

SEGUNDA PARTE

FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

TEMA 20

El Contrato¹

SUMARIO: 1. Generalidades y noción 2. Caracteres 3. Importancia 4. Clasificación 5. Elementos o condiciones 6. El objeto 7. La causa 8. Capacidad 9. Formación 10. Validez 11. Efectos 12. Cumplimiento 13. Interpretación 14. Contratos bilaterales. Reglas y acciones 15. Teoría de los riesgos.

1. Generalidades y noción²

El contrato es sin lugar a dudas la mayor y más importante fuente de las obligaciones³. Y aunque para algunos está en declive, en razón de la moderna y progresiva caída del principio de la autonomía de la voluntad, sigue conservando su privilegiado sitio como fuente por antonomasia de

¹ Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1133 al 1145*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1982; *Código Civil de Venezuela. Artículos 1159 al 1168*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1981; MÉLICH ORSINI, *Doctrina ...*, pp. 1-57; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 373 y ss.; PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, pp. 128 y ss.; RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, p. 33-35; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. I, pp. 251-404; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 421-502; DOMINICI, *ob. cit.*, pp. 526 y ss.; SANOJO, *ob. cit.*, pp. 8 y ss.; CALVO BACA, *ob. cit.*, pp. 16-48; MILIANI BALZA, *ob. cit.*, pp. 57 y ss.; ANNICCHIARICO VILLAGRAN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 19-103; RAMÍREZ, *ob. cit.*, pp. 75-78; PIERRE TAPIA, *ob. cit.*, pp. 171-207; VEGAS ROLANDO, Nicolás: *Estudios sobre contratos en el Derecho venezolano*. Caracas, Ediciones Fabretón, 1973; SANTOS BRIZ, Jaime: *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*. Granada, Comares, 1992; MEJÍA ALTAMIRANO, José: *Contratos Civiles. Teoría y Práctica*. Caracas, Ediciones Libra, 2001; SERRANO ALONSO, Eduardo y Eduardo SERRANO GÓMEZ: *Manual de Derecho de Obligaciones y Contratos*. T. II, Vol 1, Teoría General del Contrato. Madrid, Edisofer, 2008; CARDILLI, Ricardo: *Contrato y obligación: la importancia de su vínculo en la tradición del Derecho Civil*. En: Revista de Derecho Privado N^o 15, 2008, pp. 41-57; <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3252250.pdf>; LÓPEZ DE ZAVALIA, Fernando J.: *El Contrato: institución eterna*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 282-301, www.acaderc.org.ar; LARROUMET, Chistian: *Teoría general del contrato*. Colombia, Temis, reimpresión de primera edic. 1990, 1999, Trad. Jorge Guerrero R., Vol. I; FIERRO MENDEZ, Rafael Enrique: *El contrato ¿libertad o poder?* En: Responsabilidad civil y negocio jurídico. Tendencias del Derecho Contemporáneo. Director: Álvaro Echeverri/ Coordinadores: José Manuel Gual y Joaquín Emilio Acosta. Colombia, Universidad Santo Tomás/Grupo Editorial Ibáñez, 2011, pp. 57-62; MORELLO, Augusto M.: *Contrato y Proceso. Aperturas*. Argentina, Librería Editora Platense-Abeledo Perrot, 1990; LASARTE, Carlos: *Curso de Derecho Civil Patrimonial. Introducción al Derecho*. Madrid, Tecnos, 15^a edic., 2009, pp. 303 y ss.; LÓPEZ SANTA MARÍA, *ob. cit.*, (in totum); OSPINA FERNÁNDEZ, G. y E. OSPINA ACOSTA: *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Santa Fe de Bogotá, edit. Temis, 5^a edic., 1998.

² Véase: MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 1-26; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 15-27; SCHIPANI, Sandro: *Las definiciones de contrato del sistema jurídico latinoamericano*. En: El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un Código Latinoamericano tipo. Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 13-62; ALIOTO, Daniel G. y Gabriel de REINA TARTIÈRE: *Concepto de contrato. Función y fundamento. Principios del Derecho Contractual*. En: Contratos Civiles y Comerciales. Parte General. Buenos Aires, Heliasta, 2010, pp. 9-31; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDIZ y otros, *ob. cit.*, pp. 323 y ss.

³ Véase: BONNECASE, *ob. cit.*, p. 635, se pregunta que relación existe entre el Derecho de Obligación y el de los Contratos, en la teoría de la primera se estudia la noción y reglamentación de los Contratos, la clasificación, efecto y disolución de tales.

las obligaciones. El término proviene del latín “*contractus*” que significa venir en uno o convenir⁴.

El contrato es una modalidad del acto jurídico⁵ (pues supone la intervención de la voluntad)⁶ o más precisamente del negocio jurídico⁷. Este último supone una declaración de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos⁸. “Mediante el negocio los sujetos regulan sus propios intereses de forma tal que resulta evidente su carácter instrumental y normativo para autodeterminar mecanismos vinculantes”⁹. El negocio jurídico puede ser unilateral o bilateral, según resulte de una sola declaración de voluntad (testamento) o esté integrado por dos o más manifestaciones de voluntad entre los que se distingue el acuerdo, la convención y el contrato. El contrato es pues un negocio jurídico bilateral¹⁰.

El acuerdo supone coincidir en un asunto de interés común. La convención implica un concierto entre dos o más personas para realizar un fin. El contrato es una especie de convención, de conformidad con el artículo

⁴ RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, p. 33.

⁵ Véase: TORRES VÁSQUEZ, Anibal: *Acto Jurídico*. Perú, edit. San Marcos, 1988; MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 1 y 2, se distingue entre *hecho jurídico* en sentido estricto (no depende de la voluntad sino de la naturaleza pero tiene efectos jurídicos como nacimiento y muerte) y el *acto jurídico* en el que interviene la voluntad; BUERES, Alberto: *El acto ilícito*. Buenos Aires, Hammurabi, 1986, pp. 25-31, el hecho jurídico es un acontecimiento al cual la ley le liga una consecuencia jurídica. Los hechos jurídicos pueden ser naturales o humanos, los primeros provienen de la naturaleza y los segundos del hombre. Los hechos humanos se llaman actos; LARROUET, *ob. cit.*, Vol. I, p. 59, el acto jurídico es un acto de la voluntad que tiene por objeto crear una situación jurídica. A diferencia del “hecho” en que no interviene la voluntad.

⁶ Véase sobre el acto jurídico: MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 1 y ss. Clasificación de los negocios jurídicos: *unilateral* (de una sola declaración de voluntad); *recepticio* (dirigido a un destinatario), *no recepticio* (no va dirigido a un destinatario indeterminado por lo que se eficacia es independiente de su comunicación), por ejemplo la oferta pública de recompensa (art. 1139 CC) y el testamento (art. 833 CC); Negocio bilateral es aquel que resulta de dos o más declaraciones de voluntad y que produce efectos para todas las partes. (ejem. Contrato y acto colectivo).

⁷ Nuestro CC orientado por el CC Napoleón –a diferencia del CC Alemán– no trae una teoría general del negocio jurídico. Véase sobre el negocio jurídico: BETTI, Emilio: *Teoría General del Negocio Jurídico*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 2ª edic., 1943 (prólogo), Traducción de A. Martín Pérez; GUILLIOD TROCONIS, Rafael: *El negocio jurídico como fuente de derecho*. En: Revista de Derecho N° 3. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, pp. 23-109; CARNELLI, Santiago y Eugenio B. CAFARO: *Eficacia Contractual*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, pp. 11 y ss.; MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *¿Actos o negocios jurídicos?* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-23, www.acadecr.org.ar <<La categoría de los “actos jurídicos” es asimilable –en alguna medida– a lo que la doctrina europea moderna denomina “negocio jurídico”, pero tiene mayor precisión, pues al ser la propia ley la que tipifica la figura, evita las vacilaciones que se encuentran con frecuencia en la doctrina europea, cuando trata de caracterizar el “negocio”, y lo hace de manera dispar, por carecer de bases normativas precisas. La denominación de “negocio” puede inducir a confusión a algunos autores, que limitan los actos negociales a los que tienen un “fin patrimonial, o lucrativo”>>.

⁸ PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 129; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Diccionario...*, p. 111.

⁹ CARNELLI y CAFARO, *ob. cit.*, p. 15.

¹⁰ OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, p. 175; LÓPEZ SANTA MARÍA, *ob. cit.*, p. 15; ALBALADEJO, *ob. cit.*, pp. 366 y 367, en un sentido amplio es un negocio jurídico bilateral, un acuerdo de voluntades de las partes que regula un asunto jurídico. Pero en un sentido restringido es un acuerdo de voluntades para crear, modificar o extinguir obligaciones; LARROUET, *ob. cit.*, Vol. I, p. 60.

1133 del CC: “El contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico”¹¹. Para Lacruz Berdejo “vulgarmente se entiende por contrato el acuerdo de voluntades entre dos o más personas creador de derecho y obligaciones entre ellas”¹². Esto es, constituye un negocio jurídico bilateral creador de obligaciones. Es pues, la fuente ordinaria y normal de éstas¹³. Es el acto jurídico más común del Derecho privado¹⁴.

Bernad Mainar define el contrato como un negocio jurídico patrimonial de carácter bilateral: se trata de un negocio jurídico bilateral cuyo efecto consiste en constituir, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial¹⁵. Vale recordar su valor de fuerza de ley entre las partes¹⁶. Para Rodríguez Ferrara constituye un “negocio jurídico bilateral con contenido netamente patrimonial en que las partes tienen intereses contrapuestos”. Agrega acertadamente el autor que se contrata con el ánimo de satisfacer una necesidad, pues se trata de un fenómeno jurídico con proyección mayormente económica. Y así por ejemplo, si necesitamos una casa, se presentan varias opciones contractuales: compraventa, arrendamiento, comodato, donación, etc. Nuestra vida de relación nos obliga a ser contratistas por naturaleza¹⁷.

También se reseña un sentido amplio y otro restringido de la expresión “contrato”. Según el primero se trata de un acto de autonomía privada dirigido a producir una mutación en la realidad jurídica a través de la concurrencia de las declaraciones de voluntad de dos o más personas: se identifica con el negocio jurídico bilateral. En un sentido restringido se ciñe exclusivamente al ámbito del Derecho patrimonial, siendo un acuerdo de voluntades dirigido a la producción, modificación o extinción de relaciones obligatorias¹⁸. El contrato no sólo da origen a obligaciones sino que da reglas a las ya constituidas¹⁹.

Algunos lo diferencian de la convención que no presenta contenido patrimonial. De allí que Pothier definiera el contrato como una “especie de

¹¹ Véase sobre la norma: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1133 al 1145*, pp. 15-39. El CC de 1862 y el CC de 1867 definían el contrato como un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer una cosa. Cada parte puede estar constituida por una o muchas personas. El CC de 1873 inspirado en el CC italiano de 1865 modificó la norma y se repite en los CC siguientes pero el CC de 1942 le adiciona el verbo “transmitir” (LAGRANGE, *Apuntes...*).

¹² LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, p. 265; LÓPEZ Y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 215, acuerdo de voluntades generador de obligaciones entre las partes.

¹³ O'CALLAGHAN MUNOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 527.

¹⁴ BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pp. 41, caracterizado por el acuerdo de dos o más voluntades para crear, transmitir o extinguir derechos y obligaciones.

¹⁵ BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 26.

¹⁶ Véase: ABELIUK MANASEVICH, *ob. cit.*, T. I, pp. 101 y ss.

¹⁷ RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, pp. 33 y 34.

¹⁸ PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 545 y 546; DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, p. 29, en un sentido restringido es un negocio jurídico bilateral que incide sobre relaciones jurídicas patrimoniales.

¹⁹ DOMINICI, *ob. cit.*, p. 527.

convención” que tiene por objeto formar algún compromiso²⁰. Desde 1873, seguimos la concepción del CC italiano de 1865 que ve el contrato como una forma para constituir relaciones obligatorias. Surge el dogma de la voluntad como fuente de obligatoriedad del contrato. En Roma no se concibió el contrato como una categoría abstracta y abierta sino a través de una forma típica. Roma fue formalista (*estipulatio*) y luego surge el consensualismo, a la par que el cristianismo introduce la ética²¹. Se aclara sin embargo que la distinción entre convención y contrato no tiene ningún interés en la práctica, se considera, generalmente que la primera es el género al cual pertenece el segundo, que aparece así como la especie. Cuando un acuerdo de voluntades tiene un objeto distinto a la creación de una obligación, cabría hablar de convención y no de contrato²². De tal suerte que hay convenciones que no son contratos, tales como las que modifican o extinguen un derecho²³.

Para otros, el contrato es una norma jurídica particular a las que las partes someten su conducta, las que deben obrar conforme a la prescripción en ella contenida. La ejecución de esa prescripción determinará el cumplimiento del contrato²⁴. Finalmente, hay quien considera que se trata de una distinción que carece de interés, amén que existen casos en que el Legislador pareciera utilizar las expresiones contrato y convención como sinónimos. Como es el caso del artículo 1387 CC que indica que “*no es admisible la prueba de testigos para probar la existencia de una convención celebrada con el fin de establecer una obligación o de extinguirla...*”²⁵.

En Roma era la única figura capaz de crear obligaciones; al principio cargado de formalismos que fueron atenuados con el tiempo, especialmente en la Edad Media donde se alude al principio consensualista²⁶. Se llega a la suplantación del sistema formalista, el surgimiento de la autonomía de la

²⁰ POTHIER, *ob. cit.*, p. 12.

²¹ Véase: MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 8-14; SANOJO, *ob. cit.*, p. 8, el contrato es una convención, y ésta es un acuerdo de voluntades para producir efectos jurídicos; DOMINICI, *ob. cit.*, pp. 526 y 527.

²² LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 59 y 60.

²³ LAGRANGE, *Apuntes...*, así según la concepción francesa, por ejemplo, la venta es un contrato pero la remisión de deuda es una convención. El matrimonio es una convención y no un contrato, así como también la separación de cuerpos y los esponsales sería un convenio. La convención constituye una categoría más amplia que el contrato. Definía el contrato como un negocio jurídico bilateral o plurilateral dirigido a constituir, regular o reglar, transmitir, modificar o extinguir, una relación jurídica de contenido patrimonial. Se aprecia de la definición que existen contratos constitutivos, normativos (de trabajo), modificativos (cesión de crédito o delegación), solutorios o extintivos (remisión de deuda o mutuo *disenso*).

²⁴ VIDAL OLIVARES, Álvaro: *La construcción de la regla contractual en el Derecho Civil de los contratos*, En: *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Colección Textos de Jurisprudencia. Colombia, Editorial Universidad del Rosario, 2010, p. 33.

²⁵ SEQUERA, *ob. cit.*, pp. 195 y 196.

²⁶ Indicaba LAGRANGE (*Apuntes...*) que el formalismo romano tuvo lugar cuando Roma era una ciudad pequeña. Pero luego Roma se hizo un pueblo conquistador, se convirtió en una ciudad mercantil donde el formalismo era incómodo ante tales situaciones. Con ello se admitieron cuatro contratos consensuales: compraventa, arrendamiento, mandato y sociedad. Y conocieron también la figura de los contratos inominados.

voluntad y la proliferación de contratos consensuales en el Derecho Moderno. Pero a propósito de la aproximación histórica al concepto de contrato en su concepción básica o primitiva, algunos se remontan a los inicios de la humanidad. Pues el concepto tradicional es relativamente reciente²⁷, pudiéndose encontrar sus inicios en el Derecho Griego, pasando por las distintas etapas del Derecho Romano, para llegar al Derecho intermedio, de la Edad Media para llegar a los tiempos modernos²⁸. El problema del consensualismo tiene que ver con saber si el contrato surge en la vida jurídica como simple pacto desnudo por la sola voluntad interna de las partes o por el contrario debe cumplir con las formalidades o rituales de ley. Siendo que ello depende del ordenamiento y de la categoría del contrato de que se trate. No obstante las ventajas que puedan predicarse respecto de ello²⁹. De allí que modernamente se aluda a la “libertad de forma” a propósito del consentimiento, pues la tendencia es a abandonar los formalismos y formulismos que con anterioridad constituían un elemento fundamental del acuerdo de voluntades³⁰.

2. Caracteres

2.1. *Bilateralidad*: El contrato es un acto jurídico o más precisamente un negocio jurídico bilateral³¹. Es una convención porque combina el concurso de dos o más voluntades para la realización de un determinado efecto jurídico.

2.2. *Patrimonialidad*: Regula relaciones o vínculos de carácter patrimonial, susceptibles de ser valorados desde el punto de vista económico y es lo que propiamente lo diferencia de la convención. Y así por ejemplo no es contrato dada la ausencia de tal característica el acto jurídico relativo a la donación de órganos del cuerpo humano.

2.3. *Produce efectos obligatorios*: Obliga a todas las partes que lo integran en virtud del consensualismo.

2.4. *Es fuente de obligaciones*: La más importante³² y la que mayor número de relaciones obligatorias genera. Y desde un punto de vista más amplio se alude a que el contrato es fuente de derecho, que crea un estatuto de sujeción³³.

²⁷ Véase: LÓPEZ SANTA MARÍA, *ob. cit.*, p. 25.

²⁸ Véase: *ibid.*, pp. 27-72.

²⁹ *Ibid.*, pp. 243-259.

³⁰ LASARTE, *Curso...*, p. 305.

³¹ Ello es diferente al contrato “bilateral” que es aquel que genera deberes y derechos para ambas partes.

³² RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, *ob. cit.*, p. 73; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 9-2-15, Exp. AP11-M-2011-000463, <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/.../2116-9-AP11-M-2011-000463.html> “...en ocasión de un contrato, que si bien es cierto configura la fuente más importante y de mayor aplicación práctica en la teoría general de las obligaciones, dando lugar a un negocio jurídico, es decir, la manifestación de voluntad entre una o varias personas dirigidas a producir efectos y consecuencias, de carácter jurídico y de ineludible cumplimiento, quedando así obligadas entre sí” (destacado nuestro).

³³ MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 382 y 383; ALIOTO y Gabriel DE REINA TARTIÈRE, *ob. cit.*, pp. 19-22.

2.5. *Presenta un “iter” en cuanto a su perfeccionamiento*, elementos esenciales para su constitución, así como una regulación sustantiva detallada en cuanto a su cumplimiento³⁴.

2.6. *Sigue siendo a pesar del declive de la autonomía de la voluntad, la más clara manifestación de la autonomía privada*³⁵. No obstante, algunos opinan que en el Derecho Civil de los Contratos, las normas son, por lo general, dispositivas, y excepcionalmente, imperativas, pese a que no exista una presunción que lo establezca³⁶. Pero vimos que la legislación venezolana reciente, permite dudar de tal afirmación³⁷.

2.7. *Presenta una importante función económica y social*: Sirve para canalizar las necesidades más simples y rudimentarias a través del intercambio³⁸. De las cuales se distinguen subfunciones de cambio, crédito, garantía, custodia, previsión, recreación y cooperación³⁹. Se fundamenta en la voluntad, esto es, es obra exclusiva de la voluntad de los contratantes⁴⁰.

3. Importancia

Constituye el instrumento por el cual el hombre en sociedad pueda satisfacer necesidades: siendo el acto jurídico de mayor incidencia; única figura capaz de contener y abarcar la diversidad de composiciones voluntarias que caracterizan la vida moderna⁴¹. “Uno no contrata tanto con el ánimo de adquirir o modificar una obligación como con el ánimo de satisfacer una necesidad. De ahí que el contrato, antes de ser un fenómeno jurídico, es más un fenómeno económico”⁴². “Es muy difícil salir a la calle y no celebrar un contrato”⁴³.

La sentencia española de 6 de diciembre de 1.968 declara que una de las fuentes de las obligaciones y sin duda la de mayor importancia es la derivada de los pactos entre particulares⁴⁴. El contrato se convierte sino en la única, sí en unas de las principales fuentes de las obligaciones⁴⁵. Es sin duda,

³⁴ Véase *infra* tema 20.9.

³⁵ PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 545.

³⁶ VIDAL OLIVARES, *ob. cit.*, p. 37.

³⁷ Véase *supra* tema 1.7.2

³⁸ LÓPEZ SANTA MARÍA, *ob. cit.*, p. 19.

³⁹ *Ibid.*, pp. 23 y 24.

⁴⁰ LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, p. 82-112.

⁴¹ MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 383; ANNICCHIARICO, *Un nuevo...*, p. 275, el contrato es sin duda, el mecanismo por excelencia que regula el tráfico de los bienes y servicios y permite al ser humano alcanzar la satisfacción de sus necesidades.

⁴² RODRIGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, p. 33, agrega que es el medio principal del que se dispone para satisfacer necesidades. Por ejemplo, una casa para vivir, tomar el autobús, comprar un libro o un café.

⁴³ *Ibid.*, p. 34.

⁴⁴ LETE DEL RÍO, *ob. cit.*, p. 95.

⁴⁵ BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 30; MARTÍN PALLÍN, José Antonio: *Los contratos blindados*. En: Notario del siglo XXI, Revista on line del Colegio Notarial de Madrid N^o 46, noviembre-diciembre 2012, <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-46/217-sumario-numero-46-o-5898250151330838>

la fuente más importante y frecuente del que proceden las obligaciones⁴⁶. Es el instrumento jurídico más utilizado en las sociedades más desarrolladas para realizar el tráfico de bienes⁴⁷. Desde la compra del periódico, el transporte público hasta complejos acuerdos; se refleja que se trata de una institución jurídica no comparable con ninguna otra⁴⁸. Se agrega que el contrato está íntimamente ligado a la institución de la propiedad privada por ser un vehículo o instrumento jurídico de circulación de la riqueza⁴⁹

4. Clasificación⁵⁰

Las clasificaciones de los contratos pretenden sistematizar al mismo con base a ciertos criterios, como indicamos respecto de la clasificación de las obligaciones. Para algunos presenta un valor inigualable para la comprensión de las figuras vigentes⁵¹ en tanto que para otros representa escasa utilidad práctica⁵². En el mundo del Derecho todo intento de clasificación tiene una importancia práctica relativa, mayormente didáctica o expositiva⁵³. Sin embargo, se admite que la formulación de clasificaciones y categorías contractuales, responden al deseo de sistematizar la realidad según criterios de uniformidad, lo cual es natural en cualquier actividad científica⁵⁴.

4.1. Según surjan obligaciones para una de las partes o para ambas partes: *unilaterales/bilaterales*⁵⁵.

Dispone el art. 1134: “*El contrato es unilateral, cuando una sola de las partes se obliga; y bilateral, cuando se obligan recíprocamente*”⁵⁶. Son contratos bilaterales por ejemplo, la compraventa, la permuta, la cesión de derechos onerosa; en tanto son unilaterales el comodato, el mutuo, la fianza gratuita

“El contrato viene a la vida en el seno de una sociedad que lo ha admitido como instrumento de relaciones económicas y como fuente de obligaciones”.

⁴⁶ SÁNCHEZ CID, *ob. cit.*, p. 289; OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, p. 175.

⁴⁷ SERRANO ALONSO y SERRANO GÓMEZ, *ob. cit.*, p. 13.

⁴⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, p. 324.

⁴⁹ LAGRANGE, *Apuntes...*

⁵⁰ Véase: MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 27-57; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 384-398; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 30-50; SEQUERA, *ob. cit.*, pp. 203-212; SANOJO, *ob. cit.*, pp. 8-13; CALVO BACA, *ob. cit.*, pp. 30-33; MILIANI BALZA, *ob. cit.*, pp. 76-105; SANTOS BRIZ, *ob. cit.*, pp. 68-72; SÁNCHEZ CID, *ob. cit.*, pp. 296 y 297; O' CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 529-531; MEDINA DE LEMUS, *ob. cit.*, pp. 154-158; LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, pp. 227 y 228, OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, pp. 185-208; ALBALADEJO, *ob. cit.*, pp. 410-454; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, pp. 346-348; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 564 y 565; DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, pp. 33-38; ELIA, Marcos: *Clasificación de los contratos*. En: *Contratos Civiles y Comerciales. Parte General*. Buenos Aires, Heliasta, 2010, pp. 53-79; LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 140-176; BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pp. 27-40.

⁵¹ ELIA, *ob. cit.*, p. 53.

⁵² Véase: SANTOS BRIZ, *ob. cit.*, pp. 68 y 69.

⁵³ SERRANO ALONSO y SERRANO GÓMEZ, *ob. cit.*, p. 179.

⁵⁴ LÓPEZ SANTA MARÍA, *ob. cit.*, p. 98.

⁵⁵ SEQUERA, *ob. cit.*, pp. 207-212; LÓPEZ SANTA MARÍA, *ob. cit.*, pp. 99-101; LASARTE, *Curso...*, p. 313; ELIA, *ob. cit.*, pp. 63-66; DOMINICI, *ob. cit.*, pp. 527-529.

⁵⁶ Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1133 al 1145*, pp. 41-61.

y renta vitalicia⁵⁷. Es exclusivo de los contratos bilaterales figuras como la cesión del contrato, la excepción de incumplimiento, la resolución⁵⁸, la teoría de la imprevisión y la teoría de los riesgos⁵⁹.

También se alude a *sinalagmáticos perfectos o imperfectos*⁶⁰ en aquellos casos en que se genera obligación para una sola parte pero durante el curso o vida del contrato es posible que sobrevengan obligaciones para la parte que inicialmente no era obligada. Tal es el caso del contrato de depósito (CC, art. 1773) que en principio es gratuito y unilateral generando sólo obligaciones para el depositario, pero es posible que en el curso del contrato éste haya tenido que hacer gastos de conservación de la cosa depositada que deben ser reembolsados. Lo mismo vale decir del comodato (CC, art. 1733) y del mandato (CC, art. 1699). Indicaba Lagrange que la mayoría de los autores está conforme en que a los llamados contratos sinalagmáticos imperfectos no les es aplicable la disciplina de los contratos bilaterales. Toda vez que se queda obligado por un hecho posterior al contrato original, esto es, a un hecho accidental o eventual. Otros tienen una opinión distinta pues alegan que surgen obligaciones recíprocas que no descartan por ejemplo la excepción de incumplimiento, que sería posible oponerla en forma de derecho de retención, cuando la obligación sobrevinida no sea cumplida por la parte a quien ha venido a incumbirle como deudora.

4.2. Según el fin: *onerosos/gratuitos*⁶¹

Prevé el artículo 1135 del CC: *“El contrato es a título oneroso cuando cada una de las partes trata de procurarse una ventaja mediante un equivalente; es a título gratuito o de beneficencia cuando una de las partes trata de procurar una ventaja a la otra sin equivalente”*⁶².

La distinción se basa en un criterio básicamente económico⁶³. En el contrato oneroso cada parte sufre un sacrificio, un empobrecimiento patrimonial representado por la prestación que está obligado a cumplir. En un

⁵⁷ ELIA, *ob. cit.*, p. 63, es bilateral el mandato oneroso, la fianza onerosa y el depósito oneroso pero es unilateral el mandato gratuito, la fianza gratuita, la donación simple.

⁵⁸ Indicaba LAGRANGE (*Apuntes...*) que si el contrato unilateral solo obliga a una parte, si ésta incumple la otra parte puede exigir la ejecución del contrato y si ésta es imposible podrá pedir la reparación de daños y perjuicios, pero no la resolución.

⁵⁹ PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 137.

⁶⁰ Estos últimos no engendran obligaciones sino para una de las partes (depósito, mandato, comodato). Véase: BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 30-33; O' CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 529; OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, pp. 187-189; ALBALADEJO, *ob. cit.*, pp. 424-427; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS y otros, *ob. cit.*, p. 346; LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 149-156.

⁶¹ Véase: BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 33-36; SEQUERA, *ob. cit.*, pp. 223 y 224; DOMINICI, *ob. cit.*, p. 529; O' CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 529; OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, p. 189; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS y otros, *ob. cit.*, p. 346; LÓPEZ SANTA MARÍA, *ob. cit.*, pp. 105-113; LASARTE, *Curso...*, pp. 312 y 313; ELIA, *ob. cit.*, pp. 59-62; LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 141-148.

⁶² Véase sobre la norma: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1133 al 1145*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1982, pp. 63-77.

⁶³ LÓPEZ SANTA MARÍA, *ob. cit.*, pp. 105 y 106.

contrato a título oneroso, el sacrificio y la ventaja que cada parte sufre, generalmente está en una situación de equivalencia. Solo excepcionalmente si el desequilibrio es desproporcionado la ley consagra la rescisión por causa de lesión. El contrato gratuito es aquel en que una sola de las partes recibe por efecto del contrato una ventaja patrimonial, lucro o atribución patrimonial, mientras que la otra parte soporta un sacrificio sin recibir nada a cambio. Son contratos a título gratuito: el comodato, el depósito gratuito, el mandato gratuito, la fianza gratuita y el contrato gratuito por excelencia es la donación. Son contratos onerosos: la compraventa, la permuta, el arrendamiento, el contrato de obra, el contrato de trabajo. Sus diferencias: el contrato gratuito es siempre *intuitu personae*; en materia de acción revocatoria (1279 CC) la ley hace un tratamiento distinto de ambos contratos; en materia de pago de lo indebido también hay un tratamiento distinto (1182 CC); en materia mercantil no hay acto de comercio gratuito. Y desde el punto de vista fiscal, los impuestos de las transferencias gratuitas son más elevados⁶⁴.

4.3. Según que la determinación de las prestaciones de una o alguna de las partes dependa o no de un hecho causal: *conmutativos o aleatorios*⁶⁵.

Dispone el artículo 1136 del CC: “*El contrato es aleatorio, cuando para ambos contratantes o para uno de ellos, la ventaja depende de un hecho casual*”⁶⁶. En el contrato conmutativo la ventaja de cada parte puede ser determinada en el momento de la celebración. El contrato aleatorio⁶⁷ “o de suerte entra en juego el riesgo de una pérdida o ganancia derivado de un hecho incierto, casual o aleatorio porque el alea constituye la propia esencia del contrato”⁶⁸ (contrato de seguro). Generalmente, los contratos bilaterales son conmutativos. Este también es el caso de compraventa de cosa futura o de cosa esperada. En el contrato aleatorio o de suerte, en el momento de la celebración del contrato las partes no pueden valorar cuál será la magnitud económica del sacrificio o de la ventaja que al contratante pueda significarle, como es el caso del contrato de juego⁶⁹ o de lotería. En ocasiones se aprecia alea “económica” sin que se presente alea jurídica, como es el caso del co-

⁶⁴ LAGRANGE, *Apuntes...*, agrega que todo contrato bilateral es contrato a título oneroso pero no todo contrato oneroso es un contrato bilateral. Por ejemplo, el contrato de mutuo con intereses es un contrato oneroso pero unilateral.

⁶⁵ Véase: BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 33 y 34; DOMINICI, *ob. cit.*, pp. 529 y 530; OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, p. 190; ALBALADEJO, *ob. cit.*, pp. 431-433; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, p. 347; LÓPEZ SANTA MARÍA, *ob. cit.*, pp. 113-118; ELÍA, *ob. cit.*, pp. 70-72; LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 148 y 149.

⁶⁶ Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1133 al 1145*, pp. 79-92.

⁶⁷ Véase: PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: *Los contratos aleatorios en los Códigos Civiles Iberoamericanos*. En: *Contratos Aleatorios*. España, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Temis/Ubijus/Zabalia, 2012, pp. 33-48; VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen: *Apuntes sobre alea y condición en los negocios jurídicos contractuales*. En: *Contratos Aleatorios*. España, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Temis/Ubijus/Zabalia, 2012, pp. 17-32.

⁶⁸ BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 33.

⁶⁹ Véase: CARMON, Juan: *La excepción de juego en el derecho civil venezolano. ¿Qué es jurídicamente el 5 y 6?*. Caracas, Tipografía Americana, 1950.

merciante que compra un lote de miles pares de zapatos para revender, en cuyo caso el alea no es jurídica⁷⁰.

Algunos distinguen entre alea y el riesgo. La primera es más amplia y supone la probabilidad de una ventaja con la inherente probabilidad de pérdida y por tal bilateral. El riesgo supone la probabilidad de daño y es unilateral⁷¹. El riesgo es un elemento inherente a toda empresa humana pues el hombre no puede prever y controlar los eventos que modelan su actividad. De allí que todo negocio jurídico trae aparejado un riesgo consistente en que el conjunto de variables tenidas en cuenta por el sujeto no se comporte en la forma esperada o planificada⁷². A su vez, se distingue entre “alea” y contratos “aleatorios”⁷³.

También se diferencia entre contratos aleatorios por “naturaleza” como la venta de la esperanza y contratos aleatorios por “voluntad de las partes”, como el contrato de apuesta, el contrato de juego o de lotería⁷⁴. Pueden mencionarse como típicos contratos aleatorios la renta vitalicia⁷⁵, el seguro, la apuesta⁷⁶, la fianza⁷⁷. Y como novedosos contratos aleatorios los programas de entretenimiento de la televisión, la ganancia de un premio por determinado producto, etc.⁷⁸. Lo azaroso del contrato está dado porque la producción

⁷⁰ LAGRANGE, *Apuntes...*

⁷¹ OJEDA RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, p. 155.

⁷² GONZÁLEZ MONTOYA, Marcos: *La percepción y tratamiento del riesgo en los negocios de inversión extranjera*. En: *Contratos Aleatorios*. España, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Temis/Ubijus/Zabalia, 2012, p. 125.

⁷³ NANTILLO, Ignacio: *De Aleatoriis Pactis*, pp. 173-194, www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/.../08-ensayo-nantillo.pdf “En principio, debe distinguirse el alea en los contratos del contrato aleatorio. Lo primero supone la aparición de hechos futuros e inciertos que interfieren con el cumplimiento de un contrato. Lo segundo supone la creación de obligaciones contractuales sobre la base de hechos futuros e inciertos. Lo primero supone una contingencia; lo segundo, una disposición; lo primero es una imposición extrínseca; lo segundo, una imposición intrínseca. Ambas expresiones no reflejan lo mismo, resultando distintas”. (*ibid.*, p. 174).

⁷⁴ LAGRANGE, *Apuntes...*, Por ejemplo, el contrato que se efectúe con el dueño de una hacienda para la adquisición de su cosecha de maíz del año próximo por cierta cantidad de bolívares. Y me obligo a pagar ese precio ya sea que la cosecha llegue a existir y me sea entregada o no llegue a existir porque se frustre por el mal tiempo. El comprador sabe que debe pagar un precio pero no sabe si está equilibrado por la recepción de la prestación que espera. Se distingue de la venta de cosa futura. Se trata de un contrato que versa sobre un objeto que todavía no existe pero que se espera que llegue a existir.

⁷⁵ Véase: GASTALDI y CENTANARO, *ob. cit.*, p. 62, el alea del contrato es la vida, y no puede estar sujeto a otras limitaciones pues de lo contrario se convertiría en un contrato de plazo incierto.

⁷⁶ DOMINICI, *ob. cit.*, p. 530, alude a seguro, juego, apuesta y renta vitalicia. Véase: NANTILLO, *ob. cit.*, pp. 186-188, el autor alude Contratos “lúdicos” como aquellos contratos que tienden a la recreación de las partes intervinientes, con o sin un interés lucrativo., entre los que incluye el contrato de juego y el contrato de apuesta (el autores refiere diversas variaciones).

⁷⁷ Véase: NANTILLO, *ob. cit.*, p. 193.

⁷⁸ DELGADO VERGARA, Teresa: *El contrato aleatorio de renta vitalicia. Especial referencia como una vía de protección jurídica a las personas con discapacidad o dependencia*. En: *Contratos Aleatorios*. España, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Temis/Ubijus/Zabalia, 2012, p. 107; GASTALDI y CENTANARO, *ob. cit.*, p. 23, aluden a contratos aleatorios por su propia naturaleza la renta vitalicia, la apuesta, la rifa, seguro, préstamo a la gruesa.

del suceso incierto determinará una situación ventajosa o no de una de las partes o ambas. Para algunas una parte gana y la otra pierde. La posibilidad de ganar o perder puede ser unilateral o bilateral, es decir, para una o ambas partes, como puede ser el contrato de servicio de mesa buffet en el que el alea concurre sólo para el empresario y no para el comensal⁷⁹. Algunos dudan de la fianza⁸⁰ e inclusive del contrato de seguro⁸¹. Para algunos la lesión⁸² y la imprevisión son exclusivas de los contratos conmutativos onerosos⁸³. Se admite a pesar de la discusión que los contratos aleatorios si bien generalmente son onerosos bien pudieran ser gratuitos⁸⁴.

4.4. Según el modo de perfeccionamiento: *consensuales*⁸⁵/*reales/solemnes o formales*⁸⁶.

Los contratos consensuales se perfeccionen por el sólo consentimiento, por el simple acuerdo de voluntades al margen de cualquier formalidad⁸⁷. En nuestro ordenamiento constituyen la regla general⁸⁸ (compraventa, arrendamiento⁸⁹, mandato, permuta, de obra o sociedad); los reales precisan la entrega de la cosa⁹⁰ (mutuo, comodato, depósito o prenda) los solemnes requieren

⁷⁹ DELGADO VERGARA, *ob. cit.*, pp. 104 y 105; GASTALDI y CENTANARO, *ob. cit.*, p. 22, en los restaurantes de “tenedor libre”, el comensal conoce las ventajas que se le ofrecen y lo que le van a pagar, mientras que el dueño del local ignora lo que consumirá cada cliente.

⁸⁰ Véase: OJEDA RODRÍGUEZ, Nancy de la C.: *La fianza: ¿acaso un contrato aleatorio?* En: Contratos Aleatorios. España, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Temis/Ubijus/Zabalia, 2012, pp. 153-168.

⁸¹ Véase: FRANZONI, Massimo: *El seguro entre los contratos aleatorios*. En: Contratos Aleatorios. España, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Temis/Ubijus/Zabalia, 2012, pp. 171-194; VIGIL IDUATE, Alejandro: *El alea en el contrato de seguro*. En: Contratos Aleatorios. España, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Temis/Ubijus/Zabalia, 2012, pp. 195-212; VÁZQUEZ PÉREZ, Arsul José: *La interpretación del contrato de seguro y los dilemas de hermenéutica contractual*. En: Contratos Aleatorios. España, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Temis/Ubijus/Zabalia, 2012, pp. 213-232.

⁸² Toda vez que para que pueda hablarse de un contrato lesivo o desproporcionado por lesión el desequilibrio debe existir al momento de la celebración del contrato y ello no acontece en el contrato aleatorio.

⁸³ LÓPEZ SANTA MARÍA, *ob. cit.*, p. 117.

⁸⁴ GASTALDI y CENTANARO, *ob. cit.*, p. 22.

⁸⁵ Véase: RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, p. 35, el contrato consensual requiere sólo la voluntad de las partes y nada más. En el mismo momento que se ponen de acuerdo las partes queda perfeccionado. Vale aclarar que no se de confundir que se perfecciona con el simple consentimiento con la necesidad de formalidades *ad probationem*, por ejemplo, no se admite prueba testimonial para obligaciones mayores a 2000 bs. (CC, art. 1.387); DOMINICI, *ob. cit.*, p. 531.

⁸⁶ Véase: BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 38, el contrato formal, además del consentimiento, requiere cumplir con una determinada solemnidad establecida en la ley; O' CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 530; OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, pp. 186 y 187; ALBALADEJO, *ob. cit.*, pp. 427-429; LÓPEZ SANTA MARÍA, *ob. cit.*, pp. 120-127; ELIA, *ob. cit.*, pp. 55-59; LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 175 y 176.

⁸⁷ Véase: RODRÍGUEZ FERRARA, *ob. cit.*, p. 35, requieren solo de la voluntad de las partes; el documento no es el contrato sino su prueba.

⁸⁸ Véase: CC, arts. 1141 y 1142.

⁸⁹ Cabe dudar del arrendamiento dada las exigencias que propicia la ley especial de orden público sobre la materia.

⁹⁰ Véase: GASTALDI y CENTANARO, *ob. cit.*, p. 97, los contratos reales no necesitan consentimiento, sino que a éste debe agregarse la entrega de la cosa objeto del mismo para su perfeccionamiento. Queda claro que esta dación se efectúa para hacer nacer el contrato, no para extinguir una obligación. Es por tanto constitutiva y no extintiva.

formalidad especial⁹¹. En tales es relevantes la “forma”⁹². El contrato real es de origen romano y se caracteriza esencialmente por la entrega de la cosa⁹³.

Señalaba Lagrange que el “contrato real es un verdadero anacronismo en los tiempos modernos”, pues precisa además del consenso o acuerdo de voluntades de la entrega de la cosa objeto del contrato. Nuestro ordenamiento conoce cinco figuras de contrato real: el mutuo, el comodato, la prenda, el depósito y aunque discutido la anticresis⁹⁴. Finalmente, vale referir el contrato “solemne” que amén del acuerdo de voluntades precisa del cumplimiento de una formalidad distinta a la entrega de la cosa. El contrato solemne por excelencia es la donación (CC, art. 1439) en el que la ley busca que la persona que se empobrece (donante) no lo haga en un momento de irreflexión sino con las debidas garantías o formalidades. El consensualismo presenta sin embargo ciertos inconvenientes, por ejemplo en materia de inmuebles respecto de terceros según lo prevé el CC, art. 1924 que prefiere entre varios adquirentes al primero que haya registrado el título⁹⁵. Por lo que en algunos casos será importante la forma del contrato⁹⁶. Modernamente se alude a la “consensualización de los contratos reales”, pues existe una tendencia moderna a abolir la categoría del contrato real y a reemplazar sus actuales tipos específicos por sendos contratos consensuales, aunque que se concluye que “en la práctica sea más bien una conversión de tales contratos en solemnes, de los cuales hay un paso a los reales nuevamente; pues no es infrecuente que la parte activa, o la pasiva en el caso del depósito, antes de aceptar contratar, exijan un escrito, y que no se allanen a firmarlo

⁹¹ BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 38.

⁹² Véase sobre la “forma en los contratos”: LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *ob. cit.*, 2003, pp. 85-104.

⁹³ LÓPEZ SANTA MARÍA, *ob. cit.*, p.p. 124 y 125.

⁹⁴ Véase: MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: *Garantías Mercantiles*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2007, pp. 177-178, la anticresis es una “garantía con respecto a la cual se ha producido una inacabada e irresuelta controversia respecto a su naturaleza jurídica”. La “doctrina nacional está dividida: Sanojo, Dominici, Ramírez, Egaña y Lovera sostienen es un derecho personal. En sentido contrario: Kummerow y Aguilar Gorrondona, si bien afirman que es un contrato real porque se perfecciona con la entrega de la cosa (art. 1855 CC), concluyen que a pesar de las controversias, “no produce efectos reales sino meramente personales”. Véase también: GARRIDO CORDOBERA, Lidia: *Anticresis: Un instituto vigente*. Buenos Aires, Editorial Universidad, 1996, pp. 33-34; LOVERA, Marco: *El contrato de anticresis*. Caracas, UCAB, 1993, pp. 29 y 43-68; MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: *La naturaleza del derecho de anticresis y su eventual conflicto con los derechos reales*. En: Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal, N° 129, Caracas, 1965, pp. 123-134.

⁹⁵ LAGRANGE, *Apuntes...*, agrega que en materia de títulos valores en el Derecho Mercantil aplican ciertos formalismos rigurosos pues por ejemplo en necesario la mención de “letra de cambio” a los fines de la validez del título. Por otra parte, no puede existir promesa consensual de contrato solemne. Contrariamente algunos admiten la promesa consensual de contrato real, como sería el caso de una promesa de préstamo. Refiere que debe distinguirse las formalidades habilitantes, de las de publicidad y de las de prueba, pues ellas son ajenas a las formalidades *ad solemnitatem* que son las que ley exige para el contrato.

⁹⁶ Véase: PALADINI, Mauro: *La forma del contrato*. En: Responsabilidad civil y negocio jurídico. Tendencias del Derecho Contemporáneo. Director: Álvaro Echeverri/ Coordinadores: José Manuel Gual y Joaquín Emilio Acosta. Colombia, Universidad Santo Tomás/Grupo Editorial Ibáñez, 2011, trad. Mónica Lucía Fernández Muñoz, pp. 97-118.

mientras no haya traspaso de la cosa. O sea, más o menos como se hace hoy, porque, aun siendo reales los contratos, si presentan alguna envergadura patrimonial, siempre se ven cubiertos por un acto escrito, cuyo momento de suscripción suele coincidir con el momento del traspaso mismo de la cosa⁹⁷.

4.5. Según su carácter: *preparatorios/principales/accesorios*⁹⁸

En atención al proceso de formación progresiva de los contratos se distingue entre contratos *preparatorios* o *preliminares* necesarios para la celebración de otro, el cual es diverso a la figura del precontrato. Y por otra parte, contrato *principal* es el que cumple por sí solo un fin propio sin precisar su conexión o relación necesaria con otro. El accesorio existe sólo en virtud de su relación como consecuencia de un contrato principal anterior⁹⁹. Importante respecto de la aplicación del aforismo “lo accesorio sigue la suerte de lo principal”¹⁰⁰. El contrato principal pues no depende de otro contrato: en tanto, que el contrato accesorio depende en lógica de otro contrato. Ejemplo típico de este último es el contrato de garantía (prenda, hipoteca o fianza) aunque no son los únicos. Cabe por ejemplo el contrato de contabilidad como dependiente de un contrato de cuenta corriente. El contrato accesorio sigue la suerte del principal. Excepcionalmente acontece que el contrato accesorio influye sobre la suerte del principal (CC, 1213 y 1894)¹⁰¹. Los precontratos o antecontratos, al igual que el contrato no pueden ser modificados unilateralmente, salvo en los casos que la ley lo autoriza¹⁰².

4.6. Según la duración de la prestación: *de tracto o cumplimiento instantáneo/de tracto o cumplimiento sucesivo*¹⁰³

El contrato *de tracto o cumplimiento instantáneo* es aquel que comporta una sola ejecución; se ubica la venta, permuta o el préstamo; en el segundo que

⁹⁷ GUZMÁN BRITO, Alejandro: *La consensualización de los contratos reales*. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Chile, XXIX, Julio 2007. pp. 35-60, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512007000100001&script=sci_arttext “...En las modernas codificaciones quedó indirectamente consagrado el consensualismo como principio general del Derecho de contratos, cuando, en síntesis, para obligarse solo se pide que dos partes capaces consientan sin vicios... Pero todos saben que de hecho no es así. Lo que aparenta ser principio general es en la práctica excepcional, y queda relegado al ámbito teórico. Son muchas las exigencias de formalidades de diversa naturaleza para un sinnúmero de actuaciones jurídicas que fulmina la ley, y, cuando no es ésta la que las exige, es tanta la desconfianza social hacia la mera palabra dada, que son los propios particulares quienes las piden; de esta manera, en los hechos, el recurso a los acuerdos meramente consensuales queda reducido al ámbito de las relaciones jurídicas entre parientes y amigos, y aun así, para operaciones de poca monta”.

⁹⁸ ELIA, *ob. cit.*, pp. 74 y 75; PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 145.

⁹⁹ BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 36; OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, pp. 191 y 192, importante por el precontrato; ALBALADEJO, *ob. cit.*, pp. 443-454; LÓPEZ SANTA MARÍA, *ob. cit.*, pp. 118-120; LÓPEZ SANTA MARÍA, *ob. cit.*, pp. 160-162, alude a contratos preparatorios y contratos “definitivos”.

¹⁰⁰ LÓPEZ SANTA MARÍA, *ob. cit.*, p. 119, tales como la extinción.

¹⁰¹ LAGRANGE, *Apuntes...*

¹⁰² PLANCHART POCATERRA, *Los contratos...*, p. 303.

¹⁰³ O’CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 530; ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 433; LÓPEZ SANTA MARÍA, *ob. cit.*, pp. 135-137; ELIA, *ob. cit.*, pp. 72 y 73; LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 156-165, el autor a propósito de la “duración” alude a contratos de duración determinada y de duración indeterminada.

supone la duración de la ejecución de la prestación, existe una prolongación del cumplimiento en el tiempo; se ubica por ejemplo el comodato o el arrendamiento o la renta vitalicia. El instantáneo no supone que el contrato necesariamente reciba ejecución de manera inmediata pues puede estar diferida, sino que el contrato es ejecutado en un solo acto. Los de tracto sucesivo pueden ser de ejecución continuada (arrendamiento, comodato) o de ejecución periódica (suministro o renta vitalicia¹⁰⁴).

En los de tracto sucesivo el tiempo de cómputo del plazo de las acciones para reclamar el cumplimiento de cada prestación debida correrá separadamente para cada período transcurrido desde que éste se inicia¹⁰⁵. La distinción entre contrato de ejecución instantánea y de tracto sucesivo es importante por ejemplo a propósito de la resolución pues su efecto retroactivo a los contratos de ejecución instantánea pero tal efecto está excluido en los contratos de tracto sucesivo. Mal se podría aplicar retroactivamente en tales contratos. Así mismo, los efectos de la excepción de incumplimiento prevista en el artículo 1168 CC funcionan diferentes; en los contratos de ejecución instantánea, se suspende para un momento posterior los efectos del contrato. En tanto que en los contratos de tracto sucesivo, el efecto práctico de ella es el de suprimir el lapso durante el cual se deje de cumplir la prestación.

Desde el punto de vista de la prescripción tratándose de contratos de tracto sucesivo, la prescripción del derecho a exigir las respectivas prestaciones comienzan a correr desde el momento en que cada prestación es exigible si el contrato es de ejecución periódica o desde el momento del respecto vencimiento pactado cuando el contrato es de ejecución continuada. Finalmente, la figura del preaviso para culminar el contrato es aplicable respecto de los contratos de tracto sucesivo y de duración indeterminada¹⁰⁶.

4.7. Según las normas legales que lo regulan: *nominados e innominados*¹⁰⁷. *También denominados típicos o atípicos*¹⁰⁸.
 Prevé el artículo 1140 CC: “*Todos los contratos, tengan o no denominación especial, están sometidos a las reglas generales establecidas en este Título, sin perjuicio de las que se establezcan especialmente en los Títulos respecti-*

¹⁰⁴ Así como a nivel bancario los contratos de apertura de crédito o cuenta corriente.

¹⁰⁵ BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 40.

¹⁰⁶ LAGRANGE, *Apuntes...*

¹⁰⁷ Véase: ELIA, *ob. cit.*, pp. 67-70.

¹⁰⁸ Véase: GORRÍN FALCÓN, Guillermo: *Ensayo sobre la calificación del contrato atípico en Venezuela (determinación del régimen jurídico aplicable)*. En: V Jornadas Aníbal Dominici Homenaje Dr. José Muci-Abraham. Títulos valores, Contratos Mercantiles. Coord. José Getulio Salaverría L., Caracas, 2014, pp. 57-149; DÍAZ MOLINA, Ivan Darío: *Los contratos atípicos*. En: Libro Homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, 1970, Tomo I, pp. 341-364; GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter: *Los contratos atípicos*. En: Contratación contemporánea. Contratos modernos Derechos del Consumidor. Santa Fe de Bogotá, Temis/Palestra, 2001, T 2, pp. 293-321; ALTERINI, Atilio Aníbal y Roberto M. LÓPEZ CABANA: *Contratos atípicos*. En: Contratación contemporánea. Teoría General y Principios. Santa Fe de Bogotá, Temis/Palestra, 2000, pp. 351-367.

vos para algunos de ellos en particular, en el Código de Comercio sobre las transacciones mercantiles y en las demás leyes especiales”¹⁰⁹.

El contrato nominado tiene una regulación específica establecida en la ley a diferencia del innominado que no la tiene. Es posible que la ley mencione y le dé nombre a determinado contrato y no lo regule en cuyo caso será “innominado”, por lo que no se atiende al hecho intrascendente de que la ley le conceda un apelativo a un contrato, lo importante es que exista una disciplina o regulación legal¹¹⁰. Los contratos innominados son aquellos que no pueden clasificarse en categorías legales específicas, ejem: edición, suministro, exhibición, función teatral, etc.¹¹¹. Se aprecia decisión judicial que incluye el “bolso de dinero”¹¹².

Respecto de los contratos atípicos la ley no ha predispuerto una particular disciplina y regulación¹¹³, sus modalidades no son susceptibles de ser enumeradas en forma exhaustiva y derivan en definitiva de las cambiantes necesidades económicas¹¹⁴. Se afirma que los contratos atípicos son expresión de la autonomía de la voluntad, específicamente de la libertad contractual¹¹⁵.

Respecto de la interpretación e integración de los contratos atípicos la doctrina ha fijado varios criterios: la teoría de la absorción según la cual debe determinarse el elemento preponderante y aplicarles las normas del contrato típico que correspondan; la teoría de la combinación según la cual si el contrato presenta ciertos elementos que pertenecen a contratos típicos han de utilizarse estos para su configuración; la teoría de la analogía que busca el contrato típico más afín y le aplica su regulación positiva. Pero la autonomía de tales contratos permite alejarse de la tesis de la combinación¹¹⁶.

¹⁰⁹ Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1133 al 1145*, pp. 211-230.

¹¹⁰ LAGRANGE, *Apuntes...* El contrato innominado surge del imperativo de la práctica y luego la ley lo regula. Son contratos innominados: el contrato de apertura de crédito, de pensión de animales, de arrendamiento de películas, de corretaje de bolsa, de transmisión de noticias.

¹¹¹ Véase: BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 41-43; LÓPEZ SANTA MARÍA, *ob. cit.*, pp. 129-134. O' CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 530 y 531; SANTOS BRIZ, *ob. cit.*, pp. 325-345 (contratos atípicos); OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, pp. 195-202; ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 418; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS y otros, *ob. cit.*, p. 348; LASARTE, *Curso...*, pp. 310-312.

¹¹² Véase: Juzgado Superior Tercero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Lara, Sent. 5-12-11, Exp. KPO2-R-2011-001343, <http://lara.tsj.gob.ve/DECISIONES/.../678-5-KPO2-R-2011-001343-11-1864> “se trata de una obligación derivada de un contrato innominado denominado “bolso de dinero”, el cual por su naturaleza no es un juego de envite o azar, ni tampoco una apuesta, donde una parte gana y otra pierde, sino que se trata de un contrato en el cual un grupo de personas se obligan a aportar una cantidad de dinero fija, que puede ser semanal o mensual, durante un lapso determinado, a cambio de recibir la totalidad de los aportes al que está obligado entregar, en la fecha que le corresponda”.

¹¹³ SANTOS BRIZ, *ob. cit.*, p. 327.

¹¹⁴ *Ibid.*, pp. 325 y 326.

¹¹⁵ PINTO OLIVEROS, *El contrato hoy en día...*, p. 259.

¹¹⁶ RENGIFO GARCÍA, ERNESTO: *Interpretación del contrato atípico a la luz de la jurisprudencia colombiana*. En: Los contratos en el Derecho Privado. Directores Académicos: Fabricio Mantilla y Francisco Ternera. Colombia, Legis/Universidad del Rosario, 2008, pp. 47 y 48.

El contrato atípico se rige por la autonomía privada en cuanto no esté modificada por normas imperativas. En lo no previsto, se debe recurrir a los principios generales de las obligaciones, de los contratos y de los hechos y actos jurídicos y subsidiariamente se aplicará el régimen de los contratos típicos análogos¹¹⁷. Para otros en primer término aplican analógicamente las normas legales que correspondan a un contrato nominado con el que se tenga afinidad¹¹⁸, en tanto para otros cuando la voluntad de las partes no sea suficiente para interpretar el contrato atípico les resultarían aplicables los principios y normas de la doctrina general de los contratos¹¹⁹. El problema de acudir a la analogía con otro contrato típico radica en que tal vez la regulación de tal no sea del todo adecuada, por lo que afirma que posible que solo sea factible aplicar algunas normas según el caso, por lo que luego de pasearse por las voluntades de las partes, se podrá acudir a los principios generales del Derecho de Obligaciones en particular como del Derecho en General¹²⁰.

Sin constituir una clasificación unánimemente admitida algunos aluden a contratos **mixtos**, integrados por la combinación de diferentes tipos regulados en la ley, siendo síntesis y no suma de diversos elementos¹²¹. La tendencia apunta a que su interpretación debe dirigirse por la voluntad de las partes cuando dicha libertad no contraría el orden público y las buenas costumbres¹²². Gorrin distingue entre contratos atípicos puros con tipicidad social, contratos atípicos puros sin tipicidad social y contratos mixtos, y según el tipo de contrato se propone acudir a la autorregulación de las partes salvo que sea contraria a las normas imperativas o a la analogía o a los principios generales del Derecho¹²³. Vale recordar que ésta última es mejor opción si la analogía con el pretendido contrato típico no resulta satisfactoria dadas las diferencias. Pero valdría mejor acudir primero a los normas de la “doctrina general de los contratos”.

4.8. Según la igualdad o desigualdad de las partes: *paritarios/de adhesión*¹²⁴

¹¹⁷ MORELLO, *ob. cit.*, p. 68.

¹¹⁸ LAGRANGE, *Apuntes...*

¹¹⁹ CAMACHO LÓPEZ, María Luisa: *Régimen aplicable a los contratos atípicos en la jurisprudencia colombiana*. REVISTA@e – Mercatoria Volumen 4, Número 1 (2005), <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3625884.pdf> “...deben ser necesariamente aplicadas tanto si el contrato es de la naturaleza de los típicos, como de la naturaleza de los atípicos, en esta medida no resuelven la discusión planteada..., por lo que la teoría utilizada dependerá de la categoría de contrato atípico de la cual se trate”.

¹²⁰ BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 43.

¹²¹ SANTOS BRIZ, *ob. cit.*, p. 327; ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 419.

¹²² RENGIFO GARCÍA, *ob. cit.*, p. 48.

¹²³ GORRÍN FALCÓN, *Ensayo...*, pp. 138-144.

¹²⁴ Véase: KUMMEROW, Gert: *Algunos problemas fundamentales del contrato de adhesión en el Derecho Privado*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1956, Vol. XVI; ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo: *Contratos de Adhesión*; http://www.menpa.com/PDF/2007-Contratos_de_adhesion_CEAS.pdf; ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo: *Contratos Bancarios de Adhesión*, <http://www.menpa.com/PDF/Articulo.pdf>; MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: *La total desaparición del contenido dispositivo del contrato en los contratos de adhesión*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 132, Universidad Central de Venezuela, 2008, pp. 131-152; VA-

En los paritarios rige en principio la igualdad en la fase de formación del contrato. En los de adhesión las cláusulas han sido preestablecidas por una de las partes y no admite que se les modifique a través de contraofertas; se acepta pura y simplemente o no se contrata¹²⁵. En oposición al contrato libremente negociado, el contrato de adhesión somete la libertad contractual de un contratante al querer del otro, que está en condiciones de imponer al primero las estipulaciones del contrato¹²⁶.

Se alude por oposición a contrato de adhesión a “contrato libremente discutido”¹²⁷. En los paritarios rige la igualdad y el “regateo”, teniendo las partes alguna posibilidad de hacer valer sus propios intereses, las partes se tratan de “igual a igual”, en tanto que en los segundos está excluida la posibilidad de discusión y regateo¹²⁸, esto es, la previa negociación no existe¹²⁹. En los contratos de adhesión las partes se encuentran en muy distinta posición y grado de poder contractual¹³⁰. Suponen una redacción previa del contrato por una de las partes y la otra simplemente lo acepta o lo rechaza¹³¹. Esto es, las cláusulas están predispuestas por una sola de las partes contratantes. Se alude en tal caso a “contratación en masa”¹³² porque la situación del mercado y algunos servicios harían imposible una contratación individual¹³³. La

LLESPINOS, Carlos Gustavo: *El Contrato por Adhesión a Condiciones Generales*. Buenos Aires, Editorial Universidad, 1984; SILVA-RUIZ, Pedro F.: *Contratos de adhesión, condiciones contractuales generales (Condiciones generales de los contratos o de la contratación y cláusulas abusivas)*. En: *Contratación contemporánea. Contratos modernos Derechos del Consumidor*. Santa Fe de Bogotá, Temis/Palestra, 2001, T 2, pp. 35-63; MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 51-53; SEQUERA, *ob. cit.*, pp. 199-202; ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 29-32; LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 206-215; OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, pp. 202-207, indica el autor que fue Saleilles quien en 1910 utilizó la expresión (*ibid.*, p. 203); ELIA, *ob. cit.*, pp. 76 y 77.

¹²⁵ ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 435.

¹²⁶ LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, p. 120.

¹²⁷ LÓPEZ SANTA MARÍA, *ob. cit.*, p. 140.

¹²⁸ MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 51 y 52.

¹²⁹ DOMÍNGUEZ HIDALGO, *ob. cit.*, p. 245, o al menos se ha dado en unos reducidos márgenes; PINTO OLIVEROS, *El contrato hoy en día...*, p. 254, el contrato de adhesión carece de negociación.

¹³⁰ LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, p. 269; TSJ/SConst., Sent. N^o 1049 23-7-09, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1049-23709-2009-04-2233.HTML>; Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sent. 13-7-10, Exp. AP42-N-2008-000244, http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/julio/1478-13-AP42-N-2008-000244-2010-906.html el riesgo principal es la posibilidad de cláusulas abusivas.

¹³¹ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, p. 37.

¹³² Véase: DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel: *La contratación masiva*. En: *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un Código Latinoamericano tipo*. Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 309-335; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Agrario del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, Sent. 12-7-10, Exp. 01312-C-09, <http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2010/julio/1625-12-01312-C-09.html> “En la actualidad la contratación en masa... el consumidor si quiere adquirir el bien o recibir el servicio no tiene otra posibilidad... que adherirse al contrato redactado por el proveedor”; Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sent. 13-7-10, Exp. AP42-N-2008-000244, http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/julio/1478-13-AP42-N-2008-000244-2010-906.html.

¹³³ PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 579.

contratación en masa hace imposible una negociación particularizada¹³⁴, de allí que la libertad contractual queda reducida en el contrato de adhesión a la libertad del adherente de contratar o no contratar¹³⁵.

Su aparición es consecuencia de un fenómeno de naturaleza económica en estos tiempos, convirtiendo a una de las partes en débil jurídico y económico. Se presenta en materia de seguro, bancario¹³⁶, transporte suministro de agua, gas, electricidad¹³⁷. Sería imposible que cada contrato de suministro de servicios (agua, teléfono, etc.), transporte, seguro, banca, supongan una negociación particularizada. El contrato de adhesión constituye el campo preferido del orden público de protección¹³⁸, porque tiende el predominio del contratante económicamente más fuerte quien impondrá las cláusulas que les resulten más favorables; el contratante económicamente más débil no tiene otra alternativa que la de contratar o no contratar. De allí según refiere Palacios la protección del Estado ante la debilidad que se encuentra el particular frente a la empresa¹³⁹.

Algunos califican de contratos “predispuestos” aquellos en que una parte previamente redacta y la otra se adhiere y la libertad de contratación se encuentra ausente. Los contratos de adhesión son verdaderos contratos pero la diferencia radica en el proceso de formación del contrato¹⁴⁰. La facultad de redactar el contrato representa un ventaja para el oferente, ya que puede elegir las cláusulas a su voluntad¹⁴¹. Son características normales de los contratos de adhesión: la existencia de una oferta permanente de bienes o servicios dirigida a una persona indeterminada; que la oferta de la cual se trata suponga un servicio de utilidad pública; el contrato se encuentra normalmente redactado en un formulario impreso¹⁴². De allí el papel borroso que desempeña la voluntad en los contratos de adhesión¹⁴³, y por eso las debidas limitaciones que se imponen a la autonomía de la voluntad en tales contratos¹⁴⁴.

¹³⁴ BUSTAMANTE ALSINA, *ob. cit.*, T. IV, p. 230; ALBALADEJO, *ob. cit.*, pp. 434-437, necesarios en la economía moderna pues las grandes empresas no podrían discutir las condiciones con cada cliente.

¹³⁵ PINTO OLIVEROS, *El contrato hoy en día...*, p. 254.

¹³⁶ Véase: JIMÉNEZ JIMÉNEZ, Mara: *Los principales derechos y obligaciones en el contrato de emisión de tarjetas de crédito*. En: Revista de Derecho N° 19, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2006, p. 88.

¹³⁷ BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 48.

¹³⁸ LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, p. 121.

¹³⁹ PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 132.

¹⁴⁰ SILVA-RUIZ, *ob. cit.*, p. 44. Véase también: SOTO, Carlos Alberto: *La transformación del contrato: del contrato negociado al contrato predispuesto*. En: Contratación contemporánea. Teoría General y Principios. Santa Fe de Bogotá, Temis/Palestra, 2000, pp. 369-438.

¹⁴¹ LÓPEZ SANTA MARÍA, *ob. cit.*, T. I, p. 151.

¹⁴² LAGRANGE, *Apuntes...*

¹⁴³ SEQUERA, *ob. cit.*, p. 199.

¹⁴⁴ Véase: MORLES HERNÁNDEZ, *La total...*, pp. 137-149.

A propósito de los contratos de adhesión o predispuestos, se alude entre las tendencias de la contratación actual a estandarización¹⁴⁵ (tendencia los contratos de adhesión por la sociedad del consumo); despersonalización (se prescinde de las condiciones del contratante); intervencionismo e internalización¹⁴⁶. En tales se prohíbe la inclusión de cláusula arbitral la cual debe tener lugar por instrumento aparte¹⁴⁷.

Se aprecia decisión judicial que reseña como principio de interpretación en los contratos de adhesión, la interpretación más favorable al adherente que no redactó el contrato¹⁴⁸. Lo cual es lógico considerando que resulta difícil considerar la intención de las partes cuando una de ellas no participó en forma alguna en la formación y redacción del contrato. En sentido semejante se manifiesta la Sala Constitucional a propósito de las tarjetas de crédito¹⁴⁹. En efecto, las dudas suscitadas en materia de derecho de consumo deben ser resueltas siempre a favor del consumidor, por ser la parte más débil del contrato¹⁵⁰.

4.9. Según que produzcan efectos para las partes o también para terceros que no han participado en el mismo: *individuales/colectivos*.

Cuando se contraponen contrato individual contra contrato colectivo se atiende a la “individualidad” de los intereses. El contrato individual es el instrumento jurídico económico de la actividad del individuo. Y como opuesto a éste se ubica el contrato colectivo, al que algunos le niegan la calificación de contrato en sentido técnico, pues está referido a los intereses de un grupo de personas. La figura del contrato colectivo por excelencia es el de “trabajo”, cuyas estipulaciones se entienden como mínimas en el sentido de que se incorporan o entienden incorporadas a cada contrato individual del trabajo

¹⁴⁵ PINTO OLIVEROS, *El contrato hoy en día...*, p. 255, el contrato de adhesión constituye una manifestación de la denominación “estandarización de los contratos”, es decir, aquel fenómeno por el cual los contratos se celebran con base a esquemas o modelos contractuales predispuestos.

¹⁴⁶ ALIOTO y Gabriel DE REINA TARTIÈRE, *ob. cit.*, pp. 43-51.

¹⁴⁷ Véase: *Ley de Arbitraje Comercial*, art. 6; CHACÓN, Nayibe: *La protección de dos derechos constitucionales: el arbitraje de los contratos de consumo*. En: Tendencias actuales del Derecho Constitucional Homenaje a Jesús María Casal Montbrun. Caracas, Universidad Católica “Andrés Bello”/ Universidad Central de Venezuela, 2007, T. II, 545-563; AARONS P., Fred: *Los medios alternativos de solución de controversias y las transacciones financieras*. En: Memoria Arbitral, Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), Caracas, 2011, Coordinadora: Milagros Betancourt C., pp. 15-17; TSJ/SConst., Sent. 192 del 28-2-08.

¹⁴⁸ Véase: <http://merida.tsj.gob.ve/decisiones/2010/octubre/962-11-9691-.html> (dato incompleto en la web) siguiendo a José Leyva Saavedra, ... En caso de contradicción o divergencia entre dos cláusulas generales, la cuestión deberá resolverse a favor de aquella que tenga mayor importancia de acuerdo con la economía del contrato. Cuando no sea posible determinar cuál de las cláusulas tenga mayor importancia, se aplicará la regla de interpretación *contra proferentem* y, con ello, se deberá elegir la cláusula más beneficiosa para el adherente”.

¹⁴⁹ Véase: TSJ/SConst., Sent., N° 1419 del 10-7-07; QUIROZ RENDÓN, *ob. cit.*, p. 375.

¹⁵⁰ VIGURI PEREA, Agustín: *Los contratos de adhesión: nuevas tendencias en la evolución de la protección del consumidor en el Derecho estadounidense*, p. 79. <http://dspace.uah.es/.../Los%20Contratos%20de%20Adhesión.%20Tendencias>.

correspondiente¹⁵¹. De allí que en materia laboral se aluda a contrato individual y a contrato colectivo de trabajo¹⁵². El contrato colectivo se delimita por un grupo de personas vinculadas por un interés económico común. Por ejemplo, el contrato colectivo laboral¹⁵³.

4.10. Según la naturaleza personal de la prestación: *ordinarios/intuitu personae*¹⁵⁴.

Los contratos ordinarios pueden ser cumplidos por cualquier persona y no únicamente por el deudor. En los contratos personalísimos o *intuitu personae* la prestación no puede ser cumplida por un tercero en atención a que fue contraída dada las cualidades de las partes. El contrato *intuitu personae* se celebra en consideración a las cualidades personales de una de las partes contratantes. Puede ser personalísimo respecto de una sola de las partes contratantes o respecto de ambas. Por ejemplo, el contrato de obra es personalísimo respecto a la persona del contratista pero no respecto de la persona del comitente. Es *intuitu personae* en algunos casos el contrato de prestación de determinados servicios profesionales como es el caso del abogado¹⁵⁵ o del médico, cuando se pactan en atención a las cualidades de estos. Los contratos gratuitos son *intuitu personae* como es el caso de la donación y de allí que el error en la persona sea determinante a los fines de su anulación. La ejecución forzosa en forma específica está excluida en los contratos personalísimos. Si la prestación es personalísima o infungible, no puede sustituirse en su ejecución un tercero. Por lo que si la parte que se niega a cumplir una prestación personalísima solo queda la vía del cumplimiento por equivalente¹⁵⁶. La voluntad de las partes también pudiera hacer *intuitu personae* el contrato¹⁵⁷. Aun cuando fuera del área del Derecho Civil, es claro que por ejemplo el contrato de “trabajo” es personalísimo o infungible¹⁵⁸.

¹⁵¹ LAGRANGE, *Apuntes...*

¹⁵² Véase: ROMANIK FONSEA, Katy: *La voluntad de las partes en el contrato individual de trabajo: análisis de algunas cláusulas especiales*. Chile, Aporte al Debate Laboral 29, febrero 2014, p. 17, http://www.dt.gob.cl/documentacion/1612/articulos-103032_recurso_1.pdf.

¹⁵³ BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 45 y 46; LÓPEZ SANTA MARÍA, *ob. cit.*, pp. 138-140; ELIA, *ob. cit.*, p. 77.

¹⁵⁴ Véase: BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 49.

¹⁵⁵ ORTEGA REINOSO, Gloria: *Contenido obligacional del contrato de servicios del abogado. Un repaso jurisprudencial*. En: Revista Jurídica de Castilla y León N^o 34, septiembre de 2014, pp. 17, 23, 37 y 40, www.jcyl.es/.../Gloria%20Ortega%20Digital.pdf?

¹⁵⁶ LAGRANGE, *Apuntes...*

¹⁵⁷ Véase: TSJ/SCC, Sent. 00663 del 7-11-03, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/RC-00663-071103-02052.HTM> “SEXTA: El presente contrato se considera “intuitu personae”, en virtud de los cuales ninguna de las partes podrá cederlo o traspasarlo total o parcialmente y sustituye cualquier otro convenio firmado con anterioridad”. A pesar de esa omisión, el juez de alzada llegó a la conclusión de que “tales modificaciones en nada perjudicaban al vendedor... Es evidente que la recurrida llegó a tal conclusión sin analizar las referidas cláusulas del contrato”.

¹⁵⁸ Véase: TSJ/SCS, Sent. 06-3-03, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/marzo/RC128-060303-02560.HTM>; Tribunal Primero de Primera Instancia de Sustanciación Mediación y Ejecución del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 8-6-09, Exp. SP01-L-2009-000360 <http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2009/junio/1336-8-SP01-L-2009-360-JUNIO2009-10.html>.

4.11. Según la expresión de la causa del contrato: *causados/abstractos*. Son causados los que cuentan con causa como elemento esencial del contrato mientras que los abstractos carecen de ella o si la tienen no constituye un requisito esencial de los mismos (por ejemplo letra de cambio, obligaciones al portador C.Com, arts. 300 y ss.) aunque siempre existe una vinculación con la relación jurídica subyacente¹⁵⁹.

4.12. Por su conexión con otros contratos se alude a “*contratos enlazados o grupos de contratos*”¹⁶⁰, que tienen lugar cuando varios contratos independientes están en alguna forma conectados de modo que la vigencia, cumplimiento o interpretación de un contrato tiene efecto sobre otro¹⁶¹. Se alude a contratos “*conexos*”¹⁶² a aquellos que están tan estrechamente relacionados que a pesar de constituir contratos separados en la práctica funcionan como uno. Por ejemplo el arrendamiento financiero o *leasing* y de tarjeta de crédito¹⁶³, los múltiples contratos que se pueden celebrar con ocasión de un evento. Se coloca el ejemplo del subcontrato, a saber, un nuevo contrato derivado y dependiente de otro previo de la misma naturaleza¹⁶⁴, muy común en materia de obras¹⁶⁵. Ello puede dar lugar a la responsabilidad del deudor por el hecho de un tercero pero que él ha relacionado a la relación obligatoria¹⁶⁶.

4.13. Contratos privados y contratos *públicos*¹⁶⁷; *civiles y mercantiles*¹⁶⁸, según la materia de que se trate y el régimen al que estén sometidos.

¹⁵⁹ BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 40 y 41.

¹⁶⁰ Véase: RODNER S., James Otis: *Contratos enlazados (el grupo de contratos)*. En: Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, Serie Eventos N° 23, 2007, pp. 253-319; RODNER, James Otis: *Los contratos enlazados: el subcontrato*. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2008; LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge: *Las cadenas de contratos o contratos coligados*. En: Revista de Derecho de la Universidad Católica Valparaíso, XIX, Chile 1998, 159-166, www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/406/379 (en lo sucesivo, al referirnos al autor será a su obra “*Los contratos...*”).

¹⁶¹ RODNER S., *Contratos...*, p. 256.

¹⁶² Véase: LORENZETTI, Ricardo Luis: *Redes contractuales y contratos conexos*. En: Contratación contemporánea. Contratos modernos Derechos del Consumidor. Santa Fe de Bogotá, Temis/Palestra, 2001, T. 2, pp. 113-179; ELIA, *ob. cit.*, pp. 78 y 79; PINTO OLIVEROS, *El contrato hoy en día...*, p. 261, las vicisitudes que afectan uno de los contratos pudieran afectar los demás.

¹⁶³ BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, 2006, T. II, p. 23, el leasing implica un arrendamiento con opción de compra que permite la adquisición de bienes y servicios en el ámbito empresarial a cambio de un canon y con la opción para el arrendatario al final del plazo pactado de la adquisición de la propiedad del bien por el precio residual que valga en dicho momento.

¹⁶⁴ LÓPEZ SANTA MARÍA, *ob. cit.*, p. 214.

¹⁶⁵ Véase: RODNER, James Otis: *El subcontrato de obras*. En: Homenaje a Anibal Dominici. Coord.: Irene de Valera/José G. Salaverría. s/l, Ediciones Liber, 2008, pp. 619-642.

¹⁶⁶ Véase: BANCHIO, Enrique Carlos: *Responsabilidad obligacional indirecta. Hechos de los representantes y auxiliares del deudor en el cumplimiento de las obligaciones*. Buenos Aires, Astrea, 1973. Sucede con frecuencia que el deudor para cumplir su obligación acude a la ayuda de terceros (*ibid.*, p. 13). El deudor es responsable por el hecho de las personas que emplea en el cumplimiento de la obligación (*ibid.*, p. 67). Será responsable por el hecho de aquellas personas que no pueden considerarse como “*extrañas*” al deudor y que él mismo ha incorporado al cumplimiento de la obligación o voluntariamente las ha relacionado al goce de un derecho, o la uso de una cosa que él debe restituir (*ibid.*, p. 77).

¹⁶⁷ MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 29; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 49; SANTOS BRIZ, *ob. cit.*, pp. 71 y 72; ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 415, alude a contratos administrativos.

¹⁶⁸ OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, pp. 192 y 193; ALBALADEJO, *ob. cit.*, pp. 414 y 415.

4.14. Contratos *forzosos, obligatorios e impuestos*; son aquellos en los que la intervención del Estado ante la prestación de un servicio público, no sólo se limita a fijar contenido sino a establecer su constitución forzosa¹⁶⁹. Se alude así en esa esfera intervencionista a contratos *normados* como el del ámbito laboral o arrendaticio¹⁷⁰. Surgen los contratos “*normados*” cuando el contenido del contrato se encuentra legal o reglamentariamente determinado por los poderes públicos¹⁷¹; y los “*normativos*”¹⁷² son aquellos que tienen por objeto establecer la disciplina de un contrato eventual y futuro¹⁷³, los cuales simplemente establecen una regulación uniforme sin regular relaciones concretas entre los contratantes¹⁷⁴. Se afirma que el objeto de los contratos normativos es la estipulación de normas o principios a que deben atenerse ciertos contratos particulares obligacionales. Se distinguen entre éstos tres categorías: contratos de líneas rectoras, el contrato colectivo de trabajo y figuras similares y contratos en que una de las partes impone a la otra sus normas en virtud de una potestad legislativa propia o delegada del Estado¹⁷⁵. Se afirma sin embargo, que la única hipótesis en la cual se puede dudar de la existencia de un verdadero vínculo contractual es la que corresponde al contrato impuesto, pues la situación jurídica no se deriva verdaderamente de lo que quieren las partes¹⁷⁶.

4.15. *Contratos tipo*. Variantes de los contratos normativos y colectivos que presentan el modelo concreto de contrato individual, normalmente con formularios impresos¹⁷⁷. Es un acuerdo de voluntades por el que las partes predisponen las cláusulas de futuros contratos, que se celebrarán masivamente¹⁷⁸. Generalmente asociados a los de adhesión.

4.16. Contratos *entre presentes y contrato entre distantes*, en atención a la formación progresiva del contrato¹⁷⁹. Algunos aluden a “ausentes” pero

¹⁶⁹ Véase: BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 44 y 45; ALBALADEJO, *ob. cit.*, pp. 439 y 440; LÓPEZ SANTA MARÍA, *ob. cit.*, pp. 167-180; LASARTE, *Curso...*, pp. 378 y 379.

¹⁷⁰ BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 45.

¹⁷¹ LASARTE, *Curso...*, p. 379; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 45.

¹⁷² Véase: DE LA CUESTA SÁENZ, José María: *Contratos normativos*. En: *Contratación contemporánea. Contratos modernos Derechos del Consumidor*. Santa Fe de Bogotá, Temis/Palestra, 2001, T. 2, pp. 207-227.

¹⁷³ DE LA CUESTA SÁENZ, *ob. cit.*, p. 211.

¹⁷⁴ BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 45; O'CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 537, el concepto de contrato normativo resulta confuso. Un sector doctrinal lo utiliza en sentido amplio de contratos normados como sometidos a normas imperativas. Pero tal concepto es inoperante pues todos los contratos están sometidos a la ley. Otro sector doctrinal identifica normado con convenio colectivo. Por último se consideran en sentido estricto, contratos normativos privados futura, acaso en masa: bien entre las partes, bien entre los posibles oferentes o adquirentes. Por ejemplo, todos los industriales de un gremio convienen entre sí emplear una cláusula uniforme o no vender debajo de tal precio.

¹⁷⁵ SANTOS BRIZ, *ob. cit.*, p. 71.

¹⁷⁶ LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, p. 118.

¹⁷⁷ BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 46.

¹⁷⁸ LÓPEZ SANTA MARÍA, *ob. cit.*, p. 180-187.

¹⁷⁹ Véase: BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 50, el autor refiere que la distinción más que basarse en la ausencia o la no presencia de los contratantes al tiempo de la contratación, habría que buscarla

preferimos la expresión “distantes”, toda vez que el ausente es aquel de cuya existencia se duda¹⁸⁰.

4.17. Modernamente se alude a “*contrato electrónico*”¹⁸¹ o informático¹⁸², manifestación moderna la contratación¹⁸³ que acontece cuando su celebración ha tenido lugar a través de redes informáticas¹⁸⁴, más específicamente se celebran o perfeccionan por medios electrónicos o telemáticos¹⁸⁵.

5. Elementos o condiciones¹⁸⁶

5.1. Generalidades

Los elementos o condiciones del contrato aluden a las circunstancias necesarias para su existencia o validez. Esto es, integran el contrato y contribuyen a la válida formación del mismo. Algunos distinguen elementos esenciales¹⁸⁷

en la formación instantánea o progresiva del contrato, de manera que un contrato entre presentes concluido en forma progresiva ha de ser asimilado legalmente al contrato entre personas distantes y as su vez, un contrato por vía telefónica, formado instantáneamente entre personas distantes, apenas se diferencian en algo del contrato entre presentes.

¹⁸⁰ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *El procedimiento de ausencia*. En: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia N° 3. Caracas, 2014, pp. 13-270, en: www.vtlj.gov.ve.

¹⁸¹ Véase: CHACÓN GÓMEZ, Nayibe: *Contratación electrónica: realidades venezolanas*. En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* N° 148, 2010, pp. 203-230; RICO CARRILLO, Mariliana: *El contrato electrónico como fuente de las obligaciones*. En: Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, Tomo II, pp. 385-414; VELANDIA PONCE, Rómulo: *Los contratos electrónicos: El futuro ha llegado*. En: Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, Tomo II, pp. 725-805; SALGUEIRO A., José Ovidio: *Contratación electrónica*. En: Tendencias actuales del Derecho Procesal. Constitución y Proceso. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, pp. 177-206; SOTO COAGUILA, Carlos: *La contratación electrónica: entre el mito y la realidad*. En: Estudios de Derecho Civil, obligaciones y contratos: Libro Homenaje a Fernando Hinestroza 40 años de trayectoria 1963-2003. 2003, Vol. III, pp. 339-378; VATTIER FUENZALIDA, Carlos: *En torno a los contratos electrónicos*. En: Contratación contemporánea. Contratos modernos Derechos del Consumidor. Santa Fe de Bogotá, Temis/Palestra, 2001, T 2, pp. 13-34; MÁRQUEZ, José Fernando: *Elementos de la contratación electrónica. El acuse de recibo y la confirmación del mensaje*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, www.acaderc.org.ar; COELLO VERA, Carlos Alberto: *El contrato electrónico*. En: Revista Jurídica, Facultad de Derecho, Universidad de Guayaquil, http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=143&Itemid=27; RINCÓN CÁRDENAS, Eric: *Regulación de la contratación electrónica*. En: Los contratos en el Derecho Privado. Directores Académicos: Fabricio Mantilla y Francisco Ternera. Colombia, Legis/Universidad del Rosario, 2008, pp. 861-881; ANNICHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 29-34; LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, pp. 222 y 223.

¹⁸² Véase: RODRÍGUEZ, Gladys Stella: *Los contratos informáticos: formación y ejecución*. En: Revista Internacional de Derecho e Informática, Año 1, Número 1, Enero-Diciembre 2000, http://www.omdi.info/espanol/reivdi/ano2_n1/rodriguez_2.htm.

¹⁸³ RINCÓN CÁRDENAS, *ob. cit.*, p. 861, se parte de la inalterabilidad del derecho preexistente.

¹⁸⁴ LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, p. 283.

¹⁸⁵ VATTIER FUENZALIDA, *ob. cit.*, p. 19.

¹⁸⁶ Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 399 y ss.; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 70 y ss.; O'CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 531-534; OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, pp. 209-217; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, pp. 351 y ss.; LASARTE, *Curso...*, pp. 354-369.

¹⁸⁷ Indicaba LAGRANGE (*Apuntes...*) que los elementos esenciales a su vez se dividen en comunes, especiales y especialísimos, según sean propio de todos los contratos, en determinados contratos o en cierto tipo de contratos, respectivamente; SANOJO, *ob. cit.*, pp. 13 y 14; DOMINICI, *ob. cit.*, pp. 523-535.

(consentimiento, objeto y causa)¹⁸⁸, naturales (aquellos que existen de modo normal, como la gratuidad en el mandato o la responsabilidad por evicción del vendedor) y accidentales (condición, término y modo o carga)¹⁸⁹.

Dispone el artículo 1141 del CC: “Las condiciones requeridas para la **existencia** del contrato son: 1^o **Consentimiento** de las partes; 2^o **Objeto** que pueda ser materia de contrato; y 3^o **Causa lícita**”¹⁹⁰. Se llaman elementos esenciales del contrato aquellos requisitos o elementos sin los cuales el contrato no puede llegar a existir¹⁹¹. Por su parte, algunos asocian a los elementos para la validez, según veremos del artículo 1142 CC que incluye como causas de nulidad la incapacidad y los vicios del consentimiento. Se afirma así que los elementos intrínsecos del negocio contractual son el consentimiento, el objeto, la causa y la capacidad de obrar¹⁹². Una vieja doctrina que ya casi nadie sigue pretendía sostener que la violación de los requisitos de existencia propiciaba la nulidad absoluta y los de validez la nulidad relativa, pero la verdad es que la diferencia entre una y otra viene dada por la naturaleza del interés (general absoluta y particular relativa) violado según veremos¹⁹³. Veamos cada uno de tales. Los temas que siguen están referidos a tales elementos.

5.2. *El consentimiento*¹⁹⁴

5.2.1. *Noción*: El consentimiento contractual sigue siendo el alma del contrato¹⁹⁵. En un sentido propio supone consenso (1141, ord. 1 CC), en un sentido impropio aquiescencia o asentimiento (1142, ord. 2). El contrato presupone la intervención de dos voluntades conscientes y libres¹⁹⁶. Es el acuerdo o concordancia de las dos o más voluntades declaradas de las partes que celebran el contrato¹⁹⁷. Supone una voluntad libre, que la manifestación de voluntad esté exenta de irregularidades, anormalidades o vicios que

¹⁸⁸ Véase: ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 371; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, p. 351.

¹⁸⁹ SÁNCHEZ CID, *ob. cit.*, p. 298.

¹⁹⁰ Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1133 al 1145*, pp. 231-275; Juzgado Octavo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 7-8-08, Exp. 8748, <http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2008/agosto/2155-7-8748.html> “para que una obligación sea válida requiere que exista consentimiento, objeto y causa (art. 1141 del Código Civil)”.

¹⁹¹ OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, p. 209.

¹⁹² CARNELLI y CAFARO, *ob. cit.*, p. 36, agrega en algunos casos la “solemnidad”; LÓPEZ SANTA MARÍA, *ob. cit.*, p. 18.

¹⁹³ LAGRANGE, *Apuntes...*

¹⁹⁴ Véase: MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 101 y ss.; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 443-450; PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, pp. 162 y ss.; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 79 y ss.; SANOJO, *ob. cit.*, pp. 16 y ss.; MILIANI BALZA, *ob. cit.*, pp. 133 y ss.; MILIANI BALZA, *ob. cit.*, pp. 133 y ss.; RAMÍREZ, *ob. cit.*, pp. 33-37; SANTOS BRIZ, *ob. cit.*, pp. 100-139; SERRANO ALONSO y SERRANO GÓMEZ, *ob. cit.*, pp. 65-83; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, pp. 352 y 353; LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 180-183; ORTIZ MONSALVE, Álvaro: *Consentimiento*. En: *Los contratos en el Derecho Privado*. Directores Académicos: Fabricio Mantilla y Francisco Ternera. Colombia, Legis/Universidad del Rosario, 2008, pp. 107-120.

¹⁹⁵ SOTO, *ob. cit.*, p. 430.

¹⁹⁶ SANTOS BRIZ, *ob. cit.*, p. 99, el autor señala que no es confundible con el consentimiento o espontaneidad del declarante en los negocios jurídicos unilaterales.

¹⁹⁷ OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, p. 211; ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 372.

invaliden el acto. “El contrato es, técnicamente, una estructura consensual: la concordancia de las declaraciones de voluntad de las partes contratantes (acuerdo consensual). Es el consentimiento el más importante de los elementos porque define, por sí, el contrato”¹⁹⁸.

El contrato es inseparable de la idea de concordancia, de acuerdo entre dos o más voluntades. Ese acuerdo es, precisamente, el consentimiento, el cual en lo que a la formación se refiere, se confunde con el contrato mismo¹⁹⁹. Veremos que el consentimiento se manifiesta por una parte con la oferta o policitud y por la otra con la aceptación²⁰⁰. Para que haya contrato se requiere la declaración de voluntad de ambas partes que intervienen y no una sola de ellas²⁰¹.

El artículo 1141 CC enuncia el consentimiento entre las condiciones o elementos esenciales para la existencia del contrato tomado del CC italiano de 1865 y más precisamente del Proyecto Franco-italiano²⁰². Se estudia así las causas capaces de suprimir el consentimiento propiciando la nulidad del contrato a tenor del artículo 1142 CC: “*El contrato puede ser anulado: 1º Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; y 2º Por vicios del consentimiento*”²⁰³.

Se distingue una *concepción restringida* o limitada del consentimiento que pudiera llamarse “asentimiento” consistente en una única declaración de voluntad con contenido adhesivo respecto de otra voluntad. Concepción empleada en los artículos 1151, 1146, 1312, 1316, 1329 y 1337 del CC. Pero la noción técnica o propia supone cuando menos dos distintas declaraciones de voluntad; una declaración comunicada a la otra parte y que las dos voluntades se combinen. Tal sentido complejo es el aludido en el artículo 1141, ord. 1º del CC a los fines de la formación del concurso de voluntades²⁰⁴.

“Nuestro ordenamiento jurídico dispone en el artículo 1141 del Código Civil que para la existencia de los contratos se requiere del consentimiento de las partes, este consentimiento supone la formación de un concurso de voluntades, las declaraciones de voluntades que concurren a la formación del consentimiento se presuponen recíprocamente, ambas voluntades, si bien tienen contenidos diversos, tienden en conjunto, complementariamente, a perseguir el resultado al cual el contrato del caso lleva por su naturaleza. Cuando la voluntad aparente no coincide verdaderamente con la voluntad interna, por que dicha manifestación no traduce la voluntad querida, porque no se formó correctamente sino bajo el influjo de moti-

¹⁹⁸ PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 549.

¹⁹⁹ MONTAGNE, Hipólito: *Régimen del consentimiento*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, p. 2, www.acaderc.org.ar.

²⁰⁰ SANOJO, *ob. cit.*, pp. 16 y 17.

²⁰¹ ORTIZ MONSALVE, *ob. cit.*, 107.

²⁰² MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 101.

²⁰³ Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1133 al 1145*, pp. 277-302.

²⁰⁴ MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 101-104, MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 444 y 445.

vos perturbadores, nos encontramos ante los vicios del consentimiento, la doctrina ha elaborado una serie de clasificaciones de los vicios del consentimiento, y las consecuencias que ellos producen, será la nulidad o la anulabilidad según el caso”²⁰⁵.

Puede mediar **representación** como sustitución en la declaración de voluntad²⁰⁶, figura regulada en los arts. 1169 a 1172 del CC. La representación consiste esencialmente en que alguien (el representante) realiza negocios jurídicos en nombre e interés de otro (el representado) al que se le atribuyen los efectos²⁰⁷. Esto es el acto por el cual el representante se sustituye en representado pero los efectos jurídicos recaen sobre este último. Esto es, supone la posibilidad de una persona (representante) actúe por cuenta e interés de otra (representado). Aparece así una duplicidad de personas de una de las partes contratantes pero la única parte contratante la ejerce el representado, único titular de los derechos e intereses en juego²⁰⁸.

La representación tiene trascendencia práctica, pues da lugar al milagro jurídico de la bilocación. Consiste en confiar a una persona (representante) la facultad de actuar y decidir (dentro de ciertos límites) en interés y por cuenta de otra (representado). Por su origen puede ser *legal*, por voluntad de la ley, en los casos de tutela y patria potestad, o *voluntaria*, que nace por voluntad del representado. La representación supone un ensanchamiento de las posibilidades de actuación jurídica, si es voluntaria permite la habilidad ajena para los negocios, y si es legal es el medio de activar la capacidad potencial de quien la tiene limitada²⁰⁹. La representación legal tiene por función suplir la falta de capacidad, la voluntaria supone necesariamente la capacidad del representado²¹⁰. Otra figura relacionada con la

²⁰⁵ Juzgado de Primera Instancia Agraria de la Circunscripción Judicial del estado Cojedes, Sent. 29-10-10, Exp. N° 0150, <http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2010/octubre/2270-29-0150.html>.

²⁰⁶ Véase: MÉLICH ORSINI, José: *La representación voluntaria*. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios 69, 2007; *Código Civil de Venezuela Artículos 1169-1184*. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1981, pp. 13-88; HINESTROSA, Fernando: *De la representación*. En: El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un Código Latinoamericano tipo. Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 209, 236; MOSCO, Luigi: *La Representación Voluntaria*. Barcelona, edit. Neveo, 1963; DIEZ-PICAZO, Luis y PONCE DE LEÓN: *En torno al concepto jurídico de "representación"*. En: La representación en el Derecho. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 8 (2004). Rafael del Águila Tejerina (Coordinador), Madrid, 2005, pp. 311-316; CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo: *El mandato y la representación*. En: Los contratos en el Derecho Privado. Directores Académicos: Fabricio Mantilla y Francisco Ternera. Colombia, Legis/Universidad del Rosario, 2008, pp. 511-555; DE CASTRO y BRAVO, Federico: *Temas de Derecho Civil*. Madrid, Rivadeneyra S.A., Reimpresión de la edición de 1972, 1976, pp. 105 y ss.; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 88-94; MILIANI BALZA, *ob. cit.*, pp. 70-76.

²⁰⁷ TRAMONTANA, Domenico: *Diritto Civile*. Milano, Edizioni Cetim, 4ª edizione, 1947, p. 58; COLOMBRES GARMENDIA, Ignacio: *Algunos aspectos de la Teoría General de la Representación Voluntaria, de la autorización y la legitimación*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, www.acaderc.org.ar.

²⁰⁸ PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 685.

²⁰⁹ DE CASTRO y BRAVO, *ob. cit.* pp. 105-109.

²¹⁰ MOSCO, *ob. cit.*, p. 21.

representación es la “*ratificación*”, a saber, una declaración unilateral de voluntad en virtud de la cual una persona hace suyo un acto o negocio jurídico concluido por otra persona en su nombre, sin estar voluntariamente autorizado para ello o sin ostentar su representación²¹¹, reconociéndole la doctrina fuerza retroactiva²¹².

Se ha visto con recelo el fenómeno de la *autocontratación* aunque el CC la permite en el art. 1171 CC²¹³, constituye una figura que se da en el ámbito de la representación²¹⁴. El autocontrato supone que una persona con su sola actuación da vida a una relación contractual de la que resultan vinculados patrimonios diferentes; figura que opera fundamentalmente en el ámbito de la representación, en el que el representante en uso del poder que le ha sido conferido, celebra un negocio en nombre de su representado consigo mismo. Sería pues el caso del administrador facultado para vender un bien que lo compra para sí mismo²¹⁵. Aunque para algunos el “autocontrato” es siempre un “contrato”, pues una voluntad puede descomponerse en dos voluntades o en dos declaraciones diferentes, lo cual podrá chocar a la lógica, pero no tiene necesariamente que chocar al Derecho²¹⁶. El contrato consigo mismo no es más que un caso especial de representación²¹⁷.

5.2.2. *Vicios del consentimiento*²¹⁸

²¹¹ Véase: COLÁS ESCANDÓN, Ana María: *La ratificación*. Colección Estudios de Derecho Privado N° 16. Dirigido por Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano. Granada, Comares, 2000, p. 7.

²¹² *Ibid.*, p. 506.

²¹³ Véase: BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 93 y 94; LAGRANGE, *Apuntes...*, el contrato consigo mismo acontece respecto de aquella persona que reúne en sí dos cualidades, esto es, como representante de una persona y de otra persona o bien actuando en nombre propio y como representante de otra persona. Se trata por ejemplo que se tenga poder de alguien y como apoderado se estipulare un contrato en que en nombre de ella le vendo un bien y en nombre de ella acepta también la venta. Se reunió en un solo sujeto dos cualidades que deberían reunir en personas diferentes. La infracción de la norma de contratar consigo mismo es la ineficacia.

²¹⁴ LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 239.

²¹⁵ *Idem*; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, p. 353, la plena eficacia del autocontrato supone que no haya oposición entre los intereses del representante y representado o que medie una autorización expresa o tácita de este último al primero; DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, pp. 40 y 41.

²¹⁶ LÓPEZ SANTA MARÍA, *ob. cit.*, p. 223.

²¹⁷ BREBBIA, *Responsabilidad precontractual...*, p. 213, en la cual una de las cualidades que reviste el autocontratante será siempre la de representante de otro en cuyo nombre o por cuya cuenta actúa.

²¹⁸ Véase: CC, arts. 1146 y ss.; *Código Civil de Venezuela. Artículos 1146 al 1158*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1982, pp. 15-222; URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *Contratos bajo presión: la disciplina de la vis compulsiva en la legislación venezolana*. En: Homenaje a Aníbal Dominici. s/l, Ediciones Liber, 2008, pp. 109-168; URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *El error el dolo y la violencia en la formación de los contratos*. Caracas, ACIENPOL, Primera reimpresión, 2010; MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 143-197; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 95-104; ANNICHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 49-55; CALVO BACA, *ob. cit.*, pp. 19-29; MILIANI BALZA, *ob. cit.*, pp. 173-194; DOMINICI, *ob. cit.*, pp. 540-556; SANTOS BRIZ, *ob. cit.*, pp. 141-158; POTHIER, *ob. cit.*, pp. 20-36; OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, pp. 219-227; *Compendio di Istituzioni...*, *ob. cit.*, pp. 327-333; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, pp. 354-362; DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, pp. 53-63; LASARTE, *Curso...*, pp. 356-360; LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 249-285; PLANIOL y RIPERT, *ob. cit.*, pp. 839-846; ALARCÓN FLORES, Luis: *Los vicios de la voluntad*. <http://www.monografias.com>; TSJ/SCC, Sent. N° 1675 de 19-10-06, <http://historico.tsj>.

a. *Noción*. También denominados vicios de la voluntad²¹⁹ en forma más precisa, porque no afectan propiamente el consentimiento común sino la voluntad singular²²⁰. Se trata de aquellos elementos que perturban el proceso formativo de la voluntad²²¹, esto es, los motivos que determinan el camino de la voluntad, el proceso psíquico de formación de la misma.

De conformidad con el artículo 1159 CC el contrato tiene fuerza de ley entre las partes, pero ciertamente ha de tratarse de una voluntad libremente formada. De allí que el artículo 1142 *eiusdem* consagre los vicios del consentimiento dentro de las causas para anular el contrato. Siendo el consentimiento esencialmente bilateral es lógico que no esté afectado por “vicios”. De allí que la ley pone a disposición del contratante que ha actuado bajo el influjo de error, dolo y violencia, la posibilidad de impugnar el contrato. La ley trata de combinar el interés de la víctima con el de la otra parte contratante, precisamente a través de la acción de nulidad que precisa de ciertos requisitos²²².

Si el sujeto dio su consentimiento viciado el contrato es anulable. Dispone el artículo 1146 CC: “*Aquel cuyo consentimiento haya sido dado a consecuencia de un error excusable, o arrancado por violencia o sorprendido por dolo, puede pedir la nulidad del contrato*”.

Se trata de “causas o circunstancias que privan de validez el aparente consentimiento o voluntad como elemento esencial del negocio jurídico. Los vicios del consentimiento constituyen causas de anulabilidad del contrato o negocio jurídico (CC, art 1142, 1º) y se traducen en *error, dolo y violencia*.”

b. *El error*²²³: El error es el falso conocimiento que el contratante tie-

gov.ve/decisiones/scs/octubre/1675-191006-06980.HTM ; Tribunal Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Cojedes, Sent. 20-6-08, Exp. N° 0675, <http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2008/junio/1519-20-0675-505-08.html> ; Juzgado Tercero de Juicio de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 21-10-11, Exp. AP21-L-2011-00275 <http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2011/octubre/2046-21-AP21-L-2011-002725-.html> ; Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 13-8-10, <http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/AGOSTO/961-13-9947-09-.HTML> ; Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda con sede en Los Teques, Sent 23-7-07, Exp. 1232-07, <http://miranda.tsj.gob.ve/decisiones/2007/julio/100-23-1232-07-.html>.

²¹⁹ Véase: LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, pp. 271-277; LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, pp. 236239.

²²⁰ Véase: URDANETA FONTIVEROS, *El error...*, p. 1, nota 1.

²²¹ *Compendio di Istituzioni...*, *ob. cit.*, p. 327.

²²² LAGRANGE, *Apuntes...*

²²³ Véase: DE VERDA y BEAMONTE, José Ramón: *Error y responsabilidad en el contrato*. Valencia-España, Tirant Lo Blanch, Colección Privado 26, 1999; MARTINIC GALETOVIC, María Dora y RICARDO REVECO Urzúa: *Acerca del error, su excusabilidad y otros tópicos*. Revista Jurídica UCES, http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/703/Acerca_del_error.pdf?sequence=1 ; ANNICCHIA-RICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 49-51; MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 147-177; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 462-472; SANOJO, *ob. cit.*, pp. 18-21; RAMÍREZ, *ob. cit.*, pp. 43-47; LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 250-265; NEME VILLAREAL, Martha Lucía: *El error como vicio del “consentimiento” frente a la protección de la confianza en la celebración del contrato*. En: Revista de Derecho Privado N° 22, 2012, http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So123-43662012000100007&lng=pt&nrm=iso&tlng=es <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3194/3440>; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Tránsito y Trabajo de la

ne²²⁴; constituye una equivocada apreciación de la realidad²²⁵ en forma espontánea o *strictu sensu*. Pues algunos se refieren al error *latu sensu* como error provocado o dolo. Se trata pues de una “falsa representación de la situación contractual”²²⁶.

Modernamente se distingue el *error obstativo, obstáculo o error en la declaración*²²⁷, que supone que se ha declarado una voluntad distinta a la real (sobre la naturaleza del contrato, sobre la identidad del objeto del contrato, en la causa). Se afirma en tal caso, que no se está ante un vicio del consentimiento. En tales casos el error no afecta la formación de la voluntad. Se distingue, del que nos interesa, a saber, el *error vicio o error propiamente dicho*²²⁸ que deforma o perturba el consentimiento y produce anulabilidad. El error vicio es aquel que consiste en una falsa apreciación sobre una circunstancia de hecho o de Derecho que las partes han considerado como motivo esencial o determinante para contratar²²⁹.

Circunscripción Judicial del Estado Falcón, Sent. 1-3-04, Exp. 12.994, 2003, <http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2004/marzo/164-1-12.994-2003.html> ; Juzgado del Municipio Ayacucho de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 21-9-10, N° 1305-06, <http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2010/septiembre/1350-21-1305-06-772.html>.

²²⁴ OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, p. 220.

²²⁵ *Compendio di Istituzioni...*, *ob. cit.*, p. 327; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 609, la equivocada o inexacta creencia o representación mental de la realidad material o jurídica, DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, p. 53.

²²⁶ LAGRANGE, *Apuntes...*

²²⁷ Por ejemplo vender algo por un precio distinto al querido; LAGRANGE, *Apuntes...* El error obstativo, en la declaración o error impropio supone una divergencia inconsciente cuando el sujeto quiere algo y por error declara otra cosa. No debe confundirse con el error vicio como “vicio del consentimiento” que recae sobre la voluntad. En el error obstativo hay voluntad interna regularmente formada pero la manifestación o declaración de voluntad que se emite para expresarla indica o refleja algo distinto. A veces, acontece también falta de dominio del lenguaje. ¿Qué ha de prevalecer? La teoría clásica de la voluntad o doctrina volitiva (doctrina francesa) indica que la voluntad interna del sujeto prevalece sobre la declaración. Por su parte, la teoría de la declaración (alemana) sostiene la prevalencia de la declaración con base a la certeza y seguridad de las relaciones jurídicas. La teoría de la responsabilidad sostiene que el declarante debe asumir las consecuencias de la declaración cuando la divergencia le sea imputable. Finalmente la teoría de la confianza o de la legítima expectativa según la declaración prevalece sobre la voluntad efectiva si el declarante suscitó en el destinatario una expectativa legítima. Modernamente sin embargo, se tiende a darle preeminencia a la voluntad real. Ello aun cuando nuestro CC no contiene disposiciones al respecto. Sin embargo, el 1160 CC parece estar inspirado por la voluntad real. Pero el artículo 1387 CC pudiera ser un ejemplo del predominio de la voluntad declarada sobre la real. Pero en conclusión en materia contractual no contamos con una norma concluyente. Por lo que pudiera sostenerse la prevalencia de la voluntad real, salvo que la buena fe y la seguridad del comercio jurídico impongan según las circunstancias del caso concreto una conclusión diferente. Se extiende al error sobre la naturaleza del contrato o “*error in negotium*”, porque estaría en juego la identidad misma del contrato: se dice “arrendamiento” cuando debió ser “enfiteusis”; al error sobre el objeto del contrato, denominado “*error in corpore*”, uno quiere comprar el fundo “A” mientras el otro contratante se refiere al fundo “B”; el error sobre la causa del contrato o sobre una razón determinante para contratar, por ejemplo creer que se era responsable o que se estaba obligado legalmente. El error obstáculo podría dar lugar a la nulidad relativa o anulabilidad, por tratarse de un interés privado.

²²⁸ Véase: URDANETA FONTIVEROS, *El error...*, p. 27.

²²⁹ ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 49.

b.1. Clasificación del error

b.1.1. *Error de hecho*: es el error que recae sobre una circunstancia fáctica o de hecho. Puede tratarse de un error en la sustancia o de un error en la persona. Al error de hecho se refiere el artículo 1148 CC: “*El error de hecho produce la anulabilidad del contrato cuando recae sobre una cualidad de la cosa o sobre una circunstancia que las partes han considerado como esenciales, o que deben ser consideradas como tales en atención a la buena fe y a las condiciones bajo las cuales ha sido concluido el contrato. Es también causa de anulabilidad el error sobre la identidad o las cualidades de la persona con quien se ha contratado, cuando esa identidad o esas cualidades han sido la causa única o principal del contrato*”. Dicha norma acoge criterio mixto (cosa o circunstancia).

**El error en la sustancia* es el relativo a ciertas cualidades esenciales del objeto (por oposición a cualidades secundarias)²³⁰; aquellas características que son obvias para los contratantes o para uno de ellos pues le informa al otro su intención sobre un punto capital del contrato. Por ejemplo, las condiciones de edificabilidad del terreno o que goce de suministro y desagüe de aguas²³¹. Puede considerarse en concepción objetiva (característica inherente al objeto²³²) o subjetiva (circunstancia esenciales o motivaciones psicológicas para contratar). El error en la causa, propicia anulabilidad, como ejemplo se coloca que quería comprar un caballo y se compra una yegua²³³.

El error en el motivo de la obligación no la hace nula ni anulable²³⁴, pues se considera irrelevante²³⁵, salvo si los mismos son conocidos por la otra parte y se integran al contrato. Por ejemplo, un regalo de boda en el que el vendedor sabe que los contrayentes murieron en un accidente²³⁶. Será excepcional que los motivos hayan sido elevados de común acuerdo por las partes contratantes a una condición del consentimiento.

²³⁰ Véase: LAGRANGE, *Apuntes...*, en cuanto al criterio distintivo para las cualidades esenciales y secundarias, se distingue el criterio objetivo, según el cual el error en la sustancia tiene que ver con el error sobre la materia sobre la cual está hecha la cosa (ejemplo: comprar un objeto creyéndolo de oro cuando en realidad es de bronce); el criterio subjetivo entiende por sustancia la cualidad de la cosa que los contratantes han tenido principalmente a la vista (ejemplo: compré un objeto creyendo que era determinado artista y no es de éste), tiene que ver con la cualidad de la cosa que lo ha impulsado a contratar. Pareciera ser el criterio subjetivo el considerado por el artículo 1148 CC.

²³¹ URDANETA FONTIVEROS, *El error...*, pp. 53-55.

²³² *Ibid.*, p. 53, ejemplo sería el error acerca de condiciones de edificación del edificio, terreno en mal estado; el error acerca de la época de la autenticidad de un cuadro, el error acerca del suministro de aguas y cloacas de aguas negras.

²³³ DOMINICI, *ob. cit.*, p. 544, por ejemplo, comprar un caballo porque otro se creía perdido. El vendedor no tiene por qué averiguar el motivo.

²³⁴ *Idem.*

²³⁵ Existen casos de error sobre los motivos no determinantes de la voluntad al contratar, sobre el valor de la cosa, el error sobre aspectos atributos secundarios, el error de cálculo, error sobre pertenencia de una cosa.

²³⁶ URDANETA FONTIVEROS, *El error...*, p. 60.

**Error sobre la persona*: El error en la persona solo produce anulabilidad en los contratos *intuitu personae*²³⁷. Debe distinguirse dos tipos de error sobre la persona: el error sobre la *identidad* de la persona que sería un error obstativo y el error en las *cualidades* de la persona. El primero no es un error vicio propiamente dicho, por lo que el verdadero error vicio es el que se refiere a las cualidades de la persona cuando ha sido causa principal o única del contrato. Ejemplo, el médico que queremos por su experiencia y cualidades personales nos practique una operación. La circunstancia de determinar que un contrato es *intuitu personae* es una cuestión de hecho que dependerá del Juzgador²³⁸.

b.1.2. *Error de derecho*²³⁹: Recae sobre las consecuencias derivadas de una norma jurídica²⁴⁰. Puede provenir de la ignorancia de ley, o de un error determinado por un falso conocimiento sobre el alcance, la existencia, vigencia o la permanencia de una norma jurídica determinante en el contrato²⁴¹. Se asocia a la ignorancia o falso conocimiento de una norma jurídica, si es causa única, por ejemplo la compra de un inmueble sin saber que estaba prohibido construir por razones de seguridad y defensa²⁴² o que media prohibición de pago en moneda extranjera²⁴³ pues solo sirve como valor de referencia.

Dispone el artículo 1147 CC: “*El error de derecho produce la nulidad del contrato sólo cuando ha sido la causa única o principal*”. El error de derecho será relevante si reúne los requisitos de esencialidad y excusabilidad²⁴⁴. Lo primero se deriva de la frase que incida como “causa única o principal”. Es una excepción a que la ignorancia de la ley no excusa de su incumplimiento (CC, art. 2). No todo error de derecho produce la nulidad del contrato: es necesario que sea *determinante* en su celebración. No aplica respecto de normas de orden público. Hay normas que lo descartan expresamente, a saber, el artículo 1404 CC: “*La confesión judicial o extrajudicial no puede dividirse en perjuicio del confesante. Este no puede revocarla si no prueba*

²³⁷ Véase: *ibid.*, pp. 65-69, esto es *intuitu personae*.

²³⁸ LAGRANGE, *Apuntes...*

²³⁹ MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *El error de derecho*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-47, www.acaderc.org.ar; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, febrero 2008, Exp. 06-8872, <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2008/FEBRERO/2117-14-06-8872-.HTML>.

²⁴⁰ Véase: URDANETA FONTIVEROS, *El error...*, p. 78, coloca de ejemplo el pacto de retracto.

²⁴¹ Véase: LAGRANGE, *Apuntes...*, debe distinguirse del error sobre las consecuencias jurídicas del contrato. Esto es del alcance del contrato celebrado, lo cual no puede invocarse a los fines de la anulación del contrato. Por ejemplo, no saber que el vendedor responde por vicios ocultos, etc.; ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 50, consiste en una opinión inexacta sobre el alcance, existencia o consecuencia de una norma jurídica que fue la causa principal del contrato.

²⁴² URDANETA FONTIVEROS, *El error...*, pp. 72-78.

²⁴³ Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, febrero 2008, Exp. 06-8872, <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2008/FEBRERO/2117-14-06-8872-.HTML>

²⁴⁴ LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 237.

que ella ha sido resultado de un error de hecho. No puede revocarse so pretexto de un error de derecho”. Así como el artículo 1719 CC: “La transacción no es anulable por error de derecho conforme al artículo 1147, sino cuando sobre el punto de derecho no ha habido controversia entre las partes”.

b.2. *Condiciones del error*. El error, es una falsa apreciación de la realidad que debe ser espontáneo, excusable, esencial, debe ser reconocible por la otra parte, puede ser unilateral o común.

El error ha de ser *esencial*²⁴⁵ o determinante pues el sujeto no habría celebrado el contrato²⁴⁶ (no irrelevante). Recordemos que el error debe recaer sobre circunstancias que las partes consideraron esenciales a la hora de contratar. A saber, los motivos principales y determinantes de la voluntad de quien contrata²⁴⁷. Se citan como casos de *error irrelevante*: aquel que versa sobre las cualidades no sustanciales o secundarias de la cosa, por ejemplo, un mueble antiguo en que da lo mismo que sea de caoba o de nogal; sobre los motivos ajenos al contrato (por ejemplo, creer que se mudaría pero no se mudó); error sobre el valor de la cosa u objeto del contrato (daría cabida a una suerte de lesión genérica que afectaría la seguridad jurídica), salvo que el error medie en la cualidad esencial de la cosa siendo simplemente el valor la consecuencia, como sería el caso de un mueble antiguo; error sobre la pertenencia de la cosa (CC, art. 1483); error de cálculo (medir mal el terreno)²⁴⁸. Cabe agregar el error en la persona cuando la consideración de la misma no ha sido la causa única del contrato por no tratarse de un contrato *intuitu personae*.

Debe ser *excusable*²⁴⁹ en el sentido de que no se trata de un error burdo, grosero o evidente pues no se debe proteger a quien no se lo merece²⁵⁰ (aunque puede ser culposo y excusable)²⁵¹, de tal suerte que no puede admitirse que

²⁴⁵ Véase: MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 155-165.

²⁴⁶ URDANETA FONTIVEROS, *El error...*, p. 81.

²⁴⁷ ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 49.

²⁴⁸ URDANETA FONTIVEROS, *El error...*, pp. 108-116.

²⁴⁹ Véase: LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, p. 273, en el sentido de que no pueda salvarse con una diligencia normal por no ser imputable a quien lo padece; DE VERDA y BEAMONTE, *ob. cit.*, pp. 29-38, el autor da como razones del requisito de la exigibilidad el interés social de la rápida y segura circulación de la riqueza y la protección de la confianza suscitada por la declaración en el destinatario de buena fe; *ibid.*, pp. 64 y 65, se postula la apreciación *in concreto* del requisito de la excusabilidad del error, prestándose gran atención a la profesión del *errans* pues es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o experto; y la diligencia exigible por el contrario es menor cuando se trata de una persona inexperta; *ibid.*, pp. 66 y 67, la jurisprudencia española también consideran a los efectos de la apreciación de la exigibilidad la edad y el nivel de formación intelectual; ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 49, la falsa apreciación de la realidad es excusable siempre que la parte no incurra en dolo o culpa grave; NEME VILLAREAL, *ob. cit.*, alude a “la autorresponsabilidad como fundamento de que la impugnación del acto errado no prospera en los eventos de error inexcusable del emisor de la declaración”.

²⁵⁰ URDANETA FONTIVEROS, *El error...*, pp. 83 y 84.

²⁵¹ *Ibid.*, p. 92; MARTINIC GALETOVIC y REVECO URZÚA, *ob. cit.*, p. 37, el error es excusable cuando normalmente, y según las circunstancias del caso concreto, no ha podido ser evitado por quien lo sufre, no obstante haber actuado diligentemente. Es decir, es excusable el error que no provenga de culpa o de la imprudencia del que lo alega.

la extrema culpa del que se equivoca groseramente se resuelva en su propia ventaja porque ello sería dar ventaja a una parte respecto de la otra²⁵².

El error ha de ser *espontáneo*, pues vale recordar que el error provocado por el otro contratante se corresponde al dolo. Debe derivar de quien lo invoca.

Algunos agregan *recognoscible*, esto es, la posibilidad de descubrir el error que padece la parte contraria²⁵³, aunque a diferencia del CC italiano ello no lo exige nuestro CC; más bien una interpretación literal del artículo 1149 pudiera hacer pensar que el legislador excluyó el requisito²⁵⁴. Pero se afirma que la propia manera como se configura el carácter esencial en el Derecho venezolano configura la necesidad de su reconocibilidad²⁵⁵.

b.3. *Efectos del error*²⁵⁶: Los efectos del error pueden llevar a la *nulidad relativa o anulabilidad* que puede evitarse si el error es subsanado pues el contratante puede rectificar. Otro efecto es *daños y perjuicios o responsabilidad civil*. Pues ciertamente, se está obligado a indemnizar a quien no incurrió en el error. Para algunos, la forma de combinar la excusabilidad con la reparación es admitir que debía tratarse de una culpa leve en concreto; esto es, la segunda parte de la norma del artículo 1149 CC supone una responsabilidad que va más allá de la culpa leve en abstracto (que prevé como patrón de conducta el buen padre de familia). A fin de darle a la parte que no ha incurrido en el error seguridad y protección²⁵⁷.

Lo anterior a tenor del artículo 1149 del CC: “*La parte que invoca su error para solicitar la anulación de un contrato, está obligada a reparar a la otra parte los perjuicios que le ocasione la invalidez de la convención, si el error proviene de su propia falta y la otra parte no lo ha conocido o no ha podido conocerlo. No procederá la nulidad por error, si antes de deducirse la acción o hasta el acto de la contestación de la demanda, la otra parte ofrece ejecutar su prestación subsanando el error sin perjuicios para el otro contratante*”. Puede ser posible una nulidad parcial en aquellos casos que se trate de cláusulas accesorias del contrato y no sustanciales.

²⁵² LAGRANGE, *Apuntes...*, de tal suerte que el error inexcusable no puede ser objeto de nulidad por vicio del consentimiento en aras de la estabilidad del contrato. Legislaciones como la italiana no se afincan en esta exigencia.

²⁵³ URDANETA FONTIVEROS, *El error...*, p. 93; LAGRANGE, *Apuntes...*, esto es, que la parte que no incurrió en el error pudiese de acuerdo a las circunstancias haberse dado cuenta del error en que estaba incurriendo su contraparte. Caso en el cual la buena fe le habría impuesto el deber de advertirle que está equivocado; DE VERDA y BEAMONTE, *ob. cit.*, pp. 110-140; ALFERILLO, Pascual E.: *La reconocibilidad del error en el derecho civil*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, www.acaderc.org.ar.

²⁵⁴ URDANETA FONTIVEROS, *El error...*, p. 99.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 101.

²⁵⁶ Véase: *ibid.*, pp. 121-131.

²⁵⁷ LAGRANGE, *Apuntes...*; URDANETA FONTIVEROS, *El error...*, p. 93 la culpa de apreciarse *in concreto*; ANNICHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 49.

El error puede ser “unilateral” o bilateral²⁵⁸. No es necesario que el error sea común a ambas partes, esto es, el error no precisa ser bilateral pues el artículo 1149 CC claramente se refiere a “la parte”.

b.4. *La prueba* del error como es natural, le corresponde a quien la afirma²⁵⁹, siendo fundamentales las presunciones²⁶⁰. El error es un hecho jurídico por lo que su prueba es posible mediante cualquier medio incluyendo presunciones, siendo importante tomar en cuenta las circunstancias del que lo invoca, a saber, la edad, profesión, cultura, etc.²⁶¹

c. *El dolo*²⁶²

c.1. *Noción*: El dolo alude a artificio, maquinación, engaño, mentira, maniobra fraudulenta que vicia la voluntad en el proceso de formación de un contrato. Se trata de una conducta encaminada a engañar²⁶³. Se alude a “*error provocado*”²⁶⁴ porque propicia la equivocación del concontratante por las maquinaciones del otro. De allí que se hable de error inducido o error doloso²⁶⁵, para diferenciarlo del error espontáneo ya estudiado. En efecto, se trata de un error provocado que coarta la libertad e impide la libre formación de la voluntad²⁶⁶. Es aquella conducta de carácter engañoso a través de la que se induce a alguien a la emisión de una declaración de voluntad que sin ella o bien no hubiere emitido de ningún modo o lo hubiere hecho de forma distinta²⁶⁷.

El artículo 1154 CC dispone: “*El dolo es causa de anulabilidad del contrato, cuando las maquinaciones practicadas por uno de los contratantes o por un tercero, con su conocimiento, han sido tales que sin ellas el otro no hubiera contratado*”. El dolo se constituye en “maquinaciones”, actuaciones

²⁵⁸ Véase: LAGRANGE, *Apuntes...*; ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 50.

²⁵⁹ Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, febrero 2008, Exp. 06-8872, <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2008/FEBRERO/2117-14-06-8872-.HTML> “En este caso, la parte demandada no probó suficientemente que de haber sabido que el pago en dólares del precio estaba prohibido por la Ley, no habría convenido en la venta del inmueble de su propiedad. Ahora bien, el anterior análisis del material probatorio conlleva a este sentenciador concluir, que la parte demandada no cumplió con su correspondiente carga de demostrar los hechos constitutivos de su defensa, con estricta sujeción a la máxima de que cada parte tiene la carga procesal de probar sus respectivas afirmaciones de hecho; de conformidad con lo establecido en el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil”.

²⁶⁰ URDANETA FONTIVEROS, *El error...*, pp. 118 y 119.

²⁶¹ LAGRANGE, *Apuntes...*

²⁶² Véase: URDANETA FONTIVEROS, *El error...*, pp. 151-235; PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, pp. 189-192; ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 51-53; MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 177-185; SANOJO, *ob. cit.*, pp. 24-27; RAMÍREZ, *ob. cit.*, pp. 47-50; LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 265-275.

²⁶³ URDANETA FONTIVEROS, *El error...*, p. 155; DOMINICI, *ob. cit.*, p. 553; Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 12-3-08, <http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2008/marzo/529-12-12.487-.html>.

²⁶⁴ Véase: *Compendio di Istituzioni...*, *ob. cit.*, p. 331, constituye un artificio por el cual un sujeto induce a otro a un error.

²⁶⁵ Véase: DE VERDA y BEAMONTE, *ob. cit.*, pp. 141-178.

²⁶⁶ URDANETA FONTIVEROS, *El error...*, p. 157.

²⁶⁷ PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 613.

u omisiones dirigidas a lograr que el otro contratante incurra en error, pero entendido en un error distinto al analizado previamente. Para algunos el dolo está asociado a la mala fe²⁶⁸. Un mismo hecho no puede configurar a la vez error y dolo²⁶⁹, pero el dolo puede dar lugar a la anulación del contrato en ciertos casos en que no prosperaría el error, como es el supuesto del valor o los motivos. Esto porque se trata de una conducta antisocial, inmoral e ilícita y de allí que sea reprimido por la ley. Por ello, la protección de la víctima es más intensa en caso de dolo²⁷⁰.

c.2. Clases de dolo

a. Dolo **bueno** que alude a actos de engaño tolerados en la vida común. Sería el caso de las alabanzas del vendedor (que excluye la publicidad engañosa)²⁷¹.

b. Dolo **malo**: se conoce la falsedad de la idea que el dolo produce.

Toda maniobra empleada para la celebración del contrato no es reprobable pues se excluye el dolo bueno, como por ejemplo, ponderar exageradamente las cualidades del producto²⁷². En todo caso a nivel de publicidad, la frontera entre la simple exageración y la mentira es una cuestión de hecho que dependerá del poder soberano del Juez²⁷³.

Se distingue también entre dolo **causante** y dolo **incidental** si es esencial o secundario. Se indica que el dolo principal propicia la nulidad en tanto que el incidental solo da lugar a los daños y perjuicios²⁷⁴.

c.3. Requisitos o condiciones del dolo²⁷⁵

²⁶⁸ Véase: ALFERILLO, Pascual E.: *Reflexiones sobre la "mala fe"*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-19, www.acaderc.org.ar.

²⁶⁹ Véase: DFMS5CM (Juzgado Superior Quinto Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas), 9-12-81, J.R.G., T. 75, pp. 85-88, error y dolo son conceptos que técnicamente se excluyen pues uno es espontáneo y el otro es provocado.

²⁷⁰ LAGRANGE, *Apuntes...*

²⁷¹ Véase: URDANETA FONTIVEROS, *El error...*, pp. 180-188. Señala que la tendencia es a rechazar la distinción.

²⁷² Véase: ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 52; LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, p. 267.

²⁷³ LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, 268.

²⁷⁴ DOMINICI, *ob. cit.*, p. 553. Véase *ibid.*, p. 554, señala que la certificación falsa de unas joyas constituye principal, en tanto que incidental por ejemplo referir que un caballo tiene una característica que no posee.

²⁷⁵ Véase: URDANETA FONTIVEROS, *El error...*, p. 160; Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 12-3-08, <http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2008/marzo/529-12-12.487-.html> "para que haya presencia del dolo deben poder corroborarse de manera concurrente tres requisitos, a) Una conducta intencional, b) El dolo debe ser causante, y c) El dolo debe emanar de la otra parte contratante o de un tercero con su consentimiento; requisitos estos que no se configuraron en el proceso, pues los medios probatorios promovidos, evacuados y valorados, no demostraron que la falta de lectura del contrato por parte del actor se debió a una actitud intencional por parte de la demandada, hecho este alegado en el libelo de la demandada; por lo que nada importa que el demandado no haya promovido nada a su favor, si el actor tampoco probó el hecho de que realmente fue impedido de leer, o constreñido a suscribir un contrato, o manipulado de tal manera que ignorara lo que claramente está escrito en la cláusula sexta del contrato objeto de la acción".

c.3.1. *Elemento psicológico, animus decipiendi* o intención de engañar²⁷⁶; no supone necesariamente el *animus nocendi* o intención de dañar. Se precisa una voluntad de engañar determinada por la finalidad de condicionar, determinar un cierto sentido de la voluntad del otro contratante. Algunos recuerdan en este punto el dolo bueno por oposición al dolo malo.

c.3.2. *Elemento material*: precisa de maquinaciones, mentiras o reticencias. Por ejemplo, la obtención de documentos falsos o mentiras en tornos a las interrogantes o preguntas que haga el contratante. Se precisa así una acción o una omisión dolosa. Ésta última se identifica con el dolo omisivo²⁷⁷. La *reticencia* dolosa es una omisión o actuación negativa; consiste en guardar silencio cuando el otro incurre en error²⁷⁸. De allí que se distinga el dolo por acción y el dolo por omisión²⁷⁹ o reticencia. No hay dolo cuando quien provoca el error está a su vez equivocado, pues en tal caso, a lo sumo sería impugnable por “error”²⁸⁰.

Precisa así la reticencia tres (3) requisitos²⁸¹.

- a. Que el cocontratante no hubiese tenido posibilidad de conocer el error por otros medios.
- b. Que el reticente reconociere el error del otro y guardare silencio.
- c. Que el error hubiese sido determinante.

La apreciación de la existencia de reticencias quedará a la determinación del Juez. La reticencia es importante en algunos contratos como el de “se-

²⁷⁶ Véase: URDANETA FONTIVEROS, *El error...*, p. 177, no hay dolo si se estaba equivocado.

²⁷⁷ Véase: ALARCÓN FLORES, *ob. cit.*, el dolo omisivo también llamado reticencia dolosa ha sido controvertida en la doctrina y la legislación comparadas, señalan que en el dolo omisivo se equiparaba al silencio y por lo tanto debía tener el mismo tratamiento. Es decir que solamente se tipificaría el dolo omisión cuando se vulnera una obligación legal de informar Véase sobre la “incidencia en sede de excusabilidad de la reticencia ilícita”: DE VERDA Y BEAMONTE, *ob. cit.*, pp. 98-107 (Véase del mismo autor: *La reticencia en la formación del contrato*. En: *Iuris tantum Revista Boliviana de Derecho* N° 11, Santa Cruz de la Sierra jan. 2011 http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572011000100007&lng=pt&nrm=iso); LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 269 y 270, alude a dolo por reticencia pues el dolo puede estar constituido por una omisión; BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo: *La asimetría de información en la contratación a propósito del dolo omisivo*. En: *Contratación contemporánea. Teoría General y Principios*. Santa Fe de Bogotá, Temis/Palestra, 2000, pp. 287-324.

²⁷⁸ Véase: URDANETA FONTIVEROS, *El error...*, p. 167; ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 51, la reticencia dolosa es aceptada por la doctrina cuando se esconden intencionalmente circunstancias que afecten el contrato.

²⁷⁹ Véase: CSJ/Cas., Sent. 24-11-94, J.R.G., T. 132, pp. 443-446, puede distinguirse el dolo positivo del dolo negativo. Tales maquinaciones se encuentran ocultas en la persona que comete el dolo, tanto negativo como positivo (*ibid.*, p. 445).

²⁸⁰ URDANETA FONTIVEROS, *El error...*, p. 177.

²⁸¹ Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, Sent. 9-2-10, Exp. KPo2-R-2007-000372 <http://lara.tsj.gob.ve/decisiones/2010/febrero/651-9-KPo2-R-2007-372.html> “La doctrina ha señalado tres requisitos de carácter concurrente para que pueda existir la reticencia dolosa, a saber: a) Que el otro contratante no hubiese conocido ni tenido la posibilidad de conocer el error por otros medios sino sólo mediante la circunstancia silenciada; b) Que la parte reticente conociese el error de la otra parte y de todos modos guardase silencio; c) Que el error de la otra parte hubiese sido determinante de su consentimiento para contratar”.

guro²⁸². Si bien la reticencia se ha ubicado dentro del dolo como vicio del consentimiento, en materia de seguro el legislador ha sido más incisivo, por considerar que la misma sea parte del asegurado es esencial para la formación del consentimiento del asegurador²⁸³.

Se aprecia decisión judicial que indica que “al haber quedado demostrada la reticencia en que incurrió la demandada, procede la acción de nulidad relativa incoada por los demandantes, conforme a lo preceptuado en el artículo 1.146”²⁸⁴.

c.3.3. *Debe ser determinante*²⁸⁵; el dolo al igual que el error que ha de ser esencial, por lo que también debe tener una incidencia relevante o esencial en el contrato. De allí que se aluda a su “gravedad”²⁸⁶. Algunos distinguen sin embargo, entre dolo causante y dolo “incidental”²⁸⁷ según el cual se pudo contratar en mejores condiciones²⁸⁸. Solo el dolo esencial en principio da lugar a la anulación del contrato. El carácter de “determinante” viene dado por el artículo 1154 CC que indica que las maquinaciones deben ser tales que sin ellas la otra parte no hubiere contratado. El dolo accidental que solo obra sobre modalidades y aspectos secundarios del contrato, que no puede dar lugar a la anulación del contrato aunque puede dar lugar al resarcimiento del daño equivalente²⁸⁹.

c.3.4. *Debe emanar de la otra parte contratante o de un tercero con su conocimiento*²⁹⁰. El dolo cometido por un tercero, a saber, por una persona distinta al contratante no encuadra en el supuesto en estudio. Sin embargo, ello no excluye la nulidad por error²⁹¹. Debe entenderse el tercero como las personas ajenas al contrato (*penitus extranei*)²⁹². De allí que se afirme que el agente del dolo es el cocontratante o un tercero con el conocimiento de éste.

²⁸² Véase: DI MARIA, Filippo: *El contrato de seguro: las declaraciones inexactas y las declaraciones reticentes*. En: *Contratos Aleatorios*. España, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Temis/Ubijus/Zabalia, 2012, pp. 249-261.

²⁸³ *Ibid.*, pp. 253 y 254; URDANETA FONTIVEROS, *El error...*, pp. 170 y 171.

²⁸⁴ Juzgado Superior Décimo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 18-10-07, Exp. N° 5-573, <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2007/OCTUBRE/2147-18-5573-10.HTML> “sin que venga al caso el argumento esgrimido por la representación accionada en la oportunidad de contestar la demanda de que de haber ocurrido los hechos el efecto ha debido ser la resolución del contrato”.

²⁸⁵ URDANETA FONTIVEROS, *El error...*, pp. 192-199, distingue entre “dolo causante” y dolo incidental”.

²⁸⁶ *Ibid.*, pp. 174-176.

²⁸⁷ Véase: SANOJO, *ob. cit.*, p. 25, distingue tres tipos de dolo: principal, incidental y autorizado o tolerado.

²⁸⁸ Véase: URDANETA FONTIVEROS, *El error...*, pp. 191-199.

²⁸⁹ LAGRANGE, *Apuntes...*

²⁹⁰ Véase: URDANETA FONTIVEROS, *El error...*, p. 207, no existe dolo si existe dolo de un tercero desconocido por el contratante. En caso de pluralidad de partes dependerá.

²⁹¹ LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 266 y 267.

²⁹² Véase: URDANETA FONTIVEROS, *El error...*, p. 202.

Pues si el contratante no lo sabe habrá error.²⁹³ Ello marca una diferencia importante con la violencia que puede provenir de un tercero.

c.4. *Producción del error provocado*²⁹⁴

Puede constituirse en una acción o en una omisión en cuyo caso, se denomina “reticencia”²⁹⁵. La jurisprudencia italiana reseña casos interesantes, por ejemplo en materia de compraventa de automóvil²⁹⁶.

c.5. *Efectos*²⁹⁷: al igual que el error el dolo puede propiciar *anulabilidad y posibilidad de responsabilidad civil* (contractual o delictual) Se alude a “dolo recíproco” en aquellos casos en que ninguna de las partes por su conducta merece protección²⁹⁸; cuando ambos contratantes incurrn en dolo supone que para ninguno surge acción²⁹⁹, pues el dolo de una parte neutraliza el dolo de la otra parte. La prueba del dolo igualmente corresponde a quien la alega³⁰⁰. Debe tenerse en cuenta el caso del incapaz (1348 CC)³⁰¹.

c.6. *Diferencias con dolo*: el error es espontáneo, mientras que el dolo es provocado. El agente del dolo debe indemnizar, en cambio el que incurr en error es quien indemniza. Se dice que es más difícil la prueba del dolo que del error.

d. *La violencia*³⁰²

d.1. *Noción*: A diferencia del error que vulnera el conocimiento, la violencia afecta la voluntad, esto es, la libertad de contratar³⁰³. Supone una coacción de tipo físico o moral sobre una persona a fin de forzarlo a celebrar un

²⁹³ *Ibid.*, p. 203.

²⁹⁴ Véase: “la producción del error”, *ibid.*, pp. 188-192. Véase *ibid.*, pp. 191 y 192, reseña el caso de un Tribunal francés de fecha 10 de enero de 1970 en que una mujer de 75 años alegaba que si bien no había sido engañada por su yerno había sido víctima de dolo porque la sometió a largas discusiones que contribuyeron a debilitar su voluntad. El Tribunal concluyó que el cansancio proveniente de las maniobras empleadas por el agente revelaba un consentimiento que no era libre.

²⁹⁵ Véase: *ibid.*, pp. 163-174.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 168.

²⁹⁷ *Ibid.*, pp. 218-225.

²⁹⁸ Véase: *ibid.*, p. 208.

²⁹⁹ *Ibid.*, pp. 207-210.

³⁰⁰ *Ibid.*, pp. 215-217.

³⁰¹ Véase: *ibid.*, p. 213, considerar artículos del CC, 1145, 1349 y 1348.

³⁰² Véase: PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, pp. 192 y 193; ANNICCHIARICO VILLAGRAN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 53-55; MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 186-197; SANOJO, *ob. cit.*, pp. 21-24; RAMÍREZ, *ob. cit.*, pp. 50-53; MOISSET DE ESPANÉS, Luis: *La intimidación como vicio de la voluntad*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-20, www.acadec.org.ar; LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 275-279; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito del Estado Lara, Sent. 30-3-04, Exp. KHo2-V-2000-000047, <http://lara.tsj.gob.ve/decisiones/2004/marzo/652-30-KHo2-V-2000-47-.html>.

³⁰³ OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, p. 223.

acto³⁰⁴. La violencia debilita el ánimo y arranca una declaración de voluntad que no se desea³⁰⁵.

Se distingue la violencia *física* de la violencia *moral*. La primera supone una amenaza a los derechos relativos al cuerpo. La última consiste en una amenaza de ocasionar perjuicio en los bienes de alguien, su persona o la de sus seres queridos. Se distingue así entre violencia “física” o violencia ablativa, absoluta o atroz para referir un constreñimiento exterior del sujeto que da lugar a una declaración diferente; la distinguen de la violencia psíquica, relativa a la amenaza de un mal contra el otro contratante, ya sea un mal pecuniario o moral. La voluntad no se ha formado libremente sino guiada por el imperio de la amenaza de un mal. La decisión ha sido producto del temor, de la amenaza y del miedo³⁰⁶. La voluntad producto del temor de la violencia ciertamente podrá ser atacada de nulidad.

La doctrina española distingue entre violencia e intimidación, señalando que la primera alude a la idea de fuerza física y la intimidación supone la idea de temor mediante amenazas³⁰⁷. La intimidación tiene que ver con la falta de libertad o idea de temor a los fines de contratar. Debe tratarse de una amenaza injusta y que la víctima no tuvo más alternativa que consentir³⁰⁸. En nuestro ordenamiento ambas ideas se subsumen en la violencia como vicio del consentimiento.

El artículo 1150 CC dispone: “*La violencia empleada contra el que ha contraído la obligación es causa de anulabilidad, aun cuando haya sido ejercida por una persona distinta de aquélla en cuyo provecho se ha celebrado la convención*”.

d.2. *Condiciones o requisitos de la violencia*

Las condiciones de la violencia se desprenden de los artículos 1152 al 1153. Prevé el artículo 1151 CC: “*El consentimiento se reputa arrancado por violencia, cuando ésta es tal que haga impresión sobre una persona sensata y que pueda inspirarle justo temor de exponer su persona o sus bienes a un mal notable. Debe atenderse en esta materia a la edad, sexo y condición de las personas*”.

El artículo 1152 CC agrega: “*La violencia es también causa de anulabilidad del contrato, cuando se dirige contra la persona o los bienes del cón-*

³⁰⁴ URDANETA FONTIVEROS, *El error...*, p. 242; Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda con sede en Los Teques, Sent 23-7-07, Exp. 1232-07, <http://miranda.tsj.gob.ve/decisiones/2007/julio/100-23-1232-07.html> “Coacción de tipo físico o moral que produzca una impresión tal sobre una persona sensata, que llegue a inspirarle un justo temor de exponer su persona o bienes a un mal notable, destinada a obtener su consentimiento a fin de que celebre determinado contrato”.

³⁰⁵ BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pp. 80.

³⁰⁶ LAGRANGE, *Apuntes...*

³⁰⁷ DEL OLMO GARCÍA, Pedro: *La amenaza de incumplir un contrato como vicio del consentimiento*. Valencia, Tirant Lo Blanch, “Colección Privado” 64, 2003, p. 19.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 27.

yuge, de un descendiente o de un ascendiente del contratante. Si se trata de otras personas, toca al Juez pronunciar sobre la anulabilidad, según las circunstancias”.

El artículo 1153 CC señala: “*El solo temor reverencial, sin que se haya ejercido violencia, no basta para anular el contrato”.*

d.2.1. *Determinante*³⁰⁹: La violencia como los demás vicios de la voluntad debe ser esencial, esto es, ha de ser grave. La violencia debe presentar una cierta intensidad. A tenor del artículo 1151 CC debe ser *capaz de atemorizar a una persona sensata* (apreciación en abstracto) según sus características (apreciación en concreto). Debe exponer a un *mal notable* y ser capaz de impactar a una persona *sensata*. No se trata pues de un miedo capaz de vulnerar a un ser “valiente”. No es suficiente pues el vano temor en que pueda incurrir una persona pusilánime³¹⁰. Los criterios para apreciar la gravedad según el citado artículo 1151 CC son: la apreciación individual (*in concreto*) como la edad o la condición social y en abstracto (persona sensata)³¹¹. Se refiere por ejemplo que las ancianas y las mujeres se asustan más fácilmente³¹², aunque esto último es discutible por no decir gracioso.

La violencia puede recaer sobre las personas o sobre los bienes (que incluye afectos) del sujeto. El artículo 1152 CC alude “*cónyuge, de un descendiente o de un ascendiente del contratante”.* Si se trata de otras personas el Juez apreciará³¹³, esto es, en caso de otros parientes el Juzgador determinará la influencia³¹⁴.

d.2.2. *Injusta o ilícita*³¹⁵: La violencia debe ser *injusta*, es decir, una conducta violatoria del ordenamiento jurídico³¹⁶ y las buenas costumbres. Si la conducta es permitida por la ley no existe violencia. Por lo que se descarta la violencia ante el ejercicio de un derecho (ej. acción judicial o medida preventiva)³¹⁷ aunque ello no excluye la posibilidad de abuso de derecho. Se excluyen igualmente las conductas realizadas en ejercicio de un deber jurídico.

³⁰⁹ URDANETA FONTIVEROS, *El error...*, pp. 244-246.

³¹⁰ DOMINICI, *ob. cit.*, p. 550.

³¹¹ Véase: URDANETA FONTIVEROS, *El error...*, pp. 258-266.

³¹² *Ibid.*, p. 264.

³¹³ *Ibid.*, p. 266.

³¹⁴ DOMINICI, *ob. cit.*, p. 552.

³¹⁵ URDANETA FONTIVEROS, *El error...*, pp. 246-257.

³¹⁶ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLEN, *Diccionario...*, pp. 166 y 167.

³¹⁷ Véase: TSJ/SCC, Sent. 1475 de 28-10-13, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/.../157970-1475-281013-2013-13-0593.HTML> “En consecuencia, esta Sala estima que la nulidad del documento de dación de pago, por haberse producido el vicio del consentimiento que implica el uso de la violencia por parte del Banco, al obtener los beneficios adicionales e ilícitos, acreditan el abuso de derecho que ratifica la procedencia de dicha nulidad, por lo que esa Sala Constitucional constata que la decisión dictada por el Juzgado Superior no contiene ninguno de los vicios alegados”.

Debe tratarse de una violencia capaz de impresionar a una persona sensata, lo que descarta el simple *temor reverencial*³¹⁸, según lo dispone el CC en su artículo 1153 “*El solo temor reverencial, sin que se haya ejercido violencia, no basta para anular el contrato*”. Este último puede presentarse ante figuras como padres, preceptores o autoridades³¹⁹. La ley se coloca en la situación moral y entiende que no se puede considerar como temor o intimidación a ese sentimiento de sumisión respetuosa³²⁰.

d.2.3. *El agente de la violencia puede ser la parte contratante o un tercero* según refiere el art. 1150 CC (...*aun cuando haya sido ejercida por una persona distinta de aquella...*), pero no se precisa obviamente el conocimiento de la otra parte. Por lo que la violencia puede provenir de un tercero aunque el cocontratante la ignore³²¹. Ciertamente del supuesto bajo análisis se excluye la denominada violencia de los acontecimientos (terremoto) que no se asimila a la de la persona.³²²

d.3. *Efectos de la violencia*: al igual que los demás vicios de la voluntad, los efectos se reducen a la anulabilidad (nulidad relativa)³²³ y la responsabilidad contractual y extracontractual. La prueba también le compete a quien la alega³²⁴.

d.4. *Estado de necesidad y violencia*. Refiere la doctrina que la contratación en estado de necesidad (guerra o alguna conmoción natural) no se subsume en los vicios del consentimiento³²⁵.

En tal caso se trata de determinar cuál es el medio del que puede disponer un contratante que pactó bajo la presión de una situación violenta proveniente de circunstancias exteriores y de la que la otra parte se aprovecha. Algunos pretenden ver una suerte de violencia, en tanto que otros acuden a la noción de causa, señalando que existe una ausencia parcial de la misma, que da lugar a una nulidad relativa del contrato³²⁶. Para un sector de

³¹⁸ Véase: MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS y otros, *ob. cit.*, p. 361, aquel de desagradar a las personas que se le debe sumisión y respeto (CC español art. 1267); DOMINICI, *ob. cit.*, p. 553, el temor reverencial no es considerado violencia.

³¹⁹ Véase: URDANETA FONTIVEROS, *El error...*, pp. 247-249.

³²⁰ MOISSET DE ESPANÉS, *La intimidación...*, p. 18, “Es decir esa actitud de respetuosa sumisión en que está el hijo respecto del padre y, en general, todo inferior o subordinado respecto de su superior no es, a juicio de la ley, una cosa reprochable, sino antes por el contrario, una cosa plausible que nunca se puede tener por mala”.

³²¹ Véase: URDANETA FONTIVEROS, *El error...*, pp. 269 y 270.

³²² *Ibid.*, pp. 271 y 272.

³²³ Vale recordar que en tales casos la acción de nulidad de conformidad con el artículo 1346 CC está sometido a una prescripción de cinco (5) años.

³²⁴ *Ibid.*, pp. 280 y 281.

³²⁵ Véase: ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 55.

³²⁶ LAGRANGE, *Apuntes...*, sin embargo, la Corte Francesa señaló que a propósito de los contratos celebrados a raíz de la persecución nazi que tal situación fue determinante para contratar y constituía una suerte de violencia. En Italia el asunto fue objeto de una previsión expresa que prevé la rescisión cuando una persona se ha encontrado en circunstancias de necesidad. En Venezuela, no hay

la doctrina la explotación por una parte de la necesidad de la otra no es un tema relacionado con la violencia sino con la lesión, no siendo la sanción la nulidad sino la rescisión³²⁷. Si la contratación en estado de necesidad está afectada de desproporcionalidad violentado el justo equilibrio de las prestaciones y ello es violatorio del orden público puede ser atacada en función del “objeto del contrato”³²⁸, lo cual es independiente de la lesión que precisa carácter taxativo.

d.5. *Distinción con dolo*: se dice que el consentimiento dado con dolo está viciado por error provocado pero en caso de la violencia no existe tal consentimiento. La violencia SUPRIME el consentimiento, no lo destruye sino que lo impide.

6. El objeto³²⁹

6.1. Noción

El objeto del contrato constituye una de las condiciones necesarias para la existencia del contrato. (CC, art. 1141, ord. 2). “Un contrato que no tenga objeto es tan inconcebible como un contrato que no tenga partes”³³⁰. Se dice que el objeto no es un elemento del contrato sino de la obligación. Por ello se indica que “El objeto de los contratos son las obligaciones y el objeto de la obligación es la prestación debida”³³¹. De allí que para algunos el objeto del contrato son las obligaciones asumidas en tanto que para otros las prestaciones³³². Se afirma que los artículos 1155 y 1156 CC son aplicables al

previsión al respecto pero la amplitud del delito de usura viene dada en términos muy amplios, al punto que podría incluirse el estado de necesidad que implique el aprovechamiento de otro.

³²⁷ ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 55.

³²⁸ Véase *infra* en este mismo tema 6.3.1 y *supra* tema 1.7.9.

³²⁹ Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1146 al 1158...*, pp. 225-305; CAPRILE BIERMANN, Bruno: *El objeto de los actos jurídicos*. En: Los contratos en el Derecho Privado. Directores Académicos: Fabricio Mantilla y Francisco Ternera. Colombia, Legis/Universidad del Rosario, 2008, pp. 137-185; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 429-450; PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, pp. 151-161; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T.III, pp. 114-125; SANOJO, *ob. cit.*, pp. 27-31; MILIANI BALZA, *ob. cit.*, pp. 107-132; MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 199-242; ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 43-45; RAMÍREZ, *ob. cit.*, pp. 27-31 y 39-41; SERRANO ALONSO y SERRANO GÓMEZ, *ob. cit.*, pp. 85-89; LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, pp. 240-242; COCCORESE, Gaetano: *Obligaciones II. El objeto*. <http://www.monografias.com/trabajos15/obligaciones-objeto/obligaciones-objeto.shtml> se refiere a las estipulaciones usurarias y el Decreto 247; OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, pp. 229-232; LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 286-349; PLANIOL y RIPERT, *ob. cit.*, pp. 828-833; BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pp. 57-66; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy, Sent. 11-5-15, Exp. 14.614, <http://yaracuy.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/MAYO/1429-11-14.614-.HTML>; Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 6-6-15, Exp. AP71-R-2014-000797, <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/JULIO/2146-6-9139-.HTML>; Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito y de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 21-2-11, Exp.11-7446, <http://miranda.tsj.gob.ve/decisiones/2011/febrero/99-21-11-7446-.html>.

³³⁰ PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 151.

³³¹ OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. I, p. 319; LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, p. 289.

³³² MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS y otros, *ob. cit.*, p. 368.

objeto de la obligación y que por tanto la expresión no es correcta³³³. Comparten pues los mismos caracteres el objeto de la prestación y el objeto del contrato, toda vez que entre los requisitos del objeto contractual se incluyen que debe ser posible, lícito, determinado o determinable y susceptible de valoración pecuniaria³³⁴.

Para algunos entonces el objeto del contrato es la prestación³³⁵, y pareciera que el objeto del contrato y el objeto de la obligación son una misma entidad. Sin embargo, se observa que la prestación es un concepto que atañe a la materia de la obligación y no específicamente a la materia del contrato. Esto porque la prestación constituye el objeto de la obligación pero no todas las obligaciones derivan del contrato. Éste es solo una de las fuentes de las obligaciones. La prestación está unida al concepto de obligación y no de contrato. Toda obligación contractual comporta una prestación; pero no toda prestación corresponde a una obligación contractual. El objeto del contrato hay que verlo más bien en aquello que constituye la materia del contrato. El contrato es el medio por el cual una persona se procura algo que necesita, algo que le es útil de algún modo. ¿Cuál es el objeto del contrato? Los intereses que el contrato persigue, que se traducen en los bienes, utilidades o las relaciones que el contrato tiende a satisfacer. Las prestaciones pueden consistir en la transferencia o constitución de un derecho en cuyo caso se precisan los siguientes requisitos relativos a la cosa, a saber, debe existir (CC 1485), debe estar en el comercio (CC, arts. 543, 630 y 1959), debe ser determinada o determinable (CC, arts. 1479 y 1632) y debe pertenecer a quien la transmite o constituye un derecho sobre ella (CC, 1483, cfr. C.Com 133). Vale recordar que la prestación debe presentar un interés para el acreedor. Pues la equidad exige que ese sacrificio parcial de la libertad de uno tenga una finalidad proporcionada y respetable. Según vimos ese interés puede ser moral. Lo cual es distinto a la patrimonialidad en el sentido de que sea valorable en dinero. Si se trata de un hecho se afirma que además debe ser posible, personal de quien lo promete, determinado, lícito³³⁶. Pareciera así que el objeto es la representación común de las partes acerca de un sector de la realidad social que acotan sobre el que recae el consentimiento. El objeto así definido es un concepto amplio que podría

³³³ Véase: PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 151.

³³⁴ GATALDI, *ob. cit.*, pp. 157-164. Véase: TSJ/SCC, Sent. 30-3-00, J.R.G., T. 163, pp. 584-588, el valor del objeto del contrato es susceptibles de valoración económica, ya se considere una cosa, prestación o la operación jurídica considerada por los contratantes; Juzgado Octavo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 7-8-08, Exp. 8748, <http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2008/agosto/2155-7-8748.html> "Sobre el objeto debemos señalar que es la prestación en sí (dar, hacer, no hacer) que por lo establecido en el artículo 1155 del Código Civil debe ser posible, lícito, determinado o determinable".

³³⁵ Véase: PLANIOL y RIPERT, *ob. cit.*, p. 828, el objeto del contrato es lo que debe el deudor.

³³⁶ LAGRANGE, *Apuntes...*, reseña que contrariamente la permuta siendo un negocio jurídico similar es resoluble según CC, arts. 1561 y 1562.

abarcar la prestación, las cosas y servicios, la obligación, el contenido del contrato o el fin perseguido³³⁷.

Para otros, el objeto del contrato son los derechos y obligaciones que el contrato crea³³⁸. Pero se ha criticado que los derechos y obligaciones no serían el objeto del contrato sino más bien el efecto del mismo. Las obligaciones tienen a su vez un objeto que puede ser la cosa sobre la que recae el derecho de dominio u otro derecho real que el deudor transfiera. Por ejemplo, el contrato de compraventa tiene por objeto las obligaciones que crea, esto es, la obligación del vendedor de efectuar la entrega por ejemplo³³⁹.

6.2. Clasificación

En cuanto a la *clasificación del objeto*, cabe recordar las prestaciones positivas por oposición a las negativas/ de medio y de resultado/ por objeto transmisión de un derecho o una actividad o conducta del deudor/transmisión de un derecho real. Vale remitir a la clasificación de las obligaciones según las particularidades del objeto o prestación³⁴⁰, dada la equivalencia entre obligación y contrato en este sentido.

6.3. Condiciones

Indica el artículo 1155 CC; *“El objeto del contrato debe ser posible, lícito, determinado o determinable”*³⁴¹, pero según indicamos ello más bien alude al objeto propiamente de la prestación. Se dice que estudiar el objeto del contrato es hacerlo de la obligación. Por ello vale recordar la naturaleza de la prestación y sus condiciones³⁴².

Con base a dicha norma la doctrina refiere las *condiciones del objeto del contrato*, señalando que ha de ser *lícito*³⁴³ (conforme al orden público, las buenas costumbres y los derechos de los demás), posible y debe ser determinado o determinable. Y se agrega según se trata de obligaciones de *dar* que la cosa debe existir y estar en el comercio y pertenecer a quien

³³⁷ PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 551.

³³⁸ CAPRILE BIERMANN, *ob. cit.*, p. 140.

³³⁹ *Ibid.*, p. 141.

³⁴⁰ Véase *supra* tema 5.1.

³⁴¹ Véase: LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, pp. 241 y 242; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 551-554; Díez-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, pp. 42-44.

³⁴² Véase *supra* tema 2.4.2.

³⁴³ RAMS ALBESA, Joaquín: *El objeto ilícito de los contratos*. En: Nulidad. Nul Estudios/Nul Comentarios. Estudios sobre invalidez e ineficacia. Nulidad de los actos jurídicos 2006, <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=252#tocto7>. La doctrina civilística ha mantenido al mínimo el estudio del objeto del contrato, si bien es preciso reconocer que esto se debe a que son constatables los importantes y bastante generalizados grados de acuerdo. La ilicitud que puede predicarse del objeto, como manifiesta se propaga al entero contrato; INFANTE RUIZ, FRANCISCO J. y FRANCISCO OLIVA BLÁZQUEZ: *Los contratos ilegales en el Derecho Privado Europeo*. En: InDret Revista para el análisis del Derecho. Barcelona, Julio 2009, <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/138048/188693>.

la transmite³⁴⁴. Ello sin perjuicio de la posibilidad de que la cosa no exista al momento del nacimiento de la obligación sino que baste su existencia futura al tiempo real de la ejecución, como sería el caso de la venta de cosecha futura (CC, 1156)³⁴⁵. En tanto que si se trata de prestaciones de hacer u obligaciones negativas que siempre son futuras, además de ser lícito y posible, debe tener interés el acreedor y el hecho debe ser personal a quien lo promete³⁴⁶. De allí que se afirme que puede ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio³⁴⁷ y los servicios que no sean contrarios a la ley o a las buenas costumbres. No puede ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles³⁴⁸ o que no sean susceptibles de determinación.

Por su parte el artículo 1156 CC indica: “*Las cosas futuras pueden ser objeto de los contratos, salvo disposición especial en contrario. Sin embargo, no se puede renunciar una sucesión aún no abierta, ni celebrar ninguna estipulación sobre esta sucesión, ni aun con el consentimiento de aquél de cuya sucesión se trate*”³⁴⁹.

6.3.1. *Orden público*³⁵⁰. La prestación no puede ser contraria al orden público so pena de nulidad por objeto ilícito, por lo que se requiere pasarse por las opciones que pueden dar lugar a ello. La ilicitud de la prestación u objeto del contrato podría derivarse de que la misma sea contraria al orden público.

Según vimos el orden público³⁵¹ constituye un “concepto jurídico indeterminado que está presente en aquellas instituciones jurídicas que el ordenamiento o el Estado considera fundamentales o vitales para su desarrollo, y por ende están sustraídas de la autonomía de la voluntad. De allí

³⁴⁴ Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 431 y 432; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 116-125; Juzgado Primero de Primera Instancia Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 18-12-09, Exp. 41.326, <http://zulia.tsj.gov.ve/decisiones/2009/diciembre/512-18-41326-1255.html>. “El objeto debe ser lícito, es decir, debe ser tolerado, consentido, amparado y autorizado por el ordenamiento jurídico positivo. En la doctrina se define al objeto lícito como aquel que no viola el orden público ni las buenas costumbres, por lo que se deduce que se estará en presencia de un objeto ilícito cuando dicho objeto viole el orden público o las buenas costumbres, ... y en segundo lugar, la ausencia de objeto de la transacción por no detentar el vendedor la cualidad de propietario del bien vendido”; TSJ/SCC, Sent. N° 1342 de 15-11-04, www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/.../RC-01342-151104-03550.htm.

³⁴⁵ MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 432; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 124.

³⁴⁶ Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 432.

³⁴⁷ Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, Sent. 21-11-05, Exp. 37.574, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2005/noviembre/721-21-37.574.html> la Nulidad Absoluta del Contrato se produce, en virtud de haberse violado normas de orden público, donde el bien vendido era un bien de prohibida importación y circulación en este territorio, por lo que su presencia en el país fue a través del delito de contrabando, razón por la cual, si el comprador demandante, compró por error un bien en esas condiciones, lógicamente que soporta la totalidad de lo perdido.

³⁴⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS y otros, *ob. cit.*, p. 370.

³⁴⁹ Véase: PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 159.

³⁵⁰ Véase a propósito del objeto: LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 302-306.

³⁵¹ Véase *supra* tema 1.5.4.

que las normas o leyes donde esté de por medio o esté interesado el orden público no pueden renunciarse ni relajarse (art 6 CC), y por tal cualquier inobservancia en este sentido estaría viciada de nulidad. Tales normas son consideradas “taxativas” o “imperativas”.

El orden público está de por medio en instituciones del Derecho de la Persona y del Derecho de Familia tales como la capacidad, el nombre, el estado civil, el matrimonio, el divorcio, la filiación; su presencia o determinación implica una valoración o análisis de la figura bajo el examen de la intervención de la voluntad de conformidad con la ley en el caso concreto³⁵². Pero igualmente puede estar presente en instituciones de Derecho Civil patrimonial como acontece por ejemplo en materia de restricciones de intereses pecuniarios, prohibición de pacto comisorio, rechazo a la cláusula abusiva o leonina, materia hipotecaria de vivienda, arrendamiento, créditos indexados, y diversas leyes especiales³⁵³.

La norma del artículo 6 del CC que consagra la primacía del orden público data del CC de 1862³⁵⁴. El orden público se caracteriza por su relatividad y variabilidad³⁵⁵, pero según se indicó *supra*³⁵⁶, actualmente ha decaído la fuerza contractual y así por ejemplo en materia de consumo³⁵⁷ no parece haber quedado muestra de ella³⁵⁸, dada la falta de igualdad que impera en los contratos de adhesión o en masa. La autonomía de la voluntad privada supone la libertad personal en el ámbito contractual a los fines de regular eficazmente su esfera de influencia³⁵⁹.

Vimos que las ideas socialistas imperantes desde el siglo pasado han propiciado la declinación o declive de dicho principio³⁶⁰. La Constitución de 1999 alude a un “Estado social de Derecho y de Justicia”, que ha sido referido por algunas decisiones judiciales en materia contractual para matizar

³⁵² Véase: MADRID MARTÍNEZ, Claudia: *Orden público: del artículo 6 del Código Civil a nuestros días*. En: El Código Civil Venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, pp. 371-399, PETZOLD-RODRÍGUEZ, María: *Algunas consideraciones sobre la noción de orden público*. En: Estudios de Filosofía del Derecho y de Filosofía Social. Libro Homenaje a José Manuel Delgado Ocando. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren Editor, Colección Libros Homenaje N° 4, 2001, Vol. II, pp. 11-20; PETZOLD-RODRÍGUEZ, María: *La noción de orden público en el Derecho civil venezolano-doctrina y jurisprudencia*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, N° 110, Caracas, 1998, pp. 205-321; DE FREITAS DE GOUVEIA, *ob. cit.*, pp. 64-79; CHACÓN, Domingo: *Leyes de orden público y de Buenas Costumbres*. Caracas, edit Lithobinder, C.A., 2004; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Diccionario...*, pp. 120 y 121.

³⁵³ DE FREITAS DE GOUVEIA, *ob. cit.*, pp. 48-51.

³⁵⁴ Véase: MADRID MARTÍNEZ, *Orden público...*, pp. 371 y ss.

³⁵⁵ Véase: *ibid.*, p. 382.

³⁵⁶ Véase *supra* tema 1.7.2.

³⁵⁷ Véase *supra* tema 1.7.10.

³⁵⁸ MADRID MARTÍNEZ, *Orden público...*, p. 396.

³⁵⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, p. 417.

³⁶⁰ ABELIUK MANASEVICH, *ob. cit.*, T. I, p. 100.

el tan mentado principio de la autonomía de la voluntad. En legislaciones como la española también se alude al “estado social de Derecho y la trascendencia de sus principios inspiradores en la contratación moderna”³⁶¹, admitiéndose que de conformidad con la Constitución los límites a la libertad están subordinados al bien común de la Nación³⁶², aunque la intervención del Estado en el orden económico y contractual debe atenerse a los principios de previsibilidad y proporcionalidad³⁶³.

El proteccionismo contractual no siempre se funda en el hecho de que el contrato no ha sido negociado libremente entre las partes³⁶⁴. La limitación acontece según Lacruz Berdejo porque el contrato es el resultado de una interacción entre la voluntad privada presuntamente egoísta, y la ley que cuida los intereses comunes³⁶⁵. Es fácil sostener la igualdad jurídica pero la igualdad socioeconómica precisa una mayor intervención de la ley, a la cual en algunas materias le corresponde velar porque el más fuerte no imponga su voluntad, pues el más débil no está en condiciones de defender su interés en la negociación contractual³⁶⁶. El artículo 6 del CC y el artículo 20 de la Constitución³⁶⁷, a propósito del libre desarrollo de la personalidad aplicable a la materia que nos ocupa establece como limitaciones a las actuaciones que alcanza ciertamente al ámbito de las obligaciones, el orden público, las buenas costumbres y los derechos de los demás. Tales son en esencia las mismas limitaciones a la autonomía de la voluntad, y cuando sean trastocadas puede devenir en una ilicitud del objeto.

La doctrina reseña entre los casos de objeto ilícito los contrarios al orden público³⁶⁸. Es contrario al orden público pues son inderogables las disposiciones que pretendieran abolir los deberes y derechos de los cónyuges. También la renuncia anticipada a la lesión por causa de lesión, la sociedad o pacto leonino³⁶⁹, el pacto comisorio³⁷⁰, las disposiciones que afecten derechos irrenunciables como los de la personalidad, que una persona se obligue a emigrar, las cláusulas de no competencia perpetua, prestar servicios a perpetuidad³⁷¹.

³⁶¹ Véase: SANTOS BRIZ, *ob. cit.*, p. 3.

³⁶² *Ibid.*, pp. 5 y 6.

³⁶³ *Ibid.*, p. 10.

³⁶⁴ LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, p. 95.

³⁶⁵ LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, p. 268.

³⁶⁶ LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, p. 91.

³⁶⁷ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, “*Alcance del artículo 20 ...*”, *ob. cit.*, p. 13-40.

³⁶⁸ CAPRILE BIERMANN, *ob. cit.*, p. 165.

³⁶⁹ Sobre el contrato leonino, véase: CSJ/SPA, Sent. 7-7-94, J.R.G., T. 131, pp. 615-617, Se considera leonino lo estipulado por daños y perjuicios en caso de revocación del poder dado a los abogados.

³⁷⁰ Esto es, el pacto de hacerse propietario de la cosa dada en garantía en caso de incumplimiento. Véase CC, arts. 1844, 1858, 1878; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Diccionario...*, p. 122.

³⁷¹ LAGRANGE, *Apuntes...*

Especial mención vale hacer a las cláusulas contrarias a los *derechos personalísimos* o *derechos de la personalidad*, que también son contrarias al orden público por encontrarnos ante “derechos irrenunciables” y pueden proyectarse en el ámbito de las obligaciones con especial referencia a la libertad excediendo los límites de la autonomía de la voluntad, según hemos indicado³⁷².

La libertad de obligarse es, no cabe duda, una suprema expresión del poder sobre sí mismo³⁷³. Existe una aparente contradicción interna o “aporía” en la libertad, pues se es libre para obligarse, es decir para limitar la libertad. La prudencia jurídica la resuelve, exigiendo la libre determinación en el momento de obligarse y restringiendo las causas limitadoras de la libertad. Ej: prohibición de casarse o servicios perpetuos, en expresión de autores clásicos, aquellas cláusulas que “ofenden la libertad”³⁷⁴. Pues precisamente, por respeto a la tutela concreta de estas formas de libertad, son nulos los negocios en los que se sacrifica de modo absoluto esta libertad.³⁷⁵ El contrato de servicios perpetuos representaría una forma de esclavitud, y aunque sea voluntariamente aceptada, es inadmisibles para el ordenamiento jurídico. Lo mismo podría decirse de otros tipos contractuales en que tales desproporcionadas restricciones aparezcan (por ejemplo el pacto de no mantener ningún tipo de relaciones sociales, por exigencias de un servicio de información). De allí que se rechacen las cláusulas ofensivas a la libertad³⁷⁶.

De manera pues que si bien toda persona es libre de obligarse, esta libertad no puede llegar al punto de sostener que el sujeto por propia voluntad pierda su libertad.³⁷⁷ Admitir que el individuo contraiga cualquier clase de vínculo sobre sus derechos esenciales y luego defender la atadura blandiendo el concepto de seguridad, es desconocer el carácter central de estos derechos y colocarlos en el dominio de la voluntad absoluta.³⁷⁸ De tal suerte que los derechos personalísimos presentan igualmente carácter irrenunciable y de orden público, con proyección constitucional a tenor de su artículo 20, extensible al ámbito de las obligaciones. Pues dicha norma reiteramos agrega al orden público, las buenas costumbres y “derechos de los demás”. Aunque ciertamente, las violaciones a los derechos personalísimos son contrarias al orden público. Sin embargo, hemos referido que

³⁷² Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Aproximación...*, pp. 189-191; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *La obligación negativa...*, pp. 68-70.

³⁷³ CIFUENTES, Santos: *Derechos Personalísimos*. Buenos Aires, edit. Astrea, 2^a edic., 1995, p. 437.

³⁷⁴ DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *Temas de Derecho Civil*. Madrid, Rivadeneira S.A., Reimpresión de la edición de 1972, 1976, p. 16. Véase igualmente: TRABUCCHI, Alberto: *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid, edit. Revista de Derecho Privado, 1967, p. 111; ALFREDO: *Personas Individuales*. Buenos Aires, edit. Depalma, 1946, pp. 152 y 153.

³⁷⁵ TRABUCCHI, *ob. cit.*, p. 111.

³⁷⁶ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Aproximación...*, p. 190, se cita Díez-Picazo y Gullón.

³⁷⁷ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Innovaciones...*, p. 31; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Ensayos...*, p. 482.

³⁷⁸ CIFUENTES, *Derechos...*, p. 438.

no obstante las precisiones anteriores, existen limitaciones a la libertad perfectamente lícitas según la naturaleza del contrato de que se trate lo cual se hace evidente en materia de obligaciones negativas³⁷⁹.

Cabe incluir a tono con lo anterior las cláusulas abusivas y las que rompen el equilibrio de las prestaciones por vulnerar groseramente la debida proporcionalidad de las prestaciones.

Las cláusulas abusivas son aquellas enteramente desproporcionadas, excesivas y contrarias a la buena fe³⁸⁰ (algunos la incluyen en el estudio de la causa del contrato³⁸¹ con base a su afectación al orden público). Conforman riesgo principal de los contratos de adhesión aunque no son exclusivas de tales, lo cual ha justificado que el legislador haya puesto especial atención sobre ellos³⁸². La invalidez de las cláusulas abusivas son ejemplos claros en que el orden público se impone cuando se ofende la libertad y se excede los límites de la buena fe. Vimos también ejemplo de su improcedencia al referirnos a las cláusulas de exoneración total de responsabilidad, a propósito de la regulación convencional de la responsabilidad³⁸³.

Son contrarias al orden público igualmente las *cláusulas que rompen groseramente el equilibrio de las prestaciones*, pues hemos reiterado que la obligación supone cierto mínimo de equivalencia y proporcionalidad. Algunos autores lo refieren expresamente, a la par de las cláusulas abusivas, a propósito del objeto del contrato, y también con ocasión de la referida figura de la “imprevisión”³⁸⁴. “Las nuevas tendencias apuntan” a evitar un desequilibrio³⁸⁵ según indicamos³⁸⁶.

El contrato no es expresión de libertad sino el sometimiento mismo de ella a la otra parte con la que se vincula, así el dirigismo contractual procure el *equilibrio de las prestaciones*³⁸⁷. La sentencia de los créditos indexados que alude a las cláusulas usurarias³⁸⁸, permite sostener la debida “equidad

³⁷⁹ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *La obligación negativa...*, pp. 60-84.

³⁸⁰ Véase: ACEDO SUCRE, *Cláusulas abusivas...*, pp. 257-341; SOTO COAGUILA, *Las cláusulas...*, pp. 179-220.

³⁸¹ LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 335-349.

³⁸² Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sent. 13-7-10, Exp. AP42-N-2008-000244, http://historico.tsj.gob.ve/tsj_regiones/decisiones/2010/julio/1478-13-AP42-N-2008-000244-2010-906.html

³⁸³ Véase *supra* tema 14.2.3.

³⁸⁴ LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, p. 310-335.

³⁸⁵ TSJ/SCC, Sent. 000176 del 20-5-10, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Mayo/RC.000176-20510-2010-06-451.html>.

³⁸⁶ Véase *supra* tema 1.7.9.

³⁸⁷ FIERRO MÉNDEZ, *ob. cit.*, p. 62 (destacado original).

³⁸⁸ Véase: TSJ/SConst., Sent. 85 del 24-1-02, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/85-240102-01-1274%20.htm> “para determinar la usura, basta el cobro excesivo de intereses o la desproporción de las prestaciones entre las partes, donde una obtiene de la otra una prestación notoriamente inequivalente; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, Sent. 31-7-06, <http://monagas.tsj.gov.ve/decisiones/2006/julio/1697-31-29.369.html> “desaplica el contenido del artículo 1.534 del Código civil por ser violatorio de los artículos 82, 114 y 115 de la Constitución”.

y proporcionalidad” de la prestaciones en general³⁸⁹, toda vez que el equilibrio de las prestaciones es fundamental en la relación obligatoria. Y así refiere acertadamente la doctrina a propósito del orden público en materia patrimonial que “las condiciones o cláusulas que rompen el equilibrio de las prestaciones o aquella que intensifica la desigualdad de las partes –los débiles jurídicamente– serían improcedentes”. Esto pues al Estado le interesa por el bien de la colectividad tutelar cierto sector del Derecho Privado y por ende limitar la autonomía de la voluntad³⁹⁰.

Se aprecia decisión judicial en este sentido “a juicio de esta Corte, viene a concretar la obligación de trato equitativo y digno que impone la Constitución, lo cual, a modo de consecuencia inmediata, lleva necesariamente también al justo equilibrio de las prestaciones, por cuanto si no existe equilibrio existe abuso o desproporción, que operaría como causa de nulidad de la cláusula o estipulación en cuestión³⁹¹. Ello se hace más evidente y necesario en materia de protección al consumidor, según indicamos³⁹².

Tal planteamiento que encuentra por base la necesidad del objeto lícito del contrato, es ciertamente más amplio que la figura de la rescisión por lesión en caso de desproporción económica, la cual tiene carácter “taxativo”. Amén que la proporcionalidad excede el ámbito de las obligaciones de dar y se extiende a las de hacer y a las obligaciones negativas. La proporcionalidad de las prestaciones o justo equilibrio de las prestaciones puede propiciar la nulidad del contrato a la luz del examen del caso concreto si el juzgador la considera de tal magnitud que es contraria al orden público. Vale recordar que la justicia, libertad e igualdad presentan soporte constitucional (arts. 1 y 2), de la cual no escapa el Derecho de Obligaciones³⁹³. El individuo puede obligarse contractualmente y, en este sentido, empeñar o comprometer su propia actividad, pero no podrá hacerlo si las restricciones que el contrato supone resultan desproporcionadas³⁹⁴. Se admite la posibilidad de intervención del juez para adecuar las prestaciones³⁹⁵.

El orden público constituye un concepto jurídico abierto y abstracto, que podrá verse afectado por el transcurso del tiempo y la sociedad de que se trata³⁹⁶, y que es fundamental para delimitar el alcance de la autonomía

³⁸⁹ Véase sentencia tarjetas de crédito: TSJ/SConst., Sent., N° 1419 del 10-7-07, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/julio/1419-100707-04-0204.htm> “debe responder a los principios de equidad y proporcionalidad”.

³⁹⁰ DE FREITAS DE GOUVEIA, *ob. cit.*, p. 51.

³⁹¹ Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sent. 12-8-08, Exp. AP42-N-2005-001300 <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2008/agosto/1478-12-AP42-N-2005-001300-2008-1560.html>.

³⁹² Véase *supra* tema 1.7.10.

³⁹³ Véase *supra* tema 1.7.6.

³⁹⁴ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Aproximación...*, p. 190, con inclusión de nota 575.

³⁹⁵ Véase: RESCIGNO, *ob. cit.*, p. 116, para atenuar la disparidad del poder contractual de las partes.

³⁹⁶ Véase: DOS SANTOS P., Olga M.: *El hecho ilícito (tort) en el Derecho Norteamericano*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 76. Universidad Central de Venezuela, 1990, p. 272. Lo que es una norma de orden público para un Estado puede no serlo para otro.

de la voluntad. Y así se refiere que “una somera retrospectiva puede hacernos comprender cómo convenciones alguna vez tildadas de inmorales comenzaron a gozar primero de una simple y mera indulgencia que luego se convertiría en legitimidad; y, por el contrario, otras antes aceptadas en forma generalizada devinieron inmorales con el correr de las décadas”³⁹⁷.

Hay aspectos que escapan a la voluntad de las partes al margen de su autonomía, y cuando el orden social se ve perturbado por las previsiones contrarias al orden público, la consecuencia es la nulidad³⁹⁸. De allí que se aluda a “principales estipulaciones nulas por objeto ilícito”.

6.3.2. *Buenas costumbres*³⁹⁹: La ilicitud de la prestación podría derivarse porque la cláusula sea contraria a las buenas costumbres, lo que responde a un concepto social y ético; constituidas por una serie de principios morales de un determinado lugar y momento histórico. Tiene que ver con aquello que para el hombre promedio constituye un sentimiento ético. Al igual que el de orden público también es concepto relativo y cambiante⁴⁰⁰.

El objeto de la prestación y por ende del contrato tampoco puede ser contrario a las buenas costumbres, las cuales constituyen normas de conducta reiteradas por la sociedad. La libertad contractual encuentra sus límites con el choque de las “buenas costumbres”, es decir, contra las reglas morales reconocidas por la comunidad jurídica. Cuando por ejemplo, cuando una de las partes se compromete a realizar una conducta inmoral⁴⁰¹. El Derecho no debe tolerar lo que la moral reprueba, por lo que los contratos que crean obligaciones que la moral rechaza no deben ser válidos. Pero su determinación dependerá de la jurisprudencia⁴⁰².

Y así un contrato que pretenda establecer una conducta contraria a la moral como la prostitución, conductas sadomasoquistas o nudistas⁴⁰³. Históricamente, la jurisprudencia ha considerado inmorales los contratos relativos a la prestación de servicios en casas de tolerancia, sea que se trate del trabajo como regente, pupila y aun de simple doméstica⁴⁰⁴.

³⁹⁷ AHUAD, *ob. cit.*, p. 4.

³⁹⁸ Véase: MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 361, nota 94.

³⁹⁹ Véase: LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 306 y 3077; TSJ/SConst., Sent. 85 de 24-1-02 <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/85-240102-01-1274%20.htm>.

⁴⁰⁰ LAGRANGE, *Apuntes...*

⁴⁰¹ LARENZ, *ob. cit.*, p. 75.

⁴⁰² LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, p. 307.

⁴⁰³ LAGRANGE, *Apuntes...* antiguamente en Francia se consideraba contrario a las buenas costumbres contratar a alguien para aplaudir. Ahora es perfectamente lícito. Véase: GARIBOTTO, *ob. cit.*, p. 75, ubica la prostitución entre los ejemplos contrarios a la “causa ilícita”, amén del profesional que presta su título y responsabilidad a quien no pueda ejercer la profesión, deudas de juego ilícito.

⁴⁰⁴ AHUAD, *ob. cit.*, p. 5.

También la doctrina alemana ha considerado contrario a las buenas costumbres aquellos contratos estrangulantes para el deudor⁴⁰⁵. No debe concederse fuerza vinculante a un contrato cuyo contenido afecta principios éticos que deben regir la libertad de contratación⁴⁰⁶. Aunque según explicamos en el punto anterior la desproporcionalidad que linda con las cláusulas abusivas ha sido considerada contraria al orden público. No obstante lo interesante es la coincidencia de la doctrina en rechazar por contrario al orden público o inclusive a las buenas costumbres tales acuerdos.

A lo que bien se pudiera agregar “los derechos de los demás”, de conformidad con el artículo 20 de la Carta Magna, pues cabe recordar que los derechos personalísimos entre los que se ubica la “libertad” son indisponibles.

6.3.3. *Principales estipulaciones nulas por objeto ilícito*. Entre tales la doctrina fundamentalmente ubica la estipulación de intereses usureros y los pactos sobre sucesión futura.

a. *Estipulaciones de intereses usureros*⁴⁰⁷. Referimos las limitaciones a los intereses⁴⁰⁸. El rechazo al contrato usurario que algunos relacionan también con la causa tiene que ver con la razonabilidad y justicia de la finalidad perseguida por las partes relacionado con la equivalencia de prestaciones; no es lícito usar el contrato para obtener ventaja en perjuicio⁴⁰⁹ de otro⁴¹⁰.

⁴⁰⁵ Véase: SERICK, Rolf: *Los “estrangulantes” contratos de garantía*. En: Libro Homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, 1970, Tomo II, pp. 241 y 242, (trad. Tatiana B. de Maekelt), “el acreedor se comporta frente al deudor en forma violatoria a las buenas costumbres. La jurisprudencia denomina claramente estos negocios jurídicos contratos estrangulantes. Los estrangulantes contratos de garantía son negocios jurídicos que roban al deudor-garante, en una forma contraria a las buenas costumbres, su independencia económica. La Corte de Reich denomina las formas de aparición de estos contratos estrangulantes ‘succión’ del deudor por el acreedor y ‘tácita propiedad del negocio’ (la rebaja del deudor a la categoría de un muñeco de paja en manos del acreedor). La enumeración no es exhaustiva. También a esta categoría pertenecen, por ejemplo, las inmorales supergarantías y otros similares. “El estrangulante contrato roba al deudor garante su libertad económica al establecer exageradas e indignas limitaciones. Este contrato sólo sirve para amparar los propios intereses del acreedor, y en consecuencia aparta por completo a un lado las aspiraciones del deudor garante”. Véase cita del autor a propósito de venta con pacto de retracto: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, Sent. 8-6-10, Exp. 10050 <http://vargas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/JUNIO/130-8-10050-9012.HTML>. En el mismo sentido y del mismo tribunal: Sent. 29-4-10, Exp. 8733, <http://vargas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/ABRIL/130-29-8733-9189.HTML>.

⁴⁰⁶ MARTIN PALLÍN, José Antonio: *Los contratos blindados*. En: Notario del siglo XXI, Revista on line del Colegio Notarial de Madrid N° 46, noviembre-diciembre 2012, <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-46/217-sumario-numero-46-0-5898250151330838>.

⁴⁰⁷ Véase: MADRID MARTÍNEZ, *Las limitaciones ...*, pp. 757-814.

⁴⁰⁸ Véase *supra* tema 5.7.6.

⁴⁰⁹ LUTZESCO, *ob. cit.*, p. 31.

⁴¹⁰ SALAS, Acdeel E.: *Obligaciones, Contratos y otros Ensayos*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1982, p. 55.

A decir de Maduro Luyando, la nulidad absoluta del acto usurario sería la consecuencia de la estipulación de intereses usurarios⁴¹¹. Para otros cuando los intereses sean por encima del interés legal, se rebajarán por el Juez al límite legal máximo (12%), esto es, lo que procedería es la reducción del interés a la rata legal con devolución de lo pagado en exceso⁴¹².

Ahora bien, desde el punto de vista civil, el contrato que constituya un convenio usurario estará viciado de nulidad absoluta. Sin embargo, respecto de la hipótesis concreta de los intereses, se discute si esa cláusula es nula o si más bien operaría simplemente una al máximo del interés pactable conforme a las disposiciones legales⁴¹³. La opinión mayoría apunta a una reducción, pero dicha tesis parece difícil de sostener que la cláusula sobrevive pero modificada. Interpretación sumamente cómoda para los intereses del acreedor usurero. Al deudor le interesaría sostener que toda la cláusula es nula y que a lo sumo lo que procede es el interés legal. En acertada opinión de Lagrange, si los pactos usureros le han parecido repugnantes al Legislador como para erigirlos a la categoría de delito, debe reconducirse a la nulidad absoluta del contrato o de la cláusula. Pues sería un contrasentido sostener que el contrato constituye un delito pero civilmente produce efectos parcialmente. Eso se presentaría como un contrasentido lógico. Por lo que mejor se presenta en su opinión es considerar nula toda la cláusula por contraria al orden público⁴¹⁴, toda vez que la usura se presenta como un

⁴¹¹ MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 439, TSJ/SCC, Sent. N° 000682 del 19-11-13, <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scc/noviembre/158863-RC.000682-191113-2013-13-315.HTML> "...por cuanto ese contrato simulaba un préstamo de carácter usurario entre las partes... se trataba como bien lo alegó el actor de una nulidad absoluta".

⁴¹² Véase: DFMS1C, Sent. 30-7-70, J.R.G., T. 27, pp. 47 y 48, el préstamo con intereses usurarios afecta la licitud del objeto del contrato, pero no su causa, por cuya razón la sanción no es la inexistencia del préstamo sino la reducción del interés a la rata legal con devolución de lo pagado en exceso. Véase también: Juzgado de Primera Instancia Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 9-8-12, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2012/agosto/961-9-10200-11.html>; TSJ/SCC, Sent. 000455 del 25-10-10, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Octubre/RC.000455-251010-2010-10-149.html>.

⁴¹³ Véase: Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Bancario y Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, Sent. 16-2-09, Exp. 008790 <http://monagas.tsj.gov.ve/decisiones/2009/febrero/1695-16-008790-.html> la usura en materia civil constituye un vicio que da lugar ya sea la nulidad del acto jurídico tachado de usuario, ya sea a un reajuste equitativo. En consideración a los hechos que anteceden, quien aquí decide estima que ambos porcentajes estipulados en las citadas cláusulas son improcedentes por considerarse éstos excesivos, resultando los mismos contrarios a la Ley. Y así se decide; Juzgado Superior Tercero en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, Bancario y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 17-12-10, Exp. 10-3514, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2010/diciembre/1322-17-10-3514-188.html> "...que el contrato de venta con pacto de retracto y de arrendamiento de los vehículos descritos e identificados en actas fue un contrato en el que se ocultó un préstamo de dinero con garantía sustentada en una tasa de interés desmesurada constituyendo causa ilícita, amén que las pruebas promovidas por el sujeto pasivo en nada contribuyeron a desmentir lo señalado en su contra, se impone concluir en declarar con lugar la demanda, con la consecuyente declaratoria de la nulidad del contrato en cuestión. Así se decide".

⁴¹⁴ LAGRANGE, *Apuntes...* Véase: Juzgado Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 11-5-09, Exp. 9575, <http://caracas.tsj.gov.ve/DECISIONES/2009/MAYO/2142-11-9575-.HTML> "Que la decisión N° 85 del 24 de enero

delito penal⁴¹⁵, ratificado en la reciente Ley Orgánica de Precios Justos. La doctrina extranjera alude a la denominada “nulidad del exceso”, señalando que los contratos que prevén intereses excesivos son modificados parcialmente en los juicios indicando que ellos adolecen de una nulidad absoluta parcial, que se opone a nulidad total o completa de un acto jurídico. Pues la nulidad absoluta no se opone a la nulidad parcial sino a la relativa⁴¹⁶, quedando vigente el resto del contrato⁴¹⁷. Se aprecia decisión judicial que declara inadmisibles las solicitudes de intereses por encima del máximo de ley por contrario al orden público⁴¹⁸.

Pareciera que el supuesto de rescisión por lesión en materia de intereses (CC, 1.746 CC)⁴¹⁹ quedaría reducido a aquellos casos en que no se configure el delito usura, toda vez que el mismo es contrario al orden público y por ende configura un objeto ilícito que propicia la nulidad absoluta.

de 2002, dictada por la Sala Constitucional... sirve de antecedente jurisprudencial de un pronunciamiento civil en relación a las cláusulas usurarias; ...se agrega... la ilegalidad e inconstitucionalidad de las cláusulas usureras, declarándose que debían no admitirse (excluirse) o negarse su procedencia en la definitiva; que posterior a la entrada en vigencia de la nueva ley, la usura devino en delito y es obligatorio para el juez civil declarar su improcedencia”; TSJ/SConst., Sent. 85 de 24-1-02 <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/enero/85-240102-01-1274%20.htm> “Se anula, por carecer de equivalencia con las obligaciones entre los contratantes, la tasa de interés moratoria adicional de cualquier porcentaje, que se suma a las tasas para el cálculo de los intereses moratorios del mercado. Se trata de cláusulas usurarias, contrarias a las buenas costumbres”.

⁴¹⁵ TSJ/SCP, Sent. 287 del 16-6-09, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/junio/287-16609-2009-co8-502.html>; TSJ/SCP, Sent. N° 17 del 29-1-09, <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scp/Enero/17-29109-2009-Co8-502.html>; Juzgado Octavo de los Municipios Maracaibo, Jesús Enrique Lossada y San Francisco de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 10-3-05, 00610 <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2006/marzo/498-10-610-123.html> “La usura, atenta contra la vitalidad de la Nación y la seguridad económica de cualquier régimen político en detrimento de sus administrados o clases desposeídas”; TSJ/SCP, Sent. N° 252 de 29-4-08, <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scp/abril/252-29408-2008-Co7-0459.HTML>; TSJ/SCP, Sent. 1315 de 24-10-00, <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scp/octubre/1315-241000-C000992.HTM>. Véase también: MOISSSET DE ESPANÉS, Luis: *Represión Civil de la usura*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-7, www.acaderc.org.ar

⁴¹⁶ PADILLA, *ob. cit.*, p. 121.

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 122, para algunos la cláusula subsiste pero reducida. La nulidad es del exceso, no del contrato o de la cláusula.

⁴¹⁸ Véase: Juzgado Tercero de los Municipios Maturín, Aguasay, Santa Bárbara y Ezequiel Zamora de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas, Sent. 7-8-09, Exp. 2530, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2009/agosto/1871-7-2530.html>. En consideración a los artículos antes transcritos (1746 CC, 108 CCom y 341 CPC) y siendo que en el contrato cursante en autos se estipuló una tasa mensual de interés del veinte por ciento (20%) mensual; la cual excede el máximo permitido por el Código Civil y la Ley Especial que regula la materia, la presente acción no debe ser admitida puesto que contraria disposiciones legales, y así se decide. Véase también: Juzgado Octavo de los Municipios Maracaibo, Jesús Enrique Lossada y San Francisco de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 10-3-05, 00610 <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2006/marzo/498-10-610-123.html> luego de referirse a la usura indica que “al ser inexistente o nulo el documento base de la pretensión del actor, esto es el documento de ..., ya reseñado, se concluye que la acción propuesta atenta contra el orden público y las buenas costumbres, mal puede este Tribunal emitir pronunciamiento... La acentuada debilidad manifiesta en la que se encontraba el demandado ante el poder económico del actor, constituyendo a criterio del Tribunal que el negocio jurídico celebrado por las partes lo fue un préstamo de dinero en connotación de una usurería exorbitante penada por la Ley, más no así un negocio jurídico de venta con pacto de retracto”.

⁴¹⁹ Véase *infra* 10.4.2 de este mismo tema.

b. *Prohibición de pactos sobre sucesión futura*⁴²⁰: Dispone el art. 1022 CC: “No se puede, ni aun por contrato de matrimonio, renunciar a la herencia de una persona viva, ni enajenar los derechos eventuales que se puedan tener a aquella herencia”. De allí que es nulo el contrato sobre la herencia de una persona viva⁴²¹. Las clases de tales pactos pueden ser de institución o de renuncia; los primeros pretenden regular la propia sucesión (por ejemplo una persona conviene con otra en dejarle toda su herencia); los de renuncia suponen como lo denota su denominación “renunciar” a una sucesión no abierta, esto es, de una persona viva. Tienen su fundamento en la libertad de disponer y evitar el deseo de muerte, respectivamente⁴²².

Una vieja idea ve inmoral que en tales pactos se vea una especie de *votum mortis*, de voto o deseo de muerte. La idea era proteger a la persona contra sí misma. Aunque ello puede presentarse en contratos como la renta vitalicia (CC 1790) o el seguro de vida. En materia sucesoria sin embargo, el testamento permite disponer de los bienes propios y el artículo 1127 CC prevé una suerte de partición del patrimonio de uno en vida⁴²³.

7. La causa⁴²⁴

⁴²⁰ Véase: CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio: *La prohibición de los contratos sucesorios*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002; LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 309 y 310.

⁴²¹ LARENZ, *ob. cit.*, p. 77.

⁴²² MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 441 y 442.

⁴²³ LAGRANGE, *Apuntes...*

⁴²⁴ Véase: GORRÍN, Guillermo: *La causa del contrato en la doctrina de Venezuela. Ausencia de un adecuado análisis a la luz de la moderna doctrina general de los contratos*. En: I Jornadas Franco-venezolanas de Derecho Civil “Nuevas Tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil Francés”. Caracas, Capítulo Venezolano de la Asociación Henri Capitant Des Amis de la Culture Juridique Française. Coord: José Annicchiarico, Sheraldine Pinto y Pedro Saghy. Editorial Jurídica Venezolana, 2015, pp. 337-365; MÉLICH ORSINI, José: *La causa en la teoría del contrato y sus diversas funciones*. En: Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal N° 147, 1983, pp. 9-70; LEÓN HURTADO, Avelino: *La causa*. Chile, Editorial Jurídica de Chile, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Colección de Estudios Jurídicos y Sociales 49, 1961; LAJE, Eduardo Jorge: *La noción de causa en el Derecho Civil*. Buenos Aires, Arayu, 1955; DABIN, J.: *La teoría de la causa*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1995; GARIBOTTO, Juan Carlos: *La causa final del acto jurídico*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1985; PINO, Augusto: *Reflexiones sobre la causa del negocio*. En: Libro Homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1970, T. I, pp. 487-498; GAMBARO, Antonio: *Causa y contrato*. En: El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un Código Latinoamericano Tipo. Colombia, Universidad de Externado, 1998, pp. 159-198; MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N.: *La causa y la frustración del contrato*. En: Contratación contemporánea. Teoría General y Principios. Santa Fe de Bogotá, Temis/Palestra, 2000, pp. 47-67; ALIOTO, Daniel G.: *La causa del contrato*. En: Contratos Cíviles y Comerciales. Parte General. Buenos Aires, Heliasta, 2010, pp. 165-181; MAZEAUD, Denis: *La noción de cause d'origine française*. En: Los contratos en el Derecho Privado. Directores Académicos: Fabricio Mantilla y Francisco Ternera. Colombia, Legis/Universidad del Rosario, 2008, pp. 121-136; DE LOS MOZOS, José Luis: *Nuevas reflexiones críticas sobre la causa en los contratos*. En: El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un Código Latinoamericano tipo. Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 237-252; *Código Civil de Venezuela. Artículos 1146 al 1158...*, pp. 309-420; MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 243-308; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 403-428; PALACIOS HERRERA, *OB. CIT.*, pp. 194 y ss.; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. I, pp. 327-341; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 125-142; MILIANI BALZA, *ob. cit.*, pp. 195-237; ANNICHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 46-48; DOMINICI, *ob. cit.*, pp. 562-570; SANOJO, *ob. cit.*, pp. 31-35; RAMÍREZ, *ob. cit.*, pp. 55-61; FERRI, *ob. cit.*,

7.1. Generalidades

Para algunos es uno de los aspectos más oscuros y confusos⁴²⁵, llegándose inclusive a dudar que constituya realmente un requisito del contrato⁴²⁶.

Figura como elemento esencial del negocio jurídico cuya ausencia supone la nulidad del acto⁴²⁷. La causa –cuya teoría general no llegó a ser formulada por los romanos⁴²⁸– es la razón determinante que ha dado nacimiento a la obligación⁴²⁹, es el fin perseguido para contratar. “Se refiere a los motivos principales y determinantes que impulsaron a cada una de las partes a contratar”⁴³⁰. Es pues el propósito o fin que persiguen las partes con la celebración del contrato⁴³¹. En definitiva se presenta como el fin o función económica jurídica que cumple el contrato, esto es, la razón, el móvil o motivo⁴³².

Toda prestación ha de tener una razón antecedente, un fundamento que la justifique, es decir, una causa⁴³³. Para que un contrato sea válido no basta entonces que las voluntades existan y se pongan de acuerdo; es preciso también que hayan sido motivadas. Y la motivación de la voluntad constituye la teoría de la causa⁴³⁴. La causa es el motivo jurídicamente suficiente o relevante para determinar a ambos contratantes o alguno de ellos a obligarse⁴³⁵. La causa es el fin inmediato que ha determinado el deudor. Así como identificar el contrato celebrado (compraventa, arrendamiento, etc.) y controlar la licitud del contrato⁴³⁶.

En efecto, a través de la causa es posible controlar la conformidad del contrato con el orden público y las buenas costumbres⁴³⁷, por lo que la ilicitud de la causa viene dada por la violación de normas imperativas, contrarios al orden público o la moral⁴³⁸. Y así refiere Casación que “la correcta interpretación del artículo 1.157 del Código Civil, conlleva a establecer que su sentido y alcance es el de comprender los casos de nulidad contractual en

pp. 393-446; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *ob. cit.*, 2003, pp. 61-83; TSJ/SCC, Sent. N^o 148 del 6-3-12, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/marzo/RC.000148-6312-2012-10-389.HTML>.

⁴²⁵ Véase: SERRANO ALONSO y SERRANO GÓMEZ, *ob. cit.*, p. 89; OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, p. 232; DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, pp. 44-47.

⁴²⁶ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *ob. cit.*, 2003, p. 61.

⁴²⁷ *Compendio di Istituzioni...*, *ob. cit.*, p. 339.

⁴²⁸ LAJE, *ob. cit.*, p. 3; LEÓN HURTADO, p. 18, la causa no fue creada por el Derecho romano.

⁴²⁹ DOMINICI, *ob. cit.*, p. 562.

⁴³⁰ ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 47.

⁴³¹ LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 242.

⁴³² PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 194, agrega que el consentimiento solo no explica el fundamento mismo de mi voluntad de obligarme. Dominici alude a “razón de ser”; *Compendio di Istituzioni...*, *ob. cit.*, p. 340, se asocia al motivo y función económico social del negocio.

⁴³³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS y otros, *ob. cit.*, p. 372.

⁴³⁴ LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 349 y 350.

⁴³⁵ SANOJO, *ob. cit.*, p. 31.

⁴³⁶ LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 243.

⁴³⁷ ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 48.

⁴³⁸ GARIBOTTO, *ob. cit.*, pp. 73-75.

los casos en que se verifique una total ausencia de causa, falsedad o ilicitud de la misma, entendiéndose por causa ilícita aquella que es contraria a la ley, a las buenas costumbres y al orden público”⁴³⁹.

Puede ser difícil distinguir causa de objeto del contrato, toda vez que ambos deben estar a tono con el orden público y las buenas costumbres. La causa es el fundamento jurídico que justifica la producción de las obligaciones que nacen del contrato y cumple el objetivo de limpiar la amplia autonomía de la voluntad que se concede a las partes⁴⁴⁰. Sea cual fuere el contrato, siempre existe un móvil que se adelanta a la concreción material de aquél⁴⁴¹. Se pregunta Mélich ¿Cómo distinguir causa de objeto? Refiere que Oudot decía: objeto ¿A qué nos obligamos?; causa ¿Por qué nos obligamos?⁴⁴² O como indica Dominici: ¿Por qué se debe? La respuesta es la causa. ¿Qué es lo que se debe? El objeto⁴⁴³.

Refiere Pino que no es lo mismo la causa del negocio jurídico que la causa de la obligación, como ha sido tradicional⁴⁴⁴. Los fenómenos jurídicos son tal por la utilidad que les reconoce el Derecho. Pero la causa como requisito del contrato supone el análisis sobre la utilidad social⁴⁴⁵. Las limitaciones a la causa vienen dadas por normas imperativas, orden público y buenas costumbres (conciencia moral de la colectividad), estos últimos conceptos variables en el tiempo⁴⁴⁶. El requisito de la causa debe entenderse como una exigencia de que la obligación asumida mediante el contrato esté *justificada*⁴⁴⁷. Se afirma que la causa de la obligación es siempre una misma en una categoría de contratos. Algunos la califican de causa abstracta y no varía para cada contrato aisladamente considerado sino que es idéntica en cada categoría de contrato⁴⁴⁸ a título gratuito o a título oneroso. En los contratos a título gratuito es la intención liberal del deudor. En los contratos a título oneroso la existencia de una contraprestación, aunque ésta no se presenta siempre de la misma manera según se trate de un contrato sinalagmático o de un contrato unilateral⁴⁴⁹. Se afirma que en una visión objetiva, la causa de la obligación es siempre la misma para cada tipo de contrato⁴⁵⁰.

⁴³⁹ Véase: TSJ/SCC, Sent. 193 del 2-5-13, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/mayo/RC.000193-2513-2013-12-407.HTML>.

⁴⁴⁰ PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 554.

⁴⁴¹ GHERSI, *ob. cit.*, p. 173.

⁴⁴² MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 245; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. I, p. 329.

⁴⁴³ DOMINICI, *ob. cit.*, pp. 564 y 565.

⁴⁴⁴ PINO, *ob. cit.*, p. 491.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 493.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 495.

⁴⁴⁷ LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, p. 290 (destacado original).

⁴⁴⁸ OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. I, p. 330, la causa de la obligación es diferente a la causa del contrato, ella es abstracta y desvinculada a la personalidad del contratante e idéntica para cada categoría de contrato.

⁴⁴⁹ LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 357 y 358.

⁴⁵⁰ BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 127.

“La causa es un elemento o requisito del contrato, que a pesar de los argumentos que hacen ver su redundancia e inutilidad se conserva indefectiblemente y se lleva y trae en códigos, tratados y decisiones judiciales. Se confunde con el objeto, se presta a equívocos; causa subjetiva y causa objetiva, causa del contrato y causa de la obligación, función práctico o económico-social o motivo que induce al contrato, o en fin de cuentas, es la misma definición de la figura contractual específica, pero se sigue operando con el vocablo y el concepto de causa; el contrato debe tener una causa real y además lícita, so pena de nulidad. Pero, ¿Es que acaso sería concebible un contrato sin función social? ¿O sin un motivo propio, concreto y objetivo?⁴⁵¹.”

La teoría pluralista de la causa sostiene que no hay un concepto único de causa sino que debe identificarse caso por caso⁴⁵². Algunos distinguen entre causa final y causa directa o mediata. Al efecto afirma Garibotto, que la causa final es la “finalidad, que, mediante la celebración de un acto jurídico, explica y justifica el establecimiento de relaciones jurídicas entre personas, o, precisando más aún el concepto, es la representación anticipada que el o los otorgantes del acto tienen de la finalidad que persiguen mediante su realización y que los determina a celebrar ese acto jurídico”⁴⁵³. Noción amplia que a decir del autor permite incluir tanto a la causa final *directa o inmediata* (constituida por el motivo abstracto o jurídico del acto, como crear, modificar o transmitir derechos) como la causa final *indirecta o mediata* (constituida por los motivos concretos, individuales y psicológicos variables en una misma categoría de negocios jurídicos)⁴⁵⁴. Se afirma así que la causa *final* o causa propiamente dicha se distingue de la causa motiva o imputiva, pues la primera es invariable para cada contrato, en tanto que la segunda varía y responde a circunstancias individuales⁴⁵⁵. Esa causa “final” se refiere a la obligación y no propiamente al contrato⁴⁵⁶. Lo que se corresponde con la distinción entre causa objetiva y subjetiva.

La relevancia de la causa subjetiva ha sido puesta de relieve como criterio determinante de la ley o las normas jurídicas aplicables a la relación obliga-

⁴⁵¹ HINESTROSA, Fernando: *Validez e invalidez del contrato en el Derecho latinoamericano*. En: El contrato en el sistema jurídico latinoamericano. Bases para un Código Latinoamericano Tipo. Colombia, Universidad de Externado, 1998, p. 212.

⁴⁵² GORRÍN, Guillermo: *La causa del contrato en Venezuela: ausencia de su adecuado análisis a la luz de la moderna doctrina general de los contratos*. Conferencia dictada en las I Jornadas Franco-venezolanas de Derecho Civil. Nuevas tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil francés. (Caracas, Viernes 14 y sábado 15 de febrero de 2014). Se atiende modernamente a la eliminación de la causa por diversos motivos, entre los que se afirma que se puede llegar al mismo resultado por vía del objeto del contrato.

⁴⁵³ GARIBOTTO, *ob. cit.*, p. 65.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, pp. 65 y 66; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *ob. cit.*, 2003, p. 63, la causa final mueve la voluntad, en tanto que la causa eficiente constituye libre voluntad.

⁴⁵⁵ LAJE, *ob. cit.*, p. 16.

⁴⁵⁶ Véase: LEÓN HURTADO, p. 17, la causa del contrato en el sentido motivo que induce a contratar, corresponde al concepto de causa ordinaria y tiene influencia sobre la validez del acto. La causa de la obligación en cambio corresponde a la causa final.

toría⁴⁵⁷. Así Ochoa distingue dos maneras de ver la causa: 1. *objetivamente*: como causa de la obligación, esto es, la razón por la que se obliga (ejem. la causa de pagar el precio sería la entrega de la cosa) 2. *subjetivamente*: como causa del contrato. Tiene que ver con dónde se controla la licitud y moralidad del contrato, pues debe tratarse de un fin lícito y no contrario al orden público. No se trata de una noción inútil sino de una importancia capital porque supone un límite a la autonomía de la voluntad y al predominio del orden público. Responde a la pregunta: ¿Por qué el contratante le obligó?⁴⁵⁸. El autor explica que Domat y Pothier dejaron de lado la causa subjetiva reduciéndola a una noción técnica y abstracta ajena a la voluntad e intención (ejem. en la compraventa la causa del vendedor es el pago y del comprador la entrega de la cosa). Para autores como Planiol quien es anticausalista, la teoría es falsa. Capitant, causalista moderno, trata de resolver la antinomia entre causa subjetiva y objetiva, dándole valor a la intención, pretendiendo controlar la libertad contractual⁴⁵⁹. Para Palacios Herrera la causa no se ubica en los elementos objetivos del contrato sino en el proceso psicológico del sujeto obligado⁴⁶⁰.

Por su parte, la jurisprudencia también refleja la distinción entre causa *subjetiva* y causa *objetiva* al indicar que “respecto al elemento causa del contrato, concebido desde un punto de vista subjetivo como la finalidad perseguida por las partes, en tanto que objetivamente se entiende por tal la contraprestación que cada contratante recibe del otro, observa la Sala que en el contrato bajo análisis, la misma no es contraria a la ley, a las buenas costumbres o al orden público, configurándose el último de los requisitos inherentes a la existencia de los contratos exigidos por el Código Civil”⁴⁶¹. Se aprecia otra decisión judicial que refiere la causa objetiva: “con referencia a la causa enseña la Teoría de la Bilateralidad: que la causa de las obligaciones de una de las partes es la causa de las obligaciones de la otra parte, que aplicado al contrato de arrendamiento (el cual es sinalagmático o bilateral) tenemos que la causa de la obligación del arrendador es permitir al arrendatario el uso de la cosa dada en arriendo en forma pacífica y la

⁴⁵⁷ Véase: ADRIÁN HERNÁNDEZ, Tamara: *La multiplicidad de regímenes jurídicos obligatorios y la causa subjetiva como uno de los criterios esenciales de determinación de la ley aplicable a tales relaciones. (Algunas bases para una teoría de los actos y hechos jurídicos subjetivos comerciales, de consumo, anticompetitivos y cooperativos)* En: Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, Serie Eventos N° 23, 2007, pp. 27-63.

⁴⁵⁸ OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. I, pp. 328 y 329.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, pp. 332-334.

⁴⁶⁰ PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 195, indica que sin embargo la causa sería la razón “inmediata” y los motivos “los fines “mediatos”. Ejem. comprar una casa.

⁴⁶¹ TSJ/SPA, Sent. 00428 del 11-5-04.

causa de la obligación del arrendatario es pagar al arrendador el canon de arrendamiento como contraprestación por el uso de la cosa⁴⁶².

La doctrina española se apunta en la línea que la causa de la obligación es objetiva pues los motivos particulares y subjetivos que inducen a las partes a contratar son en principio irrelevantes⁴⁶³. Se afirma así que la causa de la obligación es distinta a los motivos, pues en todo contrato, al lado de una razón invariable y uniforme de comprometerse para la categoría a la cual pertenece un contrato, hay motivos que varían de un contrato a otro. Por ejemplo, en la compraventa el vendedor se compromete a entregar la cosa y hacer propietario al comprador. Y éste se compromete a pagar el precio de la venta. En la donación, la intención liberal puede responder a infinitos motivos. Por consiguiente, fuera de la causa de la obligación, existen motivos numerosos y variables. Según los autores clásicos no es posible hacer depender un contrato de los motivos los cuales son variables, ello iría contra la seguridad jurídica, por ser excesivamente variables⁴⁶⁴.

No ha faltado quien considere la inutilidad de la noción de causa, toda vez que el mismo fin pudiera lograrse con el análisis del objeto del contrato. Surge así el anticausalismo, que consiste en la negación de la causa como elemento esencial del contrato, con base por ejemplo que en los contratos onerosos de obligaciones recíprocas, su simultaneidad excluye la causa correlativa⁴⁶⁵. De allí que grandes maestros del Derecho Civil sostuvieron la falsedad e inutilidad de la causa⁴⁶⁶. En Venezuela, Bastidas se presenta anticausalista⁴⁶⁷.

Sin embargo otros afirman que el concepto de causa derivado la teoría clásica es fundamental en los contratos bilaterales según se evidencia de múltiples figuras o instituciones⁴⁶⁸, pues sin ella ante el incumplimiento de la obligación de una de las partes no quedaría liberada la otra parte. Si sólo se exige objeto y consentimiento, si el comprador no cumple con su obligación la obligación sería técnicamente exigible. Pero el concepto de causa permite un elemento esencial pues la causa de la obligación del ven-

⁴⁶² Juzgado Octavo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 7-8-08, Exp. 8748, <http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2008/agosto/2155-7-8748-.html>.

⁴⁶³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS y otros, *ob. cit.*, p. 376.

⁴⁶⁴ LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 363 y 362.

⁴⁶⁵ ALIOTO, *ob. cit.*, p. 175, cita entre tales a la Laurent, Baudry-Lacantinerie, Huc, Giorgi. Véase también: GARIBOTTO, *ob. cit.*, pp. 15-20, cita a Ernst, Laurent, Planiol (quien la califica de falsa e inútil), Giorgi y Dabin. Su refutación vendría dada por Ripert y Boulanger, Josserand. Llegando así al tránsito al neocausalismo encabezado por Capitant.

⁴⁶⁶ Véase: LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 366 y ss.

⁴⁶⁷ Véase: PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 200.

⁴⁶⁸ Véase: GARIBOTTO, *ob. cit.*, pp. 67 y 68, la causa final directa o inmediata cumple una función primordial una función de protección individual, pues lleva ínsita, en los contratos bilaterales, la equivalencia relativa de las prestaciones, en tanto que, en los actos unilaterales, importa el respeto de la voluntad del otorgante. De allí se explican las normas como las relativas a la repetición del pago sin causa, el error sobre la causa, el dolo como causa de anulación, la imprevisión, la excepción de incumplimiento y la resolución por incumplimiento.

dedor es la obligación del comprador. De allí que señala Palacios Herrera que la causa cumple una función negativa, pues se emplea para extinguir o anular un contrato⁴⁶⁹. Se afirma en torno a la causa del contrato bilateral que la causa de la obligación de una de las partes es contraprestación recíproca de la otra⁴⁷⁰. La causa o más bien la pérdida de tal, lo vislumbran algunos como fundamento de la teoría de la imprevisión, pues la misma debe mantenerse a lo largo del contrato⁴⁷¹.

Recientemente se afirma que muchos hemos sido sorprendidos con que el proyecto de Reforma del Código Civil Francés se proponga la eliminación de la teoría de la causa como elemento del contrato⁴⁷². Finalmente, a pesar de las críticas sobre la utilidad de la figura para algunos “la causa no ha muerto” y permanece latente en muchos espíritus⁴⁷³.

7.2. Casos de ausencia de causa⁴⁷⁴

Dispone el artículo 1157 CC: “*La obligación sin causa o fundada en una causa falsa o ilícita, no tiene ningún efecto...*”.

Se citan entre los casos de ausencia de causa

a. *Cuando la causa no ha existido nunca*, como es el caso de la fianza de obligación nula (art. 1805 CC), la venta de una cosa que ha perecido (art. 1485⁴⁷⁵ CC), renta vitalicia constituida a favor de persona muerta (art. 1794 CC), seguro para cubrir riesgo inexistente⁴⁷⁶.

b. *Cuando la causa existiendo en un principio deja de existir posteriormente*⁴⁷⁷, como es el caso de la cosa arrendada que perece o se deteriora en cuyo caso el arrendatario puede pedir la liberación o la disminución del canon (CC, art. 1588) la liberación del enfiteuta de la pensión anual cuando perece en fundo enfiteutico (art. 1571 CC), en el contrato de arrendamiento de obras cuando el obrero pone sólo su trabajo y la cosa perece antes de

⁴⁶⁹ PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 199, la compara con los leucocitos en el sistema circulatorio.

⁴⁷⁰ LEÓN HURTADO, p. 31.

⁴⁷¹ Véase *supra* tema 8.3.

⁴⁷² GORRIN, *La causa del contrato...*, p. 337, agrega “aunque como bien nos ha informado el profesor Denis Mazeaud ello no implicará que con tal modificación se excluirá en el futuro la aplicación de lo que con ocasión del desarrollo de ese elemento contractual es útil en relación a la validez y calificación de los contratos, entre otros temas. La tarea de la doctrina y jurisprudencia francesa, y de quienes en el futuro sigan ese modelo, consistirá entonces en la determinación de la vía para concretar tal propósito”.

⁴⁷³ DABIN, *ob. cit.*, p. 5.

⁴⁷⁴ Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 425 y 426; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. I, p. 355, se puede confundir con ausencia de objeto; TSJ/SCC, Sent. N° 148 del 6-3-12, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/marzo/RC.000148-6312-2012-10-389.HTML>.

⁴⁷⁵ “*Si en el momento de la venta la cosa vendida ha perecido en totalidad, la venta es inexistente. Si sólo ha perecido parte de la cosa, el comprador puede elegir entre desistir del contrato o pedir la parte existente, determinándose su precio por expertos*”.

⁴⁷⁶ BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 137.

⁴⁷⁷ Véase: MESSINA, *ob. cit.*, pp. 64 y 65.

ser entregada, sin que el dueño esté en mora de examinarla, éste queda liberado, a menos que la cosa perezca por vicio de la materia o por causa imputable al arrendador (art. 1635 CC), en la rebaja de la prestación que el usuario puede pedir al titular de un fundo debido a los hechos naturales o de un tercero (art. 737 CC).

c. *Cuando la causa siendo referida al futuro no se realiza*, lo que acontece en el contrato de sociedad cuando el objeto se hace imposible (CC, art. 1673, ord. 2^o).⁴⁷⁸ O ante la donación en consideración a un matrimonio futuro que no se celebra (CC, art. 1450 CC)⁴⁷⁹.

Refiere Casación que no reseña la doctrina patria el supuesto de “deficiencia parcial de la causa” a propósito de la posibilidad de nulidad por desproporción señalando que esta posición ha sido “censurada como un intento de extensión del instituto de la lesión creado al margen de los textos y en violación del artículo 1350 del Código Civil venezolano”⁴⁸⁰. No obstante, cabe recordar que la desproporcionalidad cuando linda en lo abusiva es contraria al orden público y para algunos a las buenas costumbres, por lo que es subsumible en la nulidad por “objeto” ilícito⁴⁸¹.

7.3. *Causa falsa*⁴⁸²

Referida en el citado artículo 1157 CC como carente de efecto. La causa falta o putativa también acarrea la nulidad de la obligación, esto es, aquella causa que una o ambas parte creen que existe y no existe en la realidad. Se ubica entre las causas falsas o errores en la causa (causa putativa)⁴⁸³: la transacción declarada nula porque se basa en documentos falsos o se realiza para resolver un litigio ya decidido (CC, arts. 1721 y 1722). Se agrega el caso del heredero que creyéndose tal cumple un legado. Para algunos la causa falta constituye un supuesto de ausencia de causa que no debe ser estudiado aparte.

7.4. *Causa ilícita*⁴⁸⁴: Los contratos de causa ilícita son nulos de conformidad con el artículo 1157 CC, según el cual “la causa es ilícita cuando es contraria a la ley, al orden público o a las buenas costumbres”. Sobre tales conceptos se remite a los desarrollados a propósito del objeto⁴⁸⁵. Algunos sin embargo, distinguen la causa inmoral, si es contraria a las buenas costumbres⁴⁸⁶.

⁴⁷⁸ MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 425 y 426.

⁴⁷⁹ BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 137.

⁴⁸⁰ Véase: MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 290 y 291, TSJ/SCC, Sent. N° 148 del 6-3-12, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/marzo/RC.000148-6312-2012-10-389.HTML>.

⁴⁸¹ Véase *supra* este mismo tema 6.3.1. y 6.3.2.

⁴⁸² MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 426; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. I, p. 336.

⁴⁸³ Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 426.

⁴⁸⁴ *Ídem*; DOMINICI, *ob. cit.*, p. 569.

⁴⁸⁵ Véase *supra* este mismo tema 6.3.2. y 6.3.1.

⁴⁸⁶ MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 427.

7.5. Disposiciones legales relativas a la causa

Indica el artículo 1157 CC: “*La obligación sin causa*⁴⁸⁷, o *fundada en una causa falsa*⁴⁸⁸ o *ilícita*⁴⁸⁹, no tiene ningún efecto. La causa es ilícita cuando es contraria a la Ley, a las buenas costumbres o al orden público⁴⁹⁰. Quien haya pagado una obligación contraria a las buenas costumbres, no puede ejercer la acción en repetición sino cuando de su parte no haya habido violación de aquéllas”.

Se refiere que dicha norma constituye la explicación del adagio: “*nemo auditor propriam tuptitudinem allegans*” de nadie puede alegar su propia torpeza⁴⁹¹. Se trata de una regla moralizadora tomada del artículo 27 del Proyecto Franco-italiano que impide que los tribunales tengan que pronunciarse sobre pactos vergonzosos. Regla que busca que el deudor cómplice de la conducta torpe o inmoral pueda aprovecharse de la nulidad de un contrato que ha estimulado a celebrar; aunque se le objeta un posible enriquecimiento sin causa. Acción esta última que sólo admite la doctrina cuando sea posible alegarla extracontractualmente sin que el Tribunal deba conocer el contrato inmoral⁴⁹².

El artículo 1.157 del Código Civil, conlleva a establecer que su sentido y alcance es el de comprender los casos de nulidad contractual en los supuestos en que se verifique una total ausencia de causa, falsedad o ilicitud de la misma, entendiendo por causa ilícita aquella que es contraria a la ley, a las buenas costumbres y al orden público⁴⁹³. Se ha visto como principio rector del Derecho Civil la salvaguarda al orden público, la moralidad y las buenas costumbres⁴⁹⁴.

Con base a la referida norma del artículo 1157 CC la doctrina incluye pues entre los requisitos de la causa que esta ha de existir, ha de ser verdadera y debe ser lícita⁴⁹⁵.

El artículo 1158 CC dispone: “*El contrato es válido aunque la causa no se exprese. La causa se presume que existe mientras no se pruebe lo contrario*”.

⁴⁸⁷ Véase: OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. I, pp. 355 y 356, por ejemplo, contrato de seguro por riesgo inexistente o pagar una deuda ya pagada.

⁴⁸⁸ Ej. vicios del consentimiento. Véase: OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. I, p. 336, para el autor inclusive mediante error inexcusable. Sería nula la obligación pero por un camino más sencillo.

⁴⁸⁹ Ej. pagar por matar.

⁴⁹⁰ Véase distinguiendo con base a la misma referencia en el Derecho italiano: *Compendio di Istituzioni...*, *ob. cit.*, p. 344, negocio ilegal es cuando la causa es contraria a una norma imperativa o de orden público; negocio inmoral es cuando la causa es contraria a las buenas costumbres.

⁴⁹¹ Véase: PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 216; MILIANI BALZA, *ob. cit.*, pp. 229 y 230.

⁴⁹² MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 296-298.

⁴⁹³ TSJ/SCC, Sent. 000193 de 2-5-13, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Mayo/RC.000193-2513-2013-12-407.html> ; TSJ/SCC, Sent. N° 148 de 6-3-12, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Marzo/RC.000148-6312-2012-10-389.html> .

⁴⁹⁴ LÓPEZ MESA, *ob. cit.*, pp. 344 y 345.

⁴⁹⁵ BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 136-139.

La norma de 1158 CC consagra lo que ha denominado la doctrina la presunción *iuris tantum* de causa⁴⁹⁶ en contra del deudor y en beneficio del acreedor; si el deudor pretende alegar la inexistencia o ilicitud de causa deberá probarla dada la presunción impuesta por el Legislador que considera la causa existente y lícita⁴⁹⁷. Rige pues la presunción de existencia de causa, por lo que el Juez no debe presumir cuál sea la causa, si ella no se expresa, sólo debe presumirse que existe. Teniendo el deudor la carga de la prueba de su inexistencia⁴⁹⁸. La doctrina refiere que si el deudor prueba que la causa es falsa, la situación ha cambiado en su provecho, pues cesa la presunción de causa, y será el acreedor quien debe probar cuál es la causa cierta de la obligación⁴⁹⁹.

Se alude a contrato “abstracto” como aquellos que son válidos sin necesidad de expresar la causa. En tanto para otros es aquél que por expresa disposición del legislador se perfecciona de manera formal, cumpliendo la forma pautada, sin requerir frente a terceros expresión de la causa (letra de cambio o cheque). Pues el primer párrafo del artículo 1158 del CC solo se limita a exonerar de la obligatoriedad de la mención expresa de la causa. Opinión más sensata –a decir de Maduro Luyando– toda vez que se señala que el contrato abstracto debe ser previsto de un modo especial por el legislador, tomando en cuenta los caracteres de un tipo de negocio jurídico determinado⁵⁰⁰.

En los contratos abstractos la causa carece de relevancia jurídica, es decir, su contenido, así como los defectos de lo que puede adolecer, no trascienden al negocio. Si se admiten los contratos abstractos, las otras funciones asignadas a la causa, como la tipificación del negocio o control de licitud, pueden conseguirse por otras vías⁵⁰¹. En la doctrina española se afirma que la expresión no pretende referir contratos sin causa porque no

⁴⁹⁶ Véase: PIETRI, Alejandro (h): *La presunción de causa y otros estudios jurídicos*. Caracas, Fabretón, 1985; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS y otros, *ob. cit.*, p. 375, resulta relevante la dispensa *iuris tantum* de la prueba de la causa. Ello permite al acreedor reclamar el pago sin necesidad de probarla, pero el deudor por su parte podrá probar la falta de causa u obligación antecedente. Este limitado efecto de inversión de la carga de la prueba se conoce en la doctrina y jurisprudencia española como “*abstracción procesal de la causa*”; DOMINICI, *ob. cit.*, p. 570, ejemplo es indicar simplemente me obligo a pagar tal cosa; LÓPEZ MESA, *ob. cit.*, p. 347; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 139-142.

⁴⁹⁷ MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 428, la presunción de causa tiene un doble alcance pues la causa se considera existente y se considera lícita. La presunción se establece en contra del deudor y en beneficio del acreedor. Por lo que si el deudor pretende alegar la inexistencia de causa tendrá la carga de la prueba.

⁴⁹⁸ Véase: CSJ/Cas., Sent. 28-5-74, OPT, Vol. 5, mayo 1974, p. 154.

⁴⁹⁹ PIETRI, *La presunción de causa...*, pp. 289 y 290, la situación es la misma que se presenta cuando el documento sí expresa una causa pero el deudor demuestra que es falsa, caso éste en que corresponde al acreedor la prueba de la causa verdadera. Esta solución está en todo conforme con los principios y con la ley. Cuando el acreedor ha invocado una causa que resulta falsa, su situación no merece protección por la ley, pues es de pensar que no ha existido nunca o que sea ilícita. Entonces se impone proteger al deudor.

⁵⁰⁰ MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 427 y 428.

⁵⁰¹ LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, pp. 245 y 246.

existen sino a la posibilidad de que determinado negocio jurídico puedan llegar a producir sus efectos con independencia de las incidencias por las que pudiera pasar aquel contrato⁵⁰².

8. La capacidad⁵⁰³

8.1. Generalidades

La capacidad es tema fundamental de teoría general del Derecho. Su acercamiento corresponde inicialmente a la asignatura *Derecho Civil I Personas* a propósito de la diferencia entre capacidad jurídica o de goce y capacidad de obrar o de ejercicio. La primera es la “medida” de la aptitud⁵⁰⁴ para ser titular de deberes y derechos o más resumidamente la “medida de la personalidad”, pues la restricciones a la misma se traducen en una cuestión de *quantum*. Toda persona tiene en general dicha capacidad jurídica o de goce aunque en el ente incorporal es más limitada que en el ser humano, en razón de su propia naturaleza y de su finalidad. Pero la capacidad de goce si bien algunos la asimilan a la “personalidad”, algunos acertadamente le adicionan la nota de “medida”, porque se puede sufrir restricciones a la misma que vienen dadas por las “incapacidades especiales de goce”.

Se distingue por otra parte, lo que para algunos constituye la “verdadera” capacidad a saber la de obrar o de ejercicio. La capacidad de obrar o de ejercicio se presenta como la posibilidad de realizar actos jurídicos válidos por voluntad propia, esto es, sin precisar de representación o de asistencia por imperativo legal. Dicha capacidad de obrar se desglosa en negocial, procesal o delictual. Esta última no depende técnicamente de la capacidad de obrar sino del discernimiento a tenor del artículo 1186 del CC. Se ha considerado tautológico referirse a capacidad para contratar pues no es en esencia distinta de la que se exige para la celebración de cualquier acto jurídico⁵⁰⁵.

⁵⁰² Véase: SERRANO ALONSO y SERRANO GÓMEZ, *ob. cit.*, p. 93.

⁵⁰³ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Ensayos sobre Capacidad...*, pp. 19-87; DE FREITAS DE GOUVEIA, Edilia: *La noción de capacidad en la doctrina jurídica venezolana*. En: Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección Libros Homenaje N° 5. Fernando Parra Aranguren Editor, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Vol. I, pp. 319-345; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Manual de Derecho Civil I Personas...*, pp. 314-332; MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 64-100; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 451-459; PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, pp. 146-150; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 72-79; SANOJO, *ob. cit.*, pp. 14 y 15; DOMINICI, *ob. cit.*, pp. 535-538; AGUILAR GORRONDONA, José Luis: *Derecho Civil Personas*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 23ª edic., 2010, pp. 199-210; GATALDI, José María: *Capacidad y legitimación para contratar*. En: Contratos Civiles y Comerciales. Parte General. Buenos Aires, Heliasta, 2010, pp. 111-152; PONS TAMAYO, Héctor: *Capacidad de la Persona Natural*. Maracaibo, Universidad del Zulia, Facultad de Derecho, 1971; LEÓN ROBAYO, Édgar Iván: *La capacidad: atributo de la personalidad y presupuesto de validez del acto jurídico*. En: Los contratos en el Derecho Privado. Directores Académicos: Fabricio Mantilla y Francisco Ternera. Colombia, Legis/Universidad del Rosario, 2008, pp. 83-105; GORDILLO, Antonio: *Capacidad, Incapacidades y estabilidad de los contratos*. Madrid, edit. Tecnos, 1986.

⁵⁰⁴ MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 65; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Ensayos...*, pp. 25-27; Juzgado del Municipio Carrizal de la Circunscripción judicial del estado Miranda, Sent. 30-7-10, <http://miranda.tsj.gov.ve/decisiones/2010/julio/119-30-2849-10.html>.

⁵⁰⁵ RISOLIA, Marco Aurelio: *Capacidad y Contrato*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1959, p. 33.

Las normas relativas a la capacidad en materia contractual se ubican en los arts. 1143 a 1145 CC. Según el artículo 1143: “*Pueden contratar todas las personas que no estuvieren declaradas incapaces por la Ley*”⁵⁰⁶. Ello amén de la referencia expresa del artículo 1142 del CC según el cual la capacidad legal constituye requisitos de validez del contrato⁵⁰⁷, sin el cual puede ser atacado de nulidad.

El artículo 1144 CC dispone: “*Son incapaces para contratar en los casos expresados por la Ley: los menores, los entredichos, los inhabilitados y cualquiera otra persona a quien la Ley le niegue la facultad de celebrar determinados contratos. No tienen capacidad para adquirir bienes inmuebles los institutos llamados de manos muertas, o sea los que por las leyes o reglamentos de su constitución no pueden enajenarlos*”⁵⁰⁸. Veremos de seguidas⁵⁰⁹ que los incapaces de obrar son los menores de edad con inclusión de los emancipados que presentan un mayor grado de capacidad y los mayores de edad entredichos o inhabilitados.

De seguidas dispone el artículo 1145 CC: “*La persona capaz de obligarse no puede oponer la incapacidad del menor, del entredicho, ni del inhabilitado con quien ha contratado. La incapacidad que se deriva de la interdicción por causa de condenación penal, puede oponerse por todos aquellos a quienes interese*”⁵¹⁰. Según veremos al referirnos a los principios que rigen la capacidad, solo puede impugnar el acto quien en cuyo favor se ha consagrado la incapacidad. Salvo el caso del entredicho legal que constituye una incapacidad de sanción y no de protección⁵¹¹.

Así pues, no obstante que la capacidad es de orden público, solo quien se beneficia de tal puede alegarla. Toda vez que tales normas son dictadas en beneficio y en interés del propio incapaz y es él quien únicamente puede valerse de ellas. Salvo que se trate de la interdicción legal que por ser una incapacidad de protección puede ser opuesta por cualquiera⁵¹².

El CC también consagra a propósito de la acción de nulidad algunas disposiciones. El artículo 1347 CC señala: “*En las obligaciones de los menores, la acción por nulidad se admite: 1º Cuando el menor no emancipado ha*

⁵⁰⁶ Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1133 al 1145*, pp. 303-310.

⁵⁰⁷ “*El contrato puede ser anulado: 1º Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; y 2º Por vicios del consentimiento*”. (Destacado nuestro).

⁵⁰⁸ Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1133 al 1145*, pp. 342-352; DOMINICI, *ob. cit.*, p. 538, el incapaz es quien puede oponer la incapacidad, el reo también puede oponerla aunque no está dada en su protección.

⁵⁰⁹ Véase *infra* 8.2. de este mismo tema.

⁵¹⁰ Véase sobre la norma: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1133 al 1145*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1982, pp. 342-352; DOMINICI, *ob. cit.*, p. 538, el incapaz es quien puede oponer la incapacidad, el reo también puede oponerla aunque no está dada en su protección.

⁵¹¹ Véase *infra* de este tema 8.2.1.

⁵¹² DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Ensayos...*, pp. 45 y 46.

ejecutado por su cuenta un acto, sin la intervención de su legítimo representante. 2º Cuando el menor emancipado ha ejecutado por su cuenta un acto para el cual la Ley requiere la asistencia del curador. 3º Cuando no se han observado las formalidades establecidas para ciertos actos por disposiciones especiales de la Ley”.

El artículo 1348 CC dispone: “*La obligación no puede atacarse por el menor que, por maquinaciones o medios dolosos ha ocultado su minoridad. La simple declaración de ser mayor hecha por el menor no basta para probar que ha obrado con dolo”.*

Según esta norma, el menor, no podría impugnar por nulidad un acto de disposición sin autorización judicial, si ha ocultado su condición de menor en forma dolosa. Sin embargo, la simple declaración de que es mayor no constituye obstáculo para la impugnación. La regla “*malitia suplet aetatem*” consagrada en el art. 1.348 del CC pretende proteger a las personas que contratan con el menor, en aras de la seguridad del tráfico y en protección de la apariencia. Es de observar, que tal regla no prescinde de los principios de la incapacidad pues se requiere que la contraparte pruebe en juicio que el menor ocultó fraudulentamente su incapacidad⁵¹³. La ley considera que un menor de edad capaz de tales maquinaciones no precisa de protección⁵¹⁴.

Vale citar el artículo 1349 CC que lo estudiamos a propósito del pago⁵¹⁵: “*nadie puede reclamar el reembolso de lo que ha pagado a un incapaz, en virtud de una obligación que queda anulada, si no prueba que lo que ha pagado se ha convertido en provecho de tales personas”.*

8.2. Remisión a la teoría general de la capacidad

En este punto cabe remitir a las consideraciones estudiadas en la asignatura *Derecho Civil I Personas* que hemos desarrollado en otra oportunidad, a propósito de la “teoría general de la capacidad”, en cuanto a su noción (capacidad de goce y capacidad de obrar), incapacidades especiales de goce, reglas o principios en materia de capacidad, causas que afectan la capacidad de obrar, regímenes de incapaces, incapacidad natural e incapacidad de obrar, discapacidad e incapacidad de obrar⁵¹⁶. A estas nos vamos a referir brevemente.

8.2.1. Principios o reglas que rigen la capacidad vale citar:

**Toda persona tiene capacidad de goce pues se trata de una noción íntimamente asociada a la personalidad*⁵¹⁷ (aunque la del ente moral está limitada por su finalidad y su naturaleza).

⁵¹³ BINSTOCK, Hanna: *La Emancipación en el Derecho Venezolano*. Cuadernos del Instituto de Derecho Privado 1. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1.971, pp. 13 y 14.

⁵¹⁴ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Ensayos...*, p. 313.

⁵¹⁵ Véase *supra* tema 17.6.2.5.

⁵¹⁶ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Ensayos ...*, pp. 19-87; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Derecho Civil I Personas...*, pp. 314-332; DE FREITAS DE GOUVEIA, Edilia: *La noción de capacidad...*, pp. 319-345.

⁵¹⁷ Véase: GORDILLO, *ob. cit.*, p. 20.

**La capacidad de obrar presupone la capacidad de goce, pero no viceversa.* Esto es, respecto de la persona natural pues la persona incorporal siempre tiene capacidad de obrar. Pero la persona humana si bien tiene capacidad jurídica o de goce coetánea a su nacimiento, la capacidad de obrar plena la adquiere a su mayoría de edad, y excepcionalmente podría perderla si incurre en una de las causas taxativas que afectan la capacidad de los adultos.

**Las normas que rigen la capacidad de goce y la capacidad de obrar son substancialmente distintas,* las primeras responden a prohibiciones no subsanables en torno a una relación jurídica particular; mientras que la incapacidad de obrar generalmente es subsanable por los respectivos regímenes de representación o asistencia que prevé al efecto la ley.

**Las normas que rigen la capacidad negocial y procesal son substancialmente distintas a las que rigen la capacidad delictual* porque ésta última depende exclusivamente del discernimiento y de la capacidad de obrar.

**Las normas que establecen la capacidad son de orden público.* Se afirma como una máxima que la materia relativa al estado y capacidad de las personas es de orden público, por su importancia y consecuencias interesa al Estado y por tal está sustraída de la autonomía de la voluntad. No puede pues por voluntad del o los interesados escapar a las *normas imperativas* relativas a la capacidad, pues las mismas son de cumplimiento obligatorio.

**Las normas que consagran la incapacidad no obstante ser de orden público, son dictadas en beneficio y protección de los propios incapaces.* Así pues, tales disposiciones existen –en principio salvo el caso de la interdicción legal– a favor de los incapaces por lo que son estos quienes pueden invocar la protección legal impuesta a su favor y no el tercero que contrató con él. Contrariamente por no responder a lo anterior, la interdicción legal puede ser alegada por cualquiera.

**Las causas que afectan la capacidad de obrar son taxativas (las incapacidades no pueden ser objeto de analogía).* En efecto, la gravedad de las consecuencias derivadas de la incapacidad, esto es la imposibilidad de actuar por sí solo o por voluntad propia, no puede quedar al libre juego de la analogía. Mal se podría pretender por ejemplo, que como la prodigalidad es causa de incapacitación relativa o inhabilitación, el vicio extremo, a saber, la “avaricia”⁵¹⁸ debería serlo también. O pretender absurdamente, por ejemplo, que el que no ve o el que no puede leer se asimila al débil de entendimiento. Y lo cierto es que no existe incapacidad sin texto expreso de ley que la consagre.

**La capacidad en sentido amplio depende del estado civil de la persona* en el que se ubica la “edad” que define en forma determinante la capacidad, así como otras situaciones que pudieran afectar la capacidad de obrar (matrimonio del menor).

⁵¹⁸ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *La avaricia: su proyección jurídica y económica*. En: Revista de Derecho N° 8. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2003, pp. 451-476.

**La incapacidad de obrar es exclusiva de la persona natural pues la persona incorporeal o jurídica en estricto sentido es siempre capaz de obrar, lo es desde su inicio a diferencia del ser humano que ha de esperar a la mayoría, la incapacidad de obrar es un *estatus* exclusivo de la persona humana o natural pues el representante del ente moral no subsana una incapacidad de obrar sino una situación de orden natural.*

**La capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción, o más precisamente, la capacidad se presume y la incapacidad debe probarse*⁵¹⁹, lo que deriva del citado carácter taxativo de las incapacidades y de principios básicos de derecho probatorio⁵²⁰. La capacidad se presume, por lo que quien la alega debe probarla⁵²¹, la prueba de la incapacidad será la correspondiente partida de nacimiento (menor de edad), o la respectiva sentencia de incapacitación (interdicción judicial o inhabilitación), o la respectiva sentencia penal de condenación a presidio (interdicción legal). Así como la emancipación solo precisa el acta de matrimonio.

8.2.2. *Causas que afectan la capacidad de obrar*

Estas vienen dadas por la *edad*⁵²², la *salud mental*⁵²³ (puede propiciar interdicción⁵²⁴ si la afección es grave o inhabilitación⁵²⁵ si es leve), la condena penal a *presidio*, la *prodigalidad* y el matrimonio del menor de edad, pues da lugar al régimen de “emancipación”⁵²⁶. Las cuatro primeras tienden a suprimir o limitar la capacidad de obrar, que será subsanada por vía de la representación o asistencia, respectivamente. En tanto, que la última, a saber, el matrimonio del menor de edad, produce un aumento sustancial de su capacidad de obrar toda vez que le concede el libre gobierno de su

⁵¹⁹ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Manual de Derecho Sucesorio...*, pp. 281 y 282.

⁵²⁰ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Ensayos...*, pp. 41-50; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Manual de Derecho Civil I Personas...*, pp. 318-321.

⁵²¹ DOMINICI, *ob. cit.*, p. 535.

⁵²² Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Minoridad y mayoría: consideraciones conceptuales*. En: Revista de Derecho N° 33, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2010, pp. 193-219.

⁵²³ Véase: GRIMALDI DE CALDERA, Elvira y Graciela BILBAO DE ROMER: *El Enfermo Mental en Nuestro Ordenamiento Jurídico*. En: Revista de la Facultad de Derecho N° 52, Valencia, Universidad de Carabobo, 1990, pp. 45-85; BINSTOCK, Hanna: *La Protección Civil del Enfermo Mental*. Colección monografías jurídicas N° 18. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1980.

⁵²⁴ Véase: JAIMES, Yolanda: *La Interdicción*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, 3ª edic., 1999; DE FREITAS DE GOUVEIA, Edilia: *Comentarios sobre el procedimiento de interdicción*. Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren Editor, 2004, pp. 385-417.

⁵²⁵ Véase: CALDERA G., Nelson E.: *Inhabilitación*. En: LEX. Revista del Colegio de Abogados del Estado Zulia. N° 213, Maracaibo, enero-marzo 1994, pp. 107-117.

⁵²⁶ Véase: BINSTOCK, *La Emancipación...*; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *La emancipación*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 120. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2001, pp. 139-285.

persona: precisará de la autorización en el ámbito negocial o de la asistencia en el sector procesal⁵²⁷.

La incapacidad⁵²⁸ es la incapacidad que procede a raíz de un procedimiento judicial, esto es, por sentencia. Puede ser absoluta si trae como consecuencia la privación total de la capacidad de obrar (interdicción) o puede ser relativa (inhabilitación) si solo la limita. La interdicción supone una incapacidad absoluta que se subsana mediante representación legal, y el sujeto queda sometido a *tutela*, lo que acontece ante una *afección mental grave y habitual*. Se pierde el libre gobierno de la persona. Por su parte, la incapacidad relativa o inhabilitación, puede acontecer por una *afección mental leve y habitual* o también por *prodigalidad*. Esta última supone la persona que gasta en una forma injustificada, desproporcionada y habitual su patrimonio. El sujeto queda sometido a un régimen de asistencia, a saber, la *curatela*, en función del cual tendrá que actuar asistido del curador (actuación conjunta), pero conserva el libre gobierno de la persona.

8.2.3. *Los regímenes de incapaces*⁵²⁹

Una clasificación tradicional de los regímenes de incapaces distingue entre aquellos de *menores de edad* de los de *mayores de edad*; incluyendo en el primero la patria potestad, la tutela, la colocación y la emancipación; en tanto que respecto de los *mayores de edad* en términos generales se distingue la interdicción y la inhabilitación, que da lugar a la tutela y la curatela, respectivamente.

Otra clasificación común pero más técnica se asocia a la forma en que funciona el respectivo régimen en lo atinente a la intervención o no del incapaz en el acto de que se trate. Se diferencia así entre regímenes de *representación* y regímenes de *asistencia*, cuya distinción por sí mismos evidencia el grado de gravedad de la afección o de la causa de que se trate, toda vez que, en la representación el representante se sustituye al incapaz quien no interviene en el acto de que se trate; mientras que en la asistencia el incapaz además de tener la iniciativa del acto pues decide si se ha o no

⁵²⁷ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Ensayos...*, pp. 59-65; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Manual de Derecho Civil I Personas...*, pp. 325-328.

⁵²⁸ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *El procedimiento de incapacidad*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 122. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2001, pp. 259-401; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *La incapacidad en el Derecho Venezolano*. En: Revista de Derecho de Familia y de las Personas. La Ley, Argentina, Año VII, N° 2, marzo 2015, pp. 143-168; ZAMBRANO FRANCO, Flor Karina: *Las pruebas en los procesos de incapacidad*. En: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia N° 4. Caracas, 2014, pp. 107-127.

⁵²⁹ Véase: nuestros trabajos: *Reflexiones sobre la representación y la asistencia de los incapaces*. En: Revista de Derecho N° 11. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, pp. 273-282; *Diferencia entre incapacidad absoluta y relativa*. En: Revista de Derecho N° 30, Tribunal Supremo de Justicia, 2009, pp. 97-132; *Diferencia entre inhabilitación y emancipación*. En: Revista de Derecho N° 31, Tribunal Supremo de Justicia, 2009, pp. 13-25; *Ensayos...*, pp. 66-70; *Manual de Derecho Civil I Personas...*, pp. 328 y 329.

de realizar, actúa asistido o acompañado por el curador. La representación supone una sustitución; la asistencia una actuación conjunta⁵³⁰.

“Si pudiéramos establecer en términos simples la diferencia entre representación y asistencia, diríamos que representar es sustituirse mientras que asistir es acompañar; representar es actuar por otro en tanto que asistir es actuar con el otro.”⁵³¹ La representación tiene lugar cuando se asigna una persona para que sustituya al incapaz en el ejercicio de los derechos de éste y realice los actos para los cuales el titular está legalmente impedido. Él actúa por sola iniciativa y sin concurso de la voluntad del incapaz, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación⁵³² La *representación* supone una incapacidad absoluta, en tanto que la *asistencia* una incapacidad relativa o parcial; éstas se aprecian en materia de incapacitación precisamente al distinguir la interdicción que propicia tutela de la inhabilitación que origina curatela.

Adicionalmente en materia de menores, aplicando las ideas anteriores se distinguen los regímenes de representación (patria potestad, tutela y colocación) del único régimen permanente que implica una ampliación de la capacidad y autogobierno del menor por el sólo efecto del matrimonio, a saber, la emancipación. Esta propicia un régimen de asistencia en el ámbito procesal y de autorización en el ámbito negocial. La autorización se diferencia de la asistencia en que la primera supone la aprobación previa a la realización del acto mientras que la asistencia es simultánea a éste⁵³³.

Lo anterior con relación a la realización de actos jurídicos, pero en el ámbito personal, algunos regímenes comprenden el sometimiento a la potestad de otro o más precisamente no se tiene el autogobierno, lo cual acontece esencialmente en los regímenes de representación. Pues efectivamente en aquellos de asistencia y autorización, el incapaz relativo suele presentar un mayor nivel de discernimiento que le permite tener el autogobierno o libre gobierno de su persona. Por lo que la asistencia o autorización se precisa generalmente para la realización de determinados actos jurídicos fundamentalmente de contenido patrimonial.

⁵³⁰ Los regímenes de representación de menores de edad son la patria potestad, la tutela y la colocación. En tanto que la emancipación es de autorización y asistencia. En los mayores, la interdicción es de representación y la inhabilitación es de asistencia.

⁵³¹ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Reflexiones sobre la representación y la asistencia ...*, pp. 273 y 274; Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del estado Táchira, Sent. 24-4-14, Exp. 7128, <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2014/ABRIL/1320-24-7128-035.HTML>.

⁵³² Véase: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, Sent. 11-10-07, Exp. KP02-S-2007-015859, <http://ja.tsj.gov.ve/decisiones/2007/octubre/651-11-KP02-S-2007-15859.html>.

⁵³³ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Reflexiones sobre la representación y asistencia...*, p. 273; DE FREITAS DE GOUVEIA, *ob. cit.*, pp. 344 y 345.

8.2.4. *Incapacidad natural e incapacidad civil*⁵³⁴

La incapacidad civil deriva de la ley, en tanto que la natural de la propia naturaleza, generalmente asociada al discernimiento. Por lo que se concluye que no tiene capacidad natural quien no tiene discernimiento, esto es, la posibilidad básica de distinguir entre lo bueno y lo malo. Generalmente coinciden porque la ley se inspira en el orden natural pero en ocasiones será posible divisar casos de incapacidad natural no obstante la capacidad civil, como es el caso del demente que no ha sido declarado entredicho. Así como se aprecian casos de incapacidad civil en que se posee capacidad natural, esto es discernimiento. Por ejemplo, el adolescente o el entredicho legal.

Vale acotar que la incapacidad natural que no está referida como causa de nulidad en el artículo 1442 CC porque éste alude a la legal, bien pudiera igualmente dar lugar a la nulidad del contrato por faltar en tal caso el elemento esencial del **consentimiento** en el cocontratante carente de discernimiento. A nuestro criterio no obstante la discusión en tal caso sobre la procedencia de la nulidad o de la anulabilidad⁵³⁵, nos pronunciamos por ésta última toda vez que la razón que inspira la protección del incapaz natural es sustancialmente la misma que del incapaz legal como proyección de intereses privados, por lo que la nulidad debe operar en su interés y a instancia de éste. Se alude a incapacidad natural como equivalente a incapacidad de entender y de querer, en que se tiene disminuida o aniquilada la capacidad para comprender la trascendencia de los actos que se realizan. Además del incapaz, que tiene una causa como la demencia no declarada por el Juez, se cita el supuesto del drogado, del hipnotizado, ebriedad, sonámbulo, estado de angustia, etc. Algunos citan los artículos 405 y 406 del CC relativos a la impugnación del acto del incapaz legal antes de la misma. Pero señalaba Lagrange que no obstante la carencia de norma expresa, debe llegarse a la misma conclusión de la doctrina francesa: aun cuando una persona no se encuentre entredicha por defecto intelectual grave, es posible obtener la declaratoria de nulidad relativa del contrato, si para el momento de la celebración del mismo la persona se encontraba ya en estado de defecto intelectual habitual o en otro estado psíquico, aunque fuere transitorio⁵³⁶.

8.2.5. *Incapacidad de obrar y discapacidad*⁵³⁷

La discapacidad le impide o dificulta al sujeto desempeñar normalmente determinada actividad o afecta su integración plena. Puede ser física, intelectual

⁵³⁴ MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 69-74; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Ensayos ...* pp. 70-74; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Manual de Derecho Civil I Personas...*, pp. 329 y 330.

⁵³⁵ LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 231.

⁵³⁶ LAGRANGE, *Apuntes...*

⁵³⁷ Véase: TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel y María Candelaria DOMÍNGUEZ GUILLÉN: *Aspectos generales del régimen legal de la discapacidad (especial referencia al autismo)*. Revista N° 34. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2012, pp. 157-186; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: "La protección jurídica de los impedidos". En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 121, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2001, pp. 13-68. (También en: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Ensayos...*, pp. 685-739); DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *La derogatoria de la inhabilitación legal*. En: Revista

o sensorial⁵³⁸ y el ordenamiento jurídico⁵³⁹ tiende a la protección e integración de tales personas a los fines de lograr una efectiva igualdad en tales casos⁵⁴⁰.

El término «personas con discapacidad» significa cualquier persona imposibilitada de asegurarse total o parcialmente por sí misma las necesidades de un individuo normal y(o) una vida social, como resultado de una deficiencia, sea congénita o no, en su capacidad física o mental. “Las personas con alguna deficiencia, discapacidad o minusvalía requieren una protección especial por parte del ordenamiento jurídico, su sola condición de sujeto de derecho, en ocasiones será insuficiente si el Estado y la sociedad no les brinda las oportunidades, las herramientas y el ambiente adecuado para obtener la plena realización como ser humano”⁵⁴¹.

Ahora bien, la incapacidad de obrar y la “discapacidad” no necesariamente coinciden porque hay discapacidades (como las físicas o sensoriales) que en modo alguno afectan la esfera de la capacidad de obrar, dada la derogatoria del artículo 410 CC (ceguera y sordomudez) que hizo la *Ley para las Personas con Discapacidad* de 2007. De lo que se deriva que la capacidad de obrar en nuestro Derecho vigente únicamente prospera en razón de discapacidad intelectual o mental⁵⁴², bien sea grave o leve, dando lugar a interdicción o inhabilitación, respectivamente. Esto por cuanto el concepto de discapacidad incluye situaciones dispares en cuanto a su gravedad⁵⁴³.

De tal suerte que “discapacidad” e “incapacidad” no son términos equivalentes, aunque tampoco del todo inconexos. Así pues, la incapacidad de obrar responde según vimos a un concepto técnico dirigido a la imposibilidad de realizar actos jurídicos por voluntad propia, en tanto que la discapacidad apunta a una dificultad de realizar determinada actividad o de integración producto de una deficiencia física, intelectual o sensorial. De lo que se deduce que la discapacidad no implica necesariamente incapacidad de ejercicio, más precisamente cabe recalcar que la discapacidad intelectual o mental

de Derecho N° 26, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2008, pp. 223-249; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *La protección constitucional de los incapaces*. En: temas de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani. Colección Libros Homenaje N° 7. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Vol. I, pp. 609-658; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Manual de Derecho Civil I Personas...*, pp. 330-332; FLORES B., Rafael Gregorio: *Protección social para las personas con discapacidad: una abordaje del régimen jurídico venezolano*, 2011, <http://www.publicaciones.urbe.edu/index.php/lexlaboro/article/viewArticle/467/1142#>; PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: *La protección legal a los discapacitados en Cuba. Una visión de lege data y de lege ferenda*. <http://www.el-observatorio.org/wp-content/uploads/2009/06/la-protección-legal-a-los-discapacitados-en-Cuba-i.pdf>.

⁵³⁸ Véase: Ley para las Personas con Discapacidad, art. 5.

⁵³⁹ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Manual de Derecho Civil I Personas...*, p. 331, nota 1681.

⁵⁴⁰ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Ensayos...*, pp. 738 y 739.

⁵⁴¹ Véase: *ibid.*, p. 700. Exactamente en el mismo sentido: Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, Sent., 23-2-05, Exp. N° S-88/05, en <http://vargas.tsj.gov.ve/decisiones/2005/febrero/132-25-S-88-5658.html>.

⁵⁴² De allí a que el CC aluda a “defecto intelectual grave” o al débil de entendimiento.

⁵⁴³ GONZÁLEZ GRANDA, Piedad: *Régimen jurídico de protección de la discapacidad por enfermedad mental*. Madrid, Reus, 2009. p. 34.

es la única que podría generar una incapacitación bien sea absoluta o relativa según el grado de la misma. Las discapacidades físicas o sensoriales no propician en nuestro Derecho vigente incapacitación, por lo que mal podría pretenderse incapacitar a alguien por discapacidades distintas a la intelectual. Ello dado el carácter taxativo de las incapacidades en razón de su efecto restrictivo en la esfera de la autodeterminación del ser humano.

Vale recordar que la representación voluntaria es exclusiva de las personas capaces de obrar y por tal a ella podrán perfectamente acudir las personas con discapacidad que no estén afectadas por una incapacidad de obrar. Por lo que ha de concluirse que la discapacidad si es física o sensorial no afecta la capacidad de obrar en nuestro ordenamiento vigente y por ende no afecta la capacidad negocial y contractual. Solo la discapacidad mental puede repercutir en el ámbito negocial o contractual bien sea porque coincide con la incapacitación de obrar absoluta (interdicción judicial) o con la incapacitación de obrar relativa (inhabilitación). Así como excepcionalmente, puede acontecer que la discapacidad mental (que no haya sido objeto de incapacitación o declaración judicial) que constituye una incapacidad natural pueda ser considerada a los fines de la falta del “consentimiento” del contrato, según explicamos, no obstante la capacidad de obrar.

9. Formación⁵⁴⁴

9.1. *Generación o preparación del contrato*⁵⁴⁵

9.1.1. *Los tratos preliminares*

El elemento esencial por naturaleza y de carácter primario de todo negocio es la declaración de voluntad⁵⁴⁶. El Derecho simplemente pondera las voluntades declaradas que se exteriorizan a través de conductas⁵⁴⁷; algunas de tales declaraciones pueden ser recepticias o no⁵⁴⁸. “Puede decirse que

⁵⁴⁴ Véase: MÉLICH ORSINI, José: *Los tratos o negociaciones dirigidos a la posible formación de un contrato*. En: Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, Serie Eventos N° 23, 2007, pp. 67-134; OVIEDO ALBÁN, Jorge: *La formación del contrato. Tratos preliminares, oferta, aceptación*. Bogotá, Edit. Temis/Universidad de la Sabana, 2008; DURANY PICH, Salvador: *La formación del contrato*. Barcelona. Universitat Pompeu Fabra. 1993. Tesis doctoral, <http://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/7316/TSDP2de4.pdf?sequence=2>; MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 101-142; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 487-500; BERNAD MANAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 153-180; MILIANI BALZA, *ob. cit.*, pp. 141-171; SANTOS BRIZ, *ob. cit.*, pp. 75-97; SERRANO ALONSO y SERRANO GÓMEZ, *ob. cit.*, pp. 29-63; ALBALADEJO, *ob. cit.*, pp. 378-409; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS y otros, *ob. cit.*, pp. 387-413; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 567-597; DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, pp. 64-78; LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 178-427; Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, Bancario y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado, Sent. 22-10-10, Exp. 6210, <http://tachira.tsj.gob.ve/DECLISIONES/2010/OCTUBRE/1321-22-6210-13.HTML>.

⁵⁴⁵ Véase: SÁNCHEZ CID, *ob. cit.*, pp. 299-302.

⁵⁴⁶ Véase: SÁNCHEZ JIMÉNEZ, *ob. cit.*, p. 19, la declaración de voluntad es el dato firme sobre que el Derecho funciona y su eficacia y poder, sólo podrá estar limitado por la misma declaración de voluntad.

⁵⁴⁷ O' CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, p.539.

⁵⁴⁸ *Ibid.*, p. 540, recepticia cuando se dirige a la persona a la que afecta (por ejemplo oferta en un contrato); no recepticia cuando basta con que se emita sin que deba dirigirse o conocerla otra persona (testamento).

todo contrato exige un período preparatorio⁵⁴⁹, se trata de una etapa que abarca desde que las partes experimentan el deseo de contratar hasta que se perfecciona la integración de voluntades. Se alude a las “fases en la vida del contrato” para denotar desde una perspectiva dinámica tres etapas: la formación o generación que incluye los tratos preliminares y el proceso de formación del contrato: la perfección y la consumación⁵⁵⁰.

La insuficiencia de la regulación contenida en el CC relativa al proceso de formación del contrato contrasta con la importancia que tales aspectos han ido adquiriendo en la práctica⁵⁵¹. Para que haya acuerdo de voluntades es necesario que cada parte manifieste a la otra su voluntad. Pero tal proceso es progresivo. La “formación instantánea del contrato” no siempre es posible y de allí que se alude a que generalmente responde a un proceso en el que la voluntad de las partes pretende encontrarse.

En una primera etapa la doctrina distingue *las negociaciones o charlas preliminares*⁵⁵². Se alude a tratos preliminares cuando previamente a la emisión de la oferta, existe un período en el que las partes entre las que se va celebrar determinado contrato, inician conversaciones, valoran posibilidades, hacen cálculos con el fin de concretar las condiciones en la que convendría celebrar el contrato⁵⁵³.

Refiere Mélich que los puros tratos o negociaciones generalmente excluyen su eficacia porque ni siquiera pueden identificarse con un momento de “formación progresiva del contrato” pues muy frecuentemente no desembocan en un contrato, pero en todo caso no puede decirse que las declaraciones de los tratos sean hechas con *animus contrahendae obligationis*⁵⁵⁴. Esto es, las negociaciones no tienen en principio carácter vinculante pero su ruptura intempestiva puede propiciar resarcimiento de daños⁵⁵⁵. Aunque se admite que si los tratantes en definitiva celebran el contrato, las declaraciones hechas en el curso de los tratos pueden suministrar al intérprete auxilio en la interpretación del contrato definitivo por lo que no son irrelevantes⁵⁵⁶.

⁵⁴⁹ SANTOS BRIZ, *ob. cit.*, p. 73.

⁵⁵⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS y otros, *ob. cit.*, p. 387.

⁵⁵¹ *Ibid.*, p. 388.

⁵⁵² Véase: SANTOS BRIZ, *ob. cit.*, p. 75, los tratos preliminares no constituyen contrato ni precontrato pero como relaciones humanas destinadas a un fin jurídico no son indiferentes para el Derecho, por las consecuencias que puede producir.

⁵⁵³ PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 568, cita sentencia STS de 11-4-00.

⁵⁵⁴ MÉLICH ORSINI, *Los tratos...*, pp. 70 y 71.

⁵⁵⁵ LAGRANGE, *Apuntes...* incluía los gastos así como el daño derivado de haber rechazado una oferta tan buena o mejor.

⁵⁵⁶ MÉLICH ORSINI, *Los tratos...*, p. 73; LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 250, los tratos preliminares no son irrelevantes, pueden servir para conocer la voluntad contractual e interpretarla.

En efecto, los tratos preliminares⁵⁵⁷ no son irrelevantes⁵⁵⁸, pero el saber cuándo se convierten en contrato es una cuestión de hecho⁵⁵⁹. Los tratos preliminares cumplirán la función de permitir indagar por la real voluntad de los contratantes frente a cualquier discrepancia que pudiere surgir durante la ejecución del contrato que se llegare a perfeccionar. En ellos las partes están obligadas a actuar de *buena fe* aunque no se haya perfeccionado el contrato, y tal inobservancia puede desembocar en la obligación de indemnizar daños y perjuicios⁵⁶⁰. De allí que se parte inclusive de la premisa de existencia de un deber precontractual de advertencia de un error esencial ajeno, pues es consecuencia de la buena fe en el marco de la solidaridad la obligación recíproca de lealtad durante los tratos preliminares y en el período de formación del contrato⁵⁶¹.

Se afirma que no basta que los contratantes expresen su consentimiento para que haya contrato, pues es necesario que tales voluntades se pongan de acuerdo, esto es, que tenga lugar el “encuentro de las voluntades”. Para ello se requiere la oferta y la aceptación⁵⁶².

La doctrina distingue en el proceso de formación del contrato o *iter ad contractum* en sentido genérico, identificamos dos fases perfectamente individualizadas, con caracteres distintos: la fase de los contratos iniciales y de las tratativas, y la fase de formación del consentimiento⁵⁶³, la cual comprende la emisión y comunicación de la oferta de la aceptación. La primera se caracteriza por su eventualidad dado que existen contratos en que no se presenta. En cambio, la segunda fase es imprescindible para reputar concluido el contrato por lo que se denomina “fase de formación del contrato” en sentido técnico⁵⁶⁴.

9.1.2. La responsabilidad precontractual

Ahora bien, el contenido de la obligación de indemnizar se ciñe en todo caso a los daños producidos por la ruptura de los tratos; alcanza a los gastos que

⁵⁵⁷ Véase: OVIEDO ALBÁN, *ob. cit.*, pp. 9 y 10, serie de tratos previos, entendidos como los primeros acercamientos de los eventuales interesados en celebrar un contrato, que cumplen la función de preparar el camino para que la voluntad exprese su intención real y efectiva de quedar obligada.

⁵⁵⁸ MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 118.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. 114, muchos contratos (teléfono) es instantánea la oferta y la aceptación.

⁵⁶⁰ OVIEDO ALBÁN, *ob. cit.*, pp. 10 y 11. Véase sobre la buena fe en la fase precontractual: VALÉS DUQUE, *ob. cit.*, pp. 92-158.

⁵⁶¹ DE VERDA Y BEAMONTE, *ob. cit.*, p. 86.

⁵⁶² LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 183 y 184.

⁵⁶³ Véase: CASTRO ROJAS, José Joaquín: *Formación del consentimiento*. En: Responsabilidad civil y negocio jurídico. Tendencias del Derecho Contemporáneo. Director: Álvaro Echeverri/ Coordinadores: José Manuel Gual y Joaquín Emilio Acosta. Colombia, Universidad Santo Tomás/Grupo Editorial Ibáñez, 2011, pp. 79-96; MANTILLA ESPINOZA, Fabricio: *Sobre la formación del contrato*. En: Los contratos en el Derecho Privado. Directores Académicos: Fabricio Mantilla y Francisco Ternera. Colombia, Legis/ Universidad del Rosario, 2008, pp. 79-81.

⁵⁶⁴ Véase: LUPINI BIANCHI, Luciano: *El contrato preliminar de compraventa, su autonomía, función y ejecución forzosa*. En: Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, Serie Eventos N° 23, 2007, p. 139.

se hicieron en vistas a la celebración de un contrato determinado, siempre que sean específicos; no se extiende así a los que igualmente se hubieran tenido por el solo hecho de iniciar una negociación. No comprende, en general, la ganancia dejada de obtener⁵⁶⁵.

Así se habla de *responsabilidad precontractual*⁵⁶⁶ (o *culpa in contrahendo*⁵⁶⁷) para hacer referencia a la responsabilidad que puede surgir en la formación del contrato como consecuencia de un comportamiento que no se corresponde con la buena fe o que vulnera la lealtad debida⁵⁶⁸. El período precontractual adquiere una importancia fundamental no siempre bien apreciada⁵⁶⁹. La responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo* es la responsabilidad que se genera durante el período de formación del contrato por la violación de un deber de conducta impuesto por la buena fe en sentido objetivo⁵⁷⁰.

Según la doctrina, amén de la buena fe en la fase precontractual⁵⁷¹ en tal etapa han de regir como deberes secundarios la “*información*”⁵⁷², esto es, las

⁵⁶⁵ PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 570.

⁵⁶⁶ Véase: LUPINI BIANCHI, Luciano: *La responsabilidad precontractual en el Derecho Comparado Moderno y en Venezuela (Tratos preliminares, cartas de intención, minutas, formación progresiva del contrato, precontratos y las patologías de la fase precontractual a la luz del principio de la buena fe)*. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Discursos 5, 2014; LUPINI, Luciano: *la responsabilidad precontractual en Venezuela*. En: Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal N° 149, julio-diciembre 1991, pp. 9-142; VALÉS DUQUE, Pablo: *La responsabilidad precontractual*. Madrid, Derecho Español Contemporáneo, Edit. Reus, 2012; BREBBIA, Roberto H.: *Responsabilidad precontractual*. Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1987; OVIEDO-ALBÁN, Jorge: *Tratos preliminares y responsabilidad precontractual*. En: Universitas, Bogotá, N° 115, enero-junio 2008, 83-116, <http://www.javeriana.edu.co>; GARCÍA RUBIO, María Paz y Marta OTERO CRESPO: *La responsabilidad precontractual en el Derecho Contractual Europeo*. InDret Revista para el análisis del Derecho. Barcelona, Abril 2010, <http://www.indret.com>; GARCÍA RUBIO, María Paz: *La responsabilidad precontractual en la propuesta de modernización del Derecho de las Obligaciones y los Contratos*. España, Boletín del Ministerio de Justicia, Año LXV, N° 2130, abril 2011; MELÉNDEZ GARCÍA, Silvia Elizabeth: *la responsabilidad precontractual*, <http://www.monografias.com>; ORDOQUI CASTILLA, *ob. cit.*, pp. 47-54; LASARTE, *Curso...*, p. 373, fundada en una suerte de responsabilidad extracontractual; SANTARELLI, *ob. cit.*, pp. 106-110; VINCES ZEGARRA, Octavio: *Voluntad y declaración ante la responsabilidad precontractual e “incontrahendo” en los códigos civiles venezolano y peruano*. <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/55/55-14.pdf>.

⁵⁶⁷ BREBBIA, *Responsabilidad precontractual...*, p. 42; VALÉS DUQUE, *ob. cit.*, pp. 13 y 14, expresión que vio la luz en 1861 por la obra de Rudolf von Ihering, cuya virtud fue crear sensibilidad especial por el período precontractual.

⁵⁶⁸ LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 250.

⁵⁶⁹ BREBBIA, *Responsabilidad precontractual...*, p. 23.

⁵⁷⁰ VALÉS DUQUE, *ob. cit.*, p. 49.

⁵⁷¹ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo: *Buena fe en los contratos*. España, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Zavalia/Temis/Ubijus/Reus, 2011, pp. 33-44; LUPINI BIACHI, *La responsabilidad...*, p. 47; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, pp. 400-405; OVIEDO-ALBÁN, *ob. cit.*, pp. 89 y ss.; MELÉNDEZ GARCÍA, Silvia Elizabeth: *la responsabilidad precontractual*, <http://www.monografias.com>; MONSALVE CABALLERO, Vladimir: *La buena fe como fundamento de los deberes precontractuales de conducta: una doctrina europea en construcción*. En: Revista de Derecho N° 30, Barranquilla July/Dec. 2008, http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0121-86972008000200003&script=sci_arttext.

⁵⁷² Véase: MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, p. 403; SANTARELLI, *ob. cit.*, pp. 108 y 109; VALÉS DUQUE, *ob. cit.*, pp. 121-139; DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo: *Los límites del deber precontractual de información*, Universidad Autónoma de Madrid, 2009, trabajo presentado para la obtención del grado de doctor, https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/3190/23023_maza_i%C3%B1igo_de_la.pdf?sequence=1.

partes deben manifestar las circunstancias que se asumen importantes para el contrato; el deber de *confidencialidad* a fin de no utilizar la información⁵⁷³ fuera del ámbito para el que fue confiada; el deber de *protección, conservación o custodia* en caso de mediar bienes y el deber de no abandonar las negociaciones sin justa causa⁵⁷⁴; se incluye también el deber de *transparencia o claridad* en el sentido de que se actúe con claridad, evitando lenguaje susceptible de no ser plenamente comprendido por la contraparte⁵⁷⁵.

Se agregan los deberes de “lealtad” (mantener un comportamiento correcto)⁵⁷⁶, “protección” en el sentido de evitar riesgos en la integridad del acreedor⁵⁷⁷. Para algunos los tratos previos son jurídicamente intrascendentes y de su ruptura no procede en principio responsabilidad. Sin embargo, como tal conclusión pudiera derivar en resultados injustos, se afirma como excepción el supuesto que una de las partes de buena fe, confiando en la veracidad y seriedad de los tratos, ha tenido gastos⁵⁷⁸.

Si los precontratantes, por el hecho de la realización de las tratativas, no contraen obligación alguna de permanecer en ella, resulta evidente que el acto unilateral consistente en ponerle fin en cualquier momento no puede por sí solo generar responsabilidad aunque pudiera generar daños para el interlocutor. Es necesario más que una ruptura meramente intempestiva para que nazca la obligación de resarcir. Será menester que ese retiro u otro acto sea culposo⁵⁷⁹.

Se discute así la posibilidad de indemnización por responsabilidad extracontractual o hecho ilícito por culpa. De allí que se admita que las conversaciones preliminares a la celebración de un contrato definitivo pueden ser fundamento de una acción de daños y perjuicios⁵⁸⁰, basados en la responsabilidad aquiliana⁵⁸¹ o culpa extracontractual⁵⁸². Pues la

⁵⁷³ Véase: PINTO OLIVEROS, *La información...*, pp. 103-118; PINTO OLIVEROS, Sheraldine: «Breves consideraciones respecto a la información como instrumento de protección del consumidor en el comercio electrónico. Una comparación entre la perspectiva europea y la venezolana» en AA.VV., *Memorias del X Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática*, 10º, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y F.I.A.D.I, Santiago de Chile, 2004, pp. 211-222.

⁵⁷⁴ DE VERDA y BEAMONTE, *ob. cit.*, pp. 17-24, ORDOQUI CASTILLA, *ob. cit.*, pp. 39-44.

⁵⁷⁵ ORDOQUI CASTILLA, *ob. cit.*, p. 43.

⁵⁷⁶ VALÉS DUQUE, *ob. cit.*, pp. 151-156, incluye los ya referidos de actuar seria y consecuentemente, guardar reserva o secreto y conservación y custodia.

⁵⁷⁷ *Ibid.*, pp. 139-151.

⁵⁷⁸ O'CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 543.

⁵⁷⁹ BREBBIA, *Responsabilidad precontractual...*, p. 99.

⁵⁸⁰ CSJ/SPA, Sent. 6-11-91, J.R.G., T. 119, pp. 595 y 594.

⁵⁸¹ Véase: LUPINI BIANCHI, *La responsabilidad...*, p. 191; MELÉNDEZ GARCÍA, *ob. cit.*, se deberá resolver aplicando el artículo 1969 del Código Civil peruano, que establece: “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”.

⁵⁸² Véase: BREBBIA, *Responsabilidad precontractual...*, pp. 61-82, el autor luego de referir el fracaso u ocaso de las teorías contractuales para explicar la responsabilidad precontractual desarrolla las doctrinas extracontractuales entre las que incluye la responsabilidad aquiliana, la legal, el abuso

responsabilidad contractual supone un contrato válido y perfeccionado, lo cual no existe en la responsabilidad precontractual⁵⁸³ por definición. La regla general se sitúa en la reparación del interés negativo, es decir, los gastos generados por tal comportamiento; no alcanzando los beneficios que hubiera generado el contrato no celebrado⁵⁸⁴. En todo caso por tratarse de una responsabilidad extracontractual cabe seguir la teoría de la causalidad adecuada a fin de fijar la extensión del resarcimiento⁵⁸⁵.

En todo caso, el principio de la buena fe como regidor de la conducta humana en la esfera más amplia⁵⁸⁶, rige la formación del contrato⁵⁸⁷ en general, esto es, todo el *iter* contractual incluyendo su ejecución e interpretación. Se llega a afirmar que en la actualidad, el principio de la buena fe viene incidiendo en el mismo concepto de lo que es el contrato, inclusive en su fase previa⁵⁸⁸, en atención a la función jurígena que desarrolla la vida del contrato⁵⁸⁹.

Cuando se alude a “formación progresiva del contrato” se incluye un conjunto de hipótesis cada una de las que requiere de un análisis particular. Por lo que la responsabilidad precontractual puede abarcar diversos supuestos⁵⁹⁰. Se refiere, por ejemplo, a los casos en que existe implícita la obligación de contratar como en el caso de ofrecimientos de “servicios públicos” o en los casos de un monopolio de hecho o de derecho⁵⁹¹.

9.1.3. *El precontrato*

Debe diferenciarse los tratos preliminares del “precontrato”. Indica Santos Briz que cuando se alude a “contrato preliminar o precontrato” se trata de un verdadero contrato que tiene por fin una mayor seguridad del contrato futuro⁵⁹². En efecto, se indica que el precontrato diverge de los tratos

del derecho y la declaración de voluntad unilateral; VISINTINI, *Tratado...*, Vol. 1, p. 261, se puede admitir la posible configuración de un concurso de ilícito precontractual e ilícito extracontractual, caracterizado por dolo en los casos más graves.

⁵⁸³ BREBBIA, *Responsabilidad precontractual...*, p. 90; VALÉS DUQUE, *ob. cit.*, p. 184, la mayoría de los juristas españoles apoya el carácter extracontractual de la responsabilidad surgida en el periodo anterior a la conclusión del contrato. Aunque la mayoría se refiere a la responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones.

⁵⁸⁴ LÓPEZ Y LÓPEZ Y OTROS, *ob. cit.*, p. 251; ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 382.

⁵⁸⁵ SANTARELLI, *ob. cit.*, p. 110.

⁵⁸⁶ DE LA PUENTE Y LAVALLE, *ob. cit.*, p. 275; BUSTAMANTE ALSINA, *ob. cit.*, T. IV, pp. 233 y 234, es uno de los medios utilizados por el legislador para hacer penetrar la moral en el Derecho.

⁵⁸⁷ Véase: ORDOQUI CASTILLA, *ob. cit.*, pp. 54.

⁵⁸⁸ BREBBIA, *Responsabilidad precontractual...*, pp. 91-94.

⁵⁸⁹ ORDOQUI CASTILLA, *ob. cit.*, p. 55.

⁵⁹⁰ Véase: MÉLICH ORSINI, José: *Los tratos o negociaciones dirigidos...*, p. 69.

⁵⁹¹ BREBBIA, *Responsabilidad precontractual...*, pp. 108-111.

⁵⁹² SANTOS BRIZ, *ob. cit.*, pp. 80 y 81; TSJ/SConst., Sent. N° 878 del 20-7-15, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/179702-878-20715-2015-14-0662.HTML> “El contrato preliminar es un verdadero contrato, que puede venir, a su vez, precedido de tratativas. Se diferencia también de los acuerdos parciales, de las minutas de contrato y de las cartas de intención, figuras que se insertan en la formación progresiva del contrato, pero que carecen de carácter contractual preliminar”.

preliminares pues tradicionalmente se considera como el contrato por el cual las partes se obligan a realizar en el futuro otro contrato⁵⁹³.

Se trata de un contrato anterior o preparatorio al contrato definitivo⁵⁹⁴, esto es, un acuerdo mediante el cual las partes se obligan a realizar un futuro contrato⁵⁹⁵. Por ejemplo, te alquilo mi casa por tres años y me obligo en el contrato a vendértela por un precio fijado desde ahora para cuando se quiera comprar; hay algo más que una oferta, hay un verdadero contrato de opción de venta⁵⁹⁶. Se ha diferencia así entre precontrato de compraventa y otros contratos⁵⁹⁷.

La idea clásica de precontrato supone un acuerdo por el que las partes se comprometen a celebrar otro contrato. Para otros denominado también “promesa de contrato”, es un auténtico contrato con el que comienza un *iter* negocial complejo⁵⁹⁸. Se plantean aspectos especiales en algunas materias como el caso de la “opción”⁵⁹⁹, en particular en el supuesto de la compra-venta⁶⁰⁰.

⁵⁹³ O'CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 546, para otra teoría en el precontrato las partes sientan las líneas básicas del futuro contrato; para otros es una primera fase del *iter* contractual; LARENZ, *ob. cit.*, pp. 98 y 99, es un contrato por el que ambas partes o sólo una de ellas se obligan a concluir en breve otro contrato obligatorio, el “contrato principal”. Por consiguiente, el contrato fundamenta directamente un deber de concluir, otorga un derecho actual a exigir esa conclusión; GONZÁLEZ CORTES, Consuelo: *El contrato preparatorio o promesa de trabajo*, <http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/56/56-10.pdf>.

⁵⁹⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, pp. 405 y 406.

⁵⁹⁵ PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 594.

⁵⁹⁶ MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 129.

⁵⁹⁷ TSJ/SConst., Sent. N° 878 del 20-7-15, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/179702-878-20715-2015-14-0662.HTML> la sentencia a propósito de la compraventa, diferencia el precontrato o contrato preliminar, de otras figuras como *oferta firme con plazo, el pacto de prelación, venta obligatoria o de efectos obligatorios y el contrato normativo*.

⁵⁹⁸ LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, pp. 256 y 257; DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, p. 69, la concepción tradicional lo convertiría en una categoría inútil, por lo que la construcción de De Castro se impone al considerar que el precontrato supone que la relación contractual se abre ya a las partes en el momento mismo de su celebración. Lo que ocurre es que se reservan ambas o bien una de ellas, la facultad de exigir en un momento posterior su puesta en vigor.

⁵⁹⁹ Véase: RODRÍGUEZ FERRARA, Mauricio: *El contrato de opción*. Caracas, Livtosca, 2ª edic., 1998; RODRÍGUEZ FERRARA, Mauricio: *Acerca de la naturaleza jurídica del contrato de opción*. En: Anuario Jurídico del Colegio de Abogados del Estado Mérida N° 3, 1994, pp. 79-93; RODRÍGUEZ FERRARA, Mauricio: *Acerca de la naturaleza jurídica del contrato de opción*. En: Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de los Andes N° 18, 1994, pp. 47-63; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, pp. 410 y 411, en el contrato de opción, una de las partes, concedente de la opción, atribuye a la otra, beneficiaria de la opción, un derecho que permite a esta última decidir, dentro de determinado período de tiempo y unilateralmente, la celebración de determinado contrato; GONZÁLEZ CORTES, *ob. cit.*, “denominado opción o contrato de preferencia, en nuestro medio es muy conocido y básicamente se utiliza con frecuencia en las operaciones inmobiliarias, desde el punto de vista jurídico, la opción no es una compraventa, no es un contrato traslativo de propiedad, traslativo de derechos, la obligación, por consiguiente, en la parte que confiere la opción no es una obligación de dar, sino de hacer, y cuando la persona recibe la opción, es decir, el titular de la opción pide cumplimiento a esa obligación, es la de una obligación de hacer, es un derecho de crédito por parte del oferido y una obligación de hacer por parte del oferente”.

⁶⁰⁰ Véase: MELÉNDEZ, Vanessa y PAUL PAZ: *Tratamiento jurisprudencial del contrato de promesa bilateral de compra venta por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia*. Maracaibo, Universidad Rafael Urdaneta, Facultad de Ciencias Políticas, Administrativas y Sociales, 2007, trabajo especial

Pues se afirma que la promesa bilateral de compra y venta no equivale a la compraventa, sólo obliga al cumplimiento de lo pactado, pero cuando se trata de perfilar qué significa esa obligación, aparece toda la problemática del precontrato⁶⁰¹. Y se aclara que poco importa la denominación dada al contrato (ya sea compraventa u opción de compraventa)⁶⁰².

Para nuestro Máximo Tribunal: “la promesa unilateral nunca puede equipararse a la compraventa, mientras la opción no se ejerza, ya que son dos contratos distintos y con características propias. Sólo cuando se ejerce la opción, se forma el contrato de compraventa en un momento posterior y por medio de la celebración de otro acto o a través de la demanda judicial de cumplimiento de contrato, para que se otorgue el correspondiente documento contentivo del negocio ya perfeccionado, por lo que el contrato de compraventa nunca existirá si el beneficiario de la promesa u opción no la ejerce, al tratarse de un derecho potestativo”⁶⁰³.

Se agrega que la responsabilidad civil originada por la inejecución de contratos preliminares es contractual y no puede confundirse con la responsabilidad precontractual que es extracontractual por la interrupción injustificada de los tratos preliminares. De hecho, también respecto de un contrato preliminar puede hablarse de una fase precontractual y de unos tratos preliminares, precedentes a su conclusión⁶⁰⁴. Los tratos o conversaciones preliminares de un contrato se inician por una parte invitando a la otra a entrar acerca de un determinado negocio.⁶⁰⁵

9.2. *La oferta*

Para edificar un contrato es menester formar la oferta⁶⁰⁶ o propuesta. En la oferta una de las partes ofrece a la otra sus condiciones para la contratación.

de grado para optar al título de abogado, diciembre 2014, <http://200.35.84.131/portal/bases/marc/texto/3501-14-07924.pdf>; TSJ/SCC, Sent. N° 000116 de 22-3-13, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/marzo/RC.000116-22313-2013-12-274.HTML> cuando en un contrato de opción de compra-venta se encontraran presentes los elementos de consentimiento, precio y objeto, ello equivaldría a un contrato de venta; TSJ/SCC, Sent. 0217 del 30-4-02, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/abril/RC-0217-300402-00894.htm>; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 18-7-05, Exp. <http://merida.tsj.gob.ve/DECISIONES/2005/JULIO/962-18-8351-.HTML>; Juzgado Superior Accidental Civil, Mercantil y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Trujillo, Sent. 9-4-15, Exp. 2597-08, <http://trujillo.tsj.gob.ve/DECISIONES/2015/ABRIL/1588-9-2597-08-.HTML>.

⁶⁰¹ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, p. 71.

⁶⁰² Véase: TSJ/SCC, Sent. 000348 de 18-6-15, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/junio/178658-RC.000348-18615-2015-14-728.HTML> “la aludida denominación no tiene importancia, sino la voluntad de las partes plasmada en el contrato, y que en este caso es una verdadera venta; de modo pues, que al ser llamado el contrato de una u otra forma, el resultado no cambiaría, es decir, no habría modificación alguna a la suerte de la controversia”.

⁶⁰³ TSJ/SConst., Sent. N° 878 del 20-7-15, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/179702-878-20715-2015-14-0662.HTML>. Véase también: TSJ/SCC, Sent. 299 del 2-6-15, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/junio/178065-RC.000299-2615-2015-14-657.HTML>; TSJ/SCC, Sent. N° 000116, 22-3-13.

⁶⁰⁴ LUPINI BIACHI, *La responsabilidad...*, p. 169.

⁶⁰⁵ VALÉS DUQUE, *ob. cit.*, p. 53.

⁶⁰⁶ SANTARELLI, *ob. cit.*, p. 86.

Se refiere a una proposición o declaración unilateral de voluntad⁶⁰⁷ en la que el oferente propone al destinatario su deseo de contratar⁶⁰⁸.

La oferta no da lugar a la obligación de contratar pues precisa la aceptación de la otra parte, pero consiste en una declaración de voluntad emitida “con la intención de obligarse”⁶⁰⁹. Ciertamente, ya no se está en el terreno de las tratativas⁶¹⁰ cuando se emite una oferta o propuesta, en efecto entramos en la fase de formación del contrato en el sentido técnico⁶¹¹. «La oferta es un primer paso para contratar pero aún no se ha formado el contrato porque hace falta que a la manifestación del consentimiento por parte del oferente, se sume la aceptación del destinatario de la oferta”⁶¹².

Ahora, ¿Cuál es el valor de la oferta antes de la aceptación? Oferta es el acto por el cual una persona confiere a otra el poder de crear un contrato⁶¹³. La oferta se presenta como el proyecto de contrato que una persona formula a otra, o más precisamente, la invitación a celebrar un contrato⁶¹⁴.

La oferta precisa de ciertos requisitos⁶¹⁵: ser *precisa y completa, inequívoca*⁶¹⁶, *firme*⁶¹⁷, *determinada*, con la intención de obligarse y comunicada al destinatario⁶¹⁸. Brebbia alude a que la oferta ha de ser completa (autosuficiente), (autovinculante) y dirigida a persona determinada⁶¹⁹.

⁶⁰⁷ BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 49.

⁶⁰⁸ Véase: LAGRANGE, *Apuntes...* “la oferta es una expresión de una voluntad que si llega a entrecruzarse con la aceptación forma el contrato”. Pero ella misma no pasa de ser una declaración unilateral.

⁶⁰⁹ LÓPEZ Y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 251; LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 186-196.

⁶¹⁰ Véase: BREBBIA, *Responsabilidad precontractual...*, p. 98, las tratativas no persiguen de manera inmediata la producción de efectos jurídicos sino que constituyen simples prolegómenos a la concertación de un negocio que de concretarse constituirá un resultado eventual y mediato de tales conversaciones.

⁶¹¹ LUPINI BIACHI, *La responsabilidad...*, p. 175.

⁶¹² Juzgado Primero de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 15-1-07, Exp. AP21-L-2005-002670, <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2007/ENERO/2044-15-AP21-L-2005-002670-.HTML>.

⁶¹³ LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, p. 281; Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, Bancario y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira, Sent. 22-10-10, Exp. 6210, <http://tachira.tsj.gob.ve/decisiones/2010/octubre/1321-22-6210-13.html>; Juzgado Primero de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 15-1-07, Exp. AP21-L-2005-002670, <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2007/ENERO/2044-15-AP21-L-2005-002670-.HTML>.

⁶¹⁴ OVIEDO ALBÁN, *ob. cit.*, p. 36.

⁶¹⁵ PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 571.

⁶¹⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS y otros, *ob. cit.*, p. 390, completa pues debe contener todos los elementos del contrato propuesto a fin de que sea suficiente la simple aceptación adhesiva. E inequívoca en el sentido de no suscitar duda alguna sobre el propósito serio de contratar y evitar la posibilidad de varias interpretaciones.

⁶¹⁷ Véase: O'CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 544, en el sentido de contener todos los elementos del contrato (objeto y causa) de forma definitiva sin necesidad de detalles posteriores, de modo tal que el destinatario se limite a aceptar y queda perfeccionado el contrato.

⁶¹⁸ Véase: OVIEDO ALBÁN, *ob. cit.*, pp. 36-61.

⁶¹⁹ BREBBIA, *Responsabilidad precontractual...*, p. 117.

Todo ello porque la oferta debe bastarse a sí misma, de manera que el contrato se concrete con la sola aceptación o simple “*si*” del destinatario. La oferta debe contener todos los extremos necesarios para el futuro contrato al margen de la libertad de formas⁶²⁰. Lo contrario supondría simplemente la posibilidad o invitación de entrar en conversaciones o negociaciones a los efectos de un posible contrato⁶²¹.

En cuanto a los *efectos* de la oferta, vale indicar que ello se plantea cuando no le sigue inmediatamente la aceptación. Indica el artículo 1137 CC que la oferta no es obligatoria en el sentido de que el oferente puede revocarla mientras el contrato no haya sido celebrado (mientras la aceptación no haya llegado a su conocimiento⁶²²). La oferta no es obligatoria en el sentido de que puede dirigirse a más de una persona, en cuyo caso deberá hacerse la advertencia a los destinatarios que valdrá la aceptación que llegue primero. Finalmente, la propuesta de oferta caduca por la muerte o incapacidad del oferente. Según veremos debe distinguirse la oferta con plazo (art. 1137 CC); la oferta al público, promesa unilateral al público u oferta pública de recompensa (CC, 1139).

Se diferencia la oferta a su vez de la “promesa de contratar”, por la cual el oferente queda de una vez obligado. Así en la promesa de contrato implica la obligación de suscribir el contrato definitivo. Por lo tanto, la obligación que pesa sobre el deudor en virtud de una promesa de contrato es mucho más severa que la de que se deriva de un contrato de negociación. Según que la obligación de concluir el contrato definitivo recaiga sobre las dos partes del precontrato o sobre una sola, habrá promesa sinalagmática de contrato o promesa unilateral de contrato⁶²³.

9.3. La aceptación

“La oferta por sí sola no da lugar a la obligación de contratar, pues requiere la aceptación de la otra parte y la comunicación de esa aceptación por parte del destinatario al oferente”⁶²⁴. La aceptación es el acto mediante el cual se ejercita ese poder que deriva de la oferta⁶²⁵. Es también una declaración unilateral de voluntad en plena concordancia con los términos de la oferta⁶²⁶.

La aceptación constituye una manifestación de voluntad encaminada a convenir con la oferta, conducentes ambas a la celebración del acto

⁶²⁰ ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 385, si la oferta establece de antemano que se está de acuerdo con que el eventual aceptante diga dentro de ciertos límites no hay necesidad de nueva conformidad y tal oferta vale por sí misma; LASARTE, *Curso...*, p. 371, debe contener todos los elementos necesarios para que con la mera aceptación se perfeccione el contrato.

⁶²¹ LAGRANGE, *Apuntes...*

⁶²² LUPINI BIACHI, *La responsabilidad...*, p. 176.

⁶²³ LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 228 y 229.

⁶²⁴ TSJ/SCC, Sent. 279 del 31-5-02, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/mayo/RC-0279-310502-01332.HTM>.

⁶²⁵ MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 121.

⁶²⁶ BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 50.

convencional⁶²⁷. Por lo que la nota fundamental de la aceptación es que es la declaración que conlleva a la perfección del contrato⁶²⁸. “El contrato tiene su génesis en un acuerdo de voluntades”⁶²⁹.

El contrato se forma por el concurso de la oferta y la aceptación que viene a constituir el requisito del consentimiento exigido. Oferta y aceptación son declaraciones de voluntad unilaterales cuya integración determina la perfección del contrato y la existencia de éste a la vida jurídica⁶³⁰. La concurrencia de la oferta y la aceptación provoca la perfección del contrato. Se entiende por perfección⁶³¹ del contrato la cualidad que produce la vinculación de las partes a la relación jurídica creando la irrevocabilidad de las declaraciones de voluntad del mismo y normalmente el nacimiento de su eficacia típica⁶³².

Mientras la oferta no ha sido aceptada el contrato no existe. La oferta, en principio, mientras no sea aceptada no obliga al peticionario en caso de oferta simple⁶³³. De allí que se aluda a la “vida útil” de la oferta no aceptada. Se habla inclusive de la “fragilidad” o vida autónoma de la declaración de voluntad que contiene la oferta, que requiere individualizar sus efectos, la preservación de su contenido⁶³⁴.

La aceptación, por su parte, es el encuentro de dos voluntades⁶³⁵. El contrato se perfecciona cuando coinciden la oferta y la aceptación sobre el objeto y la causa⁶³⁶. Para que la aceptación sea eficaz ha de coincidir con el contenido de la oferta; sin fisuras, a fin de que integren el consentimiento contractual. Pues si se modifica la oferta, se está en presencia de una contraoferta y no de una aceptación⁶³⁷. El Código Civil parte de la idea de que una vez que la oferta es firme o que el contrato es perfecto, las partes en principio no pueden alterar esa oferta ni dicho contrato⁶³⁸.

⁶²⁷ OVIEDO ALBÁN, *ob. cit.*, p. 89; ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 403, supone la conformidad con la oferta; LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 196-203.

⁶²⁸ PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 575.

⁶²⁹ Juzgado Segundo de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, Sent. 18-2-10, Exp. 2692-09, <http://miranda.tsj.gob.ve/DECISIONES/2010/FEBRERO/1011-18-2.692-09-.HTML>.

⁶³⁰ PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 567.

⁶³¹ Véase sobre “perfección en los contratos”: LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *ob. cit.*, 2003, pp. 105-142.

⁶³² PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 577.

⁶³³ MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 122.

⁶³⁴ SANTARELLI, *ob. cit.*, p. 91.

⁶³⁵ *Ibid.*, p. 134.

⁶³⁶ LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 249.

⁶³⁷ *Ibid.*, p. 253; ALBALADEJO, *ob. cit.*, pp. 383 y 403, si la oferta no es aceptada íntegramente, y aquel a quien se dirige le introduce modificaciones nos encontramos antes una segunda oferta. El oferente ha pasado a serlo aquel a quien esa primera iba dirigida.

⁶³⁸ PLANCHART POCATERRA, Pedro Luis: *Los contratos a precio fijo y algunos otros aspectos en el negocio inmobiliario*. En: Estudios de Derecho. Estudios de Derecho Privado. Homenaje a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello en su 50 aniversario. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004, T. I, p. 291.

Aclara Lagrange que la aceptación es necesaria pero no suficiente. Se deriva del propio artículo 1137 CC que para que quede conformado el contrato es necesario que el autor de la oferta conozca la aceptación de la otra parte. Pues en efecto, *el contrato se forma cuando el autor de la oferta toma conocimiento de la aceptación por parte del destinatario*. La aceptación ha de ser pura y simple porque de lo contrario vale como contraoferta y debe ser hecha en forma oportuna. De conformidad con el artículo 1137 CC la aceptación puede ser revocada válidamente antes de que haya llegado al conocimiento del destinatario, esto es, al autor de la oferta. Al igual que la oferta, la aceptación caduca por la muerte o incapacidad del aceptante⁶³⁹.

Las dos declaraciones de voluntad se precisan cambiar recíprocamente. La propuesta a la que no siga la aceptación queda en mera tentativa de contrato⁶⁴⁰. El contrato supone el encuentro de dos voluntades, y ello no es sino el producto de la consonancia entre la “oferta” y la “aceptación”.

A propósito de la forma de la aceptación se indica que aquella frase de “el que calla otorga no es cierto, pues realmente el que calla ni afirma ni niega”⁶⁴¹. Por lo que mal podría pretenderse una suerte de aceptación tácita derivada del silencio⁶⁴². Para darle un sentido positivo al silencio debe existir una cláusula contractual expresa o una norma legal que así lo imponga⁶⁴³. Tal es el caso de del artículo 1364 CC en materia de reconocimiento de un instrumento privado o la tácita reconducción en materia de arrendamiento de conformidad con el artículo 1600 del CC⁶⁴⁴.

La aceptación no se perfecciona si no llega a conocimiento del oferente o han cambiado las circunstancias bajo las que se emitió⁶⁴⁵. Puede suceder que entre comerciantes que mantienen relaciones de pedidos continuas y reiteradas, sea necesario que uno de ellos manifieste la necesidad de terminar, dándose así una carga de hablar⁶⁴⁶. Un caso que la propia ley permite de aceptación tácita es el del 1138 CC de la oferta con ejecución previa, en

⁶³⁹ LAGRANGE, *Apuntes...*

⁶⁴⁰ MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 103.

⁶⁴¹ *Ibid.*, p. 113; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 449; O'CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 540, sin embargo, el silencio puede originar efectos jurídicos, cuando vengan impuestos por ley, por usos o pactos.

⁶⁴² Véase en sentido contrario: LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 253, la aceptación puede realizarse en forma expresa o tácita, incluso a través del silencio cuando éste valga como declaración a no ser que por ley o por disposición de la partes se requiera una forma especial.

⁶⁴³ BORDA, Alejandro: *La teoría de los actos propios y el silencio como expresión de la voluntad*. En: *Contratación contemporánea. Teoría General y Principios*. Santa Fe de Bogotá, Temis/Palestra, 2000, p. 89.

⁶⁴⁴ LAGRANGE, *Apuntes...* Tampoco tiene sentido realizar algo bajo protesta porque ésta contra el hecho no vale “*protestatio contra factum non valet*”; COLOMBO CAMPBELL, Juan: *Los actos procesales*. Edit. Jurídica de Chile, 1997, T. I, p. 202, <http://books.google.co.ve/books?isbn=9561011530> “La protesta no puede estar en contradicción con el hecho que se ejecuta”.

⁶⁴⁵ ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 405.

⁶⁴⁶ LAGRANGE, *Apuntes...*

la cual la voluntad de aceptar es manifestada de una manera tácita, por el hecho de que el destinatario de la oferta comienza a ejecutar el contrato⁶⁴⁷. De manera que la afirmación relativa a que el consentimiento puede consistir en palabras o hechos⁶⁴⁸, debe ser aclarada en el sentido de que ocurrirá solo en aquellos casos en que tales hechos constituyan manifestación inequívoca de la voluntad pues no puede derivarse del silencio, salvo que ello sea expresamente previsto por la ley.

Se aprecia así que oferta y aceptación constituyen actos que demandan negociaciones y tratativas que han de madurar conforme a los elementos esenciales que el contrato en vistas requiere, en otras, teniendo ya en claro lo que pretenden recurrir a ofertar y/o contraofertar directamente. Frente a la oferta, cabe la aceptación, o su rechazo; en el primer caso se ha formado el consentimiento; en el segundo, si no contiene una reformulación –contraoferta– el proceso negocial concluye; si media contraoferta, la dinámica vuelve a recrearse⁶⁴⁹.

Vale indicar el importante papel que ha de desempeñar el abogado en las diferentes fases de la negociación a los fines de llegar a la redacción final del contrato. Mostrando sus habilidades para negociar, superando al abogado tradicional que era el litigante por antonomasia⁶⁵⁰. Para lograr un buen contrato que constituya una pieza de música en la que no haya notas discordantes que malogren el conjunto⁶⁵¹.

9.4. Clases de oferta

Se distingue entre oferta privada o determinada de la oferta pública o indeterminada; la plicitación es una invitación a ofertar⁶⁵². La oferta también puede ser perfecta e imperfecta, según reúna o no requisitos y detalles. Los efectos de la oferta se aprecian en los arts. 1137 y 1138 CC.

Art. 1137: *“El contrato se forma tan pronto como el autor de la oferta tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte. La aceptación debe ser recibida por el autor de la oferta en el plazo fijado por ésta o en el plazo normal exigido por la naturaleza del negocio. El autor de la oferta puede tener por válida la aceptación tardía y considerar el contrato como perfecto siempre que él lo haga saber inmediatamente a la otra parte. El autor de la oferta puede revocarla mientras la aceptación no haya llegado a su conocimiento.*

⁶⁴⁷ LAGRANGE, *Apuntes...*

⁶⁴⁸ DOMINICI, *ob. cit.*, p. 534.

⁶⁴⁹ SANTARELLI, *ob. cit.*, p. 87.

⁶⁵⁰ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max: *La técnica contractual*. En: *Contratación contemporánea. Teoría General y Principios*. Santa Fe de Bogotá, Temis/Palestra, 2000, pp. 113-128.

⁶⁵¹ *Ibid.*, p. 128.

⁶⁵² Véase: OVIEDO ALBÁN, *ob. cit.*, pp. 61-73; SANTARELLI, *ob. cit.*, pp. 93 y 94, la invitación a ofertar es la solicitud hecha a varias personas para que se hagan oferentes de un contrato; no requiere ser completa. Carece de carácter vinculante a quien la efectúa, reservándose el derecho de rechazarlas. Por lo que se debe aceptar alguna de las ofertas para que se concrete el contrato.

*La aceptación puede ser revocada entre tanto que ella no haya llegado a conocimiento del autor de la oferta. Si el autor de la oferta se ha obligado a mantenerla durante cierto plazo, o si esta obligación resulta de la naturaleza del negocio, la revocación antes de la expiración del plazo no es obstáculo para la formación del contrato. La oferta, la aceptación o la revocación por una cualquiera de las partes, se presumen conocidas desde el instante en que ellas llegan a la dirección del destinatario, a menos que éste pruebe haberse hallado, sin su culpa en la imposibilidad de conocerla. Una aceptación que modifica la oferta, tendrá únicamente el valor de una nueva oferta*⁶⁵³. En materia mercantil existen normas especiales consagradas en el Código de Comercio⁶⁵⁴.

Prevé el artículo 1139 CC: *“Quien promete públicamente remunerar una prestación o un hecho, no puede revocar la promesa después que la prestación o el hecho se han cumplido. La revocación hecha con anterioridad debe fundarse en una justa causa y hacerse pública en la misma forma que la promesa, o en una forma equivalente. En este caso, el autor de la revocación está obligado a reembolsar los gastos hechos por aquéllos que, de buena fe y antes de la publicación de la revocación, han comenzado a ejecutar la prestación o el hecho, pero sin que la suma total a reembolsar pueda exceder del montante de la remuneración prometida. La acción por reembolso de los gastos prescribe a los seis meses de la publicación de la revocación*”⁶⁵⁵.

La oferta *simple sin plazo* puede ser revocada antes de la aceptación. De ella se distingue, la oferta *simple con plazo* que precisa respetar éste a los efectos de la aceptación. La oferta con plazo o plazo de opción supone que se venza el plazo; dentro del cual queda perfeccionado si se acepta⁶⁵⁶. La oferta con plazo implica por lo tanto una renuncia al derecho de revocarla mientras el plazo este en curso. La oferta es de alguna manera vinculante por voluntad del propio oferente por toda la duración del término que el mismo ha fijado. Esta oferta no puede ser dirigida a más de un destinatario salvo que se trate de un contrato en serie. La revocación en la oferta con plazo es inútil. Algunos ven el fundamento en una suerte de antecontrato; otra teoría es la responsabilidad por hecho ilícito y una tercera teoría se asocia a la promesa unilateral (la incapacidad o la muerte del oferente no le quita validez a menos que la naturaleza del negocio lo excluya). El efecto obligatorio de la declaración de voluntad del oferente es un efecto limitado, consistente sencillamente en el mantenimiento de la oferta durante el tiempo que el mismo ha señalado⁶⁵⁷.

⁶⁵³ Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1133 al 1145*, pp. 93-177.

⁶⁵⁴ Véase: C.Comercio, arts. 111 al 115.

⁶⁵⁵ Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1133 al 1145*, pp. 193-210.

⁶⁵⁶ MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 125.

⁶⁵⁷ LAGRANGE, *Apuntes...*

Fundamento de la obligatoriedad de la oferta simple: Se puede ubicar su fundamento entre otras en la teoría del hecho ilícito/del antecontrato/manifestación unilateral de voluntad/teoría de la seguridad social. Se distingue también la oferta directa o expresa y oferta indirecta. Según la determinación del destinatario puede ser a *persona indeterminada* (no es dirigida a alguien en particular) que no se puede revocar después de que la prestación se ha cumplido y antes de esta solo se puede revocar por justa causa, pudiendo existir indemnización por daños y perjuicios.

La oferta simple se distingue de la *invitación a ofrecer, de la oferta al público* y de la *oferta pública de recompensa* (CC, art. 1139).

La *invitación a ofrecer* es una solicitud hecha por un eventual futuro contratante a un cierto grupo de personas para que se hagan oferentes suyos⁶⁵⁸. Constituye una invitación hecha a personas indeterminadas para que enumeren las condiciones de un contrato futuro a celebrarse con el oferente (comunes en los contratos de obra y de suministro y de avisos de profesionales en la prensa). No tiene efectos vinculantes⁶⁵⁹.

La *oferta al público* puede ir dirigida al público, a la generalidad de las personas, a persona incierta. La persona del destinatario es indeterminada. Y se afirma con razón que al no existir destinatario específico no existe verdadera oferta⁶⁶⁰. Un ejemplo es la de productos por aparato automático⁶⁶¹ o la puesta en una vidriera con ciertos objetos de precio marcado⁶⁶². A veces sucede que esa oferta puede no vincular ante ciertas circunstancias. Por ejemplo, la expresión “se reserva el derecho de admisión” supone la posibilidad de contratar o no contratar, si es el caso, ante conductas o maneras inadecuadas. Eso supone la posibilidad del autor de la oferta de no contratar. En Francia existe jurisprudencia que impone la obligación de reparar cuando el rehusar no se apoye en una razón atendible. Encontrando así aplicación la teoría del abuso de derecho. La oferta al público es vinculante y tiene lugar generalmente por medio de publicidad. Se diferencia de la invitación a ofrecer porque ésta supone una solicitud a varias personas para que sean oferentes de un determinado contrato, a fin de escoger la oferta que más convenga; es lo que se utiliza en el concepto de subasta o remate público⁶⁶³.

⁶⁵⁸ MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 130.

⁶⁵⁹ MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 491.

⁶⁶⁰ BREBBIA, *Responsabilidad precontractual...*, p. 102.

⁶⁶¹ Véase: *ibid.*, pp. 105 y 106, esta forma de contratación contemporánea es más que una simple invitación a ofertar pues el contrato se perfecciona cuando el usuario inserta el costo en el aparato. Se trata de una promesa al público de carácter vinculante.

⁶⁶² Véase: *ibid.*, pp. 103 y 104, considera que no constituyen verdaderas ofertas sino simplemente invitaciones a negociar.

⁶⁶³ LAGRANGE, *Apuntes...*

Por su parte, la *oferta pública de recompensa*⁶⁶⁴ es distinta de la “oferta al público”⁶⁶⁵, que sólo tienen en común la indeterminación del beneficiario pero que configura un negocio jurídico unilateral perfecto y vinculante según Mélich⁶⁶⁶. La promesa de recompensa hecha a una persona no determinada por un servicio que habrá de prestar se justifica acudiendo al compromiso unilateral de voluntad pues el autor no puede revocarla sin previo aviso y de una manera intempestiva⁶⁶⁷. Se acota sin embargo, que la obligación se concreta cuando media la voluntad de la otra parte, por lo que se duda de la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones.

La oferta unilateral al público u oferta pública de recompensa está regulada en el artículo 1139 CC⁶⁶⁸. Existe promesa de recompensa cuando por un medio público de divulgación se ofrece un premio a quien cumpla una determinada acción o se encuentre en determinada situación debidamente individualizada⁶⁶⁹. Supone una prestación que ha de pagarse a quien demuestre cierta prestación o situación. Por ejemplo, la entrega de un perro extraviado. Su naturaleza pretende explicarse por la promesa unilateral. Pero si los efectos o fuerza obligatoria acontecen con la voluntad del destinatario hay que concluir que la fuente obligatoria es el contrato. La norma señala que no se puede revocar después de cumplida la prestación. Y antes debe hacerse públicamente de la misma forma que la anterior, debiendo reembolsarse los gastos que han comenzado a ejecutar los terceros de buena fe con anterioridad a la revocatoria de la misma. La prescripción para estos últimos es muy breve (6 meses) de conformidad con el citado artículo 1139 del CC.

Prevé el artículo 1138 CC: “*Si a solicitud de quien hace la oferta, o en razón de la naturaleza del negocio, la ejecución por el aceptante debe preceder a la respuesta, el contrato se forma en el momento y en el lugar en que la ejecución se ha comenzado. Todos los acreedores solidarios pueden aprovecharse de la negativa del deudor a prestar el juramento deferido por uno de ellos. El juramento deferido por uno de los acreedores solidarios al deudor, no lo libera*”

⁶⁶⁴ MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 491 y 492.

⁶⁶⁵ Véase: FORNO FLORES, Hugo: *La oferta al público: razones para un discrepancia...*

⁶⁶⁶ MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 131 y 132.

⁶⁶⁷ LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, p. 76.

⁶⁶⁸ Véase: LUPINI BIACHI, *La responsabilidad...*, pp. 181 y 182, señala que se trata de un negocio jurídico unilateral que se perfecciona por el solo hecho de hacerse pública la manifestación del oferente.

⁶⁶⁹ BREBBIA, *Responsabilidad precontractual...*, p. 140; MORONI, Carlos Eduardo: *La promesa al público*. Buenos Aires, Ediciones De Palma, 1990, pp. 77 y 78, diferencia la promesa al público de la oferta pública, siendo la primera en el Derecho italiano un negocio unilateral vinculante independiente de la aceptación. La oferta al público precisa de la aceptación de quien convenga pues está momentáneamente indeterminada. La promesa es fuente de obligaciones en tanto que la oferta es simplemente un elemento de eventual contrato.

sino por la parte correspondiente a ese acreedor. El comienzo de ejecución debe ser comunicado inmediatamente a la otra parte”⁶⁷⁰.

El artículo 1138 CC distingue la oferta con ejecución previa a la respuesta de aceptación. Fue introducida en la Reforma del CC de 1942 tomada del Proyecto Franco Italiano de la Obligaciones⁶⁷¹. Se aprecia decisión judicial que refiere que el supuesto de dicha norma debe ser alegado y probado, porque de lo contrario rige la oferta simple prevista en el artículo 1137 CC: “como no fue alegado ni demostrado en autos que a la solicitud de quien hizo la oferta, o en razón de la naturaleza del negocio, la ejecución por el aceptante debía preceder a la respuesta, no se podría entender que el contrato se formó en el momento y en el lugar en que la ejecución comenzara de conformidad con el contenido del art. 1.138 del Código Civil”⁶⁷².

Y finalmente, se alude la oferta *hecha a persona determinada* que es el supuesto normal⁶⁷³. Se agrega que la oferta se extingue no solo cuando es rechazada o revocada sino también cuando pasa el plazo o las circunstancias a que se limitó, según los usos o naturaleza del asunto de que se trate⁶⁷⁴.

Cabe finalmente referir la Ley sobre Mensaje de Datos y firma electrónica que establece a propósito de la “Oferta y Aceptación en los Contratos” en su artículo 15: “En la formación de los contratos, las partes podrán acordar que la oferta y aceptación se realicen por medio de Mensajes de Datos”⁶⁷⁵.

Recordemos que se ha indicado que el correo electrónico recibe el mismo tratamiento que el instrumento privado, por lo que tiene valor probatorio si

⁶⁷⁰ Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1133 al 1145*, pp. 179-191.

⁶⁷¹ LAGRANGE, *Apuntes...*

⁶⁷² Juzgado Primero de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 15-1-07, Exp. AP21-L-2005-002670, <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2007/ENERO/2044-15-AP21-L-2005-002670-.HTML> “Lo anterior significa que para perfeccionarse el contrato de trabajo ofrecido por OC se requería la aceptación expresa, cierta e inequívoca del oferido... pues conforme al primer párrafo del art. 1.137 del Código Civil, el contrato se formó tan pronto como el autor de la oferta y a la vez destinatario de la aceptación tuvo conocimiento de la aceptación de la otra parte que en el caso concreto fue en el extranjero...”.

⁶⁷³ MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 492. Véase: C.Comercio, arts. 110 y 111, reglas especiales en materia de oferta.

⁶⁷⁴ ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 388.

⁶⁷⁵ GO 37.148 de 28-2-01. Véase “Verificación de la Emisión del Mensaje de Datos”, arts. 9-14; Reglamento GO 38.086 de 14-12-04; RONDÓN GARCÍA, Andrea Isabel: *Comentarios generales al Decreto-Ley de mensaje de datos y firmas electrónicas de la República Bolivariana de Venezuela*, En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 123. Caracas, UCV, 2002, pp. 151-179, http://ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/123/rucv_2002_123_151-182.pdf ÁREAS FERRER, María Inés: *La Ley sobre Mensajes de Datos y Firma Electrónica. Comentarios a la Sentencia de fecha 12 de febrero de 2008*. Frónesis v.15 n.3 Caracas dic. 2008, http://www.scielo.org.ve/scielo.php?pid=S1315-62682008000300012&script=sci_arttext; ODREMAN ORDOZGOITTY, Gregory: *Eficacia probatoria del mensaje de datos y de la firma electrónica según la nueva ley de mensaje de datos y firmas electrónicas*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2003, <http://bibliotecaz.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAQ1352.pdf>; *Comentarios al Reglamento de la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas*, <http://www.badellgrau.com/?pag=22&ct=39>.

no es desconocido o impugnado⁶⁷⁶. No obstante respecto de notificaciones electrónicas se ha negado su validez procesal en aras de preservar el derecho a la defensa, si no se cuenta con la suscripción a la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica⁶⁷⁷. Se alude a la contratación electrónica civil, como aquella distinta a la de contenido comercial que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico cuando éste tiene o puede tener, una incidencia directa sobre el desarrollo de la voluntad del acuerdo. La misma se regula por las normas contenidas en el Código Civil sobre el perfeccionamiento del contrato⁶⁷⁸, toda vez que la contratación electrónica constituye simplemente una nueva modalidad para la formación del consentimiento⁶⁷⁹.

9.5. *Perfeccionamiento del contrato*

La aceptación es la declaración o manifestación de voluntad por la que el destinatario de la oferta manifiesta su conformidad con la misma, produciendo la perfección del contrato. Debe tratarse de una conformidad pura y simple en todos los términos pues cualquier variación implicará una nueva oferta o contraoferta⁶⁸⁰. La aceptación debe ser libre, pura y simple, debe ser manifestada al oferente para que se perfeccione efectivamente el contrato.

El artículo 1137 del CC luego de referirse a la posibilidad de revocar la oferta mientras no haya llegado al destinatario, agrega en forma equivalente: “*La aceptación puede ser revocada entre tanto que ella no haya llegado a conocimiento del autor de la oferta*”. Esto pues vale recordar a tenor de la misma norma, que el contrato se perfecciona *cuando el autor de la oferta toma conocimiento de la aceptación por parte del destinatario*.

De tal suerte, que la aceptación, al igual que la oferta, también puede ser revocada mientras no haya llegado al conocimiento del autor o destinatario. En la legislación argentina que también permite retractarse de la aceptación mientras no haya llegado a conocimiento del proponente, se ha criticado la

⁶⁷⁶ Véase: TSJ/SCC, Sent. N° 000460 de 5-10-11, el correo electrónico vale documento privado o fotocopia, esto es, debe ser impugnado si se opondrá; JEDLICKA ZAPATA, Pedro Alberto: *Promoción, evaluación y valoración de mensajes de datos como medios de prueba*. En: III Jornadas Aníbal Dominici. Derecho Probatorio. Homenaje Dr. Ricardo Henríquez La Roche. Coord. José G. Salaverría. Caracas, Funeda, 2011, pp. 121-163; VELANDIA PONCE, Rómulo: *El documento electrónico: y sus dificultades probatorias*. Caracas, Álvaro Nofa, 2015; VELANDIA PONCE, Rómulo: *El documento electrónico: y sus dificultades probatorias*. (Tesis Doctoral presentada para optar al Título de Doctor en Ciencias, mención Derecho). Caracas, UCV, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, junio 2011, http://saber.ucv.ve/.../To268000050610-To268000047940-TESIS_DEFINIT.

⁶⁷⁷ Tribunal Cuarto de Primera Instancia de Juicio del Circuito del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 15-2-13, Exp. AP21-O-2012-00173, <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2013/FEBRERO/2047-15-AP21-O-2012-00173-.HTML>. Se cita la providencia Administrativa N° 004-10 del 12 de Marzo de 2010.

⁶⁷⁸ CHACÓN GÓMEZ, *Contratación...*, pp. 209 y 210.

⁶⁷⁹ RINCÓN CÁRDENAS, *ob. cit.*, p. 874, se consideran perfectamente válidos de acuerdo a la normativa establecida en el Código Civil o de ser el caso en el Código de Comercio.

⁶⁸⁰ O'CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 544; SANTARELLI, *ob. cit.*, p. 94.

facultad de arrepentimiento del aceptante por no guardar igualdad con el oferente, ya que el tráfico contractual requiere la mayor solidez posible⁶⁸¹.

Vale recordar que el Código sustantivo agrega: “*La oferta, la aceptación o la revocación por una cualquiera de las partes, se presumen conocidas desde el instante en que ellas llegan a la dirección del destinatario, a menos que éste pruebe haberse hallado, sin su culpa en la imposibilidad de conocerla*”.

Recordemos que el supuesto pudiera extenderse a la contratación electrónica civil que no obstante la ley especial, continuaría rigiéndose por las normas relativas al “perfeccionamiento del contrato” del Código sustantivo⁶⁸². La doctrina extranjera refiere en sentido semejante que en materia de contratación electrónica los criterios aplicables para la revocación de la oferta habrán de fundamentarse en las normas civiles y mercantiles aplicables por aplicación del principio de no alteración del Derecho Preexistente de obligaciones y contratos. Pero también habrá que atender a la legislación especial de protección al consumidor⁶⁸³. La aceptación al igual que la oferta por medios electrónicos se considera igualmente admisible, sin exigencia de formalidad específica para su manifestación⁶⁸⁴, aun cuando el aspecto álgido estaría en la presunción de llegada⁶⁸⁵. La tendencia en materia de contratación electrónica según la Directiva Europea sobre Comercio Electrónico apunta hacia la exigencia del acuse de recibo como garantía de la llegada del mensaje de datos⁶⁸⁶.

9.6. *Perfeccionamiento del contrato entre personas distantes*⁶⁸⁷

Cuando el contrato se celebra entre personas que no coinciden temporalmente surge la necesidad de fijar ciertas circunstancias. Como por ejemplo, por teléfono⁶⁸⁸ o por vía electrónica. Por ejemplo, para determinar

⁶⁸¹ Véase: SANTARELLI, *ob. cit.*, pp. 96-97.

⁶⁸² CHACÓN GÓMEZ, *Contratación...*, pp. 209 y 210.

⁶⁸³ ARIAS DE RINCÓN, María Inés: *La formación y perfección del contrato por internet*. En: Revista Chilena de Derecho Vol. 29, N° 1, 2002, pp. 111-126, <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2650256.pdf>, p. 117.

⁶⁸⁴ *Ibid.*, p. 118.

⁶⁸⁵ *Ibid.*, p. 124, señala la autora el mensaje de datos enviado se considera que ha llegado cuando entra al sistema de información designado. Y ha sido conocido por el destinatario cuando además de haber llegado a su sistema de información, este ha tomado conocimiento del contenido. Por lo general se establecen presunciones de conocimiento pues no debe depender del destinatario conocer o no el contenido del mensaje de datos. Puede existir acuerdo previo sobre el acuse de recibo de la aceptación, en cuyo caso el momento en que se perfecciona el contrato varía.

⁶⁸⁶ *Ibid.*, p. 125.

⁶⁸⁷ Véase: RODRÍGUEZ FERRARA, Mauricio: *Breves consideraciones acerca del momento exacto del perfeccionamiento del contrato en personas distantes*. En: Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de los Andes N° 14, 1985-86, pp. 121-131 (en lo sucesivo al referirnos al autor será a su obra “*Obligaciones*”); O’CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 544 y 545; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, pp. 394-397; SANTARELLI, *ob. cit.*, p. 95; LAGRANGE, *Apuntes...*; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 495-500.

⁶⁸⁸ LAGRANGE, *Apuntes...*, puede plantear problemas en cuanto al lugar de la formación del contrato. Debe considerarse formado en el lugar donde se encontraba el proponente o autor de la oferta al momento al momento de la aceptación. Podría acontecer naturalmente un problema de prueba.

cuando son exigibles obligaciones, corre la prescripción o caducidad, la ley aplicable, etc.

Al efecto se dan cuatro posibilidades para precisar el momento en que se considera perfeccionado el contrato⁶⁸⁹:

1. *Sistema de la manifestación o declaración*: Al momento de la manifestación de la aceptación.

2. *Sistema de la información o conocimiento*: El contrato se forma al momento en que el oferente tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte.

3. *Sistema de la recepción*: El contrato se forma al momento de la recepción del oferente de la aceptación de la otra parte.

4. *Sistema de la expedición o emisión*: El contrato se forma cuando el aceptante envía la manifestación de aceptación aunque no haya llegado al oferente.

Los sistemas doctrinarios apuntan en dos direcciones, a saber, la *coexistencia de voluntades* y por otra parte la *conurrencia de voluntades*, siendo ambos sistemas igualmente criticados, llegando los diversos códigos sustantivos a soluciones mixtas. El interés en la elección del sistema puede ser importante desde el punto de vista del momento y del lugar de la formación del contrato.

La solución de nuestro Código Civil se ubica en los ya referidos artículos 1137, 1138 y 1139, que según refiere la doctrina acoge un sistema *mixto*⁶⁹⁰. De tal suerte, que el contrato se forma cuando el autor de la oferta tiene conocimiento de la aceptación de la otra parte (CC, 1137) pero la norma más adelante establece una presunción *iuris tantum* de conocimiento o recepción de la manifestación de voluntad. El destinatario tendrá la carga de la prueba que a pesar de haber llegado la declaración a su dirección se hallaba sin su culpa en la imposibilidad de conocerla. En defecto de esa doble prueba el momento de la llegada de la aceptación marca el momento en que el contrato se forma. Según el propio artículo 1137 CC el autor de la oferta puede tener por válida la aceptación tardía siempre que se lo haga saber a la otra parte.

⁶⁸⁹ MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 496.

⁶⁹⁰ LUPINI BIACHI, *La responsabilidad...*, p. 177, nuestro legislador soluciona el problema de la formación del contrato acogiendo el sistema de la información efectiva, descartando la teoría de la coexistencia de voluntades. No obstante, introduce algunos matices al establecer una presunción *iuris tantum* de conocimiento, a partir del momento en que la aceptación llega a la dirección del oferente (al igual que acontece con la oferta).

10. Validez (inexistencia y nulidad)⁶⁹¹

10.1. Noción

Mélich Orsini refiere que la noción de invalidez suele asociarse con ineficacia⁶⁹². La validez resulta del reflejo del deber ser. Hasta 1942 se seguía el modelo del Código Civil italiano de 1865 y del Código Civil Napoleón que enunciaba como requisito de validez de contratos la capacidad, el consentimiento, objeto y causa lícita. Pero el CC de 1942 copió el Proyecto Franco Italiano de las Obligaciones, reviviendo la vieja teoría clásica que distingue entre inexistencia y nulidad⁶⁹³. Para algunos el acto inexistente⁶⁹⁴ se asimila a la nada y por ello el CC no se ocupa de él, como sí lo hace de la nulidad⁶⁹⁵.

La doctrina española, por ejemplo, ha llegado a cierto consenso sobre los grados de invalidez o ineficacia, distinguiendo entre la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa y la rescisión⁶⁹⁶, dentro de las anomalías contractuales⁶⁹⁷. En tanto que la doctrina italiana alude a la “patología” del negocio jurídico para incluir a la nulidad, inexistencia e ineficacia⁶⁹⁸. Y así la doctrina extranjera señala que conceptualmente la noción de inexistencia y nulidad constituyen categorías lógicas distintas⁶⁹⁹, no obstante que la tesis dominante uruguaya niega relevancia a la categoría de la inexistencia ya que la asimila a la nulidad absoluta o asigna las mismas consecuencias a ambas⁷⁰⁰. De hecho quien parece admitir la inexistencia duda de su utilidad

⁶⁹¹ Véase: DIAZ RAMÍREZ, ENRIQUE: *Las sanciones por el incumplimiento de las condiciones de validez –nulidad, inexistencia e ineficacia–*. En: Los contratos en el Derecho Privado. Directores Académicos: Fabricio Mantilla y Francisco Ternera. Colombia, Legis/Universidad del Rosario, 2008, pp. 195-206; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 594-605; MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 309-376; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 421-432; Casas Rincón, *ob. cit.*, pp. 573-588, BERNAD MAINAT, *ob. cit.*, T. III, pp. 331-365 (bajo el título “Ineficacia del contrato”); SANTOS BRIZ, *ob. cit.*, pp. 191-207 (alude a “invalidez”) y en el mismo sentido: SÁNCHEZ CID, *ob. cit.*, pp. 302-306; HINESTROSA, *ob. cit.*, pp. 199-221; LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 428-490.

⁶⁹² Véase bajo ese título del Capítulo: BERNAD MAINAT, *ob. cit.*, T. III, p. 331.

⁶⁹³ LAGRANGE, *Apuntes...*

⁶⁹⁴ Véase sobre la teoría de los actos inexistentes: LUTZESCO, *ob. cit.*, pp. 165-238.

⁶⁹⁵ MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 316.

⁶⁹⁶ Véase: MARTÍNEZ RUEDA, José de Jesús: *La invalidez y la ineficacia de los actos jurídicos y sus aspectos en el Código Civil Venezolano*. San Cristóbal, Estado Táchira, 2002; SANTOS BRIZ, *ob. cit.*, pp. 191; LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, pp. 306-313 (distingue el contrato ineficaz que no surte efecto y la invalidez asociada a la negación de la fuerza jurídica; *ibid.*, pp. 306 y 307). Véase bajo el título “ineficacia”: SERRANO ALONSO y SERRANO GÓMEZ, *ob. cit.*, pp. 119-153; O’CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 557-562; LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, pp. 275-284; OSSORIO MORALES, *ob. cit.*, pp. 259-266; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS y otros, *ob. cit.*, pp. 479-510; DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, pp. 102-115; LASARTE, *Curso...*, p. 391, supuestos en que el contrato no llega a producir los efectos que se pretendía (integrado por dos grandes grupos: invalidez o nulidad e ineficacia compuesta por resolución, revocación, mutuo *disenso*, etc.).

⁶⁹⁷ Véase: PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 667.

⁶⁹⁸ *Compendio di Istituzioni...*, *ob. cit.*, p. 365.

⁶⁹⁹ CARNELLI y CAFARO, *ob. cit.*, p. 41.

⁷⁰⁰ *Ibid.*, p. 42.

porque al igual que la nulidad absoluta, no dispensa de la intervención judicial⁷⁰¹.

En Venezuela, se pretende basar la inexistencia en la redacción del artículo 1141 CC⁷⁰² sosteniendo que no precisa declaración judicial el contrato inexistente. Se crítica que tal tesis es absurda y que los efectos de dicha teoría pueden ser resueltos por vía de la nulidad. La inexistencia se asimila generalmente a la nulidad absoluta, por lo que modernamente se suele desechar la teoría de la inexistencia⁷⁰³.

Sin embargo, algunos asimilan la idea de la nulidad absoluta a la del acto inexistente. Especialmente porque al margen de la distinción teórica el acto tildado de inexistente reviste una apariencia de realidad que precisará de declaración judicial para desaparecer de la realidad jurídica. Aunque ambigüedades terminológicas pueden teñir la materia algunos refieren que la inexistencia es un grado de nulidad más acentuado⁷⁰⁴. Pero lo cierto es que el máximo grado de nulidad es la absoluta y aun en este caso el acto reviste una apariencia de realidad que precisa de intervención judicial, por lo que ni aún en tal caso –a nuestro criterio– no existe nulidad de pleno derecho; siendo así la nulidad absoluta equivale en su efecto práctico a la inexistencia, pero igualmente precisa de declaratoria jurisdiccional por lo que no tiene sentido útil ni teórico la distinción.

Así acertadamente se indica en la doctrina francesa sostiene que lo inválido es inexistente pero se precisa que se haga constar esa inexistencia o invalidez. En efecto, cuando sea necesario un juicio para comprobar la inobservancia de una condición de validez de un contrato, la noción de inexistencia no aporta nada con relación a la de nulidad absoluta⁷⁰⁵. De allí que algunos definan la nulidad del contrato como la comprobación de la falta de un elemento para su validez, lo cual tiene como sanción la desaparición del contrato⁷⁰⁶.

⁷⁰¹ CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, p. 575.

⁷⁰² Véase: CSJ/Cas., Sent. 24-11-67, J.R.G., T. 17, pp. 383 y 383, se diferencia entre consentimiento y consentimiento viciado, señalando que si se tratara de consentimiento viciado por error no se estaría ante “inexistencia” sino solo anulación (*ibid.*, p. 383).

⁷⁰³ Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 603-605; ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 41, la teoría de la inexistencia el contrato como categoría distinta al vicio de nulidad absoluta, si bien alcanzó reconocimiento en Francia a finales del siglo XVIII y en Venezuela a finales del siglo pasado se encuentra abandonada en la actualidad en Venezuela. Desde que el negocio jurídico existe en apariencia implica siempre un vicio de nulidad del negocio aparente que no impide que el negocio aparente despliegue efectos, independientemente de su naturaleza absoluta o relativa.

⁷⁰⁴ MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 317.

⁷⁰⁵ LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, p. 435.

⁷⁰⁶ *Ibid.*, p. 428.

10.2. Nulidad⁷⁰⁷

10.2.1. Noción

Se relaciona con la insuficiencia del acto para producir efectos por no cumplir los requisitos legales. “La nulidad debe intervenir para sancionar los actos que han infringido la ley, pero condenar el ilícito no quiere decir que deba aceptarse el triunfo de lo injusto”⁷⁰⁸. La nulidad borra o elimina al contrato de la vida jurídica, ante la inobservancia de algún requisito de existencia o de validez.

Para Bernad Mainar la nulidad es una “modalidad de la invalidez que una vez declarada produce la ineficacia del contrato”⁷⁰⁹. Ochoa la ubica como una sanción de la ley por no observarse las condiciones de celebración del contrato⁷¹⁰. Puede ser *absoluta* o *relativa*⁷¹¹, “El interés tutelado determinará si la nulidad que afecta el contrato es absoluta o relativa, y en consecuencia, el régimen aplicable”. No depende pues de la gravedad de la falta sino del interés que la norma impone; la nulidad será absoluta si persigue proteger el orden público y las buenas costumbres y relativa si persigue la protección de intereses particulares de los contratantes⁷¹².

La noción de nulidad es tan flexible que se presta a las más variadas interpretaciones⁷¹³; la materia de las nulidades es un tanto compleja, así como la diversidad de soluciones del derecho positivo⁷¹⁴. Existe pues la respectiva acción de nulidad⁷¹⁵ aunque también se admite que la nulidad puede plantearse por vía de “excepción”⁷¹⁶.

10.2.2. Absoluta⁷¹⁷

La nulidad absoluta en principio acontece cuando el contrato carece de requisitos de existencia (objeto o causa)⁷¹⁸ o porque lesione el orden público o

⁷⁰⁷ Véase: LÓPEZ HERRERA, FRANCISCO: *La nulidad de los contratos en la legislación civil venezolana*. Caracas, El Cojo, 1952; LUTZESCO, Georges: *Teoría y Práctica de las nulidades*. México, Editorial Porrúa S.A., 1945. Trad. Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda, pp. 239-367; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 421-432; MILIANI BALZA, *ob. cit.*, pp. 259-284; RAMÍREZ, *ob. cit.*, pp. 63-69.

⁷⁰⁸ LUTZESCO, *ob. cit.*, p. 19, sobre todo cuando a la parte afectada contratada de buena fe, nada puede imputársele.

⁷⁰⁹ BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 336.

⁷¹⁰ OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, p. 421.

⁷¹¹ Véase: MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 319 y ss.; ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 41.

⁷¹² Véase: ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 58, para los autores la ilicitud del objeto o de la causa del contrato debe acarrear la nulidad absoluta en tanto que la ausencia de causa, la falta de, los defectos del objeto distintos a su licitud, la falta de capacidad y los vicios del consentimiento generan nulidad relativa.

⁷¹³ LUTZESCO, *ob. cit.*, p. 308.

⁷¹⁴ LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, p. 440

⁷¹⁵ Véase: BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 343-355.

⁷¹⁶ LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 468 y 469.

⁷¹⁷ CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, pp. 577-580.

⁷¹⁸ Véase: LUTZESCO, *ob. cit.*, p. 238; CSJ/Cas., sent. 3-2-94, J.R.G., T. 129, pp. 432-435, la nulidad absoluta generalmente se asocia a la imposibilidad o ilicitud del objeto.

las buenas costumbres⁷¹⁹. Procede ante la violación de una norma de interés general⁷²⁰ o público. Generalmente acontece cuando se transgrede una norma o regla imperativa o de orden público, por lo que se afirma que tiende a proteger un interés público o general. De allí que puede intentar la acción cualquier interesado incluyendo al juez de oficio: “la nulidad absoluta de los contratos puede ser declarada de oficio por el Juez, aunque ninguna de las partes la hubiese alegado⁷²¹, procede en cualquier estado y grado del juicio, no es susceptible de convalidación, es imprescriptible⁷²² y afecta *ab initio*.”

Dispone el artículo 1352 del CC “*no se puede hacer desaparecer por ningún acto confirmatorio los vicios de un acto absolutamente nulo por falta de formalidades*”. La excepción viene dada por el art. 1353 CC relativa a la ratificación de disposición testamentaria nula. Mélich opina que “*opera de pleno derecho*” aunque las partes puedan comportarse como si no hubiese tenido lugar⁷²³. Pero es discutible tal afirmación, pues tal apariencia de realidad precisa declaración judicial, toda vez, que no existe nulidad de pleno derecho, ni siquiera “absoluta” como el mismo autor reconoce con apoyo de la doctrina francesa⁷²⁴.

10.2.3. *Relativa o anulabilidad*⁷²⁵

La nulidad relativa también denominada “anulabilidad” tiene lugar cuando se violan normas dirigidas a proteger *intereses particulares o privados*⁷²⁶ como la relativa al consentimiento o la capacidad⁷²⁷. Para algunos acontece ante los supuestos de vicios del consentimiento e incapacidad (nulidad absoluta cuando faltan elementos esenciales o de existencia) pero la distinción es simplista. Por ejemplo se alude a nulidad relativa por violentar las normas de interdicción judicial a nulidad absoluta por acto realizado

⁷¹⁹ Véase: LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, p. 445, la nulidad por causa ilícita o inmoral es absoluta.

⁷²⁰ Véase: Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito del Estado Lara, Sent. 27-5-09, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2009/mayo/653-27-KPo2-V-2007-2788-.html>.

⁷²¹ Véase: TSJ/SCC, Sent. N° 0390 del 3-12-01, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Diciembre/RC-0390-031201-001047.htm> “los jueces pueden, en resguardo del orden público, declarar de oficio la nulidad absoluta que adviertan en algún contrato, siempre que la nulidad aparezca de forma manifiesta, sin necesidad de suplir prueba alguna, y que todas las partes que figuraron en el contrato nulo sean parte en el juicio, a fin de que éstas puedan ejercer su derecho a la defensa...”.

⁷²² Véase no obstante: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 596 y 597, aunque la nulidad absoluta se imprescriptible bien pueden estar sometidas a prescripción las acciones derivadas del contrato, por ejemplo si han pasado más de 10 años a los fines de la restitución de suma de dinero; ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 60; RODRÍGUEZ y AMADEO, *ob. cit.*, p. 74, las nulidades absolutas no son susceptibles de prescripción.

⁷²³ MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 319.

⁷²⁴ Véase: *ibid.*, p. 325, nota 20, cita doctrina francesa que indica que NO existe nulidad de pleno derecho, existe apariencia salvo que ambas partes admitan lo contrario.

⁷²⁵ CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, pp. 580 y 581.

⁷²⁶ Véase: LUTZESCO, *ob. cit.*, p. 309.

⁷²⁷ *Ibid.*, p. 238; BUERES, Alberto: *El acto ilícito*. Buenos Aires, Hammurabi, 1986, pp. 39 y 40, el negocio concertado por quien no tiene discernimiento contiene un vicio de nulidad relativa pues la sanción de invalidez apunta a la protección del agente y no va más allá; CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, pp. 580 y 581.

por entredicho legal, toda vez que el primero protege el interés privado del entredicho judicial y el segundo es una incapacidad de protección o defensa social.

Entre sus caracteres se ubican que no afecta el contrato desde su inicio, que solo puede ser ejercida por los interesados, es convalidable o subsanable⁷²⁸ y la acción prescribe a los 5 años⁷²⁹ (CC, art. 1346⁷³⁰). La confirmación⁷³¹ (renuncia a intentar la acción de nulidad relativa) puede ser expresa o tácita, total o parcial.

El CC la somete a varios requisitos de fondo para surtir efectos en su art. 1351. Para que la confirmación sea válida ha de proceder en forma libre y espontánea y debe haber cesado la causa que la motivó. La confirmación según el art. 1351 CC opera a futuro, no tiene efecto retroactivo, produce la renuncia a las acciones respectivas pero *deja a salvo los derechos de terceros*. La nulidad relativa puede ser opuesta como *excepción* en la contestación de la demanda, si la parte que la podía hacer valer es demandada.

La diferencia entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa radica en que en la primera el contrato afectado viola un interés general, tutelado por normas de orden público inquebrantables; y en la relativa, el contrato viola normas que tutelan intereses particulares y que están destinadas a la protección de alguna de las partes⁷³². Se aclara que ambas nulidades presentan entre sus semejanzas o similitudes que ambas requieren de intervención judicial, tienen un efecto retroactivo y ambas pueden ser alegadas por vía de acción o de excepción⁷³³. Por lo que cabe recordar, que inclusive la nulidad absoluta precisa intervención judicial toda vez que se ha creado una apariencia de validez o de realidad.

⁷²⁸ Véase sobre la convalidación del contrato: BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 355-359.

⁷²⁹ Véase: MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 598, la prescripción especial de 5 años prevalece sobre la prescripción ordinaria, de modo que esta no empieza a contarse sino vencido el tiempo de la prescripción especial.

⁷³⁰ Véase: TSJ/SCC, Sent. N° 00222 del 23-3-04; TSJ/SCC, Sent. N° 232 del 30-4-02, el lapso es de prescripción y no de caducidad y aplica sólo a la nulidad relativa; CSJ/Cas., Sent. 9-3-94, J.R.G., T. 129, pp. 523-525, el lapso de la acción de nulidad relativa del contrato del artículo 1346 CC es de prescripción y no de caducidad.

⁷³¹ MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 599, se diferencia de la "ratificación", en que esta supone la aceptación de que el acto realizado por un tercero produzca efecto sobre sí.

⁷³² Véase: TSJ/SCC, Sent. N° 737 de 10-12-09, www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/.../RC.00737-101209-2009-09-460.HTM; TSJ/SCC, Sent. 995 de 12-12-06, www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/diciembre/RC-00995-121206-06381.HTM; TSJ/SCC, Sent. N° 288 del 31-5-05, www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Mayo/RC-00288-310505-04124.htm; TSJ/SCC, Sent. N° 1342 de 15-11-04, www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/.../RC-01342-151104-03550.htm; CSJ/Cas., Sent. 3-2-94, J.R.G., T. 129, pp. 432-435, TSJ/SCC, Sent. N° 000682 del 19-11-13, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/noviembre/158863-RC.000682-191113-2013-13-315.HTML>.

⁷³³ OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, p. 425.

10.2.4. *Nulidad parcial*

Es aquella que no afecta todo el contrato sino una parte de éste. Se presenta como una manifestación del principio de conservación del contrato⁷³⁴. La distinción entre nulidad total o parcial, tiene que ver con la importancia del elemento viciado presente en el acuerdo de voluntades; si es determinante y sin él no se hubiese contratado es total⁷³⁵. Como ejemplos de nulidad parcial pueden tener lugar las referidas cláusulas “abusivas” según sea posible; en tal caso, la nulidad simplemente supone la supresión del elemento irregular⁷³⁶. Las consecuencias de la declaración de carácter abusivo de las cláusulas implican por lo general la nulidad parcial de lo regulado por aquellas y la subsistencia del contrato en todo lo restante, que precisará por lo general de la integración del contrato⁷³⁷.

10.2.5. *Efectos de la declaratoria de nulidad*⁷³⁸

a. *Eficacia retroactiva*: Refiere Mélich que en la nulidad relativa se pone fin a la existencia del acto de manera retroactiva; la nulidad sea absoluta o relativa implica la desaparición de las consecuencias jurídicas derivada del contrato⁷³⁹.

b. *Restituciones recíprocas*: Si el contrato no se había cumplido, no están las partes obligadas a cumplir, salvo el derecho de quien procede de buena fe de poder reclamar daños y perjuicios. Si se ha cumplido parcialmente están obligados a la restitución recíproca en la medida que sea posible. En cuanto a la obligación de restitución no puede ser pedida por quien incurrió en violencia (CC, art. 1157, 3^o párrafo). En cuanto a la restitución el Juez pudiera hacer un cálculo equivalente pecuniario⁷⁴⁰. En caso de incapacidad la restitución se limita a lo que ha acontecido en su provecho (CC, art. 1349). El artículo 1348 CC consagra la regla según la cual la malicia suple la incapacidad en el sentido que el menor que ha ocultado su minoridad con maquinaciones dolosas no podrá alegar la nulidad. Respecto de terceros, generalmente sus derechos de ven afectados salvo los casos de los artículos 790⁷⁴¹ y 794 CC. Refiere Mélich que ello se basa en que nadie puede dar lo que no tiene⁷⁴².

c. *Pudiera mediar daños y perjuicios*: Esto es, puede acumularse la acción de responsabilidad civil, por ejemplo, en caso de “violencia” como vicio del consentimiento⁷⁴³.

⁷³⁴ MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 362.

⁷³⁵ *Ibid.*, p. 365.

⁷³⁶ *Idem.*

⁷³⁷ LÓPEZ Y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 227.

⁷³⁸ CASAS RINCÓN, *ob. cit.*, pp. 582 y 583; MARTÍNEZ RUEDA, *ob. cit.*, 26 y 27.

⁷³⁹ MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 326.

⁷⁴⁰ *Ibid.*, p. 370.

⁷⁴¹ De buena fe hace suyos los frutos.

⁷⁴² *Ibid.*, p. 373.

⁷⁴³ *Ibid.*, p. 374.

10.3. *La conversión*

Entre otras figuras afines con la ineficacia, algún sector de la doctrina patria refiere la “conversión del contrato”⁷⁴⁴, inspirada a su vez en la doctrina o legislación extranjera. Dicha figura supone una calificación correctora del contrato viciado por nulidad, en lugar de mantenerse la calificación que directamente le correspondía⁷⁴⁵.

El contrato viciado de nulidad pudiera mantenerse con una finalidad distinta a la inicialmente prevista, salvando con ello el inconveniente que se opone a su eficacia⁷⁴⁶. Se trata de un remedio tendente a evitar la ineficacia de un contrato que a su vez sería ineficaz de ser interpretado y calificado conforme a los criterios ordinarios, de modo que, a tal fin, se le otorga una calificación distinta para la que reúne requisitos suficientes, cuyos efectos colman el propósito perseguido por los contratantes, a la vez que dicho contrato es válido y surte efectos. Indica Bernad que más que discutible es la denominación atribuida al fenómeno pues no se trata de convertir un contrato inválido en uno válido. Se alude a conversión *material* cuando se modifica el tipo contractual u opera una reducción del objeto o los efectos y de conversión *formal* cuando el instrumento en que consta el contrato carece de algún requisito de validez. Son requisitos de la conversión que no esté prohibida por el ordenamiento jurídico, la presencia de un contrato viciado de nulidad pero que a su vez reúne los requisitos para llevar a cabo otro contrato para alcanzar los fines iniciales. Se señala que nuestro ordenamiento no la prevé pero podría verse como “un remedio jurídico general”⁷⁴⁷.

La doctrina extranjera ha desarrollado especialmente la figura⁷⁴⁸, señalando que los estudios de la conversión son bastante limitados⁷⁴⁹, y viendo su fundamento básicamente en la *voluntad* de las partes⁷⁵⁰, por contraste con

⁷⁴⁴ Véase: BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 359-361; Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 12-3-08, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2008/marzo/529-12-12.487-.html> <-Pasando al análisis del juicio acumulado, tómese en cuenta los comentarios que hacen Eloy Maduro Luyando y Emilio Pittier Ducre, en su obra CURSO DE OBLIGACIONES. Derecho Civil III. Tomo II. Caracas 2004. Pág. 752 donde expresa lo siguiente: “...La nulidad de los contratos es la consecuencia de un defecto en su formación que lo hace ineficaz o insuficiente para producir los efectos jurídicos perseguidos por las partes. La sanción puede ser de diversos grados: privarlo de todo efecto (nulidad total), producir algunos efectos (nulidad parcial), o producir efectos distintos de los perseguidos por las partes (conversión del contrato)->.

⁷⁴⁵ LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 262; DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, pp. 107 y 108.

⁷⁴⁶ LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 279; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 694, es un medio jurídico en virtud del cual un contrato o negocio afectado de nulidad que contiene los elementos sustanciales y de forma de otro negocio jurídico válido es salvado de la nulidad que lo afecta mediante su “conversión” en el negocio jurídico que reúne sus elementos y requisitos.

⁷⁴⁷ BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 359-361.

⁷⁴⁸ Véase: PALACIOS MARTÍNEZ, Eric: *La conversión y la nulidad del negocio jurídico*. Perú, Ara Editores, 2002; DIEZ SOTO, Carlos Manuel: *La conversión del contrato nulo*. (Su configuración en el Derecho comparado y su admisibilidad en el Derecho español). <http://repositorio.bib.upct.es/dspace/bitstream/10317/796/1/cmds.pdf>.

⁷⁴⁹ PALACIOS MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 63.

⁷⁵⁰ Véase: *ibid.*, pp. 143-169.

las teorías objetivas del negocio jurídico⁷⁵¹, pero puede definirse como “el procedimiento integrativo de contenido negocial, que mediante la corrección de calificación jurídica extrae de un negocio ineficaz, perteneciente a una *fattispecie* o tipo original, un nuevo negocio de una *fattispecie* o tipo distinto, permitiendo así proteger el resultado práctico perseguido por las partes⁷⁵². Para el autor solo la conversión material, sustancial o propia responde a la figura y por tal no es posible hablar de más de un tipo de conversión⁷⁵³. Cuando hay conversión de un negocio jurídico cambia el tipo de negocio, es decir, de una especie de contrato se pasa a otro⁷⁵⁴.

Entre sus requisitos se ubica la calificación y precisión del requerimiento objetivo: el requisito subjetivo y la finalidad perseguida por las partes (que el nuevo negocio esté dentro de la órbita de la finalidad práctica perseguida por las partes): cumplir presupuestos (el nuevo negocio debe precisar elementos sustanciales) entre las mismas partes; que haya voluntad de conversión expresa o tácita; que las partes sepan los efectos de la situación⁷⁵⁵.

La mutación del negocio nulo por otro válido, requiere que el primero tenga los requisitos que fundamentan la validez del nuevo. No puede pretenderse que por virtud de la conservación del negocio y dada la nulidad del celebrado, tengan que dar vida con nuevas declaraciones de voluntad a otro válido⁷⁵⁶. La figura no está expresamente prevista en Venezuela y la doctrina generalmente no la trata, amén de que la figura sería de aplicación reducida, dadas las condiciones que indica la doctrina extranjera.

Algunos dudan de su aplicación en aquellos países carentes de regulación como el español⁷⁵⁷ lo cual pudiera ser aplicable al venezolano: “Y es que el estudio de las hipótesis propuestas por nuestra doctrina como aplicaciones posibles de la conversión en nuestro sistema, junto con el examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ponen de manifiesto, por un lado, las extremas dificultades que desde el punto de vista dogmático se plantean a la hora de coordinar la conversión propiamente dicha con los principios del ordenamiento: y, por otro, la existencia en éste de numerosos mecanismos dotados de la flexibilidad suficiente como para hacer innecesario el recurso

⁷⁵¹ Véase: *ibid.*, pp. 169-179.

⁷⁵² *Ibid.*, p. 85.

⁷⁵³ Véase: *ibid.*, p. 86.

⁷⁵⁴ PADILLA, *ob. cit.*, p. 129.

⁷⁵⁵ PALACIOS MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 103-121.

⁷⁵⁶ DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, p. 108.

⁷⁵⁷ Véase: DIEZ SOTO, *ob. cit.*, p. 229 hemos de pronunciarnos en contra de la tesis favorable a la admisibilidad del instituto de la conversión sustancial en nuestro sistema negocial, si con ello se pretende afirmar su vigencia como remedio de carácter general. La tensión entre autonomía privada y ordenamiento jurídico aparece resuelta en nuestro sistema en términos muy distintos de los que propiciaron el desarrollo del instituto de la conversión en Alemania o en Italia. En nuestro ordenamiento, un principio de conversión sustancial entendido como remedio de carácter general, constituiría, a nuestro entender, un “cuerpo extraño”.

a la conversión a la hora de afrontar los problemas concretos. En el sistema negocial español, el intérprete tiene a su disposición numerosos instrumentos que le permitirán, en general, calibrar en su justa medida el alcance de una determinada sanción de nulidad en presencia de una concreta hipótesis negocial. En la medida en que el remedio de una determinada situación se pueda buscar en la utilización, más o menos flexible, de tales mecanismos, la invocación de un principio de conversión sustancial será, probablemente, innecesaria e inexacta⁷⁵⁸. No olvidemos que aun entonces podrán encontrar aplicación otros instrumentos destinados a corregir y encauzar conforme a criterios de justicia y equidad las consecuencias de la propia sanción de nulidad (al margen, obviamente, de la posible repetición del negocio por los interesados con sujeción a las exigencias del ordenamiento) tales como la responsabilidad precontractual, la aplicación de la doctrina de las obligaciones naturales, etc.⁷⁵⁹

Se trata pues de una figura poco desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia patria (mediante aplicaciones o ejemplos generales) cuya incidencia queda disminuida ante la posibilidad de ratificación en caso de nulidad relativa –según acertadamente se observa– toda vez que ha de ser producto de la autonomía de la voluntad de las partes.

10.4. *La rescisión*⁷⁶⁰

10.4.1. *Noción*

La rescisión del contrato está prevista en el artículo 1350 del CC: “*La rescisión por causa de lesión no puede intentarse aun cuando se trate de menores, sino en los casos y bajo las condiciones especialmente expresadas en la Ley. Dicha acción, en los casos en que se admite, no produce efecto respecto de los terceros que han adquirido derechos sobre los inmuebles con anterioridad al registro de la demanda por rescisión*”.

Se afirma que la figura encuentra antecedentes en el Derecho Romano con base a la equidad⁷⁶¹. A decir de Mélich “la lesión es la pérdida patrimonial que uno de los contratantes sufre por causa del desequilibrio o defecto de equivalencia entre la prestación que cumple y la que recibe”. Se diferencia de la imprevisión porque dicho desequilibrio acontece en el momento de celebración del contrato y no de forma sobrevenida⁷⁶².

⁷⁵⁸ *Ibid.*, p. 230.

⁷⁵⁹ *Ibid.*, p. 231.

⁷⁶⁰ Véase: ÁLVAREZ OLIVEROS, Ángel: *Notas sobre la rescisión por lesión*. En: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia N° 5 Edición Homenaje a Fernando Parra Aranguren. Caracas, 2015, pp. 289-310; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 361-364; ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 55-57; MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 145-147; CASTILLO, Fernando y otros: *Rescisión del Contrato de Compraventa por Lesión Enorme: ¿Asimetría de Información y Abuso de Posición Dominante Contractual o un Exceso de Intervención del Estado en el mercado?* <http://alacde2015.org/papers/88.pdf>.

⁷⁶¹ BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 361.

⁷⁶² MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 145. Véase también: ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 55, además siguiendo a Rodner indican que la rescisión por lesión enorme es el derecho que

La rescisión es la privación de los efectos producidos por un contrato válido cuando éste, en virtud de algunas de las causales taxativamente fijadas por la ley, produce lesiones o perjuicios para los contratantes o terceros, siempre que el perjudicado no pueda obtenerlo por otro medio de reparación. Se trata de un remedio jurídico con carácter subsidiario⁷⁶³, basada en la congruencia económica de las contraprestaciones contractuales⁷⁶⁴.

Bernad Mainar define el contrato rescindible como aquel válidamente celebrado pero que produciendo un perjuicio injusto a una de la partes o a un tercero para el que no hay otro recurso legal para obtener reparación, podrá ser declarado ineficaz o reducida *su eficacia* a instancia del perjudicado⁷⁶⁵. Se aprecia que el autor se refiere acertadamente a ineficacia del contrato o reducir su eficacia, por lo que se trata de dos opciones que se alejan de la figura de la nulidad propiamente dicha. En efecto, la acción por rescisión supone atacar un contrato porque produce una lesión patrimonial taxativamente prevista en la ley a fin de lograr su proporcionalidad o privarlo de su eficacia.

La rescisión procede ante el perjuicio económico o desequilibrio patrimonial al momento de celebrarse el contrato en los casos tasados por la ley⁷⁶⁶. Es necesario que exista un desequilibrio en las partes del contrato, y que sea notoriamente desproporcionado, es decir, enorme⁷⁶⁷.

“La lesión, como institución, origina la rescisión del contrato, en los casos y bajo las condiciones especialmente expresadas en la ley, lo que amerita una acción en ese sentido”⁷⁶⁸.

Vale recordar que la renuncia anticipada a la lesión por causa de lesión ha sido considerada como ejemplo de cláusula nula por objeto contrario al orden público⁷⁶⁹.

tiene un contratante en un contrato bilateral, de solicitar la terminación del mismo por falta grave de equivalencia de prestaciones recíprocamente acordadas.

⁷⁶³ MADRID MARTÍNEZ, *Las limitaciones...*, p. 810, cita a Lalaguna Domínguez; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 362 y 363.

⁷⁶⁴ MADRID MARTÍNEZ, *Las limitaciones...*, p. 811. Véase también: CASTILLO y otros, *ob. cit.*, señalan que en Colombia para juzgar las condiciones sobre su reducción a la equidad, se considera el valor de mercado de la prestación objeto del contrato.

⁷⁶⁵ BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 362 (destacado nuestro).

⁷⁶⁶ PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 680 y 681.

⁷⁶⁷ PINTO OLIVEROS, *El contrato hoy en día...*, p. 266, no se trata entonces de cualquier desproporción, o de un simple desequilibrio entre las prestaciones, sino que es necesario que la desproporción entre estas últimas sea grosera o exagerada. La parte afectada debe probar que la desproporción es excesiva.

⁷⁶⁸ TSJ/SConst., Sent. 85 de 24-1-02 <http://historico.tsj.gov.ve/decisiones/scon/enero/85-240102-01-1274%20.htm>. “Ahora bien, lo anterior no exime a que pueda existir una situación lesiva y que la misma pueda ser reconocida, se trataría de una lesión objetiva, que a pesar de existir, no origina la rescisión del contrato, ya que el lesionado no la solicita”.

⁷⁶⁹ Véase *supra* este mismo tema 6.3.1.

10.4.2. Supuestos

La acción de rescisión está consagrada en el artículo 1.350 del CC y tiene lugar en los casos especialmente expresados en la Ley. Así en el CC, vale referir según la doctrina⁷⁷⁰ arts. 1.120⁷⁷¹ y 1.132⁷⁷² (en materia de partición), 183⁷⁷³ (comunidad conyugal), 770⁷⁷⁴ (comunidad), 1680⁷⁷⁵ (sociedad), 1496⁷⁷⁶ y 1497⁷⁷⁷ (venta), 1663⁷⁷⁸ y 1664⁷⁷⁹ (sociedad)⁷⁸⁰. En Venezuela, la rescisión

⁷⁷⁰ MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 146; ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 55; ÁLVAREZ OLIVEROS, *ob. cit.*, p. 293, Juzgado Superior Tercero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 8-3-07, Exp. 9594, <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2007/MARZO/2140-8-9594-HTML>.

⁷⁷¹ “Las particiones pueden rescindirse por las mismas causas que dan lugar a la rescisión de los contratos. Puede también haber lugar a la rescisión, cuando uno de los coherederos ha padecido lesión que exceda del cuarto de su parte en la partición. La simple omisión de un objeto de la herencia, no da lugar a la acción de rescisión, sino a una partición suplementaria”.

⁷⁷² “La partición hecha por el ascendiente puede atacarse si resulta de la partición, o de cualquiera otra disposición hecha por el ascendiente, que alguno de los comprendidos en aquella ha padecido lesión en su legítima. Si la partición se hace por acto entre vivos puede también atacarse por causa de lesión que pase del cuarto, según el artículo 1120”.

⁷⁷³ “En todo lo relativo a la división de la comunidad que no esté determinado en este Capítulo, se observará lo que se establece respecto de la partición”; Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 5-3-13, Exp. AH13-V-2008-000190 <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2013/MARZO/2118-5-AH13-V-2008-000190-HTML>.

⁷⁷⁴ “Son aplicables a la división entre comuneros las reglas concernientes a la división de la herencia y las especiales que, en cuanto al procedimiento para llevarla a cabo, establezca el Código de Procedimiento Civil”.

⁷⁷⁵ “Las reglas concernientes a la partición de la herencia, a la forma de esta partición y a las obligaciones que de ella resultan entre los coherederos, son aplicables en cuanto sea posible a las particiones entre los socios”.

⁷⁷⁶ “El vendedor está obligado a entregar la cosa en toda la cantidad expresada en el contrato, salvo las modificaciones siguientes: Si la venta de un inmueble se ha hecho con expresión de su cabida, a razón de tanto por medida, el vendedor está obligado a entregar al comprador que lo exija, la cantidad expresada en el contrato. Cuando esto no sea posible, o el comprador no lo exija, el vendedor estará obligado a sufrir una disminución proporcional en el precio. Si se encuentra que la cabida del inmueble es superior a la expresada en el contrato, el comprador debe pagar la diferencia del precio; pero puede desistir del contrato si el excedente del precio pasa de la veintava parte de la cantidad declarada”.

⁷⁷⁷ “En todos los demás casos en que la venta sea de un cuerpo determinado y limitado, o de fundos distintos y separados, sea que el contrato comience por la medida, sea que comience por la indicación del cuerpo vendido, seguida de la medida, la expresión de la medida no da lugar a ningún aumento de precio en favor del vendedor por el exceso de la misma, ni a ninguna disminución del precio en favor del comprador por menor medida, sino cuando la diferencia entre la medida real y la indicada en el contrato sea de una veintava parte en más o en menos, habida consideración al valor de la totalidad de los objetos vendidos, si no hubiere estipulación en contrario”.

⁷⁷⁸ “Si los socios han convenido en confiar a un tercero la designación de la parte de cada uno en las ganancias y pérdidas, solamente podrá impugnarse la designación hecha, cuando evidentemente se haya faltado a la equidad; y ni aun por esta causa podrá reclamar el socio que haya principiado a ejecutar la decisión del tercero, o que no la haya impugnado en el término de tres meses, contados desde que le fue conocida”.

⁷⁷⁹ “Es nula la cláusula que aplique a uno solo de los socios la totalidad de los beneficios, y también la que exima de toda parte en las pérdidas la cantidad o cosas aportadas por uno o más socios. El socio que no ha aportado sino su industria, puede ser exonerado de toda contribución en las pérdidas”

⁷⁸⁰ Véase estos dos artículos relativos a la sociedad en: ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 56 y ÁLVAREZ OLIVEROS, *Notas...*, p. 293. Mas no en MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 146.

por lesión no puede intentarse sino en los casos y bajo las condiciones especialmente expresadas por la ley, de conformidad con el artículo 1350 del CC⁷⁸¹. Por lo presenta carácter taxativo⁷⁸² y excepcional⁷⁸³.

Entre los casos indicados, la doctrina ha referido especialmente los supuestos de rescisión por lesión en materia de *partición*⁷⁸⁴ (CC, art. 1120) y la rescisión por lesión en materia de *venta*⁷⁸⁵ (CC, art. 1496). Aunque Bernad Mainar refiere que tal supuesto no constituye propiamente lesión sino un supuesto de nulidad en razón de un error en la cantidad, causa de nulidad relativa del contrato⁷⁸⁶. Lo mismo pudiera decirse del artículo 1664 del CC que dispone la “nulidad” de la sociedad leonina (absoluta, dada la expresión “*es nula*”) de la cláusula que aplique a uno solo de los socios la totalidad de los beneficios, y también la que exime de toda parte en las pérdidas la cantidad o cosas aportadas por uno o más socios. Amén que dicho ejemplo lo ubica la doctrina como nulidad por objeto ilícito por contrario al orden público⁷⁸⁷

Se refiere igualmente en el tema el supuesto caso particular de los intereses, previsto en el artículo 1746⁷⁸⁸ del CC⁷⁸⁹ que tuvimos ocasión de referir a propósito de las obligaciones de intereses⁷⁹⁰. Señala la doctrina la rescisión por lesión en materia de *usura*, prevista en el Decreto 247 de 9-4-46 y otras leyes especiales. Al efecto, se puede distinguir la lesión *objetiva* cuando se mira exclusivamente el desequilibrio patrimonial existente

⁷⁸¹ PINTO OLIVEROS, *El contrato hoy en día...*, p. 264.

⁷⁸² Véase: MADRID MARTÍNEZ, *Las limitaciones...*, p. 811, no puede intentarse sino en los casos y bajo las condiciones especialmente indicadas en la ley, circunstancia que limita considerablemente el campo de acción de esta institución. Pues por ejemplo, se permite en materia de partición sucesoral (1120 CC) pero no en materia de préstamo. Aunque la doctrina la admite en caso de usura de cobro de interés.

⁷⁸³ MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 145, el CC venezolano contempla muy pocos supuesto de lesión; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 363, la ley no nos suministra ni los casos ni las condiciones bajo las cuales se ha de ejercitar la acción, por lo cual entendemos que se ha de adoptar una visión restrictiva del figura.

⁷⁸⁴ Véase: ÁLVAREZ OLIVEROS, *Notas...*, pp. 296-299, DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Manual de Derecho Sucesorio...*, pp. 579-583.

⁷⁸⁵ ÁLVAREZ OLIVEROS, *Notas...*, pp. 305-308; MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 146; CASTILLO y otros, *ob. cit.*, “La lesión enorme es una institución jurídica que permite a las partes contratantes de una compraventa de bienes inmuebles poder solicitar al juez la rescisión del contrato en tanto el precio pactado en el contrato se aleje considerablemente del justo precio”.

⁷⁸⁶ BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 363, incluyendo nota 730.

⁷⁸⁷ Véase *supra* de este mismo tema 6.3.1, opinión de Lagrange y De Freitas.

⁷⁸⁸ “*El interés es legal o convencional. El interés legal es el tres por ciento anual. El interés convencional no tiene más límites que los que fueren designados por Ley especial; salvo que, no limitándolo la Ley, exceda en una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, caso en el cual será reducido por el Juez a dicho interés corriente, si lo solicita el deudor. El interés convencional debe comprobarse por escrito cuando no es admisible la prueba de testigos para comprobar la obligación principal. El interés del dinero prestado con garantía hipotecaria no podrá exceder en ningún caso del uno por ciento mensual.*”

⁷⁸⁹ MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 146; MADRID MARTÍNEZ, *Las limitaciones...*, p. 811, la autora cita la opinión de Rodner; ÁLVAREZ OLIVEROS, *Notas...*, pp. 299-305 (alude a “rescisión por lesión en materia de usura”).

⁷⁹⁰ Véase *supra* tema 5.7.6.

entre las prestaciones recíprocas de las partes, es decir, la desproporción entre ambas prestaciones. En tanto que cuando se atiende a la situación psicológica de debilidad de la víctima se alude a lesión *subjetiva*⁷⁹¹.

Álvarez Oliveros hace una reflexión con base al artículo 65 (actual 58) de la Ley de Precios Justos⁷⁹², a propósito de la rescisión y usura⁷⁹³, señalando que dicha ley confundió la usura como supuesto concreto de lesión y la lesión en sí misma⁷⁹⁴. Señala que “Es de observar que la definición de usura –como el excesivo cobro en los intereses–, ha sido modificada y entrelazada con la definición propia de la lesión, eliminando la posibilidad que la parte afectada pueda demandar la terminación o reestructuración de un determinado contrato bajo el postulado de la lesión”. Agrega que la sentencia N° 85 del 24 de enero de 2002 de los créditos indexados fractura el concepto tradicional de usura⁷⁹⁵ y esto fue gravemente acogido por el legislador en la redacción de la Ley Orgánica de Precios Justos. Concluye el autor que el concepto de la usura fue extendido de forma desproporcionada, hasta el punto de obtener la misma definición de la lesión, desnaturalizando esta última⁷⁹⁶, como base necesaria para obtener la rescisión y establece a

⁷⁹¹ MELICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 146; ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 56 y 57; TSJ/SCC, Sent. 000176 del 20-5-10, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Mayo/RC.000176-20510-2010-06-451.html> “el ordenamiento sólo podía sancionar los desequilibrios observados al momento de la celebración del contrato, en el cual jugaba un papel importante la lesión fundada en criterios objetivos; no obstante en la actualidad la situación ha cambiado, dado que diversos códigos consagran la lesión subjetiva, de tal manera que ahora es posible sancionar el desequilibrio en los contratos durante su ejecución cuando éste es causado por el aprovechamiento de una de las partes de la situación o circunstancias en la que otra se encuentra”; TJS/SConst., N° 85, 24/01/2002 <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Enero/85-240102-01-1274%20.htm>.

⁷⁹² G.O.E. N° 6156 de 19-11-14 (Decreto 1467, que modifica anterior GO N° 40.340 de 23-1-14). La actual es GO N° 6.202 Extraordinario del 8-11-15: “*Quien por medio de un acuerdo o convenio, cualquiera que sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disminuirla, obtenga para sí o para un tercero, directa o indirectamente, una prestación que implique una ventaja notoriamente desproporcionada a la contraprestación que por su parte realiza, incurrirá en delito de usura y será sancionado con prisión de cinco (5) a ocho (8) años. A los propietarios de locales comerciales que fijen cánones de arrendamiento superiores a los límites establecidos por la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos, así como otras erogaciones no autorizadas que violente el principio de proporcionalidad y equilibrio entre las partes contratante, se le aplicará la pena contemplada en este artículo, así como la reducción del canon de arrendamiento y eliminación de otras erogaciones, a los límites establecidos por la Superintendencia Nacional para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos. En la misma pena incurrirá quien operaciones de crédito o financiamiento, obtenga a título de intereses, comisiones o recargos de servicio, una cantidad por encima de las tasas máximas respectivas fijadas o permitidas por el Banco Central de Venezuela...*”. En sentido semejante, el artículo siguiente a propósito de la “usura en operaciones de financiamiento”.

⁷⁹³ ÁLVAREZ OLIVEROS, *Notas...*, p. 304.

⁷⁹⁴ Véase entre otras críticas del autor: *ibid.*, pp. 299-305.

⁷⁹⁵ *Ibid.*, p. 302.

⁷⁹⁶ *Ibid.*, pp. 303 y 304, agrega que la L.O.P.J., al utilizar una terminología sumamente genérica da pie a una interpretación amplia y En este sentido, el delito de usura contenida en la L.O.P.J., viola las garantías constitucionales al sostener de forma genérica que, la existencia desproporcional entre dos contraprestaciones será considerado delito de usura, pero en ningún momento dispone que se entienda por desproporcional y cuáles son los parámetros objetivos que deben ser evaluados por el juzgador, circunstancia que otorga una discrecionalidad casi absoluta al juzgador para aplicar la sanción.

la usura como una acción autónoma y no como un supuesto concreto de la lesión⁷⁹⁷.

Por su parte Annicchiarico y Madrid al comentar la ley previa redactada en términos semejantes indicaban que “las consecuencias jurídicas del mencionado artículo desde un punto de vista civil, todo contrato que se encuentre en el supuesto de la norma se encontraría viciado de nulidad absoluta por ilicitud de la operación, lo cual constituye un reconocimiento indirecto del carácter ilícito de la lesión en los contratos de consumo”⁷⁹⁸.

Sin embargo, la rescisión constituye una institución taxativa y especial, no obstante la afinidad de la figura con la nulidad por objeto ilícito en razón de intereses usurarios por contrarios al orden público⁷⁹⁹. Lo que permite concluir que el citado artículo 1746 CC, en cuanto a la reducción de intereses, quedaría sustancialmente limitado a aquellos supuestos en que no se configure el delito de usura⁸⁰⁰.

10.4.3. Diferencia con otras figuras

Se diferencia de la nulidad y de la resolución del contrato⁸⁰¹. La nulidad priva de eficacia al acto en tanto que la consecuencia de la rescisión ha de ser en principio eliminar la injusta desproporción⁸⁰². La nulidad pretende atacar la validez del acto ya sea absoluta o relativa. En tanto, que en la lesión estamos ante un contrato plenamente válido y generador de efectos, pero en el que el desequilibrio de las prestaciones establecidas genera un beneficio excesivo a una de las partes⁸⁰³. El *quid* del asunto en el caso de la rescisión por lesión no es la existencia de un vicio, sino la existencia de un desequilibrio⁸⁰⁴. Aunque algunos aluden a “vicio” en la figura que nos ocupa⁸⁰⁵. Cabe observar que la disposición del artículo 1350 del CC relativa la rescisión se ubica sistemáticamente dentro de las normas relativas a la nulidad, y con base a ello se afirma que la doctrina civilista contemporánea considera la rescisión como una modalidad de la nulidad⁸⁰⁶, señalando que rige el mismo

⁷⁹⁷ *Ibid.*, p. 305.

⁷⁹⁸ ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 56.

⁷⁹⁹ Véase *supra* este mismo tema 6.3.3.

⁸⁰⁰ Véase *supra* tema 5.7.6 y tema 20.6.3.3. Aunque la consecuencia radical de la nulidad del contrato en general supone la devolución del capital a diferencia de la reducción.

⁸⁰¹ Véase: BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 362, algunos consideran la rescisión una modalidad de la nulidad. Sin embargo, el contrato rescindible es válidamente celebrado pero, que produciendo un perjuicio injusto a una de las partes o un tercero sin que exista otro recurso legal para obtener reparación es declarado ineficaz o reducida su eficacia.

⁸⁰² Véase *infra* 10.4.4 de este mismo tema.

⁸⁰³ ÁLVAREZ OLIVEROS, *Notas...*, pp. 294 y 295.

⁸⁰⁴ *Ibid.*, p. 295.

⁸⁰⁵ Véase: ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 57, señalan “La lesión, así entendida, constituye un vicio en la formación del contrato”. (Destacado nuestro).

⁸⁰⁶ BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 362.

lapso de cinco (5) para ejercer la acción⁸⁰⁷. Pero precisamente, si partimos que no obstante la ubicación sistemática de la norma, rescisión y nulidad constituyen figuras diversas, pareciera que –a falta de previsión especial– le resulta aplicable el lapso de prescripción ordinaria decenal o de 10 años.

Mientras que la resolución supone la posibilidad de resolver con eficacia retroactiva el contrato en razón del incumplimiento de la otra parte⁸⁰⁸. Y la resolución –al igual que la rescisión– también supone un contrato válidamente formado. Pero en la rescisión por lesión, entre las partes media un desequilibrio, en tanto que en la resolución se aprecia un nivel de igualdad pues las prestaciones pactadas son equivalentes⁸⁰⁹.

Se diferencia de la teoría de la imprevisión en su carácter taxativo o expreso en la ley y porque el perjuicio económico existe al momento de la celebración del contrato, a diferencia de la teoría de la imprevisión o dificultad de cumplimiento por onerosidad excesiva que por esencia es posterior a la celebración del contrato. Es decir, en la rescisión la desproporción es inicial, en tanto que en la imprevisión es sobrevenida⁸¹⁰.

Al igual que en otros supuestos, quien alega la lesión tiene la carga de la prueba de la desproporción⁸¹¹.

10.4.4. *Efectos*⁸¹²

Señala Mélich que el remedio contra la lesión puede ser la modificación del contrato para hacer desaparecer la injusta desproporción entre las

⁸⁰⁷ Véase señalando que a pesar de la diferencia debe ser el mismo que el de la nulidad: BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 364; ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 57, indican “La acción de rescisión del contrato por lesión, en los términos del artículo 1350 del Código Civil, se encuentra sujeta a un lapso de prescripción de cinco años, contados a partir del momento de la formación del contrato.

⁸⁰⁸ Véase también: Juzgado Segundo de los Municipios Libertador y Santos Marquina de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 19-9-08, Exp. 6.067, <http://zulia.tsj.gob.ve/decisiones/2008/septiembre/971-19-6067-.html> constan “contradicción y contraposición entre las acciones de ‘nulidad o rescisión’ y la ‘lesión enorme’”. A propósito, es importante recurrir a la doctrina, que define a la nulidad en estos términos: “Esta voz designa a un mismo tiempo el Estado de un acto que se considera como no sucedido, y el vicio que impide a este acto el producir su efecto. Hay nulidad absoluta y nulidad relativa: ...No ha de confundirse la nulidad con la rescisión. La rescisión, por el contrario, puede cubrirse por la ratificación o el silencio de las partes; ninguna de éstas puede pedirla sino probando que el acto le es perjudicial o dañoso. Mas a pesar de estas diferencias que existen en las cosas, se emplean a veces indiferentemente las expresiones de nulidad y rescisión; y suelen suscitarse algunas cuestiones sobre si tal o tal acto es nulo por su naturaleza o necesita rescindirse.”

⁸⁰⁹ ÁLVAREZ OLIVEROS, *Notas...*, pp. 293-296.

⁸¹⁰ Véase: ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 57.

⁸¹¹ Véase: Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 5-3-13, Exp. AH13-V-2008-000190 <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2013/MARZO/2118-5-AH13-V-2008-000190-.HTML>; Juzgado Segundo de los Municipios Libertador y Santos Marquina de la Circunscripción Judicial del Estado Mérida, Sent. 19-9-08, Exp. 6.067, <http://zulia.tsj.gob.ve/decisiones/2008/septiembre/971-19-6067-.html>; Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Abril de 2008, Exp. 06-8600, <http://cfr.tsj.gob.ve/DECISIONES/2008/ABRIL/2117-28-06-8600-.HTML>.

⁸¹² ÁLVAREZ OLIVEROS, *Notas...*, pp. 308-310; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 364.

prestación, que en rigor es lo que corresponde al término “rescisión”, pero también podría ser en algunos casos la nulidad del contrato. En algunos casos previstos en la ley el remedio es la rescisión, pero cuando no se prevea en la norma la posibilidad de imponer la contraparte una modificación del contrato lesiva para restablecer el roto equilibrio contractual, la solución solo podría ser la acción de nulidad por ilicitud de objeto, por deficiencia parcial de la causa o por una supuesta violencia de los acontecimientos⁸¹³. Pero vale recordar que la nulidad de objeto por desproporcionalidad contraria al orden público es independiente del supuesto taxativo de la rescisión por lesión⁸¹⁴. Por lo que sería preferible adoptar una expresión que tienda a no confundir la figura con la nulidad. De allí que Bernad Mainar acertadamente aluda a que “*es declarado ineficaz o reducida su eficacia*”⁸¹⁵. De hecho el autor señala que no constituyen casos de rescisión algunos que tradicionalmente se le han asimilado pero que realmente constituyen casos de nulidad o resolución⁸¹⁶. Por lo que cabe en insistir en el carácter autónomo de la figura desligado de la nulidad, aunque tal distinción no sea fácil.

Se afirma que “la rescisión, puede extinguir la relación contractual así como las obligaciones contenidas en el mismo, o puede generar por otro lado, la reestructuración de la relación contractual ajustando nuevamente el equilibrio de las prestaciones. En este último supuesto, si la parte agraviada solicitada la reestructuración contractual y es otorgada por el Tribunal, no se puede sostener que existe en modo alguno la novación de las obligaciones, toda vez que, la novación necesariamente requiere la voluntad de las partes, cuestión que no puede existir en la rescisión”⁸¹⁷. Precisamente esa posibilidad de reestructurar la relación contractual con base al equilibrio y la equidad acerca más la figura al efecto de la imprevisión sin que por esto se le asimile, y la distancia de la nulidad aunque también pueda compartir con ésta el efecto liberatorio o extintivo aunque técnicamente la nulidad no es una forma de extinción de las obligaciones. Lo que ratifica la tesis de que la figura presenta autonomía propia distinta a la nulidad, no obstante la ubicación sistemática de la norma que la consagra genéricamente (CC, art. 1350).

Con base a ello, la doctrina le reconoce a la figura tres tipos de efectos entre las partes: liberatorios, restitutorios y resarcitorios⁸¹⁸. Finalmente frente a los terceros, la rescisión del contrato no afecta los derechos adquiridos por terceros de buena fe, aunque su adquisición sea a título oneroso o gratuito⁸¹⁹.

⁸¹³ MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 147.

⁸¹⁴ Véase *supra* este mismo tema 6.3.1. y 6.3.2.

⁸¹⁵ BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 362.

⁸¹⁶ *Ibid.*, p. 363.

⁸¹⁷ ÁLVAREZ OLIVEROS, *Notas...*, p. 308.

⁸¹⁸ *Ibid.*, pp. 309 y 310.

⁸¹⁹ *Idem.*

11. Efectos⁸²⁰

11.1. Generalidades

El contrato surte efectos entre las partes, es lo que se conoce como el principio de la “relatividad” del contrato⁸²¹ consagrado en el artículo 1166 del CC: “Los contratos no tiene efecto sino entre las partes contratantes: no dañan ni aprovechan a terceros, excepto en los casos establecidos por la ley”.

Se alude así al principio de la relatividad del vínculo obligatorio para significar que la obligación vincula a los obligados originarios y a sus causahabientes a título universal⁸²²; en tanto que los terceros (o “*penitus extranei*”) no quedan sujetos por las obligaciones a las que hayan sido ajenos⁸²³. En virtud de la relatividad el contrato es en principio inoperante frente a terceros⁸²⁴. La relatividad de las convenciones consiste en restringir el efecto obligatorio sólo a aquellos sujetos de derecho que concurren con su voluntad a celebrar el contrato⁸²⁵.

11.2. Especies

Vale diferenciar entre *efectos internos* y *efectos externos* del contrato. Entre los *efectos internos* del contrato se distinguen partes, terceros y causahabientes (a título universal o particular), acreedores quirografarios. Para algunos estos últimos no son terceros pues tienen interés en el patrimonio del deudor, según los artículos 1863, 1864 del CC. La posición dominante para algunos es que son terceros⁸²⁶.

En cuanto a los *efectos externos frente a terceros*⁸²⁷ que puede el contrato producir efectos contra terceros cuando se trata de un derecho real; en caso

⁸²⁰ Véase: *Código Civil de Venezuela Artículos 1159 al 1168...*; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 533-579; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 217-319; DOMINICI, *ob. cit.*, pp. 574 y ss.; SANOJO, *ob. cit.*, pp. 35-41; MILLIANI BALZA, *ob. cit.*, pp. 239-257; O'CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, pp. 553 y ss.

⁸²¹ Véase: PIZARRO WILSON, Carlos: *El efecto relativo de los contratos: partes y terceros*: En: “Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños”. Colección Textos de Jurisprudencia. Colombia, Editorial Universidad del Rosario, 2010, pp. 59-120; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 279-284; RAMÍREZ, *ob. cit.*, pp. 125-128; LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, pp. 269 y 270; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, pp. 436-438; LÓPEZ SANTA MARÍA, *ob. cit.*, T. II, pp. 338-388; COMPAGNUCCI DE CASO, Ruben H.: *El efecto relativo de los contratos*. En: *Contratos Civiles y Comerciales*. Parte General. Buenos Aires, Heliasta, 2010, pp. 253-265.

⁸²² MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 36-50; Díez-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, pp. 86 y 87; SANOJO, *ob. cit.*, p. 39, sus efectos se extienden activa y pasivamente a los herederos.

⁸²³ MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 31 y 32; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 283, a los efectos del principio de relatividad son terceros las personas cuya voluntad no ha intervenido en modo alguno en la confección del contrato.

⁸²⁴ ALBALADEJO, *ob. cit.*, p. 457.

⁸²⁵ PIZARRO WILSON, *El efecto...*, p. 59.

⁸²⁶ Véase MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 537 y 538.

⁸²⁷ Véase: MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 655-719; PESCI-FELTRI, Mario: *Relaciones contractuales y los terceros*. En: *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Central de Venezuela* N° 23, 1962, pp. 137-173; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 300-303; LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 116-118; BORGHETTI, Jean-Sebastien: *La responsabilidad de las partes con relación a los terceros en caso de incumplimiento*. En: *Responsabilidad civil y negocio jurídico*. Tendencias del Derecho Contemporáneo. Director:

de derechos personales esa oponibilidad es más reducida. Se dice que el contrato puede justificar la demanda de tercero por enriquecimiento sin causa y el tercero que frustra el contrato puede responder por hecho ilícito⁸²⁸. Entre las excepciones, a saber, contratos que producen efectos contra terceros se citan los artículos 1584, 1001, 1287, 1604 y 1605, 598 del CC⁸²⁹.

Entre las excepciones sobre los efectos externos se citan el caso del contradocumento que demuestra la simulación no es oponible a terceros, los documentos privados otorgados por el deudor no tienen fecha cierta respecto al acreedor y los actos fraudulentos del deudor no son oponibles al acreedor que puede atacarlos por acción pauliana⁸³⁰.

12. Cumplimiento⁸³¹

12.1. Generalidades y principios

El artículo 1159 CC dispone: “*Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causales autorizadas por la ley*”.

La equiparación del CC de equiparar el contrato a la fuerza obligatoria de la ley tiene “abolengo clásico”⁸³², siendo una regla que se inspira en la pluma de Domat⁸³³. El legislador quiso destacar que la obligación nacida del contrato se impone a los contratantes con la misma fuerza que una obligación legal⁸³⁴. Si bien el contrato tiene un sentido como fuente diverso al de la ley, lo que quiso poner de relieve la norma es el poder que entre las partes ha de ejercer el contrato, tan fuerte entre éstas, como la ley en general⁸³⁵. Pero esa fuerza ha de estar amparada por otras ideas que orientan el contrato en todo su esplendor y desarrollo.

Y por ello agrega el 1160 CC: “*Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las*

Álvaro Echeverri/ Coordinadores: José Manuel Gual y Joaquín Emilio Acosta. Colombia, Universidad Santo Tomás/Grupo Editorial Ibáñez, 2011, pp. 373-389.

⁸²⁸ Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 538 y 539.

⁸²⁹ *Ibid.*, pp. 539 y 540.

⁸³⁰ *Ibid.*, p. 540.

⁸³¹ Véase: *ibid.*, pp. 541-550.

⁸³² PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 226; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 542. Véase: PIZARRO WILSON, Carlos: *Notas críticas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes de interpretación del artículo 1545 del Código Civil Chileno*. En: *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Colección Textos de Jurisprudencia. Colombia, Editorial Universidad del Rosario, 2010, pp. 15-32.

⁸³³ PIZARRO WILSON, *Notas...*, p. 17.

⁸³⁴ MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 7, la fórmula no significa otra cosa: sería inexacto pretender encontrar en ella una asimilación del contrato con la ley.

⁸³⁵ Véase: SANOJO, *ob. cit.*, p. 35, no se crea que un contrato sea exactamente una ley bajo todos los aspectos. Lo es únicamente para los efectos de su cumplimiento entre las partes.

consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley".

Como se deriva de dicha norma y ha recordado la doctrina la "buena fe" sigue siendo principio orientador fundamental en el cumplimiento de los contratos y no sólo a lo establecido en éste⁸³⁶. La buena fe en la ejecución o cumplimiento del contrato supone el deseo de ayudar y colaborar para que la otra parte pueda también cumplir⁸³⁷; permitiendo suavizar las relaciones entre acreedor y deudor⁸³⁸. De allí que a tenor del citado artículo 1160 CC la buena fe obliga no sólo a lo expresado en el contrato sino también a aquellas conductas que sean necesarias para la ejecución del mismo. Ello permite flexibilidad y adecuación.

Y la palabra "equidad" que contiene la citada norma, a decir de la doctrina extranjera que analiza una norma semejante, permite que en caso de ausencia de previsión expresa, el Juez pueda, integrar el contrato por la equidad y conforme al principio de la buena fe⁸³⁹. La equidad no es fuente de integración creativa para alterar lo querido por las partes dentro del alea normal del contrato, por lo que no opera para alterarlo sino para complementarlo⁸⁴⁰.

El "uso" son modalidades de normas de conducta que suponen una práctica habitual generalizada para ciertos casos o contratos. Se trata de prácticas sociales que obligan mientras no hayan sido excluidas⁸⁴¹.

Finalmente, si bien el artículo 1159 CC concede al contrato fuerza de ley, la norma siguiente del artículo 1160 CC indica que el contrato obliga a lo que surge de la "ley". Se trata de normas que están fuera del contrato pero que aplican en todos los casos. La ley predomina sobre la voluntad contractual si se trata de normas imperativas, taxativas u obligatorias que no pueden ser excluidas por aplicación de la autonomía de la voluntad. Tales disposiciones se diferencian de las normas dispositivas⁸⁴², que pueden ser excluidas por la voluntad de las partes, y que entran en aplicación a falta de otra regulación de los particulares. De allí que se afirme que las normas imperativas, representan un modelo de regulación única, pues el legislador impone su observancia⁸⁴³. En materia de obligaciones se aprecian múltiples ejemplos de normas dispositivas, pero también se evidencian instituciones o normas de orden público, según indicamos⁸⁴⁴.

⁸³⁶ Véase: ORDOQUI CASTILLA, *ob. cit.*, pp. 131-150.

⁸³⁷ *Ibid.*, p. 132.

⁸³⁸ *Ibid.*, p. 133.

⁸³⁹ *Ibid.*, p. 135; LÓPEZ SANTA MARÍA, *ob. cit.*, T. II, pp. 389-407, es un instrumento morigerador de la autonomía de la voluntad; GARRIDO CORDOBERA, *ob. cit.*, pp. 1-14.

⁸⁴⁰ ORDOQUI CASTILLA, *ob. cit.*, p. 142.

⁸⁴¹ *Ibid.*, p. 145.

⁸⁴² *Ibid.*, p. 146.

⁸⁴³ VIDAL OLIVARES, *ob. cit.*, p. 39; TOSTA, *Guía...*, pp. 82-83,

⁸⁴⁴ Véase *supra* tema 1.5.4.

12.2. *Culminación de los contratos por voluntad de las partes*⁸⁴⁵

El contrato no se extingue o termina por el arrepentimiento unilateral según veremos inmediatamente. Para que un contrato pueda darse por terminado debe concurrir la voluntad de las partes. Este acto de mutuo consentimiento se denomina revocatoria o más precisamente *mutuo disenso*⁸⁴⁶ o *distractus*, que constituye el modo de terminación por antonomasia de culminación voluntaria de un contrato. Del mismo modo que la autonomía de la voluntad produce consentimientos para realizar un contrato que ordena intereses recíprocos; esa misma autonomía tiene virtualidad suficiente para dejar sin efecto lo contratado o extinguirlo⁸⁴⁷.

Se trata de un acuerdo de voluntades que llevan a cabo los integrantes de la relación jurídica previa, dirigido a dejar sin efecto globalmente dicha relación obligatoria. Dado que se trata de un contrato extintivo que tiene por objeto una relación jurídica previa debe reunir los requisitos de todo contrato (consentimiento, objeto y causa). Su efecto es extinguir las obligaciones asumidas por las partes⁸⁴⁸. Pues los contratos se deshacen lo mismo que se hacen⁸⁴⁹.

En ocasiones se requieren formalidades como es el caso de los contratos solemnes, que precisan publicidad o que la ley precisa formalidades adicionales. Respecto de los efectos del mutuo *disenso* se afirma que surte efectos entre las partes contratantes y no respecto de terceros. El Estado es un tercero respecto a los derechos fiscales derivados de los actos⁸⁵⁰.

12.3. *Casos de revocatoria unilateral*⁸⁵¹

La sola voluntad de una de las partes por sí misma ciertamente no tiene el poder de darle al fin al contrato, pues este es manifestación de una voluntad común. Sin embargo, se citan ejemplos, excepcionales en que puede la voluntad unilateral poner fin a la relación contractual⁸⁵².

⁸⁴⁵ Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 542 y 543.

⁸⁴⁶ Véase: OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE: *El mutuo disenso*. En: Cathedra, Revista de los estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Año III, N° 4, mayo 1999, pp. 57-76, http://www.castillofreyre.com/index.php?option=com_content&view=article&id=25&Itemid=141; LUMINOSO, Angelo: *Il mutuo dissenso*. Università di Cagliari. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, Serie I (Giuridica), Volume 23. Milano-Dott A. Giuffrè Editore, 1980, p. 1, el mutuo disenso está colocado tradicionalmente en el ámbito de la retractación del negocio jurídico. Véase *ibid.*, p. 33, el fenómeno de la irrevocabilidad opera esencialmente por vía unilateral; CARNELLI y CAFARO, *ob. cit.*, p. 186; LASARTE, *Curso...*, p. 400.

⁸⁴⁷ MEDINA DE LEMUS, *ob. cit.*, p. 197.

⁸⁴⁸ PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 404.

⁸⁴⁹ DOMINICI, *ob. cit.*, p. 575, y de allí que se pueden revocar por mutuo consenso.

⁸⁵⁰ LAGRANGE, *Apuntes...*

⁸⁵¹ MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 434-436; CORSI, Luis: *Algunos aspectos del desistimiento ad nutum del vínculo contractual: Esbozo para su estudio*. En: Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Vol. I. Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, 2004, pp. 353-383; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 543 y 545; KLEIN, Michele: *El desistimiento unilateral del contrato*. Madrid, Civitas, 1997.

⁸⁵² CORSI, *Algunos...*, p. 383, Concluye el autor que “en principio ‘lo pactado se inmoviliza’ e impide que una de las partes haga desaparecer por su sola voluntad el vínculo que la unía a la otra.

Tal sería el caso de que así lo hayan pactado libremente las partes⁸⁵³, pero dependiendo del tipo de contrato, ello puede ser improcedente, por ejemplo, en materia de contrato de adhesión, ello sería evidencia de una cláusula abusiva⁸⁵⁴.

Existen casos en que la ley expresamente autoriza la revocatoria unilateral, a saber, cuando las partes lo pacten como acontece con la venta con pacto de retracto –arrendamiento de obras (CC, 1639); disolución de la sociedad por tiempo ilimitado (CC, 1677); el contrato de mandato puede concluir por una sola de las partes (CC, 1704, ords. 1 y 2); donación (CC, art. 1451), el contrato de trabajo⁸⁵⁵. Se agrega que debe admitirse también en contratos de duración indefinida⁸⁵⁶ o ante incumplimiento gravoso⁸⁵⁷.

Se indica que el ejercicio de la facultad o poder de desistimiento unilateral no debe ser ejercitado arbitrariamente, por ser una excepción frente a la regla general. Por tal, dicha facultad o poder de desligarse de la palabra dada, ha de ejercitarse de buena fe y sin abuso de derecho⁸⁵⁸.

“Las partes no pueden sustraerse de manera unilateral al cumplimiento de las obligaciones a que se someten de manera autónoma, ya que si bien fue conferida la autonomía de la voluntad el legislador vislumbra la necesidad de hacer cumplir ésta, salvo pacto en contrario, formalismo el cual para el caso que nos ocupa no fue realizado y al cual podemos aplicar el principio de la intangibilidad del contrato que representa una consecuencia de la voluntad de las partes”⁸⁵⁹. De allí que se afirme que el ejercicio de este derecho de resiliación unilateral del contrato puede engendrar algunas veces responsabilidad civil⁸⁶⁰.

⁸⁵³ MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 434, nada impide que una parte o ambas pueda haberse en el contrato la facultad de ponerle fin a la relación contractual. Pues ello no deroga en realidad el principio formulado en el art. 1159 CC.

⁸⁵⁴ Véase *supra* tema 14.2; *Ibid...*, pp. 434 y 575.

⁸⁵⁵ MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 543 y 545; MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 434 y 435.

⁸⁵⁶ Véase: CORSI, *Algunos...*, p. 383; ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ: *ob. cit.*, p. 61, lo contrario sería inconstitucional; DE LEMOS MATHEUS, Rafael: *La terminación unilateral de los contratos de distribución*. En: V Jornadas Aníbal Domínicí Homenaje Dr. José Muci-Abraham. Títulos valores, Contratos Mercantiles. Coord. José Getulio Salaverría L., 2014, p. 191, nadie puede quedar obligado indefinidamente; CONTE-GRAND, *ob. cit.*, p. 377.

⁸⁵⁷ PIZARRO WILSON, Carlos: ¿Puede el acreedor poner término unilateral al contrato? En: *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Colección Textos de Jurisprudencia. Colombia, Editorial Universidad del Rosario, 2010, pp. 439-460, el autor admite la posibilidad de resolución unilateral para privilegiar el interés del acreedor ante incumplimiento grave del contrato y determinadas condiciones.

⁸⁵⁸ CORSI, *Algunos...*, p. 383, agrega: “El ejercicio de mala fe o con abuso de derecho de arrepentimiento sea éste *ex lege* o pactado, originará la obligación de indemnizar el daño causado y/ la declaración de ineficacia del desistimiento.

⁸⁵⁹ Juzgado Superior Octavo en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 19-3-12, Exp. 9221, <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2012/marzo/2145-19-9221.html>.

⁸⁶⁰ MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 435.

12.4. *Terceros penitus extranei*

Los “*penitus extranei*”⁸⁶¹ se encuentran en el último grado o escalón de la lista de terceros, y es posible afirmar que son verdaderos extraños al contrato. Estos sujetos tienen como característica que ningún efecto de las relaciones jurídicas de los contratantes se le puede oponer y como contrapartida, tampoco pueden invocar para su beneficio. Se dice que son aquellos que no se relacionan con las partes ni pueden verse afectados por la relación contractual, son absolutamente extraños. Se indica que éste es el principio y base de la regla “*res inter alios acta*”, pues la eficacia queda limitada a las partes, salvo excepciones, pero en el terreno de las realidades jurídicas no es posible ignorar que como fenómeno el contrato ingresa en la órbita social, y no puede dejar de tener efectos de todo tipo en la vida de relación. Es tal que se alude a los efectos reflejos de negocios jurídicos que alcanzan a terceras personas. Pero estos terceros no pueden ser afectados en sus derechos y obligaciones por la contratación, salvo supuestos donde expresamente se exige publicidad o la protección se fundamenta en la seguridad jurídica⁸⁶².

12.5. *La estipulación a favor de tercero*⁸⁶³

Los dominios del principio de la relatividad del contrato quedan reducidos al contenido normativo de éste, de manera que los terceros ajenos no pueden resultar titulares de las obligaciones ni de los derechos derivados de tal negocio bilateral. Es dentro de este contexto que debe ser enmarcada el contrato a favor de tercero como excepción a ese principio general⁸⁶⁴. La doctrina se debate en torno a su naturaleza jurídica señalando entre las diversas teorías la de la oferta, la gestión de negocios, la declaración unilateral de voluntad, la recapitulación⁸⁶⁵. Pero desde el momento en que se reconoce que estamos ante una excepción al principio de la relatividad del contrato, no será necesario para explicar la figura acudir a otra institución. Y es lo que permite una autonomía conceptual de la figura⁸⁶⁶.

Surge la duda si debe aludirse a “*estipulación*” o más bien “*contrato*” a favor de tercero, por considerar que se trata de una cláusula o previsión contractual cuya finalidad consiste precisamente en desviar hacia un tercero la prestación del promitente. Pero, nada impide que se aluda a “*contrato a favor de tercero*” para referirnos al contrato en que se inserta

⁸⁶¹ Véase: *ibid.*, p. 332, nota 35, es aquel tercero totalmente extraño al contrato.

⁸⁶² COMPAGNUCCI DE CASO, *ob. cit.*, pp. 264 y 265.

⁸⁶³ Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 572-578; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 303-312; ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 61 y 62; MILIANI BALZA, *ob. cit.*, pp. 435-453; RAMÍREZ, *ob. cit.*, pp. 133-137; LÓPEZ RICHART, Julián: Los contratos a favor de terceros. Madrid, Dykinson, 2001; PACHIONNI, Giovanni: *Los contratos a favor de tercero. Estudio de Derecho romano, civil y mercantil*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1948. Traducción por Francisco Javier Osset; MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 61-97; LARENZ, *ob. cit.*, pp. 242-253.

⁸⁶⁴ LÓPEZ RICHART, *ob. cit.*, p. 160.

⁸⁶⁵ *Ibid.*, pp. 170-188.

⁸⁶⁶ *Ibid.*, p. 188.

dicha estipulación⁸⁶⁷. El contrato a favor de tercero en sentido lato es todo contrato celebrado en atención a un tercero⁸⁶⁸.

La figura bajo análisis supone un contrato mediante el cual el deudor (promitente) se compromete frente al acreedor o estipulante a ejecutar una prestación en beneficio del tercero. “En sentido estricto, el contrato a favor de tercero es aquel en que las partes estipulan que una de ellas realizará una prestación a favor de un tercero; pero en sentido amplio, incluye también aquel contrato que produce obligaciones entre las partes y, además, una obligación consistente en realizar una prestación a favor de tercero”⁸⁶⁹. No surge relación obligatoria entre el obligado a cumplir la prestación y el tercero sino entre el obligado y la otra parte contratante⁸⁷⁰.

Se trata de un contrato en que una de las partes resulta directamente obligada frente a una tercera persona⁸⁷¹. Es una excepción a los principios de los efectos internos del contrato, que prevé la ley en su artículo 1164 CC: “*Se puede estipular en nombre propio y en provecho de un tercero cuando se tiene un interés personal, material o moral, en el cumplimiento de la obligación*”. El estipulante no puede revocar la estipulación si el tercero ha declarado que quiere aprovecharse de ella.

Respecto a los *efectos*, se afirma que nace un derecho de crédito a favor del tercero contra el promitente. Y se agrega que le resultan aplicables las mismas reglas relativas a la aceptación, la oferta y la revocación antes de la aceptación. La doctrina coloca como ejemplos tradicionales de la figura el seguro de vida, el seguro “por cuenta de quien corresponda”⁸⁷², el contrato de transporte de mercaderías, el de transporte de personas⁸⁷³. Se trata de lograr una justificación causal del derecho del beneficiario⁸⁷⁴.

La estipulación a favor de tercero permite explicar algunas operaciones que se practican corrientemente, como el seguro de vida en beneficio de un tercero o el seguro por cuenta de quien corresponda⁸⁷⁵. Respecto del cual el tercero o beneficiario adquiere un derecho de crédito aunque no tenga la condición de parte contratante⁸⁷⁶. Se propugna la independencia jurídica del tercero en cuanto a su adquisición pero no se puede beneficiar

⁸⁶⁷ *Ibid.*, p. 235.

⁸⁶⁸ PACHIONNI, *ob. cit.*, p. xvii.

⁸⁶⁹ O' CALLAGHAN MUÑOZ y PEDREIRA ANDRADE, *ob. cit.*, p. 554.

⁸⁷⁰ LARENZ, *ob. cit.*, p. 242.

⁸⁷¹ LÓPEZ RICHART, *ob. cit.*, p. 161.

⁸⁷² Véase sobre el contrato por persona a nombrar y el contrato por cuenta de quien corresponda: LÓPEZ SANTA MARÍA, *ob. cit.*, T. I, pp. 225-230.

⁸⁷³ MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 65.

⁸⁷⁴ Véase a propósito de la causa: LÓPEZ RICHART, *ob. cit.*, pp. 247-274.

⁸⁷⁵ LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, p. 65.

⁸⁷⁶ LÓPEZ RICHART, *ob. cit.*, p. 275.

un tercero sin su consentimiento⁸⁷⁷. No existiendo óbice para que el derecho del tercero pueda estar gravado por cargas, dada la configuración técnica que de éstas ha hecho la doctrina moderna⁸⁷⁸.

12.6. *La promesa por otro*⁸⁷⁹

La promesa por otro se traduce en una convención en virtud de la cual el promitente se compromete con el estipulante que un tercero asuma una obligación. No produce efecto como es lógico contra el tercero hasta que este no acepte obligación. Si el tercero –como es natural– no compromete su responsabilidad y si no asume la obligación o no cumple solo queda acción contra el promitente que incluye daños y perjuicios⁸⁸⁰.

La figura está prevista en el 1165 CC: “*El que ha prometido la obligación o el hecho de un tercero, está obligado a indemnizar al otro contratante si el tercero rehúsa obligarse o no cumple el hecho prometido*”.

La aceptación del tercero no requiere una formalidad determinada, e inclusive podrá ser expresa o tácita, toda vez que rige el principio de libertad de forma. El promitente no se ha obligado a cumplir la prestación del tercero si este no la ejecuta, sino que más bien queda sujeto a indemnizar al promisorio, el daño que pueda sufrir por no obtener lo prometido. Si el tercero acepta podrá reclamarle a éste la prestación prometida⁸⁸¹.

La figura no es extraña en algunos contratos en que se ofrecen o más bien se prometen servicios de un tercero, como en materia de seguro⁸⁸² o de contrato de obras, donde es común acudir a la figura del subcontrato.

12.7. *Fuerza obligatoria del contrato*⁸⁸³

Según apreciamos el contrato tiene entre las partes fuerza de ley. El contrato como negocio jurídico bilateral está regido por diversos principios jurídicos que deben tomarse en cuenta tanto en su *iter* o proceso de formación como

⁸⁷⁷ *Ibid.*, p. 322.

⁸⁷⁸ *Ibid.*, p. 326.

⁸⁷⁹ Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 578 y 579; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 312-319; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, pp. 441 y 442; CRISTÓBAL MONTES, Ángel: *Naturaleza jurídica de la obligación que nace de la promesa de hecho ajeno*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Privado, 1974.

⁸⁸⁰ Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 578 y 579.

⁸⁸¹ BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 318.

⁸⁸² TSJ/SCC, Sent. 0127 de 22-5-01, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Mayo/RC-0127-220501-00059.htm> “En el caso en particular, estamos ante un hecho de un tercero, cuya obligación fue prometida por el principal contratante, SEGUROS PAN AMERICAN C.A. Dentro de su contratación, prometió el hecho del tercero, vale decir, TALLER TECNO SERVICIOS MENDOZA C.A., y tal como se desprende de las actas acreditadas al expediente; es un hecho conocido, la modalidad de estos servicios, a través del cual una empresa aseguradora, contrata a personas especializadas, para que atiendan a sus clientes en las reparaciones de los daños ocasionados al objeto asegurado. En la situación particular, el hecho de un tercero recae sobre un taller especializado para la reparación del vehículo asegurado por la co-demandada SEGUROS PAN AMERICAN C.A., quien prometió el hecho de ese tercero, TALLER TECNO SERVICIOS MENDOZA C.A.”

⁸⁸³ Véase: LÓPEZ SANTA MARÍA, *ob. cit.*, T. I, pp. 265-299; LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 114-116.

en su interpretación. Entre los principios que regulan el contrato se citan: el principio de la *buena fe*⁸⁸⁴ (CC, 1160)⁸⁸⁵, la autonomía de la voluntad⁸⁸⁶, libertad contractual, la igualdad de las partes⁸⁸⁷, la fuerza obligatoria, reciprocidad en los cambios, su efecto relativo⁸⁸⁸. A lo que agrega la ley a la par de la buena fe, la equidad, el uso y la ley (CC, art. 1160)⁸⁸⁹.

En cuanto a la posibilidad de conflicto entre la buena fe y la autonomía de la voluntad se afirma que la buena fe no fue pensada para desplazar a la autonomía privada negocial sino para protegerla y proyectarla dentro de los parámetros marcados por la naturaleza del contrato y lo que sobre éste dispone el orden jurídico. La buena fe, lejos de sustituir la autonomía privada negocial, actúa en su salvaguarda y viene en su ayuda y complementación, dándole flexibilidad y adaptabilidad al acuerdo de las partes, de forma tal que éste se ajuste a la realidad y lo que surja se traduzca en una distribución de riesgos, derechos y obligaciones equitativa⁸⁹⁰. Pues la vigencia del principio permite controlar excesos en el ejercicio del derecho de contratar⁸⁹¹.

De allí que la buena fe sea clave ante instituciones como la teoría de la imprevisión⁸⁹² o las cláusulas abusivas⁸⁹³ y fuera del ámbito contractual ante figuras como el abuso de derecho. También se manifiesta la buena fe a todo

⁸⁸⁴ Véase: DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel: *La fuerza de la buena fe*. En: Contratación contemporánea. Teoría General y Principios. Santa Fe de Bogotá, Temis/Palestra, 2000, pp. 273-285; SOTO COAHUILA, Carlos A.: *La autonomía privada y la buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato*. En: *Iuridica* N° 2. Universidad Arturo Michelena, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Centro de Investigaciones Jurídicas Anibal Rueda, Valencia, enero-diciembre 2004, pp. 9-46; ANZOLA, J. Eloy: *El deber de buena fe en los contratos: ¿Puede el franquiciante competir con su franquiciado?*. En: *El Código Civil Venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804*. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, pp. 343-370; ACOSTA RODRÍGUEZ, Joaquín Emilio: *La constitucionalización de la buena fe contractual: perspectivas para la seguridad negocial*. En: *Responsabilidad civil y negocio jurídico. Tendencias del Derecho Contemporáneo*. Director: Álvaro Echeverri/ Coordinadores: José Manuel Gual y Joaquín Emilio Acosta. Colombia, Universidad Santo Tomás/Grupo Editorial Ibáñez, 2011, pp. 23-34; OVIEDO ALBÁN, *ob. cit.*, pp. 12-17, desde el punto de vista objetivo es un deber de obrar leal y correctamente; ORDOQUI CASTILLA, *ob. cit.*, (*in totum*); SOTO COAGUILA, *La libertad...*, pp. 344 y 345, es un principio que impone a las personas el deber de actuar conforme a Derecho; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *ob. cit.*, p. 166; LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, p. 302; LARENZ, *ob. cit.*, p. 142, El principio de la buena fe significa que cada uno debe guardar “fidelidad” a la palabra dada y no defraudar la confianza o abusar de ella; LÓPEZ MESA, *ob. cit.*, pp. 329 y 330.

⁸⁸⁵ Prólogo de De Los Mozos, José Luis en: ORDOQUI CASTILLA, *ob. cit.*, p. 15.

⁸⁸⁶ Véase *supra* tema 1.5.4. y 1.7.2.

⁸⁸⁷ Véase: SERRANO ALONSO y SERRANO GÓMEZ, *ob. cit.*, pp. 22-27.

⁸⁸⁸ ALIOTO y Gabriel DE REINA TARTIÈRE, *ob. cit.*, pp. 24-31, agrega la libertad de configuración, esto es, las partes gozan de amplia libertad para escoger el tipo o modelo que su criterio, mejor propenda a la consecución de su objetivo.

⁸⁸⁹ Véase: DOMINICI, *ob. cit.*, pp. 577-579.

⁸⁹⁰ ORDOQUI CASTILLA, *ob. cit.*, p. 57.

⁸⁹¹ *Ibid.*, p. 58.

⁸⁹² Véase: *ibid.*, pp. 174-183.

⁸⁹³ Véase sobre buena fe y cláusulas abusivas: *ibid.*, pp. 74-81; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 592.

lo largo de la dinámica contractual además de la fase precontractual como en la oferta y la aceptación, en instituciones como los vicios del consentimiento⁸⁹⁴, en el objeto y la causa del contrato⁸⁹⁵, en la responsabilidad civil contractual⁸⁹⁶, en la obligación condicional⁸⁹⁷, en la excepción de incumplimiento⁸⁹⁸, la resolución del contrato⁸⁹⁹; así como en las acciones de nulidad⁹⁰⁰, simulación⁹⁰¹ y pauliana⁹⁰². La buena fe se extiende inclusive más allá de la terminación del contrato, aludiéndose en tal caso a la buena fe en la etapa postcontractual⁹⁰³, cuya vulneración propicia la denominada responsabilidad postcontractual, por ejemplo cuando se viola el deber de reserva⁹⁰⁴.

Se concibe “la buena fe como principio fundamental de la relación obligatoria”⁹⁰⁵, presentándose como el más importante principio al que se hallan sometidas las partes, siendo el alma de todo contrato⁹⁰⁶ y presentado un notable contenido ético⁹⁰⁷. Abarca la buena fe *objetiva* como deber de conducta entre las partes, lealtad, probidad y colaboración; y la buena fe *subjetiva*, que alude a la creencia o confianza en lo declarado (aparentado) externamente por la otra parte⁹⁰⁸. Impone una obligación de lealtad activa. Su contenido y alcance se determinará caso por caso⁹⁰⁹.

Algunos han llegado inclusive a considerar la buena fe como una verdadera fuente de las obligaciones⁹¹⁰. En algunos ordenamientos como el colombiano presenta referencia en el texto constitucional, que en su artículo 83 refiere el deber de los particulares de “actuar de buena fe”. Para algunos la buena fe, permite la penetración de la moral en el Derecho Objetivo de los contratos⁹¹¹. Pero en todo caso, se concluye que la buena fe conforma

⁸⁹⁴ Véase: Ordoqui Castilla, *ob. cit.*, pp. 61 y 62.

⁸⁹⁵ *Ibid.*, pp. 81-86.

⁸⁹⁶ *Ibid.*, pp. 197-205.

⁸⁹⁷ Véase: *Ibid.*, pp. 150-152.

⁸⁹⁸ Véase: *Ibid.*, pp. 153-157.

⁸⁹⁹ *Ibid.*, pp. 157-170.

⁹⁰⁰ *Ibid.*, pp. 183-189.

⁹⁰¹ *Ibid.*, pp. 189-194.

⁹⁰² *Ibid.*, pp. 194-196.

⁹⁰³ *Ibid.*, p. 206.

⁹⁰⁴ Véase: LLANOS LAGOS, Leonardo Andrés: *Responsabilidad postcontractual*. Chile, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2008. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor Guía: René Ramos Pazos. <http://es.scribd.com/doc/55426878/Tesis-Completa-Indice-INFORMES-ESCANEADOS>.

⁹⁰⁵ LARENZ, *ob. cit.*, pp. 142-161.

⁹⁰⁶ ORDOQUI CASTILLA, *ob. cit.*, p. 31.

⁹⁰⁷ Prólogo de De Los Mozos, José Luis en: *ibid.*, p. 15.

⁹⁰⁸ *Ibid.*, p. 32; ANZOLA, *ob. cit.*, pp. 351-353.

⁹⁰⁹ ANZOLA, *ob. cit.*, pp. 352 y 353.

⁹¹⁰ Véase: ORDOQUI CASTILLA, *ob. cit.*, pp. 114 y 115, cita a Cossio y a Breccia.

⁹¹¹ ACOSTA RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, p. 27.

principio fundamental del orden jurídico constituyendo una regla ética que establece cómo se debe proceder en la relación obligacional. No supone un contenido predeterminado sino que funciona como una suerte de norma abierta que exige conductas distintas según las circunstancias del caso concreto. La buena fe debe “desempolvarse” y revalorarse en su coexistencia con la autonomía privada⁹¹². Su abstracción no debe hacernos perder la conciencia de su importancia: pues generalmente sabemos con base a la ética que nos propugna el deber ser. Esa idea que linda con un valor, un principio y hasta con un sentimiento es lo que se desprende de la buena fe, la cual debe orientar la relación jurídica y en particular la relación obligatoria.

13. Interpretación⁹¹³

13.1. Generalidades e importancia

Interpretar una declaración de voluntad es averiguar el sentido de la fórmula verbal en que ordinariamente se expresa⁹¹⁴. Se aclara que no puede equipararse la interpretación abstracta de la ley con la de los contratos que regula intereses concretos⁹¹⁵. Mediante la interpretación del contrato se trata de averiguar su sentido propio, y en su caso integrarlo. Se comprende en tal noción, la llamada interpretación propiamente dicha y la interpretación integradora. La primera tiene por finalidad obtener la verdadera voluntad del que emite la declaración, tal como resulta de su conducta externa⁹¹⁶. La interpretación integradora es un intento del Juez de superar su misión

⁹¹² ORDOQUI CASTILLA, *ob. cit.*, p. 215.

⁹¹³ Véase: MÉLICH ORSINI, José: *La interpretación y la integración en los contratos*. En: Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales Vol. 43, N^o 107-108-109-110, 1987, pp. 193-233; MÉLICH ORSINI, José: *La interpretación de los contratos*. En: III Jornadas de Derecho Procesal Civil Dr. Aristides Rengel Romberg. Ciclo de Conferencias en Homenaje a Alberto Baumeister Toledo. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, Fundación Pérez Llantada, 2000, pp. 37-66; BERMÚDEZ, José Rafael: *La interpretación de contratos y metodología jurídica*. En: Centenario del Código de Comercio Venezolano de 1904. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2004, Coord. Alfredo Morles e Irene de Valera, Vol. I, pp. 91-116; ORDOQUI CASTILLA, Gustavo: *La interpretación del contrato en el régimen uruguayo*. En: Contratación contemporánea. Contratos modernos Derechos del Consumidor. Santa Fe de Bogotá, Temis/Palestra, 2001, T 2, pp. 325-375; MOISSET DE ESPANÉS, Luis y Benjamín MOISA: *La interpretación de los contratos en la República Argentina*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-25, www.acaderc.org.ar; ESTIGARRIBIA BIEBER, María L.: *Interpretación de los contratos. Evolución de sus principios*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pp. 1-31, www.acaderc.org.ar; ALEGRÍA, Héctor: *La interpretación de los contratos*. En: Contratos Civiles y Comerciales. Parte General. Buenos Aires, Heliasta, 2010, pp. 215-252; JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio: *Importancia de la interpretación contractual y esbozo de los sistemas tradicionales de interpretación de los contratos*. En: Los contratos en el Derecho Privado. Directores Académicos: Fabricio Mantilla y Francisco Ternera. Colombia, Legis/Universidad del Rosario, 2008, pp. 27-45; MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 400 y ss.; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 371-393; DOMINICI, *ob. cit.*, pp. 589-591; SANTOS BRIZ, *ob. cit.*, pp. 159-190; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 617-648; LÓPEZ SANTA MARÍA, *ob. cit.*, T. II, pp. 411-540; LASARTE, *Curso...*, pp. 381-390; MORELLO, *ob. cit.*, pp. 71-90; VININI, *ob. cit.*, pp. 32-45.

⁹¹⁴ LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, p. 299.

⁹¹⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, p. 446; BERMÚDEZ, *ob. cit.*, p. 95, la doctrina se refiere a la interpretación del contrato separada de la interpretación de la ley.

⁹¹⁶ SANTOS BRIZ, *ob. cit.*, p. 159.

judicial y establecer regulaciones asumiendo una falta de configuración contractual y en fin de valoración jurídica⁹¹⁷. La interpretación integradora ha de hallar un apoyo suficiente en el contenido total del contrato, y no puede pronunciarse en contraposición con lo que se derive de la interpretación de la declaración de una de las partes o del sentido que le haya dado el destinatario⁹¹⁸.

Así por ejemplo en la legislación española se alude al principio de conservación del contrato (CC esp., art. 1284) según el cual si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse el más adecuado para que produzca efecto; la interpretación sistemática (CC esp., art. 1285) según el cual las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas: la interpretación finalista (CC esp. art. 1286) por el cual las palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato⁹¹⁹.

El contrato por bien redactado que esté y por mucho que las partes hayan pensado sobre él, siempre será incompleto, en tal caso algunos aluden a integración⁹²⁰. La integración del contrato tiene como finalidad buscar reglas de la disciplina contractual que la declaración de voluntad no suministra⁹²¹.

Mélich a propósito de la interpretación e integración⁹²² de los contratos indica que el asunto se debate entre el método subjetivo o clásico y el método objetivo o social. El artículo 12⁹²³ del Código de Procedimiento Civil supone el subjetivo por aludir a la intención de las partes. Pero el elemento objetivo vendría dado por la libertad del intérprete en su perspectiva técnico o social. A veces la intención de las partes será la intención de la ley⁹²⁴. Y en todo caso, como sucede en materia de interpretación en general⁹²⁵, la interpretación gramatical no ha de predominar sobre la voluntad de las partes y la buena fe⁹²⁶, pues puede mediar por ejemplo un error evidente de una frase o monto que no se corresponde con el conjunto del contrato o la voluntad de las partes. Se refiere que entre reglas de otros países se ubica

⁹¹⁷ *Ibid.*, pp. 163 y 164.

⁹¹⁸ LARENZ, *ob. cit.*, p. 120.

⁹¹⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, pp. 451 y 452.

⁹²⁰ LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, p. 301; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y otros, *ob. cit.*, p. 458.

⁹²¹ LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 260.

⁹²² MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 380, que permitiría llenar lagunas.

⁹²³ "En la interpretación de los contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los jueces se atenderán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en mira, las exigencias de la ley, la verdad y la buena fe".

⁹²⁴ *Ibid.*, p. 405.

⁹²⁵ Véase no obstante: SANTOS BRIZ, *ob. cit.*, p. 159, los autores suelen diferenciar la interpretación de la ley de la interpretación de los contratos.

⁹²⁶ MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 407; LARENZ, *ob. cit.*, p. 118.

que entre dos sentidos, debe escogerse el que más se adapte a la naturaleza del contrato; favorecer la liberación del deudor, *la buena fe*⁹²⁷ y la justicia.

Por otra parte, la interpretación de la voluntad ha de ser la del consentimiento común de los contratantes y no una voluntad aislada⁹²⁸, la cual debe ser interpretada conforme a la buena fe y el apoyo de los métodos hermenéuticos⁹²⁹.

13.2. Interpretación de los contratos por el Juez⁹³⁰

La calificación del contrato depende de la ley y no de las partes. El Juez podrá calificar e interpretar según las normas del orden legal. Cuando el juez interpreta el contrato esencialmente debe dedicarse a investigar lo que han querido las partes. Se dice que la interpretación de la ley es dinámica porque existe un trabajo de reconstrucción de parte del Juez, en tanto que la interpretación contractual es estática porque el Juez no tiene la posibilidad de modificar o rehacer el contrato; debe respetar la voluntad contractual⁹³¹.

El Juez debe considerar ciertos principios a tal fin⁹³² tales como la buena fe, la autonomía de la voluntad, la fuerza obligatoria de los contratos o principio de la intangibilidad del contrato⁹³³, el efecto relativo de los contratos que indica el artículo 1160 CC, equidad procurando igualdad, uso si no es *contra legem*. Se agrega que deberá guiarse por la verdad y la voluntad de las partes, aplicar la ley en lo no previsto por las partes. Permitir la vigencia de la autonomía de la voluntad en los casos en que no se trate de normas imperativas. Refiere Palacios Herrera que si existe una cláusula clara y el Juez afecta su sentido habrá casación, pues el Juez por mandato de la ley no puede violar lo que las partes han convenido pero si hay una cláusula oscura y el Juez soberanamente la interpreta, lo decidido por él no es recurrible en casación⁹³⁴.

⁹²⁷ Véase sobre la buena fe y la interpretación del contrato: ORDOQUI CASTILLA, *Buena fe...*, pp. 92-112; ALEGRIA, *ob. cit.*, pp. 236 y 237; JARAMILLO JARAMILLO, *ob. cit.*, p. 40, la interpretación ha de estar siempre en función de la justicia contractual y, claro está, de la buena fe.

⁹²⁸ BERMÚDEZ, *ob. cit.*, p. 109.

⁹²⁹ *Ibid.*, p. 116.

⁹³⁰ Véase: ESCOVAR LEÓN, Ramón: *La interpretación de los contratos, la casación en la obra de José Mélich Orsini*. En: Derecho de las Obligaciones Homenaje a José Mélich Orsini, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 29, 2012, pp. 141-167; URBINA MENDOZA, Emilio J.: *La interpretación de los contratos y la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil Venezolana (1875-2005)*. En: Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, Serie Eventos N° 23, 2007, pp. 365-430; BARRIOS, Haydee: *La interpretación del contrato por el Juez en el Derecho interno y en el Derecho internacional privado*. En: Libro Homenaje a José Mélich Orsini. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Privado, 1982, Vol. I, pp. 21-186; MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 377-426; ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 73-76.

⁹³¹ LARROUMET, *ob. cit.*, Vol. I, pp. 112 y 113.

⁹³² Véase: ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 22-27.

⁹³³ Véase: MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 427-449; PLANCHART POCATERRA, *Los contratos...*, pp. 294-297.

⁹³⁴ Véase: PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 227.

En efecto se afirma que lo que pertenezca al fuero interno o sea de la conciencia de los jueces de instancia no es denunciabile en casación⁹³⁵. Es jurisprudencia reiterada que la interpretación de los contratos es materia reservada a los jueces de instancia, de la cual sólo puede conocer casación cuando se denuncie la comisión por el juez de suposición falsa, o un error en la calificación del contrato⁹³⁶. Se alude en este sentido inclusive a la desnaturalización o tergiversación del contrato⁹³⁷. En todo caso se afirma a propósito de ésta última, que debe privilegiarse una interpretación que permita abordar el fondo de los litigios, que impere el fondo sobre la forma⁹³⁸ y que la interpretación judicial de los contratos debe encontrar la manera para poder insertarse dentro de los diversos métodos diseñados por la teoría de la interpretación contemporánea⁹³⁹.

La voluntad real de los contratantes ha de prevalecer sobre sus palabras cuando éstas sean contrarias a aquélla⁹⁴⁰. “La claridad más que en los términos del contrato, ha de estar y verse en la intención de los contratantes”⁹⁴¹. Con relación al valor que a la buena fe le pueda conceder el Juzgador se ha indicado acertadamente: “una de las principales funciones de la buena fe como estándar jurídico es permitir la movilidad y adaptabilidad del Derecho de las Obligaciones. Abre el sistema jurídico para que entren pautas de valor ético que permiten un derecho contractual justo en respuesta a las circunstancias del caso. Legítima el actuar del Juez cuando establece criterios de conducta debida aun no previstos por las partes ... establece que la buena fe cumple, desde este punto de vista, una <<función individualizadora>> propiciando el <<derecho del caso>>”⁹⁴².

La Sala de Casación Civil señaló el criterio conforme al cual es posible combatir en casación las conclusiones jurídicas a las que arribó el juez, producto de la desnaturalización de los contratos, en los casos de denuncias de suposición falsa por desviación ideológica⁹⁴³. Criterio éste último que a

⁹³⁵ MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 384.

⁹³⁶ TSJ/SCC, Sent. N° 279 del 31-5-02, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/mayo/RC-0279-310502-01332.HTM>; TSJ/SCC, Sent. 336 del 28-7-03, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/julio/RC-00336-230703-01959.HTM> Los jueces son soberanos en la interpretación de los contratos, salvo que el sentenciador hubiese tergiversado su contenido, lo que equivale al primer caso de suposición falsa.

⁹³⁷ Véase: TSJ/SCC, Sent. N° 605 del 10-8-12, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/.../RC.000605-10812-2012-11-549.html>; TSJ/SCC, Sent. N° 728 del 22-11-12, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/.../RC.000728-221112-2012-11-690.html>.

⁹³⁸ ESCOVAR LEÓN, *ob. cit.*, p. 167.

⁹³⁹ URBINA CABELLO, *ob. cit.*, p. 430

⁹⁴⁰ SANTOS BRIZ, *ob. cit.*, p. 173

⁹⁴¹ LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, p. 300, refiere que así lo ha indicado diversas sentencias españolas.

⁹⁴² ORDOQUI CASTILLA, *Buena fe...*, p. 56.

⁹⁴³ Véase: TSJ/SCC, Sent. N° 000187 del 26-5-10, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Mayo/RC.000187-26510-2010-09-532.html>.

juicio de la Sala Constitucional debe ser mantenido en situaciones análogas y sin perjuicio de formalismo excesivo⁹⁴⁴.

14. Contratos bilaterales. Reglas y acciones⁹⁴⁵

14.1. *La excepción de incumplimiento o non adimpleti contractus*⁹⁴⁶

14.1.1. *Noción, fundamento y funciones*

“Con frecuencia una de las partes de un contrato bilateral no cumple con sus obligaciones y pretende, a su vez, que la otra ejecute las suyas. La ley le concede entonces a esta última un medio de defensa para paralizar la acción de aquélla. Este remedio defensivo que le permite al contratante denegar la ejecución de la prestación por él debida en tanto no se cumpla la contraprestación que se le adeude es la *exceptio non adimpleti contractus* (también llamada excepción de incumplimiento contractual, o excepción de contrato no cumplido o de toma y daca). Su finalidad es preservar el equilibrio durante la vida del contrato. En síntesis, <<no cumplo porque tu no cumples>>”⁹⁴⁷.

Prevé el artículo 1168 CC: “*En los contratos bilaterales, cada contratante puede negarse a ejecutar su obligación si el otro no ejecuta la suya, a menos que se hayan fijado fechas diferentes para la ejecución de dos obligaciones*”⁹⁴⁸.

La excepción guarda relación con la teoría de los riesgos y con la acción resolutoria⁹⁴⁹. “la excepción *non adimpleti contractus*, contenida en el artículo 1.168 del Código Civil, tiene lugar cuando uno de los contratantes se niega a ejecutar su obligación si el otro no cumple o ejecuta la suya; ello con el fin de suspender la correlatividad de la obligación que tiene el excepcionante con la contraparte, hasta tanto el co-contratante no ejecute primero la

⁹⁴⁴ Véase: TSJ/SConst., Sent. N° 651 del 30-5-13, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Mayo/651-30513-2013-12-1307.html>.

⁹⁴⁵ Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 501-532; CONDOLEO, Néstor: *Efectos propios de los contratos bilaterales*. En: Contratos Civiles y Comerciales. Parte General. Buenos Aires, Heliasta, 2010, pp. 267-283.

⁹⁴⁶ Véase: URDANETA FONTIVEROS, Enrique: *Régimen jurídico de la exceptio non adimpleti contractus*. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios 103, 2013; PIZARRO WILSON, Carlos: *La excepción por incumplimiento contractual en el derecho civil chileno*. En: *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Colección Textos de Jurisprudencia. Colombia, Editorial Universidad del Rosario, 2010, pp. 525-545 (también en: <http://www.fundacionfueyo.udp.cl/.../Excepcion%20incumplimiento.pdf>); MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 753-783; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 501-507; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 273-279; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 467-470; SEQUERA, *ob. cit.*, pp. 212-223; MILIANI BALZA, *ob. cit.*, pp. 353-363; RAMÍREZ, *ob. cit.*, pp. 99-102; SALAS, *ob. cit.*, pp. 231-244; MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 374-382; LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 164; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 124-126; LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, p. 293; LÓPEZ SANTA MARÍA, *ob. cit.*, T. II, pp. 547-553; CONDOLEO, *ob. cit.*, pp. 271-273; ANNICCHIARICO, *Un nuevo...*, pp. 318-320; MANTILLA ESPINOZA, Fabricio: *La excepción de inejecución*. En: Los contratos en el Derecho Privado. Directores Académicos: Fabricio Mantilla y Francisco Ternera. Colombia, Legis/Universidad del Rosario, 2008.

⁹⁴⁷ URDANETA FONTIVEROS, *Régimen jurídico...*, p. 1.

⁹⁴⁸ Véase: *ibid.*, p. 4, la norma fue incluida en el CC de 1942 siguiendo el Proyecto Franco italiano de las Obligaciones.

⁹⁴⁹ Véase: PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 243.

obligación que contrajo con el excepcionante, mediante la celebración de un contrato bilateral. (Sentencia N^o 615 de fecha 27 de septiembre de 2012)⁹⁵⁰

El fundamento jurídico de la institución ha sido ligado al concepto de contrato sinalagmático o contrato bilateral perfecto, considerándose como una de las consecuencias de éste aunque tal postura no es compartida por las legislaciones⁹⁵¹. Es exclusiva pues de los contratos “bilaterales”⁹⁵² pues su estructura se basa en la reciprocidad de las obligaciones. Ha sido definida como la facultad que tiene una de las partes de un contrato bilateral de negarse a ejecutar su obligación si la otra parte le exige el cumplimiento sin haber ejecutado la suya salvo que aquélla esté obligada a cumplir con carácter previo⁹⁵³.

En virtud de esta excepción, también conocida hoy como excepción de incumplimiento contractual, el contratante que no se ha obligado a adelantar su prestación puede rechazar la pretensión de cumplimiento de la otra parte en tanto que ésta a su vez no cumpla u ofrezca cumplir la suya. Es un medio de autotutela de los contratantes que libera al demandado que lo emplea del riesgo de anticipar su prestación a la de la otra parte. Su fundamento tiende a verse en la regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones contractuales⁹⁵⁴. De hecho se afirma que no prospera la excepción de contrato no cumplido si no es simultánea la ejecución de las obligaciones. Por lo se exige que se trata de contratos bilaterales y que no se hayan fijado fechas diferentes para la ejecución de la obligación de ambas partes. Por lo que afirma que se precisa simultaneidad en el cumplimiento de las prestaciones⁹⁵⁵.

Se indica que cumple fundamentalmente dos funciones: una de *garantía* y por otra parte como *medida de presión* para inducir al cumplimiento⁹⁵⁶. Entre las teorías que justifican su procedencia se citan: la teoría de la causa⁹⁵⁷, la teoría de la interdependencia de las prestaciones, la teoría del sinalagma funcional, la *exceptio* como un diminutivo de la resolución, la buena fe y la equidad⁹⁵⁸, la voluntad presunta de las partes⁹⁵⁹. Entre sus funciones

⁹⁵⁰ TSJ/SCC, Sent. 487 del 6-8-15, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/180477-RC.000487-6815-2015-15-061.HTML>.

⁹⁵¹ SALAS, *ob. cit.*, p. 231.

⁹⁵² Véase: URDANETA FONTIVEROS, *Régimen jurídico...*, pp. 47-83.

⁹⁵³ *Ibid.*, p. 3.

⁹⁵⁴ RODRIGUEZ-ROSADO, Bruno: *Resolución y sinalagma contractual*. Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 83.

⁹⁵⁵ DFMS5CM, J.R.G., T. 75, pp. 88-99, ha de tratarse de una obligación, simultánea, esto es, “*dando y dando*”.

⁹⁵⁶ URDANETA FONTIVEROS, *Régimen jurídico...*, pp. 25 y 26.

⁹⁵⁷ Véase: SALAS, *ob. cit.*, p. 233, se fundamenta en que la causa del contrato es el cumplimiento de la otra parte. Aunque algunos ven erróneo referir su fundamento a la teoría de la causa; SEQUERA, *ob. cit.*, p. 214, si falta el cumplimiento de la obligación de un contratante la obligación del otro queda sin causa.

⁹⁵⁸ Véase: SEQUERA, *ob. cit.*, p. 213, algunos ven la excepción fundada en la equidad.

⁹⁵⁹ Véase: URDANETA FONTIVEROS, *Régimen jurídico...*, pp. 13-23.

se ubica la fuerza obligatoria del contrato o una forma de justicia privada; una suerte de resolución de facto ante la conformidad del contratante requiriente⁹⁶⁰. No tiene derecho a exigir el cumplimiento a la otra parte, aquella que no cumple o no ofrece cumplir su respectiva obligación⁹⁶¹.

La excepción es expresión de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones⁹⁶². Si ambas obligaciones han sido contraídas como puras (no sujetas a término o condición) ninguno de los contratantes tiene derecho a pedir al otro que adelante su prestación. En consecuencia, y como táctica defensiva, el obligado recíprocamente que se vea compelido al cumplimiento puede condicionar a éste y neutralizar aquella reclamación oponiendo la falta de cumplimiento del reclamante. Ahora bien, la falta de cumplimiento de la contraobligación no legitima para liberarse definitivamente de cumplir la propia. Se trata únicamente de posponer el cumplimiento reclamado hasta que el reclamante cumpla o éste dispuesto a cumplir lo que a su vez le incumbe⁹⁶³.

“No cabe duda que la excepción por incumplimiento contractual puede significar un impulso a la ejecución de las obligaciones contractuales. Ante el requerimiento del acreedor para la ejecución del contrato, el deudor interpelado puede oponerse argumentando el recíproco incumplimiento. Esta actitud del deudor requerido de manera extrajudicial puede impulsar a la contraparte a ejecutar su propia obligación. Sólo una vez que el interesado en la ejecución completa del contrato haya cumplido su propia obligación podrá a su turno exigir, esta vez de manera justificada, el cumplimiento íntegro de las obligaciones respecto de las cuales detenta la calidad de acreedor. La justificación basada en el incumplimiento recíproco se ha buscado en la causa del contrato. La obligación de cada parte encontraría su causa en la obligación recíproca. De manera tal que el incumplimiento por una de las partes excluiría la causa de la obligación recíproca. Sin embargo, el fundamento causal de la excepción, citado también a propósito de la resolución, sólo puede aceptarse si la causa se considera no sólo un elemento de la perfección del contrato, sino, siguiendo a Capitant, un elemento que persiste durante la ejecución del contrato”⁹⁶⁴.

La denominada *exceptio non adimpleti contractus* representa una manifestación de la fuerza obligatoria del contrato, pues permite al deudor de una obligación justificar su incumplimiento por la recíproca inexecución de su contraparte⁹⁶⁵. La “excepción de contrato no cumplido” se configura “como una excepción de derecho sustantivo o material y que se articula

⁹⁶⁰ PIZARRO WILSON, *La excepción...*, pp. 528-530.

⁹⁶¹ ACEDO PENCO, *ob. cit.*, p. 202.

⁹⁶² OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, p. 467.

⁹⁶³ PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 125.

⁹⁶⁴ PIZARRO WILSON, *La excepción...* <http://www.fundacionfueyo.udp.cl/.../Excepcion%20incumplimiento.pdf>.

⁹⁶⁵ *Idem*.

como un medio de defensa que posee el deudor de una obligación recíproca o sinalagmática que lo legitima para la falta de ejecución de la prestación que le corresponde motivado al recíproco incumplimiento de su contraparte”⁹⁶⁶. Es pues un medio de excepción, oposición o defensa que se funda pues en la ejecución simultánea de las obligaciones que surge de un contrato bilateral basada en la justicia⁹⁶⁷.

Salvo que la ley o la voluntad de las partes establezcan otra cosa, las prestaciones que corresponden a cada uno de los sujetos deben realizarse simultáneamente. De tal manera que si una de las partes pretende exigir de la otra el cumplimiento de su prestación, sin ofrecer la realización de la suya, el demandado podrá oponer la llamada “excepción de contrato no cumplido” (*exceptio non adimpleti contractus*)⁹⁶⁸. El artículo 1493⁹⁶⁹ del CC presenta una idea inspirada en la figura al margen de la no simultaneidad de la prestación⁹⁷⁰. En cuanto a qué prestación ha de realizarse primero habrá de atenderse a falta de otro criterio a los usos del tráfico.⁹⁷¹

Se diferencia de la acción resolutoria⁹⁷², de la compensación⁹⁷³, de la reconvencción⁹⁷⁴ y del derecho de retención⁹⁷⁵ el cual tiene naturaleza real, requiere del no pago y no es divisible (CC, art. 795). El derecho de retención consiste en la facultad que la ley otorga en ciertos casos al acreedor para que con-

⁹⁶⁶ La “*exceptio non adimpleti contractus*”, Crovetto abogados asociados, crovettoabogadosasociados.es/.../la-*exceptio-non-adimpleti-contractus*/.

⁹⁶⁷ URDANETA FONTIVEROS, *Régimen jurídico...*, p. 3.

⁹⁶⁸ LETE DEL RÍO, *ob. cit.*, p. 78.

⁹⁶⁹ “El vendedor que no ha acordado plazo para el pago no está obligado a entregar la cosa si el comprador no paga el precio. Tampoco está obligado a hacer la entrega, aun cuando haya acordado plazo para el pago del precio, si después de la venta el comprador se hace insolvente o cae en estado de quiebra, de suerte que el vendedor se encuentre en peligro inminente de perder el precio, a menos que se dé caución de pagar en el plazo convenido”.

⁹⁷⁰ TSJ/SCC, Sent. N° 000225 del 20-5-11, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Mayo/RC.000225-20511-2011-10-685.html> “De manera que, el *ad quem* ante tal circunstancia estimó que ese pago parcial, el cual, fue admitido por el comprador mediante documento reconocido, le confiere al vendedor el derecho a negarse a cumplir con la obligación de la entrega del inmueble hasta tanto se produzca dicho pago, tal y como, lo consagra el artículo 1.493 del Código Civil, normativa ésta que excusa la obligación del vendedor ante la no cancelación”.

⁹⁷¹ RODRÍGUEZ-ROSADO, *ob. cit.*, p. 104.

⁹⁷² URDANETA FONTIVEROS, *Régimen jurídico...*, pp. 42-44; PIZARRO WILSON, *La excepción...*, pp. 531-538.

⁹⁷³ URDANETA FONTIVEROS, *Régimen jurídico...*, p. 40-42.

⁹⁷⁴ *Ibid.*, p. 45.

⁹⁷⁵ Véase: SALAS, *ob. cit.*, pp. 235-237. Véase *ibid.*, p. 237, el derecho de retención es una garantía de pago mientras que la excepción es el equivalente de la deuda lo que se asegura; URDANETA FONTIVEROS, *Régimen jurídico...*, pp. 35-40. Véase sobre el derecho de retención: LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS F.P.: *Derecho de retención*. Buenos Aires, Astrea, 1991, p. 2, es la facultad de continuar, permanecer o mantenerse en la tenencia de una cosa, *ibid.*, p. 110, se sostiene que comparte el fundamento con la excepción de incumplimiento contractual, pero se omite referirlo a un principio más alto y general, a la par que sólo se autoriza a aplicarlo al ejercicio de la facultad de retención ejercida a raíz de una obligación de fuente contractual, quedando todos los demás casos desprovistos de sustento, salvo tener que admitir la existencia de fundamentos diversos y no concurrentes. Por lo que la comparación es insatisfactoria.

serve en su poder una cosa del deudor que ya tenía legítimamente hasta tanto éste satisfaga su crédito⁹⁷⁶; su efecto es el de autorizar al acreedor a la conservación y no devolución de la cosa hasta que el deudor no satisfaga el crédito⁹⁷⁷. La excepción en estudio constituye el reverso de la moneda de la acción resolutoria⁹⁷⁸ respecto de la que también presenta diferencias, entre las que se ubica que la acción pretende liberar del contrato y la excepción postergar su cumplimiento⁹⁷⁹.

Debe tratarse de incumplimiento culposo porque de lo contrario aplica la teoría de los riesgos; debe tratarse de un incumplimiento de importancia y no menor⁹⁸⁰. Puede el incumplimiento consistir en un pago parcial (CC, 1291). “Por regla general la excepción de incumplimiento contractual no pretende el término del contrato, sino impulsar al otro contratante a la ejecución de su obligación, lo cual tendrá como consecuencia justificar el cumplimiento íntegro de las obligaciones contractuales. Sin embargo, también es posible que la abstención en el cumplimiento desencadene de facto el término del contrato ante la desidia del otro contratante.”⁹⁸¹.

14.1.2. *Procedencia, efectos, extinción*

En la doctrina patria se indican como supuestos de *procedencia* de la excepción⁹⁸².

- a. La existencia de obligaciones recíprocas nacidas de un contrato bilateral.
- b. El incumplimiento de la parte a quien se le opone la excepción.
- c. las obligaciones deben ser de cumplimiento simultáneo⁹⁸³.
- d. La invocación de la excepción no debe ser contraria a la buena fe⁹⁸⁴.
- e. Se requiere cierta gravedad⁹⁸⁵.
- g. No procede su alegación cuando el incumplimiento procede de caso fortuito⁹⁸⁶.

⁹⁷⁶ Véase: LETE DEL RÍO, *ob. cit.*, p. 147.

⁹⁷⁷ Véase: *ibid.*, p. 149.

⁹⁷⁸ BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 273.

⁹⁷⁹ Véase: SALAS, *ob. cit.*, pp. 237-239.

⁹⁸⁰ Véase: LAGRANGE, *Apuntes...*, indica que no es procedente respecto de incumplimientos de “poca monta”.

⁹⁸¹ PIZARRO WILSON, *La excepción...*, <http://www.fundacionfueyo.udp.cl/.../Excepcion%20incumplimiento.pdf>.

⁹⁸² Véase: URDANETA FONTIVEROS, *Régimen jurídico...*, pp. 85-147.

⁹⁸³ Véase sin embargo, referencia citada *supra* sobre el artículo 1.493 CC en materia de compraventa y TSJ/SCC, Sent. N° 000225 del 20-5-11.

⁹⁸⁴ URDANETA FONTIVEROS, *Régimen jurídico...*, pp. 85-147.

⁹⁸⁵ SEQUERA, *ob. cit.*, p. 215, no todo incumplimiento puede fundamentar la excepción *non adimpleti contractus*.

⁹⁸⁶ *Ibid.*, pp. 217 y 218.

La excepción puede ser opuesta obviamente por el deudor, pero también por sus causahabientes a título particular (ej. El cesionario del crédito, por el acreedor del deudor por vía de acción oblicua y por el fiador). A su vez, puede oponerse al contratante incumplidor y a sus herederos y causahabientes a título particular, lo mismo que al cesionario del crédito o del contrato. Cabría frente a los acreedores del contratante incumplidor que mediante acción oblicua exijan el cumplimiento del contrato no ejecutado por su deudor⁹⁸⁷.

*Efectos*⁹⁸⁸: La excepción suspende los efectos del contrato (no lo extingue) salvo que se trate de contratos de tracto sucesivo⁹⁸⁹. Por lo que su efecto principal es meramente suspensivo⁹⁹⁰, a saber, suspender provisionalmente el cumplimiento de la obligación por parte del *excipiens* mientras que el reclamante cumpla. Entre los efectos derivados de dicha suspensión se citan: en principio la suspensión total de la prestación, impide toda ejecución forzosa de la obligación, la improcedencia de la compensación del crédito derivado de la relación, no coloca al excepcionante en mora *solvendi* ni al excepcionado en mora *acreendi*; el *excipiens* no debe hacer imposible la reanudación del contrato; no interrumpe ni suspende la prescripción⁹⁹¹.

Se trata de un medio de oposición a la demanda configurado como auténtica y propia excepción, es decir, como un contraderecho que permite al demandado paralizar la pretensión del demandante. De allí su necesidad de alegación por el demandado pues el Juez no puede suplirla de oficio⁹⁹². Pero cuya procedencia no se limita al ámbito judicial, toda vez que es un medio de defensa que puede presentarse en el ámbito judicial o extrajudicial⁹⁹³. En efecto, no requiere de intervención judicial⁹⁹⁴ aunque el demandado por resolución puede oponer la *exceptio*, así como se puede oponer la *exceptio* y reconvenir al actor⁹⁹⁵. De hecho ha afirmado Casación que “la *excepción non adimpleti contractus* no es óbice para el análisis de la pretensión reconvenzional primaria por resolución de contrato⁹⁹⁶”.

⁹⁸⁷ *Ibid.*, pp. 149 y 150. Véase sobre la procedencia de la *exceptio* en las obligaciones solidarias e indivisibles (*ibid.*, pp. 152 y 153).

⁹⁸⁸ OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, p. 470.

⁹⁸⁹ MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 507, deja insubsistente el contrato.

⁹⁹⁰ SEQUERA, *ob. cit.*, p. 218.

⁹⁹¹ URDANETA FONTIVEROS, *Régimen jurídico...*, pp. 155-167.

⁹⁹² RODRÍGUEZ-ROSADO, *ob. cit.*, pp. 84 y 85.

⁹⁹³ PIZARRO WILSON, *La excepción...*, p. 545; URDANETA FONTIVEROS, *Régimen jurídico...*, p. 31, se insiste en que se trata de una excepción de derecho sustancial y no procesal puesto que no se refiere al modo de provocar la intervención del órgano jurisdiccional; comporta la alegación de un hecho impeditivo de la pretensión deducida por el actor. Pero precisa ser alegada por el demandado pues el Juez no la puede suplir de oficio y sólo paraliza temporalmente la pretensión del demandante.

⁹⁹⁴ Véase: URDANETA FONTIVEROS, *Régimen jurídico...*, pp. 183 y 184.

⁹⁹⁵ *Ibid.*, pp. 187-190.

⁹⁹⁶ Véase: TSJ/SCC, Sent. 401 del 20-7-09, “Pero el hecho de que fuera acogida la *excepción non adimpleti contractus*, no era óbice u obstáculo para el análisis de la pretensión reconvenzional primaria

La *exceptio non adimpleti contractus* puede renunciarse expresa o tácitamente pues no compete al orden público⁹⁹⁷; es pues enteramente disponible. Finalmente cabe indicar en cuanto a la extinción de los efectos de la *exceptio* que además de la renuncia, el cumplimiento o la transacción, la extinción de los efectos también puede producirse por la cesación del propio fundamento de la *exceptio*, sea porque cese la relación de reciprocidad entre las obligaciones surgidas del contrato bilateral o por faltar la simultaneidad en el cumplimiento de la misma⁹⁹⁸. Refiere Ochoa que el acreedor que abusa de alegar la excepción puede ser responsable por daños y perjuicios⁹⁹⁹.

14.1.3. *Exceptio non rite adimpleti contractus* y carga de la prueba
En otras legislaciones como la española la doctrina distingue como variación o subespecie de la presente excepción, la *exceptio non rite adimpleti contractus*, o *excepción de cumplimiento defectuoso*, relativa a los casos en que la prestación del demandante no habría sido cumplida correctamente. Su fundamento también radica en la regla del cumplimiento simultáneo y protege la negativa a cumplir del demandado que la alega en tanto que su cumplimiento supondría un exceso respecto a la prestación efectivamente cumplida por el demandante. Con todo, el hecho de que el demandante ya haya cumplido, por más que parcial o incorrectamente, va a determinar unos efectos especiales, pues igualmente resultaría contrario a la regla del cumplimiento simultáneo que el demandado se niegue a cualquier cumplimiento amparándose en el cumplimiento defectuoso del otro¹⁰⁰⁰. La misma no aplicaría para el caso del cumplimiento retrasado según algunos¹⁰⁰¹.

Tal excepción sirve para ser opuesta al demandante que ha dejado de cumplir sólo una parte de la obligación. Por ejemplo, el comprador que, aun cuando ha pagado el precio, no ha cancelado los gastos del contrato. Está expuesto a que el vendedor le oponga esta excepción para negarle la tradición de la cosa vendida¹⁰⁰². Sin embargo, en cuanto a la *carga de la prueba* se distingue: como la *exceptio non adimpleti contractus* se fundamenta en

por resolución de contrato. En otras palabras, que se haya determinado el incumplimiento del demandante y la justificación de la inercia del demandado en el cumplimiento de su prestación, no significaba que el Juez se veía impedido en continuar adelante con el análisis de la reconvencción por resolución de contrato, pues el pronunciamiento sobre la excepción *non adimpleti contractus* no entraría en colisión con un análisis sobre la pretensión por resolución contractual. Si bien la excepción *non adimpleti contractus* es una defensa con características distintas a la pretensión de resolución de contrato, tal diferencia no genera un impedimento en el análisis de la segunda, ni un contrasentido jurídico.

⁹⁹⁷ URDANETA FONTIVEROS, *Régimen jurídico...*, pp. 169-173.

⁹⁹⁸ *Ibid.*, p. 175.

⁹⁹⁹ OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, p. 470.

¹⁰⁰⁰ RODRÍGUEZ-ROSADO, *ob. cit.*, p. 84. Véase también: LÓPEZ y LÓPEZ y otros, *ob. cit.*, p. 164, aceptada por la jurisprudencia como una modalidad de la excepción de incumplimiento para el caso de que el demandante haya cumplido parcialmente o de manera defectuosa y hasta tanto se verifique el cumplimiento ajustado a los límites de la obligación; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 126.

¹⁰⁰¹ RODRÍGUEZ-ROSADO, *ob. cit.*, p. 108.

¹⁰⁰² SEQUERA, *ob. cit.*, p. 220.

la falta de cumplimiento de la obligación del demandante, el *excipiens* lo único que tiene que demostrar son los hechos constitutivos de su pretensión, especialmente la existencia de su contracrédito contra el actor. El demandante excepcionado tendrá que demostrar el pago o cumplimiento. En cambio cuando existe incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso, el demandante excepcionado pretenderá que ha cumplido satisfactoriamente su obligación, correspondiéndole inevitablemente al demandado excepcionante que ha opuesto la *exceptio non rite adimpleti contractus* demostrar que el incumplimiento fue defectuoso o insuficiente¹⁰⁰³.

14.2. La acción resolutoria¹⁰⁰⁴

14.2.1. Noción

Dispone el artículo 1167 CC: “*En el contrato bilateral, si una de las partes no ejecuta su obligación, la otra puede a su elección reclamar judicialmente la ejecución del contrato o la resolución del mismo, con los daños y perjuicios en ambos casos si hubiere lugar a ello*”.

Se trata a decir de Palacios Herrera de una disposición derogatoria del Derecho Común según el cual una vez contraída la obligación se está obligado a cumplirla¹⁰⁰⁵. “El artículo precedentemente transcrito establece opciones a los contratantes en caso de que una de las partes no ejecute la obligación, la otra, a su elección, podrá reclamar judicialmente la ejecución del contrato o la resolución del mismo. (Sentencia N° 760 de fecha 2 de diciembre de 2014)”¹⁰⁰⁶.

¹⁰⁰³ URDANETA FONTIVEROS, *Régimen jurídico...*, p. 193.

¹⁰⁰⁴ Véase: GUERRERO-QUINTERO, Gilberto: *La resolución del contrato (Principios Generales)*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 4ª edic., 2013; MÉLICH ORSINI, José: *La resolución del contrato por incumplimiento*. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2ª edic. 1ª reimpresión, 2003; MÉLICH ORSINI, José: *Perfiles de la resolución de los contratos y los riesgos de una alta jurisprudencia “light”*. En: Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales Vol. 66, N° 136, 1999, pp. 187-200; SOSA BRITO, Domingo: *La resolución judicial del contrato de arrendamiento. Sus efectos fundamentales*. En: Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, TSJ, 2004, Tomo II, pp. 527-557; VIDAL OLIVARES, Álvaro: *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil. Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento*. En: *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Colección Textos de Jurisprudencia. Colombia, Editorial Universidad del Rosario, 2010, pp. 461-485; MANTILLA ESPINOZA, Fabricio y FRANCISCO TERNERA BARRIOS: *La resolución*. En: Los contratos en el Derecho Privado. Directores Académicos: Fabricio Mantilla y Francisco Ternera. Colombia, Legis/Universidad del Rosario, 2008, pp. 247-276; RODRÍGUEZ-ROSADO, *ob. cit.*, pp. 115 y ss.; MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 721-751; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 508-520; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 236-273; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 471-494; PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, pp. 260-270; ANNICCHIARICO, *Un nuevo...*, pp. 320-326; RAMÍREZ, *ob. cit.*, pp. 91-97; MILLANI BALZA, *ob. cit.*, pp. 333-351; PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 128-147; CARNELLI y CAFARO, *ob. cit.*, pp. 175 y ss.

¹⁰⁰⁵ PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 260, si se aplicara este principio a los contratos bilaterales, por el hecho de que una de las partes no cumpla con su obligación, la otra no tendría la facultad de ser liberada de la suya. Cuando más podría demandar a la otra parte que cumpliera o bien, si ello fuere imposible, para que la indemnizara de daños y perjuicios por incumplimiento. Pero no cabría que ella alegara que el incumplimiento de la otra parte le permitiera a su vez no cumplir con la suya. Pero esta regla es la que acoje el artículo 1167 CC.

¹⁰⁰⁶ TSJ/SCC, Sent. 487 de 6-8-15, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/agosto/180477-RC.000487-6815-2015-15-061.HTML>; TSJ/SCC, Sent.Nº 00040 de 29-3-05, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/>

La resolución constituye uno de los remedios de que dispone el acreedor y su objeto consiste en permitirle satisfacer su interés a pesar del incumplimiento¹⁰⁰⁷. Es la facultad que tiene una de las partes en un contrato bilateral de pedir la terminación del mismo dado el incumplimiento de la otra parte y ser libertado de su obligación. Es la culminación por incumplimiento culposo de un contrato bilateral: no aplica a las convenciones unilaterales ni tampoco a las sinalagmáticas imperfectas (no son bilaterales completamente). La resolución se diferencia de la nulidad porque a diferencia de ésta, en la figura bajo análisis el vínculo nace válidamente. Y de la rescisión que acontece cuando acontece una desproporción excesiva de las prestaciones¹⁰⁰⁸. Y se diferencia de la disolución en que las partes de mutuo acuerdo deciden extinguir el contrato (CC, art. 1159). Se diferencia de la revocación que procede a voluntad de una de las partes en determinados contratos (mandato, sociedades por tiempo ilimitado). Y se diferencia de la excepción de incumplimiento en que la resolución termina el contrato mientras que la excepción lo suspende; la resolución es retroactiva y es una “acción” y a diferencia de la “excepción” que es una defensa¹⁰⁰⁹. En efecto, aclara Mélich que la resolución del contrato no puede operar por vía de excepción; a todo evento por vía de “reconvención”¹⁰¹⁰.

Se dice que su antecedente fue la *lex commisoria* del Derecho Romano aunque no se corresponde en esencia. “El Derecho romano desconocía la resolución por incumplimiento de los contratos bilaterales, si bien en la compraventa con precio aplazado era frecuente una cláusula adicional, llamada *lex commisoria*, en virtud de la cual si el precio no era abonado dentro del plazo fijado se resolvía la compraventa y volvía la cosa al vendedor. En la Edad Media, los canonistas hablan de una *condición tácita*, aunque no se hubiere pactado, por entender que todo contrato se celebra si *fides servetur*. Pero fue el Derecho Consuetudinario francés el que consagró esta posibilidad de resolución”¹⁰¹¹. Su fundamento o justificación puede encontrarse en la interdependencia de las obligaciones correspectivas que tienen lugar en el contrato bilateral, en que las obligaciones a cargo de uno de los contratantes es la causa de las que están a cargo del otro¹⁰¹². Para otros se perfila como una sanción al incumplimiento¹⁰¹³.

scc/Marzo/RC-00040-290305-04624.htm “De la interpretación de la norma trascrita, se evidencia que en los supuestos en los que se incumplan las obligaciones pactadas en un contrato, los suscritores tendrán la posibilidad de reclamar el cumplimiento o la rescisión del mismo. Se dan, entonces, dos posibilidades a tales efectos y ello a elección del perjudicado.

¹⁰⁰⁷ VIDAL OLIVARES, *El incumplimiento resolutorio...*, p. 485.

¹⁰⁰⁸ Véase: MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 505.

¹⁰⁰⁹ MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 520.

¹⁰¹⁰ MÉLICH ORSINI, *La resolución...*, pp. 293 y 295.

¹⁰¹¹ LETE DEL RÍO, *ob. cit.*, p. 79.

¹⁰¹² GUERRERO-QUINTERO, *ob. cit.*, p. 147; MANTILLA ESPINOZA y TERNERA BARRIOS, *ob. cit.*, p. 252, cierta doctrina ha tratado de explicar la resolución de los contratos mediante la teoría general de la causa.

¹⁰¹³ OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, p. 481.

14.2.2. *Condiciones o requisitos*¹⁰¹⁴

La doctrina cita entre las condiciones o requisitos de la acción resolutoria:

- a. Incumplimiento de la obligación.
- b. El incumplimiento debe provenir de la culpa del deudor¹⁰¹⁵.
- c. Es indispensable la intervención judicial¹⁰¹⁶, a diferencia de la excepción de incumplimiento que bien puede ser extrajudicial.
- d. Se precisa contrato bilateral (hay excepciones de contratos bilaterales en los que no procede (CC, art. 1796, renta vitalicia)¹⁰¹⁷.
- e. La legitimación activa para proponer la resolución le corresponde al acreedor de la obligación incumplida¹⁰¹⁸.
- f. Es necesario que el Juez declare la resolución.
- g. *No es una acción una acción subsidiaria* a la de cumplimiento¹⁰¹⁹.
- h. La pueden solicitar las partes o sus causahabientes universales.
- i. Buena fe del demandante¹⁰²⁰.
- j. Se afirma que ha de tratarse de un incumplimiento *sustancial*¹⁰²¹ o *esencial*¹⁰²² y no superfluo.

Efectivamente uno de los aspectos más álgidos de la acción resolutoria radica sobre qué debe tratarse de un incumplimiento *grave*¹⁰²³ de una

¹⁰¹⁴ *Ibid.*, pp. 483-487; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 248-263,

¹⁰¹⁵ BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 252-253.

¹⁰¹⁶ PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 267; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 258 y 259.

¹⁰¹⁷ Véase: PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, pp. 263 y 264, así por excepción la acción de resolución no aplica a algunos contratos bilaterales como la renta vitalicia porque es aleatoria (se ignora el monto). En la partición no aplica pues intervienen múltiples personas. Si bien procede respecto de los contratos bilaterales se plantea si sería aplicable a todas las demás relaciones sinalagmáticas que no sean bilaterales o a los contratos sinalagmáticos imperfectos, aunque estos no producen obligaciones recíprocas en las que se basa la presente acción. Se plantea discusión con el comodato, la prenda y la propia cesión de crédito; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, p. 483; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 248-250.

¹⁰¹⁸ BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, p. 260.

¹⁰¹⁹ Véase: TSJ/SCC, Sent. 000461 del 5-10-11, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Octubre/RC.000461-51011-2011-11-160.html>; Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy, Sent. 23-2-11, Exp. 5846, <http://miranda.tsj.gob.ve/decisiones/2011/febrero/1428-23-5846.html>.

¹⁰²⁰ BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 255-258.

¹⁰²¹ Véase: RODRÍGUEZ-ROSADO, *ob. cit.*, pp. 207-209.

¹⁰²² Véase *ibid.*, pp. 211 y ss. y 216 y 223, es discutible por ejemplo que pretenda repetir la jurisprudencia española el carácter principal de la obligación incumplida y por tal que no cabría resolución por incumplimiento de obligaciones accesorias; que el mero retraso salvo el caso de término esencial no da lugar a la resolución por lo que hay que calibrar su importancia; VIDAL OLIVARES; Álvaro: *La noción de "incumplimiento esencial" en el Código Civil*. En: *Incumplimiento contractual, resolución e indemnización de daños*. Colección Textos de Jurisprudencia. Colombia, Editorial Universidad del Rosario, 2010, pp. 487-523.

¹⁰²³ Así lo refería en su conferencia: GORRÍN FALCÓN, Guillermo: *Actuales propuestas en Venezuela para la determinación de la gravedad del incumplimiento como presupuesto de la resolución del contra-*

obligación principal y no meramente accesoria¹⁰²⁴. Es decir que no todo incumplimiento propicia la acción de resolución; ha de ser de cierta entidad y no de poca monta, aspecto que le tocará dilucidar al Juzgador. Por lo que “uno de los aspectos más problemáticos de la resolución radica en la dificultad de determinar qué incumplimiento puede dar lugar a su ejercicio. Ciertamente, una perfecta definición de los supuestos que dan lugar a la resolución es de suyo imposible, pues todo incumplimiento está formado por unos hechos que varían de caso en caso, y que además vendrán condicionados por las posibilidades probatorias. En todo caso, es una cuestión fáctica de la soberana apreciación del Juez de Instancia y por ende ajena a Casación”¹⁰²⁵.

De allí que se afirme que el ejercicio del derecho no puede ser el resultado de una decisión caprichosa con base a la sola consideración del incumplimiento, sino que habrá que valorar la decisión de optar por la resolución, con el fundamento de la misma, de lo cual participa la apreciación del Juez, quien deberá controlar si a su juicio existe o no mérito para disolver el vínculo¹⁰²⁶. Por ejemplo, se ha indicado que el incumplimiento de un plazo esencial desencadena automáticamente la posibilidad de resolución sin necesidad de algún acto positivo por parte del deudor¹⁰²⁷.

Por lo que se afirma que cuando se pretende ejercer una acción de resolución de contrato, la verificación del cumplimiento de las obligaciones pactadas por partes contratantes cobra vital importancia para su procedencia¹⁰²⁸.

14.2.3. *Efectos*¹⁰²⁹

El efecto fundamental de la acción resolutoria es que el contrato se extingue como si nunca hubiese existido (no a partir de la resolución)¹⁰³⁰, como si jamás hubiera sido concluido”, por lo que se han aplicar las reglas restitutorias propias de la nulidad: la resolución opera retroactivamente en todos los aspectos¹⁰³¹.

to. Nuevas Tendencias en el Derecho de los Contratos, Universidad Metropolitana, 8 de mayo de 2015; GORRÍN FALCÓN, Guillermo: *Contribución a la determinación en Venezuela de la gravedad del incumplimiento como presupuesto de la resolución*. En: Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su fundación 1915-2015, Caracas, ACIENPOL, Colección Centenario, 2015, T. IV, pp. 2581-2631.

¹⁰²⁴ Véase: PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, pp. 133-135.

¹⁰²⁵ RODRÍGUEZ-ROSADO, *ob. cit.*, p. 205.

¹⁰²⁶ CARNELLI y CAFARO, *ob. cit.*, p. 176.

¹⁰²⁷ FORNO FLOREZ, *ob. cit.*, p. 408.

¹⁰²⁸ TSJ/SCC, Sent. 000831 de 14-12-12, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Diciembre/RC.000831-141212-2012-12-409.html>.

¹⁰²⁹ Véase: RODRÍGUEZ-ROSADO, *ob. cit.*, pp. 233-260; GUERRERO-QUINTERO, *ob. cit.*, pp. 295 y ss.; BERNARD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 263-273, alude a efectos liberatorios, restitutorios e indemnizatorios.

¹⁰³⁰ En tal aspecto, se asemeja a la nulidad.

¹⁰³¹ RODRÍGUEZ-ROSADO, *ob. cit.*, p. 117.

Pero ese efecto retroactivo solo aplica a los contratos de cumplimiento instantáneo¹⁰³² y no aplica a los contratos sinalagmáticos imperfectos y unilaterales (comodato) en que a todo evento operaría la retención en caso de daños¹⁰³³. Aunque no pueda hablarse de una retroacción total porque no es un supuesto de invalidez originaria¹⁰³⁴.

Por ende deben devolverse las prestaciones recibidas, salvo que por su naturaleza se constituyera una suerte de enriquecimiento sin causa (por ejemplo el contrato de arrendamiento). Esto pues la doctrina es unánime en que el efecto retroactivo de la resolución no se produce en los contratos de tracto sucesivo: la repetición de las prestaciones cumplidas no se producen en virtud de que las mismas no pueden obviamente sustraerse de la realidad de haber sido consumidas¹⁰³⁵. En tales contratos culminan las obligaciones hacia el futuro, dejando subsistente las que ya se hubiesen consumado. De allí que se aluda a la eficacia tendencialmente retroactiva de la resolución¹⁰³⁶.

La resolución rige a las partes y respecto de terceros. Quien dio origen a la resolución queda sujeto a daños y perjuicios¹⁰³⁷. Resumiendo, la doctrina alude a efectos *liberatorios* (se extinguen las obligaciones con efecto retroactivo), *restitutorios* (las obligaciones cumplidas se extinguen y dan lugar a repetición) e *indemnizatorios* (el contratante incumplidor que motivó la acción queda sujeto a indemnizar los daños y perjuicios)¹⁰³⁸.

No cabe renunciar a la acción resolutoria por anticipado¹⁰³⁹. La acción prescribe a los diez (10) años o el tiempo del derecho de que se trate¹⁰⁴⁰.

14.2.4. Resolución convencional y resolución de pleno derecho¹⁰⁴¹

La *resolución convencional* es aquella pactada por las partes por no ser materia de orden público. De tal suerte, que procede no sólo por las causales legales. No procede en caso de materias de orden público, como es el supuesto del arrendamiento. Puede ser pura y simple o calificada. En la primera las partes especifican las causas que la originan y se aplican las reglas generales de la resolución. En la segunda, las partes indican las causas que la originan y califican la naturaleza y caracteres del incumplimiento, en cuyo caso el Juzgador se abstiene de calificar el incumplimiento y se limita a constatarlo y declararlo¹⁰⁴².

¹⁰³² PALACIOS HERRERA, *ob. cit.*, p. 269.

¹⁰³³ *Ibid.*, p. 264, como por ejemplo la donación que es unilateral.

¹⁰³⁴ GUERRERO-QUINTERO, *ob. cit.*, p. 301.

¹⁰³⁵ *Ibid.*, p. 329. Véase: Ley de Venta con Reserva de Dominio, arts. 13 y 14.

¹⁰³⁶ PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 146.

¹⁰³⁷ DFMS5CM, J.R.G., T. 75, pp. 93-95.

¹⁰³⁸ BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 263-273.

¹⁰³⁹ MÉLICH ORSINI, *ob. cit.*, p. 299.

¹⁰⁴⁰ *Ibid.*, pp. 300 y 301; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 262 y 263; CSJ, Cas., Sent. 29-10-69, J.R.G., T. 23, pp. 308-313, se indicó que faltaba entrega de accesorios importantes.

¹⁰⁴¹ MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 518-520.

¹⁰⁴² *Ibid.*, pp. 518 y 519.

La *resolución de pleno derecho*¹⁰⁴³ supone que el contrato queda resuelto sin necesidad de declaratoria judicial. Puede ser *convencional* o *legal*, siendo ejemplo de esta última es el art. 1531 del CC en materia de compraventa de cosas muebles¹⁰⁴⁴. Por su parte, la resolución de derecho convencional acontece cuando las partes así lo disponen. Se considera en interés del acreedor quien podrá prevalerse de la misma. La parte cuyo incumplimiento la motiva deberá conformarse con la resolución. Refiere Maduro Luyando que si bien se afirma que no es necesaria la intervención judicial para calificar el incumplimiento, hay autores que sostienen que sí en caso de desacuerdo. Algunos autores sostienen que antes de prevalerse de la resolución de pleno derecho, el acreedor debe intimar al deudor al cumplimiento. Otros autores sostienen finalmente, que la resolución de pleno derecho no procede como acción, por cuanto siempre será necesario que sea declarada por la autoridad judicial, por lo que solo procedería como excepción, en el sentido de que la parte demandada por el cumplimiento podría negarse válidamente a cumplirlo, alegando la resolución de pleno derecho estipulada en el contrato o en la ley¹⁰⁴⁵.

Se afirma que la *cláusula resolutoria expresa*¹⁰⁴⁶ es la posibilidad de que las partes estipulen expresamente una cláusula resolutoria para el caso de incumplimiento de una de ellas o de ambas. Puede distinguirse su función alternativa porque tienden a ampliar las facultades de resolución tradicional o prever una resolución automática¹⁰⁴⁷. Conviene destacar que, en esos pactos resolutorios explícitos, por mucho en que en caso de incumplimiento se haya pactado la resolución automática del contrato, ésta sólo se producirá “en interés del perjudicado”, de forma que a él le sigue correspondiendo la opción entre exigir el cumplimiento o acogerse a la resolución, sin que el incumplidor puede imponer esta última¹⁰⁴⁸.

La doctrina se pregunta si no obstante la cláusula resolutoria expresa de pleno derecho se requiere intervención judicial? Y Ochoa responde que la respuesta viene dada por el artículo 1159 CC que establece la fuerza de ley entre los contratos. Por lo que procede pedir el cumplimiento forzoso

¹⁰⁴³ Véase: GUERRERO-QUINTERO, *ob. cit.*, pp. 331-364; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 519 y 520.

¹⁰⁴⁴ MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 519.

¹⁰⁴⁵ *Ibid.*, pp. 519 y 520.

¹⁰⁴⁶ Véase: MELICH ORSINI, *La Resolución...*, pp. 49/52 y 300; OCHOA GÓMEZ, Oscar: *El pacto comisorio o acuerdo tácito o expreso de resolución de contratos bilaterales por incumplimiento de alguna de la partes de sus obligaciones*. En: Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección Libros Homenaje N° 5. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Vol. I, pp. 965-984; GORRÍN, Guillermo: *Desnaturalización de la cláusula resolutoria expresa*. En: Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio. Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado, Serie Eventos N° 23, 2007, pp. 431-485; KUMMEROV, Gert: *Anotaciones sobre la estructura y el mecanismo de la cláusula resolutoria expresa*. En: Studia Juridica N° 2, 1958, pp. 171-200.

¹⁰⁴⁷ RODRÍGUEZ-ROSADO, *ob. cit.*, p. 191.

¹⁰⁴⁸ *Ibid.*, p. 192.

a través del poder público judicial¹⁰⁴⁹. La cláusula resolutoria expresa debe ser clara, específica y debe quedar patente que la voluntad de las partes ha referido con toda certeza que de su gravedad se deriva la excepcional sanción *ipso iure*, sin intervención estimativa del Juez y sin posibilidad de dilación. Y al propio tiempo, que el incumplimiento quede bien determinado, esto es, que se concrete en un suceso de fácil comprobación¹⁰⁵⁰. Esta cláusula no es más que la expresión o manifestación de voluntad de las partes de no tener que recurrir a los tribunales para resolver el contrato, por lo que producido el incumplimiento se puede llegar a la resolución sin intervención judicial¹⁰⁵¹. Por su parte, indica Mélich, a propósito de la cláusula resolutoria, que una intervención judicial no es necesaria y si ello acontece es para dar sentido al alcance de ésta¹⁰⁵².

Sin embargo, indicó la Sala Constitucional que no es posible que un contrato se establezca la posibilidad de que una de la partes decida ponerle fin a la relación contractual sin que medie intervención judicial. No obstante dicha decisión alude a la “*resolución unilateral*”, salvo en los contratos administrativos que prevalece el interés general¹⁰⁵³. Gorrin critica tal decisión señalando que en la práctica se están presentando situaciones que contribuyen a la desnaturalización de la cláusula resolutoria expresa, tanto en las convenciones entre particulares como en la jurisprudencia¹⁰⁵⁴. Esto por cuanto no cabe su identificación con las cláusulas exorbitantes del Derecho Administrativo¹⁰⁵⁵, ámbito en el cual aplica “la resolución unilateral del contrato administrativo”¹⁰⁵⁶. Por lo que era innecesaria tal referencia en la sentencia de la Sala Constitucional, que no guarda relación alguna con la

¹⁰⁴⁹ OCHOA GÓMEZ, *El pacto comisorio...*, pp. 978 y 979.

¹⁰⁵⁰ *Ibid.*, p. 981.

¹⁰⁵¹ *Ibid.*, p. 982.

¹⁰⁵² MÉLICH ORSINI, *La resolución...*, p. 51.

¹⁰⁵³ TSJ/SConst., Sent. N° 167 de 4-3-05, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/Marzo/167-040305-04-1518.htm>. Véase en sentido semejante: TSJ/SCC, Sent. 105 del 21-3-13, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Marzo/RC.000105-21313-2013-12-643.html>; TSJ/SCC, Sent. 000831 de 14-12-12, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Diciembre/RC.000831-141212-2012-12-409.html>; TSJ/SCC, Sent. N° 00040 de 29-3-05, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scc/Marzo/RC.00040-290305-04624.htm>. “De allí que no es posible para ningún juez decretar “automáticamente” la resolución de un contrato, sin que medie la pretensión correspondiente por parte del contratante a quien se le ha incumplido la obligación; Juzgado Octavo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 17-12-13, Exp. AP11-M-2012-000405 [http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2013/DICIEMBRE/2123-17-AP11-M-2012-000405-P\]0082013000419.HTML](http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2013/DICIEMBRE/2123-17-AP11-M-2012-000405-P]0082013000419.HTML). “De lo expuesto, pareciera *prima facie* que la intención de la Sala Constitucional era declarar la nulidad de todas las cláusulas resolutorias expresas. ...puede observar que existía una relación por tiempo indefinido y que la empresa tenía más de 10 años manteniendo una relación comercial, por lo cual se establece –conforme a lo antes señalado– y tomando el criterio de la Sala Constitucional que la cláusula es violatoria a éste, por lo que mal podría haberse producido una terminación abrupta del contrato en perjuicio de la empresa”.

¹⁰⁵⁴ GORRÍN, *Desnaturalización...*, p. 433.

¹⁰⁵⁵ *Ibid.*, p. 438.

¹⁰⁵⁶ *Ibid.*, p. 476.

cláusula resolutoria expresa¹⁰⁵⁷. No existe a decir del autor, en la cláusula resolutoria usurpación de autoridad ni semejanza con la función jurisdiccional¹⁰⁵⁸.

Pero agrega Gorrín que también las partes suelen redactar cláusulas resolutorias expresas que tienden a desnaturalizar la función de la figura, limitándose a referir cláusulas de estilo sin especificar la gravedad del incumplimiento que produce la resolución¹⁰⁵⁹. Tampoco tiene validez la cláusula resolutoria expresa contraria a una disposición legal en la que se ha predeterminado el límite de gravedad del incumplimiento con carácter imperativo, como sería el caso del artículo 13 de la Ley sobre Venta con reserva de dominio o el artículo 16 de la Ley de Venta de Parcelas¹⁰⁶⁰. Finalmente, si no se ha dispuesto algo distinto se precisa notificación de resolver el contrato con estricta sujeción a lo pactado¹⁰⁶¹.

Se aprecia decisión judicial con referencia a “notificación” en caso de resolución de pleno derecho que igualmente llegó a ser demandada¹⁰⁶². Ello parece confirmar que no obstante el valor teórico de la resolución de pleno derecho si cumple los debidos requisitos por aplicación de la autonomía de la voluntad, su concreción podrá ser debatida en juicio como parte del derecho de acción. Aunque sea a todo evento en feliz expresión de Mélich solo para “dar sentido al alcance de ésta”¹⁰⁶³. Porque a fin de cuentas a pesar de la validez que la cláusula resolutoria expresa tenga por sí misma, su cumplimiento forzoso precisará de la intervención judicial, a falta de cumplimiento voluntario de las partes.

14.3. *Rescisión por lesión enorme. Véase supra 20.10.4.*

15. Teoría de los riesgos¹⁰⁶⁴

15.1. Noción

¹⁰⁵⁷ *Ibid.*, p. 478.

¹⁰⁵⁸ *Ibid.*, p. 464.

¹⁰⁵⁹ *Ibid.*, p. 478.

¹⁰⁶⁰ *Ibid.*, p. 480.

¹⁰⁶¹ *Ibid.*, p. 483.

¹⁰⁶² Juzgado Superior Civil, Mercantil, Bancario y Tránsito de este Primer Circuito Judicial, en Guanare, Sent. 9-10-13, Exp. N° 5.822, <http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2013/OCTUBRE/1115-9-5822-HTML>.

¹⁰⁶³ MÉLICH ORSINI, *La resolución...*, p. 51.

¹⁰⁶⁴ Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 521-532; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 229-236; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 495-502; MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 785-812; ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 65-68; MILIANI BALZA, *ob. cit.*, pp. 321-332; ABELIUK MANASEVICH, *ob. cit.*, T. II, pp. 1059 y ss.; RAMÍREZ, *ob. cit.*, pp. 85-89; MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, pp. 363-374; LÓPEZ SANTA MARÍA, *ob. cit.*, T. II, pp. 558-569; BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pp. 298-306; ZUSMAN TINMAN, Susana: *La teoría del riesgo*, pp. 77-114, <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5084895.pdf>; OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE: *La pérdida en las obligaciones de dar bienes ciertos y la teoría del riesgo*. En: Normas legales. Revista de legislación, jurisprudencia y doctrina, T. 286, Perú, marzo 2000, pp. 79-95, http://www.castillofreyre.com/index.php?option=com_content&view=article&id=25&Itemid=141.

Se trata de la situación jurídica en que se encuentran las partes de un contrato o una de ellas ante la imposibilidad de cumplir sus obligaciones o sus prestaciones debido a una causa extraña que no le es imputable¹⁰⁶⁵. Refiere la doctrina que la cuestión del riesgo pretende responder ¿quién soportará las consecuencias de la causa extraña no imputable? ¿Para quién es el riesgo?¹⁰⁶⁶. Se trata de un tema asociado a la inejecución de las obligaciones¹⁰⁶⁷

Para algunos la cuestión de los riesgos solo se plantea en relación a los contratos bilaterales¹⁰⁶⁸, aunque nuestro CC no contiene una norma relativa al asunto, por lo que queda acudir a las formulaciones de la doctrina¹⁰⁶⁹. Para otros, la cuestión de los riesgos no es que no se plantee en un contrato unilateral sino que en tal caso la única y posible solución es la extinción de la obligación. No siendo tan sencillo el asunto en el caso de los contratos bilaterales¹⁰⁷⁰.

Con base a lo anterior la expresión “riesgo del contrato” se alude a la situación subjetiva de quienes celebran un contrato “bilateral” de afrontar el “peligro que” significa la potencialidad de sufrir el daño¹⁰⁷¹.

15.2. *Situaciones en las que no aplica la teoría del riesgo*¹⁰⁷²

Si bien para algunos (véase *supra* 15.1) no aplica en los contratos “unilaterales”, Maduro Luyando refiere que la teoría del riesgo no entra en aplicación.

- a. Si el deudor estaba en mora al presentarse la imposibilidad (CC, art. 1344).
- b. Cuando el objeto de la prestación consiste en cosa “*in genere*”, toda vez que el “género nunca perece”, como es el caso del dinero.
- c. Cuando no existe imposibilidad de cumplir con la obligación, sino por ejemplo dificultad excesiva. En cuyo caso aplica la teoría de la imprevisión¹⁰⁷³.
- d. No procede en caso de obligaciones legales, como es el caso de la indemnización que se acuerda contra el vendedor en caso de vicios ocultos de la cosa vendida.

¹⁰⁶⁵ MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 521.

¹⁰⁶⁶ MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 363.

¹⁰⁶⁷ ZUSMAN TINMAN, *ob. cit.*, p. 77.

¹⁰⁶⁸ ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 65.

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*, p. 66, MELICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 786.

¹⁰⁷⁰ ZUSMAN TINMAN, *ob. cit.*, p. 81, El problema se toma complejo cuando se produce dentro del contexto de un contrato bilateral. La obligación del deudor, ya sabemos, queda extinguida, preocupándonos, tan solo, el destino de la obligación del acreedor de la obligación extinguida y deudor de la suya propia. La teoría del riesgo está destinada, precisamente, a solucionar este problema, es decir, a decidir si la obligación del acreedor (a su vez deudor) permanece vigente o si debe seguir la suerte de la del deudor, o lo que es lo mismo, extinguirse también”.

¹⁰⁷¹ MELICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 787.

¹⁰⁷² MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 522.

¹⁰⁷³ Véase *supra* N° 8.

15.3. *El riesgo en los contratos unilaterales*¹⁰⁷⁴

Dispone el artículo 1271 CC: “*El deudor será condenado al pago de daños y perjuicios, tanto por inejecución de la obligación como por retardo en la ejecución, si no prueba que la inejecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable aunque de su parte no haya habido mala fe*”. Si el deudor incumple por una causa extraña no imputable queda liberado de su obligación de pagar daños y perjuicios por incumplimiento.

Ello porque la ley no obliga a responder de lo imposible. En tal caso el deudor queda liberado y se afirma que “*res perit creditori*” (la cosa perece para el acreedor) y la cosa es la prestación. Y así en la obligación unilateral si la cosa perece sin culpa del deudor el riesgo es para el acreedor¹⁰⁷⁵. Se cita como ejemplo el contrato de depósito, en el que no se puede obligar al depositario a cumplir y devolver la cosa. Recordemos que el artículo 1344 CC permite que por aplicación de la autonomía de la voluntad, el deudor asuma para sí el riesgo¹⁰⁷⁶.

Entre las excepciones al principio res perit creditori en materia de contratos unilaterales: En el mutuo, si la cosa perece en manos del mutuuario, éste es el que soporta la pérdida, porque él es el propietario de la cosa y porque las cosas objeto del contrato de mutuo son genéricas. Y el género no perece pues las cosas pueden ser sustituidas por otras, por lo que siempre subsiste la obligación del mutuuario de devolver al mutuante lo recibido por concepto de mutuo. Rige el principio *res perit domino*¹⁰⁷⁷. Se cita también el supuesto de las cosas sujetos a privilegios o hipotecas. Al efecto, dispone el CC, art. 1865: “*Si las cosas sujetas a privilegio o hipoteca han perecido o se han deteriorado, las cantidades debidas por los aseguradores, por indemnización de la pérdida o del deterioro, quedan afectas al pago de los créditos privilegiados o hipotecarios, según su graduación, a menos que se hayan empleado en reparar la pérdida o el deterioro...*”. Se aprecia que impera el principio *res perit domino*, toda vez que el acreedor no pierde su derecho de garantía, pues tal derecho se traslada a la indemnización que debe pagar la empresa aseguradora¹⁰⁷⁸.

15.4. *El riesgo en el contrato bilateral*¹⁰⁷⁹

El riesgo en los contratos bilaterales contentivos de obligaciones recíprocas supone que al no poder cumplir una parte en razón de causa extraña no imputable, no puede a su vez requerirle a la otra parte la obligación de ésta. Por lo que ambas partes quedan liberadas de sus obligaciones. De tal

¹⁰⁷⁴ *Ibid.*, pp. 523 y 524.

¹⁰⁷⁵ PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 127.

¹⁰⁷⁶ Véase *supra* tema 7.

¹⁰⁷⁷ MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 523 y 524.

¹⁰⁷⁸ *Ibid.*, p. 524.

¹⁰⁷⁹ Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 524-526; MÉLICH ORSINI, José: *La teoría de los riesgos en los contratos bilaterales*. En: Revista de Derecho Mercantil N° 16-17, 1994, pp. 49-78.

suerte que en las obligaciones recíprocas cada deudor corre con su propio riesgo (pues se libera pero no recibe)¹⁰⁸⁰. Se aplica así el principio “*res perit debitori*”, y la otra parte queda dispensada de cumplir ante la extinción de la obligación sin culpa del otro¹⁰⁸¹. *El principio res perit debitori* indica que el riesgo es para el deudor de la obligación cuyo cumplimiento se ha hecho imposible por causa no imputable; la otra queda dispensada de cumplir su propia obligación¹⁰⁸². Por ello se afirma que en el Derecho venezolano, inspirado en el sistema francés, los riesgos son soportados por el deudor¹⁰⁸³.

Así explica la doctrina que si en un contrato bilateral u otro acto jurídico que genere prestaciones recíprocas una de las partes no puede cumplir su prestación, a causa de caso fortuito o de fuerza mayor, quedará eximida de hacerlo, lo mismo que su contraparte, y el contrato se extingue sin responsabilidad para ninguna de las partes, perdiendo cada una sus propios gastos. Pues nadie está obligado a lo imposible, pero en reciprocidad la otra parte también queda exonerada de cumplir su obligación y el contrato se ve extinguido. Por ejemplo, si usted no pudo ir por enfermedad al concierto al que se obligó cantar, la otra parte tampoco tendrá que pagarle y si hubiere anticipado algo deberá ser restituido¹⁰⁸⁴.

Se distingue entre los *casos de incumplimiento total* en que si una de las partes no cumple por causa extraña la otra queda liberada (arrendamiento) y los *casos de incumplimiento parcial* en que según la situación se acuerda la liberación de la otra parte o la disminución proporcional. Por ejemplo los artículos 1588 y 1590 del CC en materia de arrendamiento¹⁰⁸⁵.

Se aprecia decisión judicial que refiere a propósito del contrato de arrendamiento el riesgo en los contratos bilaterales (*res perit domino*). “La cosa perece para su dueño”. En los contratos bilaterales, las obligaciones que surgen son de carácter recíprocas en relación a las partes que intervienen. Se afirman que estos contratos generan obligaciones correspectivas o correlativas para cada parte contratante; cada una es deudora y acreedora de la otra parte. PRINCIPIO: Si una parte incumple por ocurrir y demostrar la procedencia de una causa extraña no imputable a ella, la otra parte (acreedora) no podrá demandar el cumplimiento ya que carece de acción o recursos legal. Los efectos operan a favor del obligado, esto es, el deudor se libera de cumplir su “obligación primigenia”. Pero, al mismo tiempo, como sujeto

¹⁰⁸⁰ PUIG I FERRIOL y otros, *ob. cit.*, p. 127.

¹⁰⁸¹ ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 66.

¹⁰⁸² MAZEAUD y otros, *ob. cit.*, Parte Segunda, Vol. III, p. 365.

¹⁰⁸³ OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 497.

¹⁰⁸⁴ BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 301.

¹⁰⁸⁵ MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 524-526.

acreedor que también es, por haber incumplido a su vez, no podrá exigir a su contraparte, que le cumpla o pague, no habrá Responsabilidad Civil¹⁰⁸⁶.

15.5. *El riesgo en contrato bilaterales traslativos de propiedad (principio res perit domino)*¹⁰⁸⁷

Lo indicado sufre una importante derogación en los contratos que transmiten la propiedad en el que el dueño sufre la pérdida de la cosa¹⁰⁸⁸, en que la cosa perece para su dueño (*res perit domino*¹⁰⁸⁹). En los contratos traslativos de propiedad no aplica la regla inmediatamente indicada sino que la cosa queda a riesgo del adquirente.

Dispone el art. 1161 CC: “*En los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad u otro derecho, la propiedad o derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento legítimamente manifestado; y la cosa queda a riesgo y peligro del adquirente, aunque la tradición no se haya verificado*”.

Significa que en tal caso, si la cosa perece en manos del transmitente, aun antes de efectuarse la tradición o entrega, el adquirente queda obligado a cumplir su obligación y a soportar la pérdida de la cosa, pues en realidad es su propietario¹⁰⁹⁰. La cosa queda a riesgo y peligro del adquirente, salvo la excepción del artículo 1475¹⁰⁹¹ CC relativo a las cosas genéricas que quedan a riesgo del vendedor hasta que sean contadas, pesadas o medidas. Aunque algunos critican la solución legislativa señalando que se confundió el riesgo del contrato con el riesgo de la cosa¹⁰⁹². Esto es, si la cosa enajenada es específica la propiedad se verifica por el simple consentimiento al margen de la tradición. Pero si se trata de cosa genérica, se precisa la individualización

¹⁰⁸⁶ Juzgado Octavo de los Municipios Maracaibo, Jesús Enrique Lossada y San Francisco de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 16-11-09, Exp. N° 02923, <http://falcon.tsj.gob.ve/DECISIONES/2009/NOVIEMBRE/498-16-2923-591.HTML> “Cuando el bien ARRENDADO perece o se deteriora, ambas partes se liberan como acreedoras mutuas o recíprocas que son. La pérdida o riesgo de la cosa, la sufrirá el propietario, en este caso la persona del arrendador (rige el principio *res perit domino*). En otras palabras, ante el RIESGO, PELIGRO O PÉRDIDA DEL CONTRATO, ambas partes dejarán de estar obligadas una a la otra. Y es que, según el Principio general estudiado, extinguida la obligación de quien pruebe una causa extraña no imputable, ope legis, la otra parte también queda liberada, en otras palabras, al extinguirse el contrato se extinguen las obligaciones recíprocas de las partes.- Al respecto, el Artículo 1.588 del Código Civil, establece, que si durante el arrendamiento perece totalmente la cosa arrendada, queda resuelto el contrato. Si se destruye sólo en parte, el arrendatario puede...pedir la Resolución del Contrato o disminución del precio o canon. EN NINGUNO DE LOS DOS CASOS, SE DEBE INDEMNIZACIÓN, SI LA COSA HA PERECIDO POR CASO FORTUITO.

¹⁰⁸⁷ MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 527 y 528.

¹⁰⁸⁸ BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 302.

¹⁰⁸⁹ Véase sobre dicha regla: ZUSMAN TINMAN, *ob. cit.*, pp. 84 y ss.

¹⁰⁹⁰ MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 526.

¹⁰⁹¹ “*Cuando se trata de mercancías vendidas con sujeción al peso, cuenta o medida, la venta no es perfecta en el sentido de que las cosas vendidas quedan a riesgo y peligro del vendedor, hasta que sean pesadas, contadas o medidas*”.

¹⁰⁹² ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 66 y 67.

de la cosa¹⁰⁹³. Otra excepción que refiere la doctrina, es la relativa a la Ley de Venta con Reserva de Dominio según la cual el vendedor retiene la propiedad de la cosa vendida hasta que pague la última cuota del precio, el comprador asume el riesgo desde que celebra el contrato¹⁰⁹⁴.

15.6. *El riesgo en las obligaciones sometidas a término y condición*¹⁰⁹⁵

a. *El riesgo en las obligaciones de dar sometidas a término*: Si se destruye la cosa perecerá para quien era su propietario al momento de la pérdida o destrucción.

b. *Los riesgos en las obligaciones de dar sometidas a condición*: Si es suspensiva se reputa no contraída (CC, art. 1203). Norma que constituye una excepción a la regla “*res perit domino*” consagrada en el artículo 1161 CC y al principio del artículo 1209 CC según el cual cumplida la condición se retrotrae al día que la obligación ha sido contraída, al poner el riesgo del contrato en manos del deudor¹⁰⁹⁶.

Cuando es resolutoria no existe disposición del CC, pero refiere Maduro Luyando que en tal caso la solución debe ser que si la cosa perece antes de cumplirse la condición resolutoria, la obligación se reputa pura y simple. Esto es la condición resolutoria se reputa no puesta porque la cosa ya no existía al momento de cumplirse la condición¹⁰⁹⁷. Si la condición es resolutoria, como es el caso de la venta con pacto de retracto, el comprador se considera propietario desde el momento de manifestarse el consentimiento y carga con los riesgos de perderse la cosa antes de cumplirse la condición¹⁰⁹⁸.

15.7. *Efectos del riesgo*¹⁰⁹⁹

a. Termina el contrato una vez que acontece la causa extraña.

b. No hay lugar a indemnización de daños y perjuicios.

c. La parte que ha cumplido tiene derecho a que se le restituya lo cumplido.

d. Las normas no son imperativas por las partes pudieran pactar lo que consideren conveniente¹¹⁰⁰. Pues las reglas relativas al riesgo del contrato no son de orden público de modo que las partes pueden derogarlas¹¹⁰¹.

¹⁰⁹³ BEJARANO SÁNCHEZ, *ob. cit.*, p. 302; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 527.

¹⁰⁹⁴ MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 528.

¹⁰⁹⁵ *ibid.*, pp. 528 y 529.

¹⁰⁹⁶ ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pp. 67 y 68.

¹⁰⁹⁷ MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 529.

¹⁰⁹⁸ ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 68.

¹⁰⁹⁹ MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 530.

¹¹⁰⁰ MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, pp. 808 y 809; ANNICCHIARICO VILLAGRÁN y MADRID MARTÍNEZ, *ob. cit.*, p. 68.

¹¹⁰¹ MÉLICH ORSINI, *Doctrina...*, p. 808.