colmet de Santerre. cit. por Alessandri R. La Compraventa. Pág. 638.

(54) Portalis, cit. por A. Alessandri. Ob. cit. T. I. Pág. 637.

trato. Nuestros Tribunales se han pronunciado en el mismo sentido (55).

Hasta el momento en que el comprador declara que la venta es esencial a su existencia y de éste depende su perfección, sólo hay un contrato eventual ya que falta un elemento esencial a su existencia y de este depende su perfeccionamiento. Estamos aquí, como en el caso de la venta de cosa futura, ante una compraventa eventual, y cuando el comprador declare ser de su agrado la cosa, el contrato se convertirá en una compraventa perfecta; sin retroactividad, concordando así con lo preceptuado en nuestro Código sobre la pérdida y deterioros o mejoras. Ellos pertenecen entre tanto al vendedor.

15.—**Venta al ensayo.**—La venta al ensayo es aquella en que el comprador, antes de comprar la cosa definitivamente, se reserva la facultad de ensayarla para ver si reúne las condiciones requeridas y si es apta para el servicio al cual se destina (56).

Hay quienes sostienen que en este caso el comprador no está obligado pues puede dejar sin efecto el contrato por su sola voluntad. Habría entonces un elemento esencial del contrato al que éste estaría subordinado: la voluntad del comprador. Y sería indispensable que esta voluntad se manifestara para reputarla perfecta; antes no habría contrato, estaríamos ante un caso de eventualidad.

Estimamos, no obstante, que en esta venta hay ya un consentimiento formado respecto de la cosa y por tanto estamos en presencia de una venta condicional y no eventual.

El ensayo, a nuestro juicio, no puede tener sino un carácter accidental y totalmente ajeno a la voluntad del comprador, desde que no dependen de ella sus resultados. De manera que la venta al ensayo queda perfecta desde el

---

(55) Véase: G. 1873. s. 1858; p. 831; 1886; s. 541. p. 319. 1900 II. s. 6068. p. 542.

(56) A. Alessandri R. Ob. cit. T. I. Pág. 667.

## TEORIA GENERAL DE LAS MODALIDADES

579

instante mismo en que las partes convienen en la cosa y en el precio; eso si que se entiende hecha bajo condición suspensiva; sus efectos dependen del cumplimiento de una condición (57).

Pothier y los jurisconsultos romanos sostenían que esta venta es hecha bajo condición resolutoria y en su virtud el contrato se reputa puro y simple desde el primer momento, y si llega a cumplirse la modalidad, si la cosa no sirve al comprador, el vendedor está obligado a tomarla nuevamente y a devolver el precio si aquél se lo pagó (58).

En uno y otro caso, sea suspensiva o resolutoria la condición, vemos la importancia de distinguir si el elemento futuro es esencial o accidental pues en el primer caso podremos estar ante una eventualidad pero nunca frente a una modalidad. En el segundo caso estaremos frente a una modalidad.

16.—El contrato de seguro.—El Código de Comercio define el seguro en el art. 412, diciendo que es "un contrato bilateral, condicional y aleatorio por el cual una persona natural o jurídica toma sobre sí por un determinado tiempo todos o algunos de los riesgos de pérdida o deterioro que corren ciertos objetos pertenecientes a otra persona, obligándose, mediante una retribución convenida, a indemnizarle la pérdida o cualquiera otro daño estimable que sufran los objetos asegurados".

El legislador califica este contrato de condicional lo que a juicio del señor Hoyos (59) es evidentemente un error de concepto o una impropiedad de lenguaje.

Opina el señor Hoyos que el evento futuro e incierto de que pende el derecho del asegurado a cobrar la cantidad asegurada no constituye una condición, sin una "eventualidad".

---

(57) Véase: Aubry et Rau. Ob. cit. T. V. P. 12; Huc. Ob. cit. T. X. P. 39 y 40.

(58) Pothier. Tratado de las obligaciones. Tomo III. P. 108.

(59) Véase: Francisco Hoyos. "Algunas consideraciones sobre los seguros privados..." Memoria 1944. Págs. 29 y 30.

Estimamos acertada esta apreciación por cuanto, en este caso como en otros ya examinados por nosotros, la ocurrencia del riesgo en el seguro, evento futuro e incierto del cual pende el derecho del asegurado a la suma asegurada, no constituye una condición en el sentido clásico de esta palabra en el derecho, porque tal hecho implica un "supuesto obligatorio" que las partes no han estado en la posibilidad de eliminar.

La ocurrencia del riesgo es necesaria e indispensable para que nazca la obligación del asegurador que tiene por objeto una prestación de dar, y el derecho correlativo del asegurado, para demandar del primero el pago de la cantidad asegurada; constituye una eventualidad y no una condición, porque las partes no han tenido la posibilidad de estipular que el asegurador pagará la suma asegurada, aunque el riesgo no ocurra, no ha habido la posibilidad de algo puro y simple.

En definitiva, la ocurrencia del riesgo es esencial y mientras éste no se realice el derecho del asegurado a la suma asegurada es eventual y la obligación correlativa participa también del mismo carácter.

17.—Las capitulaciones matrimoniales.— Están definidas en el art. 1715 del Código Civil: "Se conoce con el nombre de capitulaciones matrimoniales las convenciones que celebran los esposos antes de contraer matrimonio, relativas a los bienes que aportan a él, y las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o futuro". El fin propio de las capitulaciones matrimoniales, tal como se encuentran definidas en el artículo 1715 del Código Civil, es determinar el estatuto jurídico por el que se han de regir los intereses pecuniarios de los cónyuges.

"Las capitulaciones matrimoniales son, según esto, la convención por la cual los esposos reglan sus intereses pecuniarios" (60).

---

(60) A. Alessandri R. Tratado práctico de las Capitulaciones. Pág. 43.

TEORIA GENERAL DE LAS MODALIDADES

581

Conforme a una tradición mantenida desde el siglo XVI (61), el Código Civil exige en la mencionada disposición que las capitulaciones se celebren antes del matrimonio, estando afectadas de nulidad en caso contrario.

Aunque están íntimamente ligadas con el matrimonio, pues su existencia está subordinada a su celebración y no se hacen irrevocables sino desde el día en que éste se verifique, se diferencian, sin embargo, fundamentalmente de él.

El matrimonio es una institución de orden público que mira a las personas. La ley lo regula de un modo imperativo, se rige por reglas especiales y no se le aplican las generales de los contratos, salvo disposición expresa, como ocurre con las relativas a la fuerza, art. 33 de la ley de matrimonio civil.

Las capitulaciones matrimoniales, en cambio, son actos jurídicos patrimoniales, que se refieren exclusivamente a los bienes; en ellas se consulta lo que las partes quieran, dentro, naturalmente, de los límites señalados por la ley, art. 1717, y les son aplicables, por lo general, las reglas de los contratos patrimoniales, sin necesidad de referencia expresa.

Pero la eficacia de las capitulaciones matrimoniales está subordinada, como queda dicho, a la celebración del matrimonio, sólo tienen utilidad y eficacia si se celebra el matrimonio.

Cabe preguntarse ¿cuál es el papel del matrimonio con respecto a las capitulaciones matrimoniales?

Los romanos decían que ellas se otorgaban bajo la condición "si nupties sequantur", esto es, se trataría de un contrato condicional en que el matrimonio pasa a tener el carácter de un elemento accidental del que dependen las capitulaciones matrimoniales. O como han querido ver muchos autores la existencia de una condición, en que un elemento que es de su esencia constituiría la modalidad.

Esto es un error porque la celebración del matrimonio no puede ser algo accidental, constituye un presupuesto

---

(61) Planiol y Ripert. T. V. N.º 52.

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 Lacantnerie. 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

583

el objeto de las capitulaciones matrimoniales para comprender que no pueden obrar eficazmente si no se celebran las nupcias.

Se ha dicho que el matrimonio es la causa de las capitulaciones matrimoniales (65), ya que los esposos no se obligan sino en virtud de esa celebración; es el motivo que los induce a contratar. Pero dicha celebración, además de ser un motivo determinante o causa eficiente de las capitulaciones matrimoniales y como tal un elemento intrínseco del acto, es también un elemento extraño y extrínseco, ajeno a la existencia o validez misma y que sólo afecta a la fecha en que sus efectos deberán producirse. Por tanto, antes de la celebración, las capitulaciones matrimoniales son perfectas en sí mismas, pero carecen de un elemento sui géneris. Los derechos que derivan de ellas han nacido, mas, permanecen latentes. Así entramos en el concepto de la eventualidad.

La celebración del matrimonio, insistimos, no es un acontecimiento arbitrario querido por las partes y del cual ellas hacen depender la existencia misma de un acto jurídico. Simple modalidad, ella no puede aspirar a jugar el rol de elemento esencial. La unión de los esposos tiene el valor de una eventualidad decisiva; hasta su realización, el contrato no es sino eventual y los derechos que de él emanan presentan la misma característica. Estamos pues, ante esta figura jurídica que hemos llamado derecho eventual, el que, al revés de lo que sucede en el derecho condicional, opera sin retroactividad (66).

**18.—Contratos dependientes.**—Esta relación que hemos venido observando en las capitulaciones matrimoniales con respecto al matrimonio, está íntimamente ligada con la noción de contratos dependientes. En efecto, hay muchos contratos

---

(65) Planiol y Ripert. Ob. cit. T. V. N.º 84.

(66) Véase: R. Galecio G. Ensayo de una teoría de los derechos eventuales. Memoria 1944. Pág. 105 y sgtes.

que para producir los efectos que les son propios necesitan de la existencia de otro contrato, aun cuando no están destinados a asegurar el cumplimiento de este último como ocurre en los contratos accesorios. Se citan como ejemplos de ellos las capitulaciones matrimoniales, la incorporación de nuevos socios a una sociedad o persona jurídica, etc. En el caso de la incorporación de nuevos socios, se precisa, naturalmente, que la sociedad o persona jurídica esté constituida con anterioridad. Si fuera la existencia de la sociedad o persona jurídica una condición modalidad y no un elemento esencial, tendríamos el absurdo de que el acto por el cual se van a incorporar los nuevos socios existiría no obstante que no se estipulara la modalidad por las partes, que tienen absoluta libertad para hacerlo o no. ¿Cómo vamos a incorporar un nuevo socio a una sociedad que no existe?

Otro caso de contrato dependiente encontramos en la novación, definida por el artículo 1682 del Código Civil que dice: "La novación es la substitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida".

Para que haya novación es indispensable que exista otra obligación anterior que se va a extinguir por intermedio de ella. La existencia de esta obligación no es un mero accidente de la novación. Lo mismo sucede en la posposición de una hipoteca, que supone necesariamente la existencia de otra hipoteca precedente nacida de otro contrato.

No obstante que estos contratos dependientes no son accesorios, participan en cierto modo de los caracteres de éstos. Si suponen la existencia de un contrato previo, no pueden producir los efectos que les son inherentes si el contrato al cual se subordinan no existe; consecuencia lógica que no ocurriría si la existencia de este contrato fuera un elemento accidental, ya que el elemento accidental puede agregarse o no a voluntad de los contratantes.

Esta situación, la hemos apreciado con toda claridad en las capitulaciones matrimoniales, que no son contratos condicionales ni contratos accesorios ya que no aseguran el cumplimiento de las obligaciones derivadas del matrimonio; son contratos dependientes, porque suponen la existencia de

## TEORIA GENERAL DE LAS MODALIDADES

585

otro acto: el matrimonio. De ahí que si el matrimonio no se celebra, las capitulaciones matrimoniales, aunque válidas, no producen efectos (67).

19.—**Contratos accesorios.**— El art. 1442 del Código Civil define el contrato accesorio como aquel que "tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no puede subsistir sin ella". Diferénciase del contrato dependiente, en que este último no tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal.

Son accesorios las garantías reales como la prenda, la hipoteca y la anticrécis, y entre las personales, la fianza (68).

Tales contratos son perfectos en sí mismos, por reunir todos sus elementos esenciales; pero en virtud de su propia naturaleza necesitan de una obligación principal, de manera que no pueden subsistir sin ella. Puede suceder que la caución preceda a la obligación principal y; en tal caso, ese elemento nuevo que se presenta en calidad de esencial existe y por tanto el acto es completo y eficaz.

Mas, hay otros casos que presentan una gran aplicación práctica, en que la garantía nace antes que la obligación principal. Y entonces cabe preguntarse ¿cuál es la situación jurídica de las cauciones antes de que nazca la obligación a que acceden? Si el contrato accesorio existe con anterioridad a la obligación principal, pero su ejecución está subordinada a ésta, surge la hipótesis de considerarlo sometido a una condición suspensiva. Se dirá: la hipoteca que se otorgó antes del mutuo está subordinada al acontecimiento futuro e incierto de que se contrate el préstamo. Negamos desde luego, como en los casos anteriores (capitulaciones matrimoniales, venta de cosa futura, venta al gusto) esta interpretación, en el entendido de que siendo la existencia de lo principal un elemento particular de la esencia para la eje-

---

(67) Véase: A. Alessandri R. La teoría general de los contratos. Apuntes. Pág. 23 y 24.

(68) Véase: M. Somarriva U. Tratado de las cauciones.

cución o eficacia de lo accesorio, una exigencia que deriva de la naturaleza misma de la caución y que no depende, en cuanto a requisito, del arbitrio de las partes, estamos desde luego fuera del concepto de condición modalidad.

En éste, como en todos los casos en que un acto esté subordinado a la concurrencia de un elemento esencial estaremos frente a una eventualidad y no a una modalidad, ya que lo característico en estas últimas es ser un elemento accidental del acto o del contrato.

20.—Donación por causa de matrimonio.—El párrafo VII del Título XXII del Libro IV del Código Civil, bajo el epígrafe "De la dote y de las donaciones por causa de matrimonio", establece algunas normas especiales; pero se dispone en el art. 1789 que estas donaciones están sujetas a las reglas generales en todo lo que no se opongan a las especiales de ese Título, lo que, desde luego, nos coloca en el campo jurídico de las donaciones entre vivos y con causa onerosa (art. 1404), presumiéndose en ellas siempre "la condición de celebrarse o haberse celebrado el matrimonio" (art. 1789).

Nosotros trataremos solamente de las donaciones celebradas por los futuros cónyuges y no de las que se hacen recíprocamente marido y mujer, ya que estas últimas son siempre revocables, aun cuando se celebren como irrevocables. (Art. 1138 inc. 3.º).

Cabe determinar el rol jurídico que juega el matrimonio respecto de estas donaciones, cuestión que presenta interés en el caso a que nos referimos y en el supuesto de donaciones hechas por terceros antes del matrimonio. Estas donaciones están expuestas al evento de que el matrimonio no se efectúe. Si el matrimonio no se celebra la donación caduca. Lógico es preguntarse cuál es el fundamento de este efecto, de esta caducidad por la no celebración del matrimonio.

Según la opinión generalmente admitida, tal efecto se encuentra fundado en la condición "*si nuptiae sequantur*"

TEORIA GENERAL DE LAS MODALIDADES

587

(69), lo mismo que en las capitulaciones matrimoniales. Se trataría entonces de una condición suspensiva.

Este parecer no resiste el primer análisis y no puede tener una base sólida porque el matrimonio desempeña aquí un rol jurídico muy diverso del de la condición.

En efecto, aquí la donación hecha en las capitulaciones matrimoniales "es menos sólida que una donación ordinaria, pues carece de algo, tiene una inferioridad, necesita adaptarse a circunstancias especiales" (70). La celebración del matrimonio desempeña no el oficio accidental de una modalidad, sino el rol de un elemento esencial. No podemos concebir una donación por causa de matrimonio sin matrimonio. Esta es la razón de ser de las donaciones hechas, es el motivo determinante del acto o contrato, es el móvil, el fin, la causa. Y si es elemento esencial el que falta no estamos desde luego en presencia de una condición suspensiva.

Pero no es solamente esta razón conceptual lo que nos lleva a semejante conclusión. La donación es un título traslativo según lo preceptúa el art. 703 del Código Civil, que habilita para adquirir el dominio por tradición. Nada obsta a que se haga tal tradición antes del matrimonio y si las cosas suceden así el esposo donatario llega a ser dueño puro y simple de la cosa. La donación, pues, ha producido sus efectos, el derecho ha nacido, no hay ninguna suspensión a su respecto. Es imposible entonces hablar de condición suspensiva.

El señor Alessandri Rodríguez sostiene que "las donaciones que se hagan los esposos en las capitulaciones matrimoniales también pueden surtir efectos desde que se perfeccionan, aunque el matrimonio no se haya celebrado; pero como en ellas se presume siempre la causa de matrimonio, si éste no se celebra quedarán sin valor: en tal caso la no

---

(69) Baudry Lacantinerie. T. II. N.º 2850.

(70) Josserand. Ob. cit. T. II. N.º 1756.

celebración del matrimonio obra como una condición resolutoria" (71).

También esta doctrina es errónea, en nuestro modesto criterio, porque la condición, sea suspensiva o resolutoria, es siempre una modalidad, un elemento accidental que puede faltar o no y la donación por causa de matrimonio está sometida, en cuanto a su existencia, a un elemento extraño pero esencial, la celebración del matrimonio, pues si no ocurre la donación caduca.

Pero esta situación no es igual a la que observamos en las capitulaciones matrimoniales pues en las capitulaciones están en suspenso sus efectos y ellos no se producen sino desde el momento del matrimonio mismo; en cambio, las donaciones producen desde luego sus efectos, el donatario es dueño de los bienes antes de las nupcias, si ha habido tradición.

En realidad como dice el señor Galecio (72) hay aquí lo que Planiol y Ripert llaman "causa legal resolutoria".

No todo lo que tiene virtualidad para resolver un acto es condición resolutoria, porque a veces el acontecimiento futuro e incierto que puede llegar a terminar con la eficacia del acto no es un elemento accidental, un hecho querido por las partes, como cuando se dice "te doy cien mil pesos, pero si vas a Buenos Aires me los devuelves", sino un presupuesto determinado por la naturaleza jurídica misma del acto, es un elemento intrínseco o interno del acto mismo, que va envuelto necesariamente en la figura jurídica determinada de que se trata.

En el caso en estudio, sucede que el esposo donante da cierto bien o cantidad al otro; el acto produce efectos, porque el donatario, en virtud de una tradición, llega a ser dueño; pero si el matrimonio no se consuma, el acto caduca. ¿Acaso aquí la celebración del matrimonio ha sido simplemente un hecho que debió verificarse porque las partes así lo esti-

(71) A. Alessandri R. Tratado práctico de las Cap. M. Pág. 89.

(72) R. Galecio G. Ob. cit. Pág. 75.

## TEORIA GENERAL DE LAS MODALIDADES

589

pularon? No, fué la ley la que lo exigió, porque todo acto debe tener su causa y aquí la causa materialmente no llegó a verificarse. Condición "extrinsecus veniunt quae tacite insunt".

21.—**Obligaciones naturales.**—Hay otras situaciones bien interesantes: son los casos de las obligaciones naturales. Aquí se da la anormalidad siguiente: falta un elemento esencial de la obligación, ya que ella, como dicen Colin y Capitant (73) "es una obligación, desprovista de sanción" El acreedor no puede perseguir el cumplimiento contra el deudor. Por lo tanto, este último es libre de cumplirla o no; es cuestión que ha de resolver a solas con su conciencia.

Tal es el rasgo característico de la obligación natural. Es susceptible de cumplimiento voluntario; pero no de coacción por los medios legales.

Se comprende enseguida que semejante género de obligaciones es algo excepcional pues la coacción, el derecho de exigir el cumplimiento forzado es elemento esencial de la obligación.

Para concebir estas relaciones jurídicas hay que pensar que se presentan circunstancias en las que una persona, sin estar expuesta a la persecución de otra puede, sin embargo encontrarse moralmente obligada respecto de ella "en el fuero del honor y la conciencia" como decía Pothier. Ocurre esto por ejemplo, en el caso de aquel que está obligado por una deuda no pagada y extinguida por la prescripción liberatoria. El deudor que en semejante caso, aunque libre de toda persecución, paga a su acreedor, no realiza una liberalidad, sino que paga una verdadera deuda. No es posible considerarlo como un donante, porque sería ir contra la realidad de las cosas. Por lo tanto el análisis jurídico lleva necesariamente a reconocer la existencia de una clase de obligaciones imperfectas que constituyen un término medio entre la obligación civil y el acto de liberalidad.

---

(73) Colin y Capitant. Ob. cit.<sup>1</sup> T. III. Pág. 112. ed. 1943

Pero estas obligaciones imperfectas no pueden ser consideradas como una modalidad de las obligaciones, ya que a ello se opone la esencia misma del concepto de modalidad; nunca un elemento esencial puede desempeñar el rol de modalidad, como ocurriría aquí.

La coacción, al faltar, hace a estas obligaciones diversas de las demás, y podrán considerarse como imperfectas, pero nunca afectadas por una modalidad.

22.—**Conclusiones.**—A través de este párrafo hemos analizado diversas situaciones en que se ha estimado, por algunos autores, que un elemento de la esencia puede desempeñar el rol de modalidad. Desvirtuado este concepto, podemos decir que en todos aquellos casos en que actúa un requisito de la esencia y no uno accidental, estamos frente a situaciones que pueden constituir una eventualidad, una causa legal resolutoria o cualquiera otra figura jurídica; pero nunca una modalidad.

## PARRAFO OCTAVO

### Cosas de la naturaleza y las modalidades

23.—**Principio.**—Cosas de la naturaleza son aquellas que no siendo esencial al contrato, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial, dice el art. 1444 del Código Civil.

En nuestro concepto no hay inconveniente en que un elemento de la naturaleza pueda ser estipulado como modalidad.

Los elementos de la naturaleza miran generalmente a las consecuencias normales del acto, de manera que para estipularlos como modalidades se requiere que se les atribuya un efecto jurídico distinto del que les señala la ley, y que en su virtud se alteren los efectos normales del acto. Así estipulado un elemento de la naturaleza, desempeñará el rol de una modalidad sin desvirtuar en lo más mínimo su concepto.