

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA CONDICIÓN

Mario CRUZ MARTÍNEZ*

RESUMEN: En este trabajo se analiza el concepto de condición y su evolución en diversos ordenamientos jurídicos. El punto de partida es el debate relativo a las modalidades del negocio jurídico, con una particular referencia al estudio del contrato. En una primera parte, el autor se refiere al tratamiento que la perspectiva romanística dio a la condición, aludiendo por ejemplo a los criterios de clasificación de distintos tipos de condición; al problema de la retroactividad o irretroactividad de sus efectos al cumplirse la condición, así como a algunos casos prácticos. En una segunda parte, el estudio se dedica a analizar algunos aspectos de la condición en el derecho moderno, para terminar con una reflexión acerca de la condición en los proyectos de códigos tipo.

ABSTRACT: This essay studies the concept of "condition" and its evolution in different legal orders. The point of departure is the debate on the forms that can be adopted by "juridical acts", with a particular focus on the study of contracts. In the first section of the essay, the author studies the romanistic perspective on legal conditions, referring, for example, to the criteria for classifying different types of condition; to the problem of the retroactive (or non-retroactive) effects of conditions, as well as to some practical cases. In the second section of the article, the author analyzes some aspects of legal conditions in today's legal systems, finishing with some thoughts on the regulation of conditions in projected Model-Codes.

* Técnico académico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

SUMARIO: I. *Nociones preliminares. Las modalidades del negocio jurídico.* II. *La condición en la perspectiva romanística.* III. *Derecho intermedio.* IV. *Derecho contemporáneo.*

I. NOCIONES PRELIMINARES. LAS MODALIDADES DEL NEGOCIO JURÍDICO

En las siguientes líneas analizaremos el concepto de condición y su evolución en diversos ordenamientos jurídicos. Sin embargo, es necesario hacer algunas anotaciones sobre las modalidades del negocio jurídico. El estudio de los llamados elementos accidentales del negocio jurídico plantea diversas discusiones. Además, la teoría del negocio jurídico ha propiciado innumerables críticas, y dentro de este marco conceptual, el estudio del contrato.

La viabilidad de una codificación supranacional referida a la materia de contratos ha traído la problemática de los elementos del negocio jurídico. De tal suerte, encontramos elementos esenciales, elementos naturales y elementos accidentales.¹ Así pues, parecería que las modalidades son elementos o requisitos accesorios al contrato o negocio jurídico, pero en realidad, si atendemos a las consecuencias que ellas producen, la modalidad no es una estipulación “accesoria”. Propiamente, las modalidades constituyen un elemento no anexo sino accidental del negocio, si con ello queremos explicar que las modalidades no se agregan o anexan a la voluntad negociar, al quedar incorporadas al acto forman

1 Esta nomenclatura conceptual ha sido hartamente utilizada por la mayoría de los tratadistas. Así, a guisa de ejemplo, Galindo Garfías, Ignacio, *Derecho civil*, 17a. ed., México, Porrúa, 1998, pp. 270 y ss., en donde encontramos que las cláusulas que integran un negocio jurídico, se clasifican en tres grandes grupos: Las estipulaciones esenciales (*essentialia negotii*) sin las cuales el acto no puede llegar a formarse. Después están las cláusulas naturales (*naturalia negotii*), que son aquellos elementos propios del negocio que aparecen normalmente en él; pero que pueden ser suprimidos por las partes que lo celebran, porque no son indispensables para la vida del acto mismo y su ausencia no priva a éste de efectos. Finalmente aparecen las llamadas cláusulas accidentales (*accidentalium negotii*), que son estipulaciones expresas en cada caso. Sin embargo, Melich-Orsini, J., *Doctrina general del contrato*, 3a. ed., Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1997, p. 81, citando el pensamiento de Cariota Ferrara, considera que la categoría de elementos naturales debe ser criticada porque éstos no son propiamente elementos sino efectos del contrato.

parte integrante, intrínseca de la voluntad negociar en cuanto los otorgantes del contrato pueden incluirlas o no en las estipulaciones del contrato.²

Por otra parte, consideramos que los elementos accidentales afectan la eficacia del negocio;³ los elementos esenciales están erigidos, solamente falta el acontecimiento futuro que desencadenará las consecuencias jurídicas buscadas por las partes.⁴ De esta manera, debe distinguirse el negocio del efecto. El primero es producto exclusivo de la declaración de voluntad de las partes que la emiten. El segundo, es dependiente también de la voluntad de las partes, pero referido a las consecuencias en el futuro.⁵

En el tema de las modalidades hallamos un aspecto trascendental, que es el de la autonomía de la voluntad.⁶ Efectivamente, la opinión dominante atribuye a las modalidades el efecto de limitar

² Véase Galindo Garfias, Ignacio, *Teoría general de los contratos*, México, Porrúa, 1996, pp. 184 y ss.

³ Así, por ejemplo, Russo, E., *Il termine del negozio giuridico*, Milán, Giuffrè, 1973, p. 6, nos dice que “basti pensare, riferendoci ad un esempio vicino, che la sospensione dell'efficacia negoziale operata dalla condizione sospensiva, non viene intesa come sospensione di qualunque modificazione dell'ordine giuridico, bensì come sospensione degli effetti tipici del negozio. Infatti il negozio condizionato (sospensivamente) produce —come è noto— una situazione di vincolo tra le parti, consistente nella tutela della aspettativa, con la conseguenza che solo l'efficacia tipica del fatto rimane sospesa”.

⁴ Según Falzea, A., “Eficacia jurídica”, en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1965, t. XIV, p. 483, “nella zona normativa del fatto gli elementi (essenziali) costituiscono il nucleo centrale della fattispecie, la causa dell'effetto giuridico, mentre i coelementi influiscono dall'esterno sulla efficacia dando così luogo a semplici concause”. Falzea, A., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milán, Giuffrè, 1941, p. 6, considera que indudablemente “la condizione influisca sull'effetto giuridico, costituendo in tal senso una causa di efficacia. Ma è egualmente indubbio che non ogni causa di efficacia costituisce una condizione”.

⁵ De acuerdo con las ideas de Cafaro, E. y Carnelli, S., *Eficacia contractual*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1996, p. 47, “el dato extremo al contenido de la voluntad, determinante de la eficacia, puede tener su origen en la propia voluntad de las partes, como en la condición y plazo”. Una antigua corriente doctrinal aseveraba que la “modalidad en las obligaciones es un hecho que puede afectarlas, en cuanto a su existencia, exigibilidad, sujetos u objetos; es decir, afecta la existencia misma de la obligación por medio de la condición suspensiva o resolutoria, su exigibilidad a través de un término, o bien hace compleja la naturaleza del vínculo, estableciendo una pluralidad de sujetos en las obligaciones mancomunadas y en las solidarias, o de objetos en las conjuntivas y alternativas”, Rojina Villegas, R., *Compendio de derecho civil (teoría general de las obligaciones)*, 23a. ed. concordada con la legislación vigente por Adriana Rojina García, México, Porrúa, 1998, t. III, p. 509.

⁶ En cuanto a la voluntad y a su efecto en el contrato véase Mazeud, D., *Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?*, en varios autores, *L'avenir du droit (Mélanges en hommage)*, Dalloz, pp. 624 y ss.

la voluntad de las partes que intervienen en el contrato.⁷ Sin embargo, dicha afirmación la consideramos excesiva, ya que precisamente las partes tienen la facultad de insertar o no dichas cláusulas en el contrato.⁸ En todo consideramos más acertada la expresión de Bonfante, cuando expresa que los elementos accidentales son en realidad, “*limitazioni volontarie all’effetto dei negozi giuridici*”.⁹

Además siguiendo las ideas de Galindo Garfias, la limitación o autolimitación que las partes se imponen a sí mismas por medio de las modalidades en el contrato, no restringen o limitan la voluntad de los contratantes, sino que señalan o determinan las características de esa voluntad, no restringen o limitan el acto voluntario que por su propia naturaleza tiene un inicio y un término, no se pueden establecer a cargo de las partes obligaciones “perpetuas” indefinidas.¹⁰

Las modalidades se presentan en la práctica contractual moderna. Así, podemos encontrar que en la realidad negociar son frecuentes las declaraciones sobre la existencia de ciertas circunstancias (*representations*) y los pactos sobre el mantenimiento de algunas situaciones (*covenants*); de estos últimos, son comunes los *financial covenants* (pactos financieros) que versan sobre la situación patrimonial del contratante, y las *negative pledges* (prendas negativas), que contienen el compromiso de no gravar bienes del activo. Cuando una parte manifiesta, por ejemplo, que le fueron otorgados permisos de terceros que eran necesarios para la contratación (*representations*), se trata de un presupuesto de la voluntad negociar, pues

7 Galindo Garfias, *op. cit.*, nota 2, p. 184.

8 Todo lo relativo a la autonomía de la voluntad y su vinculación con el negocio jurídico se desarrolla de manera concisa en Benedetti, G., “L’interpretazione dell’atto di autonomia privata tra teoria generale e dogmatica nel pensiero di E. Betti. Un Paradosso”, en varios autores, *L’ermeneutica giuridica di Emilio Betti*, Milán, Giuffrè, 1994, pp. 7 y ss.

9 Bonfante, P., *Istituzioni di diritto romano*, 8a. ed., Milán, Cassa Editrice Francesco Vallardi, 1925, p. 76. En cuanto al tema de la eficacia y su vinculación con la condición podemos señalar lo expresado en las Jornadas Uruguayas de Derecho Civil (Investigación Aplicada de la Eficacia Negocial), Montevideo, 13, 14 y 15 de mayo de 1993, p. 79, “la eficacia se da cuando los negocios dispositivos culminan con la adquisición, modificación, transmisión o extinción de un derecho; o en los negocios obligacionales surge la deuda o el crédito. La cesación de la eficacia se da por extinción de la relación obligatoria aún subsistente, o por pago. Las causas internas son a) la condición resolutoria, b) cláusula resolutoria...”.

10 Galindo Garfias, *op. cit.*, nota 2, p. 184.

los contratantes asumen esa circunstancia como antecedente de su consentimiento. Pero los *convenants* suelen funcionar como condiciones resolutorias del contrato.¹¹

II. LA CONDICIÓN EN LA PERSPECTIVA ROMANÍSTICA

1. *La condición y la terminología jurídica romana*

Una de las más conocidas y estudiadas modalidades de los contratos es la denominada condición. Sin embargo, es necesario aclarar el significado polivalente que tiene la condición, ya que en muchos casos tuvo una acepción de *pactum*, de *lex dicta* o de *modus*.¹² Así, con estas recomendaciones, localizamos en las fuentes romanas a la condición como *condicio*, con este término se hace referencia a la cláusula en virtud de la cual los efectos del negocio jurídico se subordinan a la realización de un acontecimiento futuro e incierto.¹³ Esto quiere decir que las partes contratantes tienen

11 Alterini, A., *Contratos (civiles-comerciales-de consumo. Teoría general)*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 56.

12 Es útil consultar un texto de Scevola, D. 35, I, 80, que nos muestra la amplitud del concepto *condicio*: "No se deben considerar como condicionales en los fideicomisos las causas que inmediatamente repelen al actor, pero admitiremos, habiéndose ofrecido caución, las que tienen mora con gasto; porque no diremos que son iguales este a quien se haya dado así: 'si hubiere hecho un monumento', y este, a quien se le dio: 'para que haga un monumento' (Eas causas, quae protinus agentem repelunt, in fideicommissis non pro conditionalibus observari oportet, eas vero, quae habent moram cum sumtu admittemus cautione oblata; nec enim parem dicemus eum cui ita datum sit: 'si monumentum fecerit', et eum, cui datum est: 'ut monumentum faciat')". Una interesante indagación de la *condicio* en materia de fuentes es la realizada por Vassalli, F., *Dies vel condicio (lineamenti della dottrina romana della condizione)*, Roma, Istituto di Diritto Romano, 1915.

13 La doctrina romanista ha sido fértil, si bien de manera general, en cuanto al estudio de la condición y demás modalidades. Véanse, a guisa de ejemplo, las siguientes obras: Gaudemet, J., *Droit privé romain*, París, Ed. Montchrestien, 1998, pp. 282 y ss.; una obra jurídica que hace un estudio de las obligaciones en general, y que analiza las bases romanistas, con múltiples referencias del derecho alemán es la de Zimmermann, R., *The law of obligations (roman foundations of the Civilian Tradition)*, 1a. reimpr., Boston, 1992, pp. 716 y ss. El considera que "a condition is a clause by means of which the effectiveness of a transaction is made dependent upon the occurrence or no-occurrence of a future and uncertain event". En la doctrina alemana se ha estudiado en los diversos manuales de derecho romano las diversas modalidades, véase verbigracia Mitteis, L., *Römisches Privatrecht (bis auf die Zeit Dikletians)*, Leipzig, Scientia Verlag Aalen, 1994, pp. 167 y ss. La doctrina de lengua española es también pródiga en dicho estudio; véase, por ejemplo, D'Ors, A., *Derecho privado romano*, 8a. ed., Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1991, pp. 461 y ss.; para García Garrido, M.,

la facultad, y en esto radica su carácter accesorio, de colocar las cláusulas que crean necesarias para la buena ejecución del contrato.¹⁴ Así encontramos un aspecto muy interesante en el estudio de los contratos y sus modalidades. Es lugar común que una de las instituciones jurídicas por antonomasia es la de los llamados contratos consensuales. Por ello, podemos decir que la consensualidad de estos contratos permitía, no sólo que los pactos se sustantivaran para determinar su contenido, y que se considerara como tácitamente convenido todo aquello que es costumbre en un determinado tipo contractual, sino que la *obligatio* pudiera extinguirse por el mismo consentimiento resolutorio, y que pudiera pactarse previamente, supeditada a una condición o término, la resolución unilateral, la cual, en algunos pactos en determinados contratos, es posible incluso sin previo pacto.¹⁵

Podemos decir además, que en la terminología romana se suele designar con la palabra *condicio*:¹⁶ 1) el acontecimiento futuro e incierto, cuya verificación trae la realización de los efectos jurídicos; 2) la cláusula con la cual, en la manifestación de la voluntad negociar, se señala hipotéticamente el acontecimiento futuro e in-

Derecho privado romano (instituciones), 2a. ed., Madrid, Dykinson, 1982, pp. 328 y ss., en la "promesa estipulatoria, el estipulante es el que determina el contenido y las modalidades de la obligación que el promitente acepta". En tanto que para Ronga, G., *Istituzioni di diritto romano*, 2a. ed. rev., Torino, 1899, p. 58. la condición se define como "un avvenimento incerto e futuro dal quale la volontà dei contraenti fa dipendere la efficacia di una convenzione". Finalmente, en este breve listado de obras, que no es de ninguna manera taxativa, consideramos de vital importancia señalar la monumental obra de Savigni, F., *Sistema del diritto romano attuale*, trad. de Vittorio Scialoja, Torino, 1891, vol. III, pp. 148 y ss., en donde hace un análisis de las modalidades y expone su íntima vinculación con el derecho romano.

14 Precisamente, en el área de los contratos y las obligaciones encontramos la vinculación entre los sujetos negociantes, y más aún, representa el momento dinámico del aspecto patrimonial del derecho. "L'obbligazione nel suo concetto generale ci rappresenta un istituto fondamentale, parallelo e antitetico della proprietà. Si può dire che la proprietà rappresenti il momento statico del patrimonio e l'obbligazione il momento dinamico", Bonfante, P., *Lezioni di filosofia del diritto*, Milán, 1986, p. 192.

15 D'Ors, A., *op. cit.*, nota 13, p. 461.

16 Según Cornil, "La condition est la clause d'une convention, qui subordonne l'efficacité de celle-ci à un événement futur et incertain. Par extension le mot condition est employé pour désigner non seulement la clause accessoire (cum dicere), mais aussi l'événement futur et incertain auquel se réfère cette clause"; Cornil, G., *Droit romain, (Aperçu historique sommaire)*, Brusellas, 1921, p. 391.

cierto.¹⁷ Un negocio jurídico puede estar sujeto a condición, por lo que se llama *negotium conditionale*, en oposición a aquellos sin condición, llamados *negotia pura*.¹⁸

2. Condición suspensiva y resolutoria

Existen diversos significados primigenios de la palabra condición. La más consistente, a nuestro parecer, es aquel que considera la condición como un acuerdo solemne y más específicamente un pacto o una cláusula del negocio. Sin embargo, la característica por antonomasia de la condición es la incerteza del acontecimiento, ya que en palabras de Cornil: “*le caractère propre de la condition réside dans l’incertitude objective de l’événement choisi comme condition*”.¹⁹

Encontramos fundamentalmente, en las fuentes romanas,²⁰ la mención de la condición suspensiva, en donde los efectos negociales se producen siempre y cuando se verifique el evento condicionante. Así, en la compraventa celebrada bajo condición, el contrato se considera como si nunca se hubiera realizado, si no se verifica la condición.²¹ Es decir, la condición es aquella que hace

17 Volterra, E., *Istituzioni di diritto privato romano*, 1988, p. 154.

18 Serafini, F., *Istituzioni di diritto romano comparato al diritto civile patrio*, vol. I: *Teorie generali-diritto reali*, 7a. ed., Modena, 1899, p. 212.

19 Cornil, *op. cit.*, nota 16, p. 302.

20 Según la doctrina, Archi, “Condizione”, *Enciclopedia del Diritto*, Milán, 1968, vol. VIII (compe-cong), p. 456, el pensamiento romano, a partir de la Ley de las XII Tablas (Ep. Ulp. 2, 4), concibió la posibilidad de inserir en la estructura del negocio jurídico la hipótesis de un acontecimiento futuro e incierto, que determinaba la entrada en vigor del negocio mismo.

21 Este tema es muy interesante cuando se analiza bajo la perspectiva del *periculum emptoris*, ya que si se verifica, la condición nace también de los efectos del *periculum emptoris*. Un fragmento jurisprudencial de vital importancia es el que expresa las ideas de Paulo: D. 18, 6, 8 pr.; Paulo, *Comentarios al edicto*, libro XXXIII: “Es necesario saber, cuando se haya perfeccionado la compra; pues entonces sabremos de quién será el riesgo, porque, perfeccionada la compra, el riesgo corresponderá al comprador. Y si respecto a lo que se hubiere vendido apareciera que sea, de que calidad, cuanto, y su precio, y se vendió puramente, la compra está perfeccionada. Pero si la cosa hubiere sido vendida bajo condición, si verdaderamente faltare la condición, no hay compra alguna, así como tampoco estipulación; pero si se hubiere cumplido, dicen Próculo y Octaviano, que el riesgo es del comprador; y lo mismo aprueba Pomponio al libro noveno. Más si pendiente la condición hubiere fallecido el comprador o el vendedor, consta que si se cumpliere la condición también están obligados los herederos, cual si la compra se hubiere ya celebrado anteriormente. Pero si la cosa hubiera sido entregada pendiente la condición, no podrá el comprador usucapirla como comprador, y se repetirá el precio que se pagó, y los frutos del tiempo intermedio son del vendedor,

dependen la entrada en vigor del negocio al verificarse o no el evento establecido. A guisa de ejemplo, en la compraventa podemos encontrar la *emptio rei speratae*, en donde las consecuencias del contrato, y más específicamente, la entrega de la *merce*, se supedita a la elaboración o nacimiento de la cosa, materia del contrato.²² Como en el *partus ancillae*, donde la compraventa será eficaz, sólo cuando la gestación haya tenido un buen final.²³

La condición resolutoria es aquella que hace cesar la *vis ac potestas* del negocio al verificarse o no el evento. La condición resolutoria no tuvo un desarrollo en las fuentes, por la situación particular de esta figura.²⁴ Los juristas romanos concebían la condición resolutoria, en materia de actos *inter vivos*, y sus efectos mediante una forma práctica que era el de añadir un pacto de resolución (*pactum adiectum*), al negocio principal de un cierto contenido y establecido incondicionalmente.²⁵ Es decir, si la condición se lleva a cabo tendrá

así como se extinguen las estipulaciones y los legados condicionales, si pendiente la condición hubiere perecido la cosa. Pero si existiera la cosa, aunque se haya deteriorado, puede decirse que el daño es del comprador” (*Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio; tunc enim sciemus, cuius periculum sit, nam perfecta emptio periculum ad emptorem respicit. Et si id, quod venierit, appareat, quid, quale, quantum sit, sit et pretium, et pure veniit, perfecta est emptio. Quodsi sub conditione res venierit, si quidem defecerit conditio, nulla est emptio, sicuti nec stipulatio; quodsi exiterit, Proculus et Octavenus emptoris esse periculum aiunt; idem Pomponius libro nono probat. Quodsi pendente conditione emptor vel venditor decesserit, constat, si exiterit conditio, heredes quoque obligatos esse, quasi iam contracta emptio in praeteritum. Quodsi pendente conditione res tradita sit, emptor non poterit eam usucapere pro emptore, et quod pretii solutum est, repetetur, et fructus medii temporis venditoris sunt, sicuti stipulationes et legata conditionalia perimuntur, si pendente conditione res extincta fuerit. Sane si extet res, licet deterior effecta, potest dici, esse damnum emptoris*).

²² D. 18, 1, 8, pr.

²³ Según Arangio, esta caracterización de la *emptio rei sperata* como una venta bajo condición, es un hipótesis, ya que “pur rilevando che qui la condizione non si presenta come elemento accidentale di un negozio del quale siano in atto gli elementi essenziali, bensì come inerente al ricorrere o meno di un elemento essenziale, il che spiega ci sembra, l’atteggiamento riservato dei giuristi”, Arangio-Ruiz, Vincenzo, *La compravendita in diritto romano*, ristampa inalterata della seconda edizione, Napoli, 1978, vol. I, p. 118.

²⁴ Se habla en las fuentes de condición suspensiva y de condición resolutoria. Aquella la observamos en Dig. 35, 1, 79; Dig. 40, 4, 44. Esta se desarrolla en Dig. 18, 1, 3 y Dig. 18, 2, 2 pr.

²⁵ En cuanto a los negocios obligatorios de estricto derecho, como la estipulación y el legado, es oponible a través de la *exceptio pacti o doli*. Véase D. 44, 7, 44, 2. Paulo, *Comentarios al Edicto del Pretor*, libro LXXIV: Pero es condición eficaz la que se inserta al constituirse la obligación, no la que se pone después de perfeccionada ésta, por ejemplo: “¿prometes dar ciento, si la nave no hubiere venido de Asia?” Más en este caso, cumpliéndose la condición, habrá lugar a la excepción de pacto convenido o a la de dolo malo (*conditio vero efficax est, quae in constituenda obligatione inseritur, non quae post perfectam eam ponitur, velut: “centum dare spondes,*

eficacia el pacto mencionado y por consiguiente cesarán los efectos del negocio. Así, por ejemplo, en el caso de una compraventa con *in diem additio*, en donde ésta se entiende disuelta, si dentro de cierto tiempo el vendedor encuentra un comprador que ofrezca mejores condiciones que el primero.²⁶ Así pues, en la perspectiva romanística la condición resolutoria romana opera en forma de consecuencia.²⁷

Un desarrollo de la noción de condición en el derecho romano, debe partir del estudio de la condición suspensiva. De manera secundaria, se puede aludir a la condición resolutoria como base teórica de una noción general de la condición. Así pues, el análisis principal debe girar en torno a la condición suspensiva.

En el derecho romano la condición tenía un uso más restringido que en el derecho contemporáneo. No se podía pactar válidamente en todos los negocios.²⁸ El siguiente pasaje nos muestra las excepciones que presenta esta modalidad:

D. 50, 17, 77. Papinianus; libro XXVIII. Quaestionum. Actus legitimi, qui non recipiunt diem, vel conditionem, veluti emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adiectionem. Nonnunquam tamen actus suprascripti tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium afferunt; nam si acceptum feratur ei, qui sub conditione promisit, ita demum egisse aliquid acceptilatio intelligitur, si obligationis conditio extiterit; quae si verbis nominatim acceptilationis comprehendatur, nullius momenti faciet actum.

(D. 50, 17, 77. Papiniano; Cuestiones, libro XXVIII. “Los actos legítimos, que no admiten día, o condición, como la emancipación, la aceptilación, la adición de herencia, la opción de esclavo, la dación de tutor, se vician por completo con la adición de tiempo de condición. Pero a veces, los susodichos actos admiten tácitamente

nisi navis ex Asia venerit?” sed hoc casu existente conditione locus erit exceptioni *pacti conventi, vel doli mali*).

26 “A favor del venditore poteva l’assetto d’interessi essere subordinato a revoca o a condizione sospensiva: come nel caso de *in diem additio*, alla condizione che pervenisse al venditore, entro un dato termine, una offerta migliore”, Bettí, E., *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1962, vol. II, p. 219. Sobre el particular, véase D. 18, 2, 1; 7., y D. 41, 4, 2, 4.

27 Voci, P., *Istituzioni di diritto romano*, 3a. ed. rifatta, Milán, Giuffrè, 1954, p. 161.

28 Papiniano nos enseña en Dig. 50, 17, 77, las excepciones, es decir, los negocios que no pueden contener la cláusula accidental. Así, no admiten condición la *mancipatio*, la *acceptilatio*; la *hereditatis aditio*; la *servi optio*; la *datio tutoris*. Esta lista no es taxativa.

te circunstancias, que expresadas terminantemente producen vicio: porque si se le diera por recibido al que prometió bajo condición, se entiende que la aceptilación produjo algún efecto solamente si se hubiera cumplido la condición de la obligación, la cual si fuera comprendida determinadamente en las palabras de la aceptilación, hará de ningún valor el acto”).

Si bien se establece la regla general de los actos que no admiten condición, también se señala la posibilidad de que en determinadas circunstancias, los actos puedan ser viciados por la realización de la condición establecida. De tal suerte, podemos colegir que no admiten condición, la *mancipatio*, la *acceptilatio*, la *hereditatis aditio*, la *servi optio*, la *datio tutoris*. Esta enumeración no es exhaustiva, así por ejemplo, se señala la *expensilatio* como un negocio en donde no se puede insertar la condición.

Generalmente, la *condicio* se expresaba mediante una proposición introductoria como *si*, o *nisi*, y también por otras proposiciones, tales como *cum*, *ita* o *ut*. Los negocios que eran objeto de condición eran reputados *condicionales* o *sub condicione*; por el contrario, aquellos en los que no se introducía la condición, eran denominados *puri*. También, se usaron los adverbios *condicionaliter* e *pure*.

Hasta que el evento establecido en la cláusula sea o no cumplido, el negocio se encuentra en una situación de suspenso. El periodo en el cual es incierto si la condición se realizará o no se denomina con la fórmula *condicio pendet*. Por el contrario, cuando el evento se realiza estamos frente a una situación expresada con las palabras *condicio existit*. O cuando se sabe que no se realizará la condición encontramos la *condicio deficit*.

Puede darse el caso de que la condición no se cumpla pero que se considere como cumplida, como en el caso de que una de las partes quiera o actúe de modo que no se realice el acontecimiento ya que va en su interés (ULP. 2, 5; D. 50, 17, 161).²⁹ Es

²⁹ D. 50, 17, 161. El mismo, *Comentarios al edicto*, libro LXXVII: “Se admitió en derecho civil, que siempre que por aquel a quien le interesa que no se cumpla la condición, se hiciera de modo que no se cumpliera, se considera lo mismo que si la condición hubiese sido cumplida; lo que se extiende a la libertad y a los legados y a las instituciones de heredero; en cuyos casos se incurre también en las estipulaciones, cuando por el promovedor se hubiese hecho de modo que el estipulante no cumpliera la condición” (*In iure civili receptum*

así que arribamos al tema de la ficción del cumplimiento de la condición³⁰ en donde se considera realizada la condición, a pesar de que no se haya cumplido.³¹

En cualquiera de las variantes, suspensiva o resolutoria. Los romanos utilizan la expresión *condicio pendet* para referirse a la situación de incertidumbre.

La condición suspensiva presentó en el derecho romano situaciones de particular interés. Así, por ejemplo, si los efectos negociales se realizaban en la etapa suspensiva, la parte que tenía interés en que no se dieran las consecuencias, podía obtener la revocación, mientras estuviera la situación suspensiva.³²

También, si un acreedor *sub condicione* suspensiva actuaba contra su deudor (en este momento potencial), perdía la acción ya que pretendía un derecho aún no válido.

A partir de Constantino, encontramos cambios sustanciales en la concepción del negocio jurídico, que se reflejan notablemente en la teoría de la condición.

En resumen, podemos decir que la teoría de la condición en el derecho romano posee un dinamismo muy marcado, y fundamentalmente por la elasticidad de las diversas instituciones jurídicas.

est, quoties per eum, cuius interest, conditionem non impleri, fiat, quominus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset; quod ad libertatem, et legata, et ad heredum institutiones perducitur; quibus exemplis stipulationes quoque committuntur, quum per promissorem factum esset, quominus stipulator conditioni pareret).

30 Existe una abundante bibliografía sobre el particular, Grosso, Giuseppe, "Contributo allo studio dell'adempimento della condizione", *Memorie dell'Istituto giuridico*, Torino, R. Università di Torino, serie II, memoria VI, 1930; "Sulla volontarietà dell'impedimento al verificarsi della condizione", *Atti della R. Accademia delle Scienze di Torino*, vol. 65, 1930; "La finzione di adempimento nella condizione", *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Modena*, Modena, núm. 47, 1930.

31 Existen situaciones en que el ordenamiento jurídico considera cumplidas las condiciones, si bien no se han aún cumplido, por diversas razones, entre las que destacan, siguiendo las ideas de Donatuti, "I) quando colui che aveva interesse a che la condizione non si verificasse ne ha dolosamente impedito l'avverarsi; II) quando colui che doveva adempiere la condizione potestativa o mista ha fatto quanto era in lui per l'adempimento ma questo non si è avverato per circostanze esteriori, indipendenti dal suo volere; III) quando il terzo, la cui cooperazione era necessaria all'avverarsi della condizione, rifiuta detta cooperazione", Donatuti, G., *Sull'adempimento fittizio delle condizioni*, Milán, vol. II, 1977, p. 585.

32 D. 12, 6, 16. Pr.; D. 34, 3, 5, 2.

3. *Diversas clasificaciones de la condición*

Los romanos realizaron diversas clasificaciones en el tema de la condición. Esto, fundamentalmente, por las diversas circunstancias de los casos concretos.

- a) Una de las más importantes es la de condiciones positivas y condiciones negativas. Esta distinción se funda en la verificación o no de un cambio en el estado actual de las cosas. Si el acontecimiento establecido como condición constituye un cambio real, y por tanto éste produce la entrada en vigor del negocio, estamos ante una condición positiva. Por otra parte, si las partes establecen como fundamental un no-cambio en el negocio, encontramos la condición negativa. Tenemos que destacar que para determinar si la condición es positiva o negativa, no es necesario atender a la formulación de la cláusula, en términos positivos o negativos. Se tiene que observar la sustancia del acontecimiento.

A guisa de ejemplo, en la cláusula: “si tu continúas a mi servicio”, hallamos una ausencia de cambio en el negocio, a pesar de la formulación positiva del enunciado. Esta distinción la encontramos en Labeón, D. 45, I, 137, 7; y Papiniano D. 45, I, 115, I e 2. El problema que se presenta en esta clasificación es el que se refiere a la condición negativa y el momento en que se debe considerar su entrada en vigor. Así, la cuestión más importante para los juristas clásicos fue la de saber con exactitud cuándo debía considerarse cumplida o verificada la condición y, por ende, saber cuándo el negocio entraría en vigor.

- b) Otra denominación es la de condiciones casuales, potestativas o mixtas, que se refiere a si la verificación del evento establecido en la condición dependa del caso concreto, o bien de la voluntad de uno de los sujetos del negocio o de una mezcla de ambas. Esta terminología es considerada de raigambre justiniana; sin embargo, las fuentes demuestran el interés de los clásicos por estas condiciones y sus efectos en el negocio.

Fundamentalmente en los siguientes pasajes: D. 40, 5, 46, 4; D. 45, I, 17; y también en D. 29, 4, I, 8; D. 38, 16, I, 8.³³

Del análisis de los textos precedentes se colige la existencia de las condiciones potestativas y aquellas denominadas causales, cuyo acontecimiento central depende de un hecho natural o de la voluntad de un tercero. En la jurisprudencia romana clásica no encontramos referencias a la condición mixta.

La condición potestativa puede ser considerada desde dos perspectivas: desde la determinación de la parte negociar que otorga un derecho, o en su defecto, para precisar la parte contractual que debe cumplir una obligación. En cuanto a la primera hipótesis no surgen problemas dignos de comentarse. En la segunda tenemos que distinguir entre las diversas clases de condiciones potestativas, a saber, aquéllas donde se establece una carga para el deudor y en aquéllas donde se requiere para el cumplimiento de la condición, la voluntad del deudor (D. 18, I, 7, pr).³⁴

- c) En relación al cumplimiento, los juristas romanos en función a las disposiciones testamentarias sujetas a condición, distinguieron entre condiciones que pueden ser cumplidas *vivo testatore*; aquellas que pueden ser realizadas sólo *post mortem testatoris*, y finalmente, las que pueden ser cumplidas en vida o

33 Por su importancia, citamos: D. 45, 1, 17. *Comentarios a Sabino*, libro XXVIII. No es válida una estipulación ha D. 12, 6, 16. Pr.; D. 34, 3, 5, 2.

34 D. 18, I, 7, pr. *Comentarios a Sabino*, libro XXVIII: “Esta venta de un esclavo; ‘si hubiese formalizado las cuentas del señor a arbitrio’, es condicional; entonces se perfeccionan las ventas condicionales, cuando se hubiere cumplido la condición. ¿Pero esta es condición de la venta, si el mismo señor las hubiese juzgado a su arbitrio, o si a arbitrio de buen varón? Porque si entendiéramos el arbitrio del señor, la venta es nula, a la manera que si alguno hubiere vendido así, ‘si el quisiere’, o prometiera de este modo al que estipula, ‘si yo quisiere daré diez’; porque no debe dejarse al arbitrio del reo, si quedará obligado. Así pues, pareció bien a los antiguos, que esto se considere atribuido al arbitrio de buen varón, mas bien que al del señor; si pues, pudo recibir las cuentas, y nos las recibió, o las recibió, pero suponen que él no las recibió, se cumplió la condición de la compra, y el vendedor puede ser demandado por la acción de compra” (*Haec venditio servi, “si rationes domini computasset arbitrio”, conditionalis est; conditionales autem venditiones tunc perficiuntur, quam impleta fuerit conditio. Sed utrum haec est venditionis conditio, si ipse dominus putasset suo arbitrio, an vero, si arbitrio viri boni? Nam si arbitrium domini accipiamus, venditio nulla est, quemadmodum si quis ita vendiderit, “si voluerit”, vel stipulanti sic spondeat: “si voluero, decem dabo”; neque enim debet in arbitrium rei conferri, an sit obstrictus. Placuit itaque veteribus, magis in viri boni arbitrium id collatum videri, quam in domini; si igitur rationes potuit accipere, nec accepit, vel accepit, fingit autem se non accepisse, impleta conditio emtionis est, et ex emto venditor conveniri potest*).

a la muerte del testador (D. 35, I, 2; D. *Eod.* 10; D. *Eod.* II; D. *Eod.* 91).

d) Es necesario mencionar aquellas cláusulas negociales que en el derecho romano tenían una aplicación diversa a la de la condición, si bien contenían elementos familiares. Se les denominaba condiciones impropias a las cláusulas negociales que aunque teniendo la apariencia de condición, no presentaban sus características esenciales.

- Así, por ejemplo, las llamadas *condiciones iuris* o *tacitae*, que se establecen cuando el ordenamiento jurídico, independientemente de la voluntad de los sujetos negociales, establece la realización de un determinado evento para que el negocio produzca sus efectos. La doctrina clásica otorga el nombre de *condicio iuris* a aquellos actos que, aunque siendo ajenos al negocio, si bien vinculados de alguna manera, condicionan la eficacia por la naturaleza misma del negocio (por ejemplo, en el caso de la premoriencia del donante al donatario en la donación *mortis causa*, para que esta sea irrevocable); y también aquellos actos que modifican los efectos, ya que éstos son fundamentales en el caso concreto.³⁵

En el siguiente pasaje encontramos la *condicio iuris*. En donde deducimos que para los juristas romanos el concepto de *condicio iuris* se aplica a cualquier supuesto de validez del negocio.

35 Por ejemplo, en la dote, donde es necesario el matrimonio para que se haga efectiva la entrega de la misma. Esto lo encontramos, en: D. 23, 3, 68. Papiniano, *Cuestiones*, libro X: “La promesa de dote no será menos válida porque por ignorarlas en un principio el padre, no hayan existido las nupcias, si después hubiere consentido, pues toda promesa de dote contiene la obligación de futuro matrimonio. Porque también si la menor de doce años hubiera sido tomada por mujer como mayor, será reclamada tan pronto como en poder del mismo hubiere comenzado a ser mayor de dichos años; porque lo que vulgarmente se dice, que la promesa de dote se aplica únicamente a las primeras nupcias y que no subsiste la obligación, si después del matrimonio con otro se casara la mujer con aquel quien había prometido la dote, tiene lugar solamente cuando mediaran otras nupcias” (*Dotis promissio non ideo minus valebit, quod ignorante initio patre nuptiae non fuerint, si postea consensit, quum omnis dotis promissio futuri matrimonii tacitam conditionem accipiat. Nam et si minor annis duodecim ut maior deducta sit, tunc primum petetur, quum maior annis apud eundem esse coeperit; quod enim vulgatum est, dotis promissionem in primis duntaxat nuptiis destinari, neque durare obligationem, si post alterius matrimonium ei nubat, cui dotem promiserat, tunc locum habet quum intercesserint aliae nuptiae.*)

D. 35, 1, 21. *Iulianus libro XXXI. Digestorum. Multum interest, conditio facti, an iuris esset; nam huiusmodi condiciones: “si navis ex Asia venerit, si Titius Consul factus erit”, quamvis impletae essent, impediunt heredem circa adeundam hereditatem, quamdiu ignoraret, eas impletas esse. Quae vero ex iure veniunt, in his nihil amplius exigendum, quam ut impletae sint, veluti si quis se filium-familias existimat, quum sit pater-familias, poterit acquirere hereditatem; quare et ex parte heres scriptus, qui ignorat, an tabulae testamenti apertae sint, adire hereditatem poterit.*

(D. 35, 1, 21. Juliano; Digesto, libro XXXI. “Hay mucha diferencia entre que la condición sea de hecho, o de derecho; porque las condiciones de éste genero: ‘Si la nave hubiere venido de Asia si Ticio hubiere sido hecho cónsul’, aunque hayan sido cumplidas, le impedirán al heredero adir la herencia, mientras ignore que se cumplieran. Pero en las que provinieren del derecho no se ha de exigir nada más sino que hayan sido cumplidas, por ejemplo, si alguno se cree que es hijo de familia, siendo padre de familia, podrá adquirir la herencia; por lo cual, también podrá adir la herencia el heredero instituido en una parte, que ignora si se abrieron las tablas del testamento”).

Uno de los aspectos que debemos enfatizar, respecto a la *conditio iuris*, es su vinculación o semejanza con la *conditio tacita*, como viene llamada en algunos textos clásicos y justinianos (D. 23, 3, 21; D. 50, 17, 77 segunda parte). La *conditio tacita* no requiere ser explícitamente declarada por las partes, a diferencia de la *conditio iuris*, debe ser querida por las partes (D. 36, 2, 25, I; D. 35, I, 99).

La *conditio iuris* no es una condición sino una cláusula superflua³⁶ que se coloca cuando el autor del negocio considera realizar, en forma de condición suspensiva, un presupuesto de eficacia previsto como necesario para el ordenamiento jurídico, por ejemplo, una *dotis dictio*: *Si nubseris, doti tibi centum erunt.*

- La *conditio in praesens* o in *praeteritum concepta* (o *collata*), no es una condición,³⁷ ya que es la cláusula por medio de la

³⁶ Encontramos la *conditio iuris* en forma genérica en D. 35, 1, 21; D. 21, 1, 43, 10; en su relación con el legado y el tema de sucesiones, D. 36, 2, 22, 1. Véase además, D. 23, 3, 10, 4; 36; 37; 41, 1; D. 28, 7, 2; D. 30, 65, 1; D. 33, 1, 4; D. 35, 1, 107 y D. 28, 5, 70.

³⁷ Véase, D. 12, 1, 37; D. 28, 7, 10; D. 28, 3, 16; D. 12, 1, 39; D. 31, 45, 2; D. 35, 1,

cual los efectos negociales vienen supeditados a la subsistencia o insubsistencia de una circunstancia, de hecho presente o pasada, ignorada por quien cumple el negocio; por ejemplo, una estipulación con obligación de dar cincuenta, con la cláusula “si Cayo está vivo”; la institución de heredero de Tizio, con cláusula “si Cayo no fue electo cónsul el año pasado”.

- También podemos excluir del concepto romano de la condición, la llamada condición necesaria,³⁸ es decir, la cláusula que hace depender los efectos negociales de un acontecimiento futuro cierto. Así, por ejemplo, depender la eficacia del negocio diciendo “si Ticio muere...”. En realidad, esta cláusula es un término.³⁹

10, 1; D. 38, 2, 3, 13; D. 45, 1, 100; 120; y D. 12, 1, 38. A guisa de ejemplo, D. 28, 3, 16. Pomponio, *Comentarios a Quinto Mucio*, libro II: “Cuando en un segundo testamento instituímos heredero a uno que vive, ya puramente, ya bajo condición, si, no obstante se pudo cumplir la condición, aunque no se haya cumplido, se habrá roto el anterior testamento; pero importa mucho qué condición haya sido puesta, porque o se pone refiriéndose a lo pasado, o a lo presente, o a lo futuro. Se pone refiriéndose a lo pasado, por ejemplo: ‘Si Ticio fue cónsul’, y si esta condición es verdadera, esto es, si Ticio fue cónsul, el heredero fue instituido de modo que se rompa el anterior testamento, porque entonces sería heredero en virtud de este; pero si Ticio no fue cónsul, no se rompió el anterior testamento. Más si habiéndose instituido heredero la condición, fue escrita para el tiempo presente, por ejemplo: ‘si Ticio es cónsul’, produce el mismo resultado que, si lo fuera, puede ser heredero, y si rompe el anterior testamento, y, si no lo fuera, ni puede ser heredero, ni se rompe el anterior testamento. Más las condiciones referidas a lo futuro, si son posibles se habrán podido cumplir; y aunque no se hayan cumplido hacen que se rompa el anterior testamento, también si no se hubieren cumplido; pero si son imposibles, por ejemplo: ‘sea heredero Ticio, si tocare el cielo con el dedo’, se establece, que es lo mismo que si no hubiera sido escrita la condición, que es imposible” (*Quam in secundo testamento heredem eum, qui vivit, instituímus, sive pure, sive sub conditioe, si tamen conditio existere potuit, licet non extiterit, superius testamentum erit ruptum; multum autem interest, qualis conditio posita fuerit, nam aut in praeteritum concepta ponitur, aut in futurum. In praeteritum concepta ponitur, veluti: “si Titius consul fuit”, quae conditio si vera est, id est, si Titius consul fuit, ita est institutus heres, ut superius testamentum rumpatur, tum enim ex hoc heres esse; si vero Titius consul non fuit, superius testamentum non est ruptum. Quodsi ad praesens tempus conditio adscripta est herede instituto, veluti: “si Titius consul est”, eundem exitum habet, ut, si sit, possit heres esse, et superius testamentum rumpatur, si non sit, nec possit heres esse, nec superius testamentum rumpatur. In futurum autem collatae conditioes, si possibiles sunt, existere potuerunt; licet non extiterint, efficiunt ut superius testamentum rumpatur, etiam si non extiterint; si vero impossibiles sunt, veluti: “Titius, si digito aelum tetigerit, heres esto”, placet, perinde esse, quasi conditio adscripta non sit, quae est impossibilis).*

³⁸ Así, por ejemplo, D. 12, 6, 18; D. 35, 1, 79 pr.; D. 46, 2, 9, 1.

³⁹ En el Digesto 40, 4, 44, encontramos la distinción entre condición y modo. El Dig. 35, 1, 79 pr., se contraponen las figuras del término y de la condición. En Inst. 3, 15, 6, se excluyen las condiciones *in praesens vel in praeteritum collatae* del concepto de condición.

Finalmente, podemos mencionar las condiciones imposibles, donde el acontecimiento condicionante nunca se verificará. De acuerdo con la doctrina clásica estamos frente a la condición imposible, cuando el evento condicionante dista del orden natural de las cosas (Gai 3, 98). Así pues, el evento futuro es imposible originaria y permanentemente, y por tanto hace el contrato nulo. Junto a las condiciones imposibles encontramos contrapuestas las condiciones ilícitas; que pueden ser *contra ius* o *contra legem*, o porque *contra bonos mores*.⁴⁰ En éstas el acontecimiento puesto como condición, es física y jurídicamente realizable, sin embargo, su realización va en contra de las normas de orden público y moral (Inst. 3, 19, II y D. 28, 3, 16, *in fine*) y en derecho clásico hacían nulo el negocio de buena fe y eran invalidadas por el pretor a través de la *denegatio actionis* o *exceptio doli*,⁴¹ o por la *remisio* para aquellas condiciones que se insertaran en las disposiciones testamentarias.⁴²

40 D. 45, 1, 137, 6. Venuleyo, *Estipulaciones*, libro I: “Cuando alguno hubiera estipulado bajo esta condición, si Ticio hubiere vendido una cosa sagrada o religiosa, o un foro, o una basilica, y cosas de tal naturaleza que hayan sido dejadas a perpetuidad para los usos públicos, como de ningún modo se puede cumplir en derecho la condición, o a él no le es lícito hacer esto, la estipulación habrá de ser de ningún valor, lo mismo que si se hubiese puesto una condición que por naturaleza es imposible; y no importa al caso que se puede cambiar la condición de derecho, y hacer después posible lo que ahora es imposible; porque la estipulación debe ser estimada no según el derecho del tiempo futuro, sino conforme al del presente” (*Quum cuius sub hac conditione stipulatus sit, si rem sacram, aut religiosam Titius vendiderit, vel forum, aut basilicam, et huiusmodi res, quae publicis usibus in perpetuum relictæ sint, ubi omnino conditio iure impleri non potest, vel id facere ei non liceat, nullius momenti fore stipulationem, proinde ac si ea conditio, quae natura impossibilis est, inserta esset; nec ad rem pertinet, quod ius mutari potest, et id, quod nunc impossibile est, postea possibile fieri; non enim secundum futuri temporis ius, sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio*).

41 D. 35, 1, 71, 1. Papiniano, *Cuestiones*, libro XVII: “Se le dejaron ciento a Ticio para que tomase por mujer a Mevia, que es viuda; no se dispensará la condición, y por lo tanto tampoco se ha de dispensar la caución. A esta opinión no se opone que el pretor deniegue la acción, si alguno prometiera dinero, si no tomase por mujer a Mevia; porque una cosa es que con el temor de la pena, se quite la libertad de elegir matrimonio, y otra que se invite al matrimonio con cierta condición” (*Titio centum relicta sunt ita, ut Maeviam uxorem, quae vidua est, ducat; conditio non remittetur, et ideo nec cautio remittenda est. Huic sententiae non refragatur, quod, si quis pecuniam promittat, si Maeviam uxorem non ducat, Praetor actionem denegat; aliud est enim eligendi matrimonii poenae metu libertatem auferri, aliud ad matrimonium certa lege invitari*).

42 D. 28, 7, 7. Pomponio, *Comentarios a Sabino*, libro V: “Si alguno hubiese instituido herederos bajo esta condición, si recíprocamente se hubiese dado caución de que ellos devolverán los legados dejados en aquel testamento, se determina que se les remita la condición, porque tendería al fraude de las leyes, que vedasen que algunos recibiesen legados, aunque también si se hubiese dado caución habría de ser amparado con excepción en la misma acción, el que prometió” (*Si quis sub conditione heredes instituisset, si invicem cavissent, se legata eo testamento relicta reddituros, placet, remitti iis conditionem, quia ad fraudem legum*).

4. *La condición y su retroactividad*

Uno de los problemas más interesantes planteados por el estudio del negocio condicional en el derecho romano, es el de precisar la retroactividad o irretroactividad de sus efectos al cumplirse la condición.⁴³ En efecto, las diferentes concepciones respecto a la condición que encontramos en el derecho romano y sus etapas históricas, nos permite visualizar el desarrollo dogmático de la institución de marras. Sin embargo, consideramos que es pertinente revisar algunos pasajes de la jurisprudencia romana al respecto para saber si al realizarse la condición los efectos comienzan a producirse, o éstos deben operar en sentido retroactivo. A continuación veremos algunos pasajes romanos vinculados con nuestro tema.

Uno de los principales textos donde encontramos planteada la retroactividad y la cuestión de *solutio per errorem pendente condicione* es en:

D. 12, 6, 16, pr. Pomponius, libro XV. Ad Sabinum. Sub condicione debitum per errorem solum pendente quidem condicione repetitur, condicione autem existente repeti non potest.

(D. 12, 6, 16, pr. Pomponio; Comentarios a Sabino, libro XV. “Lo debido bajo condición, pagado por error, pendiente a la verdad la condición, se repite, pero no puede repetirse cumplida la condición”).

En este fragmento lo que más preocupa al jurista es la posibilidad o no de repetir lo pagado. La *pecunia* entregada por error, estando aún pendiente la condición, se hace desde ese momento del que la recibe, quien estará siempre obligado a devolverla mientras dure la pendencia de la condición o en el caso de que la

respiceret, quae vetarent, quosdam legata capere, quamquam et si cautum esset, in ipsa actione exceptione tuendus esset promissor).

⁴³ Existen diversos estudios que analizan el tema señalado. Véase, por ejemplo, Calonge, A., “En torno al problema de la retroactividad de la condición en el derecho clásico”, en varios autores, *Studi in onore di Edoardo Volterra*, Milán, Giuffrè, 1977, vol. III, pp. 143 y ss.; Betti, E., “La retroattività della condicio (facti o iuris) in diritto giustiniano”, en varios autores, *Scritti di diritto romano in onore di c. Ferrini*, Milán, 1946, pp. 477-502; Archi, G., “Il negozio sotto condizione sospensiva”, en varios autores, *Studi Betti*, Milán, 1962, t. II, pp. 31-69. Además, de que en la mayoría de los manuales de derecho romano se hacen referencias a nuestro tema.

condición no se cumpla. De otra manera, no estará obligado a devolver, si la condición se cumple. La condición no tiene en este pasaje otro efecto, más que el de establecer si se puede repetir o no lo pagado.

Hay otros casos en las fuentes, dentro del tipo de negocios obligacionales, que pudieran hacernos pensar que el cumplimiento de la condición lleva una cierta nota de retroactividad. Por ejemplo:

D. 39, 5, 2, 5. Si pecuniam mihi Titius dederit absque ulla stipulatione, ea tamen conditione, ut tunc demum mea fieret, quum Seius Consul factus esset, sive furente eo, sive mortuo Seius consulatum adeptus fuerit, mea fiet.

(D. 39, 5, 2, 5. “Si Ticio me hubiere dado dinero sin ninguna estipulación, pero con la condición de que solamente se haga mío cuando Seyo haya sido hecho cónsul, se hará mío, ora si Seyo hubiere alcanzado el consulado habiéndose vuelto loco aquél, ora si habiendo fallecido”).

En este caso, Cayo recibe el dinero de Ticio sin realizarse previamente la estipulación, por lo cual éste no intentará ninguna acción en contra de aquél para obtener la devolución del monto. Sin embargo, la posesión del dinero se ha transferido, pero no la adquisición de la propiedad, que se obtendrá después de la realización de la condición establecida, que consiste en que Seyo se convierta en cónsul, aunque el susodicho quedara loco o que muriera. Sin embargo, no hay tal retroactividad. En este supuesto de mutuo planteado por Juliano, la *condicio* opera simplemente: hecho cónsul Seyo, cumplida la condición, el dinero se hace mío aún después de haber muerto o resultado loco Ticio.

Otro caso interesante que confirma la tendencia justinianeana, lo encontramos en:

D. 20, 4, 11, 1. Gaius libro singulari de formula hypothecaria. Videamus, an idem dicendum sit, si sub conditione stipulatione facta hypotheca data sit, qua pendente alius creditit pure, et accepit eandem hypothecam, tunc deinde prioris stipulationis existat conditio, ut potior sit, qui postea creditisset? Sed vereor, num hic aliud sit dicendum; quum enim semel conditio extitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset; quod et melius est.

(D. 20, 4, 11, 1. *Gaius libro singulari de formula hypothecaria*. “Veamos, ¿se habrá de decir lo mismo, si se hubiera dado la hipoteca habiéndose hecho estipulación bajo condición, pendiente la cual otro prestó puramente, y recibió la misma hipoteca, y luego después se cumpliera la condición de la primera estipulación, de suerte que sea preferido el que hubiese prestado después? Pero, temo, que acaso aquí se haya de decir otra cosa; porque una vez que se cumplió la condición, se considera lo mismo que si se hubiese hecho sin condición al tiempo en que se interpuso la estipulación; lo que también es mejor”).

La cuestión central en este asunto es conocer el orden de prelación de la hipoteca constituida por un crédito bajo condición. Desde una perspectiva clásica, la hipoteca constituida como garantía del negocio condicional tiene efectos sólo a partir del momento en que la condición se verifica. Mientras que el pensamiento justiniano afirma que una vez que la condición se verifica, el negocio debe considerarse desde el inicio, como si la condición nunca se hubiese establecido. En síntesis, el texto afirma la retroactividad de la *condicio* en la frase “*cum enim semel condicio exstitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine condicione facta esset*”.⁴⁴ Para Betti, los compiladores justinianos recurrieron a la retroactividad para admitir la prioridad del *pignus* convencional constituido en pendencia de la condición.⁴⁵ En cambio, Vasalli considera interpolada la última frase del texto y, asimismo, supone que en el pasaje originario de Gayo la solución sería la anterioridad del *pignus* puro y simple.⁴⁶

Inst. III, 15, 4. Sub conditione stipulatio fit, quum in aliquem casum differtur obligatio, ut, si aliquid factum fuerit aut non fuerit, stipulatio committatur,

⁴⁴ Así, para Álvarez Suárez, *El negocio jurídico en derecho romano*, Madrid, 1954, p. 28, existe retroactividad en dicho pasaje. Para Calonge, *op. cit.*, nota 43, p. 149, no se puede decir que dicho texto confirme la irretroactividad de la condición en el derecho clásico, puesto que “solamente plantea una cuestión (particularmente interesante la construcción interrogativa indirecta) que el jurista resuelve al final, precisamente con la frase que se inicia con *sed vereor*, sin la que el texto aparecería mutilado y falto de sentido”.

⁴⁵ Betti, E., *op. cit.*, nota 43, pp. 490 y ss.

⁴⁶ Vassalli, “Dies vel condicio”, en varios autores, *Studi Giuridici*, Milán, 1960, t. I, p. 236.

veluti: "si Titius consul fuerit factus, quinque aureos dare spondes?" Si quis ita stipuletur: "si in Capitolium non ascendero, dare spondes?" perinde erit, ac si stipulatus esset, quum morietur, sibi dari. Ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem in heredem transmittimus, si, priusquam conditio existat, mors nobis contigerit.

(Inst. III, 15, 4. "La estipulación se hace bajo condición, cuando la obligación es diferida a algún caso, de modo que se verifique la estipulación, si se hubiere hecho o no alguna cosa, por ejemplo: '¿Si Ticio fuere hecho cónsul, ofreces espontáneamente darme cinco áureos?' Si alguno estipulare así: 'Si yo no subiere al Capitolio ofreces espontáneamente darme?', será lo mismo que si hubiese estipulado que se le dé cuando muriese. De la estipulación condicional nace tan sólo la esperanza de que habrá de deberse, y transmitimos esta esperanza al heredero, si nos hubiere sorprendido la muerte antes que se cumpliera la condición").

En este supuesto de estipulación bajo condición existe exclusivamente la esperanza que nazca un crédito. En efecto, el texto dice que se transmite la esperanza si la muerte nos sorprende antes de que la condición se verifique. Encontramos en este texto de inspiración justiniana que los efectos del negocio se realizan teniendo en cuenta la retroactividad de la condición.

Después del análisis de algunos pasajes de la jurisprudencia romana, podemos concluir, en lo que concierne a la retroactividad de la condición, que el sistema clásico establecía una intransmisibilidad de las relaciones jurídicas colocadas bajo condición, principio que fue superado por los juristas justinianos que colocan como fundamental la retroactividad de ésta y todos sus efectos jurídicos.

Una de las preguntas que surgen de esta exposición: cuál es la razón de la concepción de la retroactividad en la época clásica y la justiniana. Podemos decir que contribuyó a esta nueva forma de concebirla, entre otras, por el cambio de la noción de contrato. Es decir, los juristas justinianos tienen una visión diversa del contrato; lugar preponderante en esta nueva postura es el papel esencial que se da a la *voluntas contrahentium* en todos los textos y en todas las partes de la compilación; por ello, la creación de una amplia categoría del *creditor condicionalis* en los textos presentados anteriormente. Es indudable que para los maestros bizantinos el

contractus, aunque tenga inserta la cláusula condicional, sea válido jurídicamente en cuanto expresión de la voluntad de las partes. Además, aludiendo a la teoría bizantina del negocio jurídico, encontramos que el elemento más importante es la manifestación de la voluntad, y por tanto se considera el negocio condicional válido, pero con la eficacia en suspenso.⁴⁷

En resumen, y después de un breve estudio de las fuentes más importantes, podemos afirmar que la opinión que hoy prevalece sobre la retroactividad, es que la condición cumplida sólo produce efectos retroactivos en el derecho justinianeo.⁴⁸ Sin embargo, ésta y otras cuestiones afines no pueden ser resueltas o concebidas de manera general, o con un criterio unitario. Cuando menos, a ello se opone una intrincada casuística, una serie de numerosas decisiones particulares sobre las que ha elaborado la mano del compilador en una razón y medida que escapa a una fácil discriminación por parte nuestra.

5. *La situación pendente condicione*

Después de haber hecho una breve exposición, enfatizando los aspectos más trascendentales para la elaboración de algunos principios fundamentales en lo que concierne a la condición, nos detendremos en un tema que, a nuestro parecer, resulta de vital importancia por las implicaciones casuísticas y jurídicas que conlleva: la situación *pendente condicione*.

El negocio jurídico sujeto a condición (*pendente condicione*), no produce inmediatamente los efectos buscados por las partes. Esta problemática la encontramos contemplada desde las XII Tablas. Así, el siervo manumitido en un testamento sujeto a condición, es esclavo del testador mientras no se cumpla el acontecimiento establecido (Ep. Ulp. 2, 2; Gayo 2, 200).⁴⁹ Por otra parte, en los negocios establecidos bajo condición de un derecho real, el prin-

47 Archi, G., *op. cit.*, nota 43, p. 67.

48 Para corroborar nuestro aserto véase, Kunkel, J., *Derecho privado romano*, p. 123; Calonge, *op. cit.*, nota 43, pp. 143 y ss.

49 En lo que se refiere al caso del esclavo, véase: D. 40, 1, 11. Paulo, *Comentarios al edicto*, libro LXIV: "Al esclavo, que fue legado bajo condición, no lo hace libre el heredero manumitiéndolo entretanto" (*Servum, quò sub conditione legatus est, interim heres manumittendo liberum non facit*).

cipio general y aceptado por la jurisprudencia romana, es que *pendente condicione*, nada viene constituido: el antiguo propietario detenta aún el derecho real (D. 10, 2, 12, 2). Por cuanto concierne a los negocios de naturaleza obligacional, se afirma que la relación jurídica se considera inexistente, por lo que el potencial deudor no puede ser llamado a juicio, y el eventual pago por parte suya resulta pago de lo indebido y, por consiguiente, repetible.⁵⁰ Así, se dice que los requisitos establecidos para el nacimiento del negocio deben subsistir al cumplimiento de la condición.⁵¹ En este supuesto de negocios de naturaleza personal, la expectativa de obligación puede constituir objeto de novación o de *acceptilatio*.⁵²

50 D. 20, 1, 13, 5. Marciano, *Comentarios a la fórmula hipotecaria*, libro único: “Si se hubiere obligado la hipoteca por razón de lo debido bajo condición, se ha de decir, que no se demanda convenientemente antes de cumplida la condición, pues nada se debe mientras tanto; pero si se hubiere cumplido la condición de lo debido bajo condición, podrá demandar de nuevo. Más si la deuda fuera de presente y la hipoteca bajo condición, y antes de cumplida la condición se ejercitara la acción hipotecaria, ciertamente es verdad que no se pagó la deuda, pero es injusto que se quite la hipoteca; y por ello se han de imponer a arbitrio del juez estas cauciones: ‘si se hubiere cumplido la condición y no se pagase la deuda, que se restituya la hipoteca, si existiera’” (Si sub conditione debiti nomine obligata sit hypotheca, dicendum est, ante conditionem non recte agi, quum nihil interim debeatur; sed si sub conditione debiti conditio venerit, rursus agere poterit. Sed si praesens sit debitum, hypotheca vero sub conditione, et agatur ante conditionem hypothecaria, verum quidem est, pecuniam solutam non esse, sed auferri hypothecam iniquum est; ideoque arbitrio iudicis cauciones interponendae sunt: “si conditio extiterit, nec pecunia solvatur, restitui hypothecam, si in rerum natura sit”).

51 D. 45, 1, 31. Pomponio, *Comentarios a Sabino*, libro XXIV: “Si bajo condición yo estipulara una cosa mía, es útil la estipulación, si no fuera mía al tiempo de cumplirse la condición” (Si rem meam sub conditione stipuler, utilis est stipulatio, si conditionis existentis tempore mea non sit).

52 D. 46, 2, 14, 1. Ulpiano, *Disputas*, libro VII: “Más si para hacer novación, alguno estipulara puramente lo que se debe bajo condición, ni aún entonces hace ciertamente desde luego la novación, aunque parezca que la estipulación pura produjo algún efecto, sino que hará la novación cuando se hubiere cumplido la condición; porque la condición al cumplirse da efecto a la primera estipulación y transfiere a la segunda el efecto de aquella. Y por esto, si acaso hubiere sido deportada, estando pendiente la condición la persona del prometer, escribe Marcelo, que ciertamente ni cumpliéndose la condición se verifica novación alguna, porque ahora, cuando se cumplió la condición, no hay persona que se obligue” (Sed si, quod sub conditione debetur, pure quis novandi causa stipuletur, nec nunc quidem statim novat, licet pura stipulatio aliquid egisse videatur, sed tunc novabit, quum extiterit conditio; etenim existens conditio primam stipulationem committit, commissamque in secunda transfert. Et ideo si forte persona promissoris pendente conditione fuerit deportata, Marcellus scibit, ne quidem existente conditione ullam contingere novationem, quoniam nunc, quum extitit conditio, non est persona, quae obligetur).

En la época clásica, el pretor concede medidas cautelares para tutelar la expectativa jurídica de quien será el beneficiario de los efectos de la condición.⁵³

Uno de los pasajes más interesantes, por su explícita referencia a la situación referida de la *pendente condicione*, es el D. 18, 6, 8 pr.,⁵⁴ donde Paulo nos señala ciertos matices referidos a la compraventa y el riesgo, donde podemos rescatar algunos principios vinculados con nuestro tema. El primer punto es saber si la compraventa está perfeccionada o no, ya que de estar configurado el contrato y sus elementos, todas las consecuencias se realizan para las partes. En cambio, si la venta aún se halla en suspenso, los efectos de la *condicio pendens* son cruciales. Por ello, si durante este lapso murieren alguno de los contratantes, vendedor o comprador, los herederos quedan obligados al verificarse la condición, como si la compraventa se hubiera realizado anteriormente. También si

53 D. 42, 4, 11. Paulo, *Comentarios a Plaucio*, libro VIII: “Si a un hijo de familia se le hubiera dejado bajo condición a un legado o un fideicomiso, se ha de decir, que tanto el como su padre han de ser puestos en posesión, porque ambos tiene la esperanza de una utilidad” (*Si filiofamilias legatum vel fideicommissum sub condicione relictum sit, dicendum est, tam ipsum, quam patrem in possessionem mittendos esse, quia ambo spem commodi habent*).

54 D. 18, 6, 8, pr.; Paulo, *Comentarios al Edicto*, libro XXXIII: “Es necesario saber, cuándo se haya perfeccionado la compra; pues entonces sabremos de quien sea el riesgo, porque, perfeccionada la compra, el riesgo corresponderá al comprador. Y si respecto a lo que se hubiere vendido apareciera que sea, de que calidad, cuanto y su precio, y se vendió puramente, la compra está perfeccionada. Pero si la cosa hubiere sido vendida bajo condición, si verdaderamente faltare la condición, no hay compra alguna, así como tampoco estipulación; pero si se hubiere cumplido, dicen Próculo y Octaviano, que el riesgo es del comprador; y lo mismo aprueba Pomponio al libro noveno. Más si pendiente la condición hubiere fallecido el comprador o el vendedor, consta que si se cumpliere la condición, también están obligados los herederos, cual si la compra se hubiere ya celebrado anteriormente. Pero si la cosa hubiere sido entregada pendiente la condición, no podrá el comprador usucapirla como comprador, y se repetirá el precio que se pagó, y los frutos del tiempo intermedio son del vendedor, así como se extinguen las estipulaciones y los legados condicionales, si pendiente la condición hubiere perecido la cosa. Pero si existiera la cosa, aunque se haya deteriorado, puede decirse que el daño es del comprador” (*Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio; tunc enim sciemus, cuius periculum sit, nam perfecta emptio periculum ad emptorem respiciet. Et si id, quod venerit, appareat, quid, quale, quantum sit, sit et pretium, et pure veniit, perfecta est emptio. Quodsi sub condicione res venerit, si quidem defecerit conditio, nulla est emptio, sicuti nec stipulatio; quodsi exiterit, Proculus et Octavenus emptoris esse periculum aiunt; idem Pomponius libro nono probat. Quodsi pendente condicione emptor vel venditor decesserit, constat, si exiterit conditio, heredes quoque obligatos esse, quasi iam contracta emptio in praeteritum. Quodsi pendente condicione res tradita sit, emptor non poterit eam usucapere pro emptore, et quod pretii solum est, repetetur, et fructus medii temporis venditoris sunt, sicuti stipulationes et legata condicionalia perimuntur, si pendente condicione res extincta fuerit. Sane si extet res, licet deterior effecta, potest dici, esse damnum emptoris*).

el comprador recibiera la cosa, pendiente la condición, no podrá usucapirla como comprador. Según Arangio-Ruiz, la regla más importante para el derecho clásico era la continuidad de la relación jurídica hacia los herederos.⁵⁵

Ahora pasamos a comentar brevemente el cambio cualitativo que sufre la condición en la época posclásica, que podemos ubicar históricamente a partir de Constantino. En ésta, el uso de la condición se generaliza como cláusula contractual y se utiliza en cualquier acuerdo contractual. Esto es cierto, al grado de que la condición se fusiona con la noción de modo.

6. *Algunos casos prácticos*

El mundo jurídico necesita materializar sus preceptos y sistemas teóricos. Por ello, creemos conveniente la anotación de las características de diversas figuras, como la estipulación penal, la compraventa bajo condición, contrato bilateral por antonomasia, etcétera; en donde señalaremos sus características y su vinculación con el mundo de los contratos. El espacio de este trabajo impide el análisis de la condición, en otros campos jurídicos, como en el de las sucesiones, en donde destaca el legado bajo condición.⁵⁶

A. *La estipulación penal*

Es unánime la doctrina respecto a la importancia que reviste la estipulación en el contexto de la romanista, y más aún, dentro

⁵⁵ “Ed ecco seguire una regola che, per quanto avversata, è generalmente ritenuta conforme al diritto classico; che cioè, se *pendente condicione* muore una delle parti del contratto, il rapporto continua negli eredi; regola, peraltro, che col problema del rischio non ha direttamente a che fare, e nella formulazione della quale Paolo sembra dimenticare che stava svolgendo la teoria dell'*emptio perfecta*, ritornando invece alla normale terminologia della compravendita *contracta* o non *contracta* (quasi iam *contracta*, e non *perfecta*!, *emptio in praeteritum*)”, Arangio-Ruiz, Vincenzo, *La compravendita in diritto romano*, ristampa inalterata della prima edizione, Napoli, 1980, vol. II, p. 261.

⁵⁶ Existen varias referencias jurisprudenciales, D. 30, 84 pr.; D. 30, 84, 1; D. 30, 122, 2; D. 31, 54; D. 35, 2, 65; D. 35, 2, 65; D. 30, 49, 8 y 9; D. 30, 66; D. 32, 11, 15. Véase, Grosso, Giuseppe, *I legati nel diritto romano (parte generale)*, 2a. ed. ampl., Torino, 1962, pp. 39-67.

de la configuración del negocio jurídico.⁵⁷ Genéricamente, podemos decir que la estipulación es el negocio que se realiza entre dos partes, en donde una de ellas, llamada estipulante —el acreedor (*stipulator* o *reus stipulandi*)— dirige a la otra llamada promitente —el deudor (*promissor* o *reus promittendi*)— una pregunta formal o solemne, con miras a dar, hacer, o no hacer determinada actividad, y la parte que responde debe hacerlo inmediatamente, en forma oral, afirmativa y congruentemente.⁵⁸

Si bien los autores han elaborado toda una teoría respecto a la estipulación y sus múltiples aplicaciones en la casuística romana, nosotros nos limitaremos a la exposición de la estipulación penal, como una de las posibles formas que puede adoptar la condición, y sobre todo por la importancia que tiene en el derecho contemporáneo, así como por la importancia económica que otorga su uso en los contratos.⁵⁹ Vale la pena subrayar que nuestra referencia es tangencial y de ninguna manera pretende agotar toda la problemática de este amplio tema.

Guzmán Brito abre la posibilidad de indagar de esta manera la estipulación penal.⁶⁰ Por ello, es válido afirmar que la estipulación penal es una forma de estipulación condicionada, que consiste en prometer una determinada cantidad de dinero⁶¹ denominada precisamente pena, en el caso de no cumplirse otra prestación de dar, hacer o no hacer por parte del promitente, o de

57 A guisa de ejemplo, citamos las líneas de Arangio-Ruiz, *op. cit.*, nota 55, p. 323, “la stipulazione, o *verborum obligatio* in senso stretto, fulcro del sistema contrattuale romano. E non soltanto come capace di realizzare, nel campo delle obbligazioni, qualunque intento pratico, ma anche come mezzo preferito per attuare o rafforzare la tutela giuridica delle più varie relazioni”.

58 Pomponio nos dice en D. 45, 1, 5, 1, “la estipulación es una fórmula de palabras con la quien es interrogado responde que dará o hará aquello que se le interrogó” (*stipulatio autem est verborum conceptio quibus is, qui interrogatur, daturum facturumve se, quod interrogatus est, responderit*).

59 Bonfante, *op. cit.*, nota 9, p. 431, “l’ostacolo connesso alla necessità d’un interesse patrimoniale aggirato col ricorso ad una stipulazione penale (*stipulatio poenae*), una *stipulatio* con la quale si prometteva una certa somma di denaro, appunto una *poena*, per l’eventualità che la prestazione non venisse effettuata nel tempo convenuto”.

60 Guzmán Brito, Alejandro, *Derecho privado romano*, Santiago de Chile, 1996, t. II, pp. 42-46.

61 No así una cosa. Véase D. 45, 1, 97 pr.; D. 45, 1, 126, 3.

no llevarse a cabo dentro de cierto término.⁶² La falta de cumplimiento de la prestación, o el cumplimiento retardado, constituyen la condición para entregar la cantidad de dinero prometida.

Existen dos tipos de *stipulatio poenae*: las llamadas propias y las impropias. En la propia encontramos dos estipulaciones que serían del siguiente tenor, “¿prometes que me será dado Rómulo?, si no lo hicieres, ¿prometes que se dará siete millones de sestercios?”.⁶³ Se observa, que la primera estipulación es simple, que en este caso es la principal; la segunda sería la estipulación penal. En este supuesto, en caso de no cumplirse la primera se realizaría la condición necesaria para exigir el pago de la pena. Al contrario, al realizarse el pago en la forma acordada imposibilita el pago de la pena, ya que no se cumplió con la condición requerida. Ahora, si se diera la falta de la primera, teóricamente el estipulante tendría la posibilidad de exigir el pago de las dos estipulaciones, sin embargo el pretor mediante la *exceptio doli* protegió al promitente, y así sólo estaría constreñido al pago de una de las dos estipulaciones.⁶⁴ Así se concluye que para el derecho pretorio las acciones no se pueden acumular y son alternativas.

En lo que refiere a la estipulación impropia encontraríamos esquemáticamente la siguiente oración, “si no dieras tal predio, ¿prometes que será dado tanto?”.⁶⁵ De tal forma, si el promitente no cumpliera con la primera parte del enunciado, automáticamente se vería obligado a pagar la pena estipulada. Encontraríamos que el promitente sólo tendría que pagar el dinero y no cumplir con la primera estipulación.⁶⁶

62 Para Ronga, la cláusula penal es una convención accesoria, “colla quale il debitore promette una prestazione da effettuarsi, nel caso che non eseguisca la obbligazione asunta o ne ritardi la esecuzione”, Ronga, *op. cit.*, nota 13, p. 67.

63 D. 45, 1, 115, 2.

64 D. 44, 4, 4, 7.

65 D. 44, 7, 44, 5; D. 45, 1, 115, 2.

66 D. 44, 1, 115, 2. Guzmán Brito, Alejandro, *op. cit.*, nota 60, p. 43, dice sobre este punto, “éste es un caso de lo que llamamos ‘obligación facultativa’ o con ‘*facultas solutionis*’”. En el ejemplo, pues, sólo la cantidad está *in obligatione*, si bien ésta y el fundo *in solutione*.

B. *La compraventa*

No existe una teoría general de la compraventa bajo condición, ya que los juristas romanos buscaban la solución a los casos concretos evitando la elaboración de principios generales. Por ello, podemos decir que las principales figuras de la compraventa bajo condición son:

- a) *In diem addictio*. Es una cláusula en virtud de la cual, el vendedor puede en un determinado lapso aceptar una mejor oferta y descartar por ello la primera.⁶⁷ Así encontramos que la compraventa se podía pactar bajo una condición suspensiva negativa, “la venta tendrá sus efectos, sólo si dentro de un término, el vendedor no ha recibido una mejor oferta de precio”, o bien, la compraventa se realizaba no condicionada, pura, pero se añadía un pacto de resolución condicionado suspensivamente. Así encontramos que la compraventa es eficaz inmediatamente, pero se establece, con el mencionado pacto, que se escindirá el contrato si el vendedor dentro de un plazo recibe una oferta mejor.⁶⁸
- b) *Lex commissoria*. Es una cláusula mediante la cual el vendedor, si en cierto plazo no ha sido hecho el pago, puede considerar el contrato como no realizado,⁶⁹ o más específicamente, el comprador se obligaba a devolver la mercancía si en determinado tiempo no hubiese pagado el precio, o completado el pago del precio.⁷⁰ Ulpiano nos enseña que en la práctica, la *lex commissoria* se insertaba en una compraventa pura acom-

67 D. 18, 3.

68 Respecto a la primera hipótesis, Ulpiano habla de *emptio condicionalis*; en la segunda, de *pura emptio* bajo *sub condicione resolutor* (D. 18, 2, 2 pr.). Según Albanese, el segundo supuesto “fu assai più comune: compravendita non condizionata, con patto di risoluzione aggiunto sospensivamente condizionato”, Albanese, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, 1982, p. 328.

69 Según Arangio, las cláusulas *in diem addictio* y *lex commissoria* representan especies de la condición resolutoria; Arangio-Ruiz, *op. cit.*, nota 23, p. 89.

70 Como ejemplo, véanse los siguientes textos: D. 18, 3; D. 4, 4, 38 pr.; D. 18, 1, 6, 1; D. 18, 5, 10 pr.; D. 19, 1, 13, 26, 51, 1; D. 19, 2, 22 pr.; D. 41, 4, 2, 3; D. 43, 24, 11, 13; D. 44, 3, 2; 6, 1.

pañada de un pacto resolutivo condicionado suspensivamente y en relación con un término.⁷¹

- c) *Pactum de retroemendo* y *pactum de retrovendo*. En el primer supuesto, el vendedor se reservaba en ciertas situaciones y en cierto tiempo, el derecho de volver a comprar aquella cosa que había vendido hoy.⁷² En el segundo caso, el comprador puede volver a vender al vendedor la cosa objeto del contrato original, si se verifica una condición suspensiva. En ambos casos, el derecho establecido para la compra o venta de la cosa vendida se establecía con limitaciones y a un determinado plazo, o bien sin ninguna disposición temporal.⁷³

III. DERECHO INTERMEDIO

1. *Nociones preliminares*

El estudio de la condición y término en el derecho intermedio, resulta interesante para observar la influencia de la romanística en la teoría de las modalidades contractuales. Además, para evidenciar el proceso histórico de dichas figuras, y sobre todo para observar el caudal de razonamientos que cubrieron los diferentes textos romanos. Es decir, colocar en su justa dimensión, la titánica labor de los jurisconsultos para despertar el *espíritu del derecho romano*. Queremos mencionar, quizá a manera de digresión, la huella histórica que dejó en el estudio del derecho y para el desarrollo de su dogmática, el rescate del derecho romano en el medioevo. A diferencia de algunos, que consideran el medioevo como una región oscura de la historia del hombre, la época medieval constituye para el derecho una nueva oportunidad para su estudio y su aplicación. De tal suerte, no es obsoleto el estudio de las mo-

⁷¹ D. 18, 3, 1.

⁷² Según Bonfante, “minore rilievo ebbero il patto cosiddetto *de retroemendo*, con cui il venditore si riservava di ricomprare la cosa a certe condizioni ed entro un certo termine, e il *pactum* cosiddetto ‘protiméseos’, con cui il compratore si impegnava, se avesse deciso di rivendere la cosa, a preferire il venditore”; Bonfante, *op. cit.*, nota 9, p. 490. Véase, respectivamente, C. I. 4, 54, 2; y D. 19, 1, 21, 5.

⁷³ Véase, D. 20, 5, 7 pr.; C. I. 4, 54, 2 (222); C. I. 4, 54, 7 y D. 19, 5, 12.

dalidades contractuales en ésta época histórica. Si bien este campo de estudio es amplio por los múltiples matices que se presentan en su desarrollo dogmático, nosotros daremos especial atención a los elementos accidentales en la configuración del contrato. Efectivamente, nuestra tarea principal es la de esbozar un cuadro más o menos general sobre las modalidades contractuales para la elaboración de un “código civil tipo”. Por ello, nuestro estudio obviará detalles históricos y se encaminará fundamentalmente a la evolución de los principios generales de las citadas modalidades. Además, es pertinente subrayar nuestro interés por rescatar y conocer los principios que deberían regir en la configuración de una teoría general del contrato.

La importancia de la teoría romana en la teoría de las modalidades contractuales es indiscutible. Hasta el día de hoy, dichos accidentes se nutren de la casuística romana, pero sin dejar de destacar la trascendencia de la labor de los juristas del medioevo. Naturalmente, es imposible valorar la influencia real de los glosadores, ya que las diversas figuras objeto de nuestro estudio no tuvieron un análisis sistemático. Así pues, nuestra tarea principal es la de llamar la atención sobre este fenómeno de recepción del derecho romano en diferentes latitudes, pero fundamentalmente en el llamado nuevo mundo.⁷⁴ Si bien los sistemas jurídicos latinoamericanos han sido objeto de controversia, desde la perspectiva de su uniformidad o armonía es destacable la *unidad* que encontramos en el ámbito del derecho privado. Si bien existen por doquier detractores de la romanística, es indudable su huella en las diferentes instituciones de derecho privado, llámese propiedad, obligaciones, derecho hereditario, etcétera.

De esta manera, pretendemos ubicar y conocer los diferentes estadios por los que ha deambulado la teoría de las modalidades.

⁷⁴ En este orden de ideas Grosso afirma: “Dans cette variété de perspectives, dans les problèmes typiques élémentaires, dans leurs rapports avec les schémas élémentaires, dans la souplesse avec laquelle ces problèmes se posent dans l’histoire, dans la façon même avec laquelle on forge ces schémas, dans la relativité des nivellements qui ont abouti aux conceptions générales, consiste ce qui est vivant dans l’héritage par la législation des plus différents pays”, Grosso, Giuseppe, “La conception du contrat dans le droit romain et son influence dans les droits modernes”, en varios autores, *Les actes du colloque organisé par la Faculté de Droit et d’Administration de l’Université de Varsovie*, Varsovia, 1978, p. 99.

Por esto, hemos considerado pertinente analizar someramente algunas fuentes de derecho intermedio latinoamericano, para señalar el enlace entre el derecho intermedio y nuestro derecho. Sin lugar a duda, esta tarea presentará notables defectos por su ambición y por la escasez de trabajos que preceden a nuestro estudio, pero nuestra finalidad principal es la de abrir la brechas para ulteriores estudios en esta materia.

2. *La condición en el derecho intermedio*

El estudio de la condición no tiene antecedentes notables en el derecho preirmeriano,⁷⁵ sin embargo, la continuidad de dicha tradición jurídica hasta nuestros días es posible gracias al desarrollo de la ciencia jurídica que se realizó debido a la labor intelectual de los glosadores y sus posteriores seguidores. En las siguientes líneas, si bien escuetas, esbozaremos un cuadro general de la condición en el derecho intermedio. Además nuestra investigación no se agota en el derecho europeo, sino que va más allá, es decir, al derecho indiano y su influencia en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos.

Es lugar común afirmar que el derecho romano tiene una influencia intrínseca en el derecho contemporáneo. Pero dicha afirmación es parcial si se soslaya la actividad de los juristas de la época medieval, y su importancia como puente entre el derecho romano y el derecho moderno. Efectivamente, la actividad de dichos juristas no se limitó a describir los postulados del derecho antiguo, sino en muchos casos se plantearon nuevos aspectos ju-

⁷⁵ Leicht, Silverio, *Il diritto preirmeriano*, Bologna, 1933, pp. 25-26. es hasta el estudio de los glosadores donde encontramos un desarrollo cualitativo en lo que respecta a la condición. Fundamentalmente, los juristas medievales analizaron dicha modalidad centrandó su atención en las disposiciones de última voluntad y en el área de las obligaciones. Como es sabido los glosadores se encargaron de comentar las disposiciones del derecho justinianó y especialmente del *Corpus Iuris Civilis*. El estudio de la condición en la historia del derecho presenta notas peculiares. Si bien, en el derecho romano no encontramos una teoría general de esta modalidad, amén de que los romanos se caracterizaban por su pragmatismo en el caso concreto y en la ausencia de "teorizaciones", si podemos hablar de ciertos principios o categorías fundamentales. En efecto, a través del análisis de la controversia particular, hallamos diversas directrices. En resumen: del derecho romano y su casuística, se desprende una noción de la *conditio*.

rídicos. Sin embargo, en materia de condición no encontramos cambios sustanciales a los planteados por los juristas romanos. Esto no obsta, para decir que los primeros pasos de la “sistematización” de la teoría de los pueblos mesoamericanos, la actividad de reconstruir y sentar las bases jurídicas de los nuevos territorios tuvieron como primer objetivo establecer un orden y disipar esa incertidumbre que reinaba en los nuevos territorios. Así pues, Latinoamérica se presentó como objeto de disputas y de controversias, en diversos órdenes, ya sea en el político, en el religioso e indiscutiblemente en el ámbito religioso. En materia de derecho privado, la legislación que se utilizó es la de la corona española.⁷⁶ Empero, el conjunto de leyes que tuvieron una influencia indiscutible son las denominadas Leyes de Partidas.⁷⁷ A pesar de su rai-gambre romanista, es necesario recordar que en nuestra naciente América, el derecho romano se aplica como doctrina o como una “razón superior”.⁷⁸

En este apartado observaremos los aspectos más relevantes en materia de modalidades, sobre todo, aquéllas referidas a la condición.

76 Según García-Gallo, A., “La ciencia jurídica en la formación del derecho”, en varios autores, *La formazione storica del diritto moderno in europa*, Firenze, 1977, t. I, p. 351, “siendo el Derecho privado de Hispanoamérica el mismo de Castilla en los siglos XVI al XIX, salvo ligeras variantes en orden a su aplicación, no existe una literatura jurídica especializada”.

77 La impronta romanista que tiene las *Siete Partidas* es notable. En este orden de ideas, Guzmán Brito, A., “Historia de las nociones de ‘derecho común’ y ‘derecho propio’”, en *Homenaje al profesor Alfonso García-Gallo*, Madrid, 1996, t. I, p. 231, expresa que “la misma glosa de Gregorio López a las *Partidas* fue una interpretación romanista del célebre código, el cual por otro lado, en sí mismo era un cuerpo de Derecho Romano (medieval), aunque formalmente tuviera el carácter de derecho real”. Existen diversas compilaciones del derecho real que tuvieron notable influencia en el derecho indiano. Según García y García, A., “Derecho histórico y derecho moderno en España”, en varios autores, *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Firenze, t. II, p. 891, “la actividad compilatoria en Castilla durante la Edad Moderna se polariza en torno a cuatro momentos estelares: las *Ordenanzas de Castilla* de Alfonso Díaz de Montalvo, la *Nueva Recopilación*, la *Novísima Recopilación* y la codificación de finales del siglo pasado”.

78 De esta manera, cuando las Indias Occidentales fueron incorporadas a la corona de Castilla, la tendencia dominante en ese reino era la ya recordada antes, de regir *pro ratione* del derecho romano, unida al despojo sufrido por éste de su antiguo carácter de ‘común’, si bien las cosas continuaron de hecho en el mismo estado en que las habían dejado los bartolistas. En principio, ese esquema se trasladó a las Indias, donde el derecho romano del *Corpus Iuris Civilis* y la ciencia de los glosadores y comentaristas recibieron el tratamiento de doctrina, mientras que el derecho real obtuvo el de norma vigente y positiva. Véase, Guzmán Brito, A., *op. cit.*, nota 77, p. 240.

3. *La condición en las Siete Partidas*

Las *Siete Partidas* no tienen un apartado específico que se refiera a la condición en materia de obligaciones o contratos. En materia de testamento encontramos la partida sexta, título IV, que se refiere a las “condiciones que pueden ser puestas cuando se establecen los herederos en los contratos”.⁷⁹

79 Citamos a continuación la parte relativa: “Sexta Partida. [/] Título III, De las condiciones que pueden ser puestas quando establesen los herederos en los testamentos. [/] Condiciones pone los omes alas vegadas en fus testamentos, e mayorméte en aquel lugar do establesen los herederos. E pues que en el título ante deste fablamos de los establesimientos dellos, qremos aquí dezir de las condiciones que puede ser y puestas. E mostraremos que quiere dezir condicion. E quantas maneras son dellas. E en q manera deuen ser fechas. E puestas. E entendidas en los testamentos. E quales deuen valer. [/] Ley. I. Que cofa es condicion, e quantas maneras son della, e como se pone. [/] Condicion es una manera de palabra, que fueren los fazedores delos testamentos poner, o dezir en los establesimientos de los herederos, que les aluga la pro de la herencia, o de la mada, fasta que aquella condicio sea cumplida. E los fazedores delos testamentos, a las vegadas, ponen condiciones paladinas en establesiendo los herederos. E alas vegadas, maguer non las pone entiendo se calladamente, bien así como si fueren y escritas e puestas. E aun entre aquellas condiciones que pone los omes señaladamente en fus testamentos, dellas ya, q pertenescen al tiempo pasado, e otras al tiempo presente, e otras y a q pertenescen al tiempo que es por venir: E aquellas que pertenescen al tiempo que es porvenir algunas y a que pueden ser, e algunas que non, que son dichas en Latín, impossibles. E destas que nó puede ser tales y a dellas, que se nó pueden cumplir por embargamiento de natura: e atales y a, que las embarga el derecho, e otras y a q non pueden ser, por qfiondubdosas, e ecuras. E de las codiciones q pueden ser algunas y a dellas, que son en poder, de los omes para cumplir las. E otras y a, que son en aventura, si seran, o non. E otras y a, que son mezcladas, que en parte cuelga del poder de los omes, e en parte estan en aventura. E faze se por estas palabras diziendo, fago a fulano mi heredero, si el diere, o fiziere tal cofa a tal elegia, o é otra manera, femejate desta. [/] Ley. II. De las condiciones del tiempo pasado e del presente, e del que es por venir, como se deuen poner en los establesimientos de los herederos. [/] Poniendo algund ome codició del tiempo pasado, o del presente, quando establesiese a otro por fu heredero, si aquella cofa en que es puesta la codicion fuere verdadera: vale el establesimiento luego, que es fecho. E esto feria como si dixesse: establesco por mi heredero a fulano, si el Rey fizo a tal ome adelantado, o si dexesse fago mi heredero a fulano, si tal ome biue. Pero tal condicion como esta que se faze por palabras del tiempo pasado, o del presente, non es llamada propriamente condicion: por que aquella cofa en que la ponen, non es en dubda. Ca o es verdadera, o non, como quier que esdubdosa a aquel que la pone, por q non sabe si es así, o non. Mas aquella es condicion propriamente que se faze por palabras del tiempo que es por venir, por que es dubdosa si se cumplira, o non: E esto feria como si dixesse: fago mi heredero a fulano si eligeren a tal ome por obispo de tal elegia. Ca non sabe si lo eligiran, o non. E en estas maneras fobredichas, o en otras femejantes, se pueden poner: e dezir, las codiciones, en los establesimientos de los herederos, e en las otras maneras. [/] Ley III. De las condiciones que non pueden ser por natura, o por derecho. Las condiciones que pone los omes en establecer los herederos, por palabras del tiempo que es por venir, a tales y a dellas, que non pueden ser: por que son embargadas de natura. E esto feria, como si dixesse el fazedor del testamento a algund ome: fago te mi heredero si akacares al cielo con la mano. Ca por tal condicion como esta, no se embarga el establesimientos del

En materia contractual, la encontramos en diversas figuras y con una orientación eminentemente clásica, es decir, con una posición que mira hacia el pasado, el derecho romano y sus diversas vertientes.

En lo que se refiere al negocio condicional, encontramos en la partida 5, título XI, ley XII, la denominada obligación condicional. Así, se afirma que se pueden pactar de tres formas las “promisiones”. La primera se refiere a la denominada obligación pura, que no tiene ninguna modalidad; la segunda se refiere a la obligación sujeta a término, y finalmente, la tercera se refiere a la “promisión condicional”. De esta manera dice que la obligación condicional sería cuando “yo prometo a fulan, de dar o de fazer tal cosa, si tal nave viniere de Marruecos a Seuilla”. A diferencia del negocio sujeto a término, donde el acontecimiento es cierto y por tanto existe la certeza del advenimiento de tal, en la “promisión condicional”, “aquel que la faze, no sabe, si es verdad aquello, lo que faze la condición, luego que la faze, finca por ello obligado si es verdad, o si non finca de obligado”. En la partida 5, título XI, ley XVI se refiere a “que la condición cuando es puesta en el pleito, antes del prometimiento de la pena, diximos en la fin de la ley ante desta, que se puede alongar, en todo el tiepo de la vida, de aql q faze el prometimiento”.

Una regla importante que establece el ordenamiento en cuestión, es el relativo al tiempo de la condición; desde el derecho romano se considera a la condición como un acontecimiento futuro, no así aquella expresión que tenga una relación con el pa-

heredero: como quier que la condicion non fe pudo cumplir, ante dezimos que valdria tambien como si non fueffe y puefta. E esto mefmo feria, en todas las mandas, que fizieffe el testador, en que fueffen pueftas atales condiciones, o otras femejantes dellas. Otrofi dezimos, que las codiciones que fon impossibles de derecho, quando fon pueftas en los establecimientos de los herederos, o en las otras mandas, q non embargan a los herederos, maguer non fe cumplan. E esto feria como si dixeffe el testador a algud ome: establezcode por mio heredero, si nonfaceres a tu padre de captiuo, o si non le dieres que coma. Ca a tal establecimiento como este, non vale, de manera, que maguer non fueffe guardada la condicion, aura el heredero la herencia, e otrofi la manda que le fueffe afsi dexa da. E generalmete fon llamadas impossibles, fegund derecho todas las condiciones, que fon contra honestad de aql a quien fon pueftas, e contra buenas costumbres, o contra obras de piedad, o contra derecho natural”.

sado o el presente. En partida 5, título IV, ley II se afirma que la condición relacionada con el “tiempo pasado, o presente, no es llamada propiamente condición: por que aquella cosa en que la ponen no está en duda”.⁸⁰

En cuanto a la condición suspensiva y resolutoria encontramos ciertas corroboraciones de la materia romana. En materia de condición resolutoria hallamos dos ejemplos en el caso de la compraventa. El primero se refiere a las cláusulas que las partes pueden pactar en el contrato (partida 5, título V, ley XXXVIII), y el segundo en el caso específico que en un cierto término el comprador no entregue el precio al vendedor, y así transcurrido éste puede vender al que le ofrezca mejor precio (partida 5, título V, ley XL).

Una de las cuestiones más interesantes de la condición es la relativa a la retroactividad. En nuestro ordenamiento en análisis, partida 5, título XI, ley XIV se establece la regla del derecho justiniano, es decir la aceptación de la retroactividad. Otro aspecto interesante es el relativo al de la exigibilidad de la prestación de las partes; en la partida 5, título XI, ley XIV se consigna que “no es tenido de cumplir la promission, hasta que venga aquel día, o que se cumpla aquella condición sobre que fue hecha”. Así, las partes no podrán exigir, antes del cumplimiento de la condición, la prestación establecida en el negocio. Ahora, en lo que se refiere a la repetición de lo pagado, se establece, en partida 5, título XIV, ley XXXII que “de tal natura feyendo la codicion que pussiesen en algun pleyto, que fuesse en dubda, si se cumpliria o non, como si dixesse, prometo de pagar tantos marauedis: si tal nave viniere a Seuilla si pagasse los marauedis, en ante que se cumpliesse la condicion, bien podria demadar que gelos tornassen”. Así, antes del cumplimiento de la condición, el deudor puede repetir aquello que hubiera entregado o pagado.

En cuanto al régimen de responsabilidad contractual de las partes, las *partidas* establecen que “si la cosa se perdiesse o destruyesse

⁸⁰ En el proyecto de García Goyena, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpr. de la ed. de Madrid de 1852, Zaragoza, 1974, p. 553, encontramos en el art. 1030, *in fine*, “También puede constituirse obligación condicional, haciéndola depender de un hecho pasado, pero desconocido de las partes”.

toda por qual manera quier, el daño seria del vendedor, magüer se cumpliesse la condición después”, partida 5, título 5, ley 26. En la misma ley se especifica que “si la cosa: se empeorasse o se mejorase, ante que la condicion sea cumplida; estonce el daño de aquel empeoramiento o la pro pertenesse al comprado”. Sin embargo, en el supuesto que la cosa fuese “emperorada por culpa del comprador, demientra que la el tovo, tenuto es de mejorar al vendedor el empeoramiento”, partida 5, título 5, ley XXXVIII. En la misma ley, siempre en este aspecto de la condición resolutoria, se dice que si el comprador hubiese pagado parte del precio, debería hacer suyos los frutos de la cosa que se hubiese apropiado o consumido, compensándose aquellos con la parte del precio que perdiese, puesto que “si el comprador ouiesse rescibidos algunos frutos de la cosa, que assi ouiesse comprada, q los deue tornar al vendedor: fueras ende, si el que la vendio no quisiesse tornar la señal, o la parte del precio que ouiesse rescibido: ca entonce no deue auer los frutos”.

Partiendo del contrato de compraventa, la partida 5, título 5, ley LVIII dice sustancialmente que, si no se cumple el pacto del contrato, y sin el que no se habría celebrado, puede esta *desfacerse*. Si la venta no fue hecha señaladamente por razón del pacto inobservado, queda válida, y sólo puede pedirse el cumplimiento del pacto con los daños y menoscabos, si los hubo. Se ejemplifica esta situación en materia de contratos innominados, partida 5, título 6, ley V, y la ley XLI, título 14 de la misma partida. En lo que se refiere a la condición resolutoria, ésta se presume implícitamente en el supuesto de que la compraventa no tenga pacto especial y el comprador debe pagar el precio, partida 3, título 28, ley XLVI.⁸¹ Sin embargo, aún cuando la condición resolutoria haya sido estipulada formalmente, es necesario acudir a los tribunales, hacer explícita la inejecución de la obligación, examinar sus causas

⁸¹ En este mismo orden de ideas, encontramos el art. 1042 del proyecto de García Goyena, que establece en el primer párrafo, “la condición resolutoria va siempre implícita en los contratos bilaterales, para el caso de que uno de los contrayentes no cumplierse su obligación”. García Goyena considera “que la condición resolutoria va implícita, y se sobreentiende en todos los contratos bilaterales, porque se presume que ninguno quiere quedar obligado sino en el caso de que la parte cumpla su obligación”; *ibidem*, p. 591.

y distinguirlas del simple retardo; de esta manera, en el examen de estas causas pueden existir tan favorables, que el juez se vea costreñido por la equidad para conceder un plazo: encontramos ejemplos de estas justas causas en la partida 3, título 8, leyes I y II, así como también en la partida 5, título 11, ley XXXVII.

En cuanto a la clasificación de la condición encontramos diversas referencias. En el caso de la llamada condición casual, la partida 6, título 4, ley II, expresa que “si eligieren a tal ome por obispo de tal Iglesia”. En la partida 5, título 11, ley XII se dice que si tal nave viniere de Marruecos a Seuilla”. En cuanto a las voluntarias, partida 6, título 4, ley I, hallamos “que son en poder de los omes para cumplirlas”.⁸² La condición mixta es considerada en la partida 6, título 4, leyes I y IX y nos recuerda la noción del derecho romano, “parte cuelga del poder de los omes, e en parte esta en aventura; como si tornare aqui a morar a esta tierra fulano que es ido a Ultramar”. En cuanto a la consideración de la condición imposible, tenemos que anula el contrato, ya que la obligación a lo imposible hace nula toda estipulación y contrato. Sobre este argumento, la partida 5, título 11, ley XXI consigna que las

promissiones fazen los omes entre sí que non son valederas. E esto sería como si un ome prometiesse a otro de dar, o de fazer tal cosa, que nuca fue nin es, nin sera. Otrosi dezimos, que si un ome prometiesse a otro de dar, o de fazer tal cosa: que no pudiesse ser, segund natura, nin segund fecho de ome: como si dixesse dar te he el sol, o la luna, o fazer te he un monte de oro, tal promission, nin otra semeiante della non valdría.

82 El Proyecto García Goyena contiene una disposición, art. 1032, que se refiere a la condición potestativa en los siguientes términos, “es potestativa o voluntaria, cuando depende puramente de la voluntad de una de las partes”. Destacamos dicha disposición por las connotaciones que posee y por su carácter eminentemente diverso al de la doctrina tradicional que descarta la validez de la condición meramente potestativa. El mismo autor reflexiona: “no suena bien a todos la palabra *potestativa*, y todavía les repugnará más el *puramente* de nuestro artículo. ¿Qué es lo que puede pender tan omnímoda y exclusivamente del arbitrio y potestad del hombre que no haya algún lugar en ello a la providencia? ¿Cuántos accidentes no pueden sobrevenir entre la *copa* y *el sorbo*”; *ibidem*, p. 1033.

Además, igualmente se considera no puesta la condición de no hacer una cosa imposible, como establece la partida 5, título 11, ley XVII, en el ejemplo de “no tocar el cielo con el dedo”. La misma Ley da la razón al decir: “ca pues cierta cosa es que ningun ome, segun curso de natura, podria esto fazer, finca por ende obligado el que faze la promision”. Es decir, que la condición, aunque extravagante, está cumplida desde luego, como que es imposible que deje de cumplirse, “per rerum naturam certum est, aliter fieri non posse”.⁸³

83 Existen diversos textos que estudian la condición en la época indiana. Sin embargo, la extensión de este trabajo nos impide desarrollarlo con amplitud. Queremos citar las instituciones de derecho real de Castilla e Indias, que sirvieron como manual de escuela en la época colonial. Citamos algunas disposiciones: Título XXIV. De la compraventa. [/] I. De las condiciones ó pactos que se pueden poner en la celebración de la compra y venta. [/] No solo se puede celebrar la venta puramente, sino también con condicion, esto es, dando el uno ó el otro de los contrayentes su consentimiento bajo de ciertas calidades, que podemos llamar pactos añadidos. [/] Los mas solemnes que se pueden poner, y son permitidos en este contrato, son los pactos llamados de retrovendo, comisorio y *addictionis in diem*. Por el primero se verifica la venta con la precisa calidad y condicion de que para cierto día, mes y año, ha de restituir el comprador la misma cosa vendida al que la vende ó á sus herederos en la forma que la recibe, sin deterioro alguno, volviendose el precio, y que con ningun pretexto la ha de poder vender, gravar, ni de cualquier otro modo enagenar, hasta que pase el tiempo prefinido, y si lo hiciere sea nulo. Ordenada en estos términos la venta es lícito el contrato y el comprador puede usarla y disfrutarla, mas no venderla ni enagenarla, hasta que espire el tiempo prescrito; pero el vendedor podrá darle facultad para esto, quedando el segundo comprador con la obligacion de restituirla, y la accion de vindicarla en su fuerza y vigor. [/] Por el pacto comisorio se obliga el comprador á que si no satisfáe el precio de la cosa comprada para cierto día, queda por el mismo hecho nula la venta; se tiene por trasferido el dominio, y puede el vendedor quedarse con la señal que haya dado. Cuyo pacto es tan lícito y valido, que no cumpliendo el comprador con la satisfacción del precio al plazo estipulado, verdaderamente se rescinde y anula el contrato, y no se le trasfiere el dominio de la alhaja ni sus acreedores adquieren derecho á ella, y por lo mismo el vendedor gana la arra ó señal, bien que puede elegir uno de dos medios; que son, ó pedir todo el precio y que entonces subsista el contrato: ó no querer que este valga y retener la arra, pero no arrepentirse despues de hecha la elección. [/] Si el comprador percibió algunos frutos de la alhaja vendida con pacto comisorio, debe entregarlos al vendedor, devolviéndole este la señal ó parte del precio que recibió, y no de otra suerte; y si los quiere, le ha de abonar las expensas hechas en sus labores y coleccion de ellos: pero si la alhaja se deterioró por su culpa mientras la poseyó, está obligado á reintegrar al vendedor su decremento. [/] Cuando se añade el pacto de adiccion ó señalamiento de día, recibe el comprador la cosa con la condicion de que si dentro de tanto tiempo (que se señala) pareciere otro comprador que dé al vendedor ó á su heredero mas precio por ella, ha de quedar por el mismo caso nula y rescindida la venta, y el derecho del vendedor vivo é ileso para apoderarse de la cosa, venderla al que mas le dere y compeler al primer comprador á que se la restituya tan saneada y en la propia forma que la recibió, volviendose el precio que entregó y el de las mejoras útiles que tenga, mas no las precisas para su conservación. Mas si pasare el tiempo prefinido, se trasfiere el dominio de la cosa en el comprador, sin que sea necesaria

IV. DERECHO CONTEMPORÁNEO

1. *Introducción*

El estudio de las modalidades contractuales presenta una amplitud insospechable. La doctrina, jurisprudencia y legislación presentan un espectro abigarrado de dichas figuras, y sobre todo porque en muchos casos, la condición no ha sido objeto de estudios específicos por parte de la doctrina en el derecho contemporáneo. Además, la evolución de las prácticas contractuales replantea el análisis particular de este elemento accidental del negocio, puesto que la condición adquiere matices diversos, según la naturaleza del contrato que sea objeto de esta modalidad y según sea la familia jurídica, *civil law* o *common law*. Así pues, el estudio de la condición y sus diversas especies⁸⁴ ocupa un lugar privilegiado en el estudio de los contratos.

Podemos agregar que la problemática delineada en el negocio condicionado es notable, porque a pesar de que el tema de la condición ha sido considerado un tema clásico en el estudio de las obligaciones, existe un terreno nuevo que no ha sido visualizado y que obliga al jurista a replantear posiciones conceptuales ya preconstituidas, que necesitan ser iluminadas y reconsideradas por una adecuada investigación jurídica. La condición es un elemento

nueva tradición. [/] Este pacto será válido concurriendo las circunstancias siguientes. 1. Que el segundo comprador sea verdadero y no simulado. 2. Que el vendedor ó su heredero haga saber al primero el mayor precio que el segundo le ofrece por la alhaja, y le reconvenga si la quiere por el tanto, pues tiene derecho para ser preferido. 3. Que el mayor precio ofrecido sea por la alhaja considerada en la misma forma que la vendió, sin mejoras ni aumentos. Con cualquiera de estas circunstancias que falte no se rescindiré el contrato”.

⁸⁴ Para Barbero, D., *Contributo alla teoria della condizione*, Milán, Giuffrè, 1937, p. 3, elaborar una teoría general de la condición y sus diversas especies nos conduce a una confusión, aunque acepta que “solitamente il termine condizione risveglia l’idea di un genere, da cui diramano diverse specie. Infatti ciò non è inesatto, ove s’abbia riguardo alla natura dell’evento in sé (condizione in senso oggettivo) o della causa che lo produce”. Para el jurista alemán Schulin, *Ueber Resolutivbedingungen und Endtermine*, Marburg, 1875, pp. 38-39, no existe un *genere* de la condición, sino una sola noción, que corresponde al concepto de condición suspensiva: “Nur die Suspensivbedingung ist eine Bedingung im geschilderten technischen Sinne des Wortes; oder mit anderen Worten: die Suspensivbedingung ist nicht eine Art Bedingung; sondern ihr Begriff ist mit dem der Bedingung überhaupt vollständig identisch”.

negocial que otorga una flexibilidad notable al contrato⁸⁵ y resalta los alcances y dimensiones que puede adquirir la autonomía privada.

Aunque es necesario decirlo, la búsqueda de una sistematización legislativa de la condición resalta la dificultad de elaborar una teoría general del negocio jurídico,⁸⁶ puesto que la condición puede ser considerada o bien un elemento accidental y por tanto de absoluta superficialidad para el estudio central de la teoría general del negocio, o puede ser diseñada con una concepción de la condición desde una perspectiva diversa, en donde la condición adquiere relevancia cuando es establecida por las partes y, por tanto, forma parte de la estructura originaria de negocio. Así pues, la elaboración de un articulado legislativo es una tarea ardua que implica la armonización de las diferentes tradiciones jurídicas y la solución de los diferentes imperativos jurídicos que surgen en nuestras legislaciones latinoamericanas, que si bien son herederas de la tradición romanista, también son objeto de influencia del *common law*.

En este apartado describiremos a grandes rasgos las características y peculiaridades de la condición y su influencia en la configuración del contrato.⁸⁷ También anotaremos aquellos supuestos que sean importantes para el estudio de la condición, aunque no estén directamente vinculados con la teoría del contrato condicional; lo anterior, para la mejor comprensión de nuestro tema y con la finalidad de elaborar un cuadro teórico más o menos general.

En la historia del derecho privado, la condición se presenta como una simple cláusula que puede modificar el destino del con-

85 “La clausola condizionale appare, come si è osservato, uno strumento idoneo non ad autolimitare, bensì ad esaltare l'autonomia delle parti moltiplicando le possibilità riconosciute all'autonomia privata”, Sacco, Rodolfo, “La condizione”, en *Trattato di diritto privato (diretto da rescigno)*, t. II, p. 291.

86 Rescigno, P., *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952 p. 181. La doctrina ha demostrado la dificultad de elaborar una teoría general del negocio jurídico, véase sobre este particular, Franzoni, M., “Il dibattito attuale sul negozio giuridico in Italia”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milán, año XLXI, 1995, pp. 409-429.

87 Hasta hoy, no se ha evaluado adecuadamente la importancia de la condición: “Tramite il gioco delle condizioni, i privati riescono a moltiplicare le dimensioni della loro autonomia. Così come il legislatore fa scattare gli effetti delle fattispecie legali, il privato ricollega questo o quell'altro effetto alle condizioni che liberamente ha prescelto”, Sacco, R., *Il contratto*, Torino, UTET, 1993, t. II, p. 139.

trato, especialmente en lo referente a la eficacia.⁸⁸ Sin embargo, existe un sector de la doctrina que sostiene la tesis opuesta, esto es, la condición como elemento accidental en la estructura general del negocio, pero fundamental en la configuración del negocio concreto.⁸⁹ Sobre este particular debemos hacer algunas acotaciones, en lo que respecta a la teoría general del negocio jurídico.

La teoría del negocio jurídico y su relación con la condición han sido ampliamente analizadas por la doctrina. De esta, encontramos dos líneas de pensamiento:

- a) Algunos autores consideran que la condición actúa directamente sobre la estructura del negocio jurídico, por lo que el acontecimiento incierto pone en jaque directamente la existencia de la voluntad negocial.⁹⁰
- b) La otra postura que resulta opuesta a la primera y que fue enarbolada por Windscheid, considerado el príncipe de la pandectística alemana del siglo pasado, que afirma: “la declaración de voluntad condicionada no deja de ser una declaración de voluntad *efectiva* y *actual*. Aquello que depende de la con-

⁸⁸ Peccenini considera que los elementos accidentales de los contratos son “destinati ad incidere non sulla validità, bensì sull’efficacia del contratto stesso”, Peccenini, F., *La condizione nei contratti*, Padova, CEDAM, 1995, p. 2.

⁸⁹ Según Rescigno, “Rispetto al negozio concreto al quale inseriscono, le modalità della condizione, del termine e del modo, si atteggiano invece come elementi essenziali, costitutivi del negozio, alla pari dei requisiti indicati nell’art. 1325 (che sono il consenso, l’oggetto, la causa, la forma). Accidentalità della condizione, come del termine e del modo, deve quindi intendersi nel senso di estraneità alla struttura tipica del negozio”, Rescigno, Pietro, “Condizione”, en *Enciclopedia del Diritto*, p. 763. Para Rojina Villegas, R., *Compendio de derecho civil (teoría general de las obligaciones)*, 21a. ed. concordada con la legislación vigente por Adriana Rojina García, México, Porrúa, 1998, p. 513, la condición es un elemento que puede afectar la existencia del contrato.

⁹⁰ La ciencia jurídica alemana ha desarrollado ampliamente este particular; véase a guisa de ejemplo, Fitting, “Ueber den Begriff der Bedingung”, *Arch. Für die civ. Pr.*, núm. 39, 1856, p. 337. Hasenöhr, *Das Oest. Obligationen R.*, Wien, t. I, núm. 2, 1892, p. 485. Hay algunos autores, siempre en esta perspectiva, que consideran que la condición afecta directamente la existencia del negocio, Simoncelli, *Corso di diritto civile (negozi giuridici ed obbligazioni)*, Pavia, 1894, p. 132; Tendi, “Contributo alla doctrina della natura e del concetto delle condizioni”, en varios autores, *Giurisprudenza italiana*, 1906, t. IV, p. 23; Polacco, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915, p. 235; Pugliatti, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Milán, 1935, t. III, pp. 159-165.

dición no es *la existencia de la voluntad*, sino la existencia del *efecto* que ésta quiere conseguir; no el *querer* sino lo *querido*".⁹¹

Podemos considerar la condición como un elemento principal en la configuración del contrato, es decir, como una cláusula intrínseca al negocio cuando las partes deciden incluirla.⁹² Sin embargo, para la elaboración de una noción del contrato resulta retrógrado querer concebir a la condición como un elemento de validez del negocio. Una de las razones fundamentales es la necesidad de encontrar una doctrina del contrato que tenga, en la medida necesaria, la mayor unidad posible. Es decir, que los elementos constitutivos del contrato no varíen abismalmente de una hipótesis a otra. De esta manera, consideramos a la condición como un elemento externo del contrato, ya que las partes tienen la posibilidad de designar de manera autónoma el acontecimiento futuro e incierto. Por otra parte, es indudable la validez del contrato sin la presencia de la condición. Si un contrato es realizado sin la mencionada modalidad, no se considera ni nulo ni ineficaz. Todo esto en aras de la unidad y armonía de una teoría del contrato y con vistas de la elaboración de una codificación sobre el contrato.

91 La opinión del jurista alemán prevaleció en una gran cantidad de autores; así, por ejemplo, Ennecerus, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, Marburg, 1889, p. 177; Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, Leipzig, 1898, t. II, p. 201; Donati, "Atto complesso, approvazione, autorizzazione", en varios autores, *Archivio giuridico*, 1903, pp. 58-69; Scialoja, "Condizione volontaria e condizione legale", en varios autores, *Saggi di vario diritto*, Roma, 1927, t. I, pp. 12-17. Windscheid habla del negocio condicionado como un vínculo y no como una cualidad del negocio, "Zwar begründet sie das Rechtsverhältniss, auf welcher sie gerichtet ist, erst mit und erst von der Zeit der Erfüllung der Bedingung; aber auch schon vorher war der Wille gebunden; und das ist nicht ohne rechtliche Folgen", véase Windscheid, Pandette, "Die Wirkung der erfüllten Bedingung," en varios autores, *Gesammelte*, Leipzig, 1904, p. 147.

92 Si bien, pueden esgrimirse una cantidad ingente de argumentos en contra de esta perspectiva, también es pertinente actualizar el valor de la condición en sus diferentes aplicaciones. En esta línea de pensamiento encontramos que "in conclusione, superata da un lato la tradizionale concezione della condizione come elemento accidentale del contratto e, dall'altro, l'ottica normativistica che, riconducendo la condizione nell'ambito dei cosiddetti coelementi non necessari di efficacia del negozio, non coglie il ruolo svolto dalla volontà delle parti", Falzea, A., *La condizione...*, cit., nota 4, p. 63.

En resumen decimos, siguiendo a Fazea, que la condición es un “*elemento marginale concorrente alla efficacia dell’atto giuridico*”.⁹³

2. Denominación

El vocablo condición tiene un carácter multívoco. Tradicionalmente quiere decir cláusula, así por ejemplo la denominación “condiciones generales del contrato”. Por otra parte, el léxico jurídico francés la consideraba cualquier acto que trajera consigo una consecuencia, como la condición del error que propicia la repetición de lo pagado.⁹⁴ Finalmente, para la doctrina alemana, que se considera la más técnica y rigurosa, es el acontecimiento futuro e incierto del cual las partes hacen depender los efectos del negocio.⁹⁵ Encontramos de esta manera la influencia de ésta última en la configuración de la teoría de la condición. Sin embargo, surgen diversas cuestiones que a nuestro parecer merecen ser esbozadas, al menos sumariamente.

Ya hemos destacado la riqueza conceptual que encierra la palabra “condición”, pero a nuestro juicio debemos diseccionar las partes integrantes de ésta. En la condición encontramos dos elementos fundamentales, la cláusula condicional y el evento condi-

⁹³ *Ibidem*, p. 7.

⁹⁴ La doctrina contemporánea francesa ha revisado el concepto de condición y señala que lo más importante es distinguir entre la condición como modalidad de la condición de validez o formación de actos jurídicos, ya que “les conditions de validité, qu’elles soient spécifiques à tel acte particulier, ne répondent nullement à la définition ci-dessus proposée. Il s’agit des éléments constitutifs de l’acte, sans lesquels celui-ci ne peut exister ou atteindre à l’efficacité. Au contraire, la condition-modalité est un élément adventice, dont la volonté des parties (ou, plus hypothétiquement, la loi) fait dépendre la formation ou la survie d’une obligation qui aurait pu ne pas être assortie de cette modalité”, Terré, F. *et al.*, *Droit civil (Les obligations)*, 6a. ed., Paris, Dalloz, 1996, p. 901. Más escuetamente se expresan Roland *et al.*, “La modalité se distingue des conditions de formation ou de validité (consentement, capacité, objet, cause), en ce qu’elle n’est pas de l’essence même de l’obligation”, Roland, H. *et al.*, *Droit civil. Les obligations (Contrat)*, 6a. ed., Paris, Litec, 1998, p. 441.

⁹⁵ En este orden de ideas se expresa Enneccerus, *Derecho civil (parte general)*, Casa Bosch, Barcelona, 1981, vol. II, 2a. parte, p. 653, “condicionar significa hacer depender un efecto jurídico de un acontecimiento futuro e incierto”. Los usos del vocablo condición son muy amplios. En otras ramas del derecho se utiliza de una manera diversa. Así, en el derecho penal y en el derecho de la responsabilidad civil se habla de la condición como sinónimo de causa. Se pregunta si un acto u omisión es “condición” de un resultado y por ello el acto u omisión es punible o determina una responsabilidad civil.

cionante.⁹⁶ Así, estos dos elementos tienen un vínculo específico, puesto que el acontecimiento establecido como modalidad opera sobre el negocio y afecta sus efectos, siempre y cuando se prevea en la cláusula condicional.⁹⁷ Ahora bien, hallamos dos aspectos que tienen una connotación especial en nuestro estudio: la accidentalidad y la exterioridad de la condición.

Se habla de la accidentalidad de la condición, porque el negocio puede ser realizado sin la presencia de la modalidad, ya que las partes tienen la facultad de insertar dicho elemento en el contrato. También se considera la exterioridad como una característica tradicional, puesto que el negocio puede ser concebido sin ningún problema sin la condición, es decir, la condición resulta un interés externo de las partes; las partes insertan la cláusula como un elemento que viene del exterior para fijarse en la estructura del negocio. Así, por ejemplo, un comprador de bienes inmuebles busca ciertos fundos para iniciar una actividad especulativa; por ello, se comunica con una agencia de bienes inmuebles para comprar predios, con la condición de que dichos inmuebles se encuentren en un determinado complejo urbanístico para de esta manera iniciar su actividad especulativa.

Claramente, el plano de intereses del contrato es normalmente visible: intercambio de la cosa y entrega del precio, pero la condición se coloca como un elemento externo a estos elementos característicos de la compraventa. Sin embargo, subrayamos que cuando la cláusula se coloca en el contrato, forma parte de la estructura básica del mismo.⁹⁸ Así, cuando las partes convienen abiertamente la condición de que el predio se halle en un complejo urbanístico, la estructura del contrato absorbe la condición

⁹⁶ Falzea, *La condizione...*, cit., nota 4, p. 3; Pinellini, "Il trattamento del contratto condizionato", en varios autores, *Archivio giuridico*, 1986, p. 292.

⁹⁷ Según Maiorca, S., "Condizione", *Rivista di Diritto Civile*, Padova, año XXXV, 1989, 2a. parte, p. 172, "Il carattere *accidentale* della condizione come 'sua qualità logicamente e giuridicamente indeclinabile', si fonda sulla 'circostanza che l'inserimento del meccanismo condizionale nella dichiarazione di volontà è rimeso ad un atto di decisione del dichiarante, senza del quale la dichiarazione opererebbe incondizionatamente', essendo perciò 'decisivo che la programmazione possa svolgersi giuridicamente in forma non condizionale'".

⁹⁸ "Se dalla condizione dipende la sorte di tutto il negozio giuridico, è evidente ch'essa ne forma parte integrante e sostanziale", Coviello, N., *Manuale di diritto italiano*, 3a. ed. rev. por Leonardo Coviello, Milán, Edizioni Editrice Libreria, 1924, p. 422.

y se considera elemento indispensable, el que el fundo se localice en una determinada región.

En este punto es pertinente subrayar la presencia de dos programas diversos de intereses. Esto es, en el negocio condicionado aparecen dos posibles caminos que las partes fijan, según sus intereses; por una parte aparece el cumplimiento de la condición que traerá inevitablemente una serie de consecuencias, y por la otra la negación del evento condicionante que acarreará otra serie de respuestas por parte del ordenamiento jurídico.⁹⁹ Además, la cláusula condicional tiene la función de garantizar la actualidad de los intereses que son objeto del contrato.¹⁰⁰ Si bien puede resultar superfluo, es interesante considerar el aspecto psicológico de la voluntad condicionada.

Así encontramos dos elementos constitutivos de la manifestación de la voluntad de la cual dimana el negocio jurídico: la voluntad —acto volitivo— y la manifestación —expresión exterior de ella—. En la manifestación de voluntad no condicionada, la manifestación misma, siendo unívoca, es el indicador contundente de lo querido: por ejemplo, quiero vender; o bien, no quiero vender. Ahora, cuando las manifestaciones de voluntad van dirigidas a la creación del contrato encontramos diversos supuestos. O en sentido positivo, en donde hallamos la afirmación de una voluntad negocial; o bien, en sentido negativo, que expresa una afirmación de carácter antinegocial.

En la manifestación de voluntad negociada la situación cambia. La manifestación parece por sí misma, ambigua, ya que a primera vista expresa una doble dirección volitiva.¹⁰¹ toda expresión de voluntad tiene implícita un no querer. Sin embargo, la cuestión es

⁹⁹ Así Falzea, *La condizione...*, cit., nota 4, p. 172, dice que “il nesso logico e teleologico tra programma e controprogramma sta in ciò che la realizzazione degli interessi per i quali è predisposto il programma è voluta solo se non sopravvengano altri interessi del programma da esigere la contemporanea costituzione di un contraprogramma che valga a preservargli”.

¹⁰⁰ De tal forma “si rende possibile alla privata autonomia di dispiegarsi più compiutamente, così da tenere conto di eventi o situazioni che sono ancora incerti al momento della conclusione del contratto e che pure sono rilevanti per gli interessi dedotti ad oggetto di esso”, Di Majo, “Gli elementi accidentali del contratto: condizione, termine e modo”, en *Istituzioni di diritto privato*, 4a. ed., Torino, 1997, p. 650.

¹⁰¹ Según Betti, *op. cit.*, nota 43, p. 347, “il negozio condizionale ha, nel suo contenuto, la struttura logica di un giudizio ipotetico, duplice, alternativo”.

que si la manifestación condicionada expresa una voluntad alternativamente hipotética, excluye una voluntad en acto. El acto de voluntad (efecto de una voluntad en acto) es, psicológicamente, la determinación actual (acto) de la potencia volitiva en un estado volitivo.¹⁰² Como tal, no puede expresarse en un *quiero*, sin otra determinación fuera de aquella que designa el contenido: quiero vender, donar, etcétera. La determinación hipotética, la transformación del *quiero*, en un *quiero* de dos puntas, anula la actualidad del acto.

La cuestión más interesante es si el contratante al establecer una condición determinada en el negocio tiene una voluntad en acto, esto es, actualmente efectiva, o solamente tiene una vaga idea de lo que quiere.¹⁰³ Además, es comprensible que para el nacimiento de una obligación contractual se requiera un *quiero*, y no un *quisiera*.

A pesar de que la configuración del contrato condicionado presenta a primera vista una bifurcación alternativa de la voluntad de las partes, encontramos que el contrato tiene una finalidad, y que al momento de celebrarse el contrato, las partes deciden determinada conducta que, sin embargo, supedita sus consecuencias al acaecimiento de un acontecimiento determinado. Sin embargo, la conducta expresa por sí misma una finalidad. No consideramos que las partes deciden dos cosas al celebrar el contrato, simplemente los efectos se subordinan a un hecho.¹⁰⁴

¹⁰² Véase Falzea, *La condizione...*, cit., nota 4, p. 12.

¹⁰³ Algunos autores han hablado en el supuesto de la manifestación de voluntad en el negocio condicionado, de una voluntad debilitada. Véase Chironi, *Tratato di diritto civile*, Torino, 1904, p. 432.

¹⁰⁴ Barbero, *op. cit.*, nota 84, p. 17, considera que “la sostanza della determinazione volitiva è —come deve essere perché sia presa in considerazione dal diritto— attualmente univoca. Perfino ora riesce inadeguato parlare di una dichiarazione (e molto più, s’intende —anzi questo è erroneo— di una volontà) condizionata. In questi termini si opera inavvertitamente una trasposizione: il collegamento dell’epiteto ‘condizionata’ dagli effetti saranno prodotti, cioè la loro produzione è condizionata al verificarsi dell’evento, si dice, senz’avvertire l’incongruente trasposizione, che è condizionata la dichiarazione. Ma se questa fosse condizionata sarebbe ipotetica, cioè non attuale, cioè inservibile a scopi giuridici. Il vero si è che non è punto condizionata la dichiarazione; ma la determinazione volitiva non ha per oggetto immediato e diretto la volizione degli effetti espressi o tipici del negozio (nel qual caso non potrebbero che essere voluti e, per conseguenza, prodotti), sibbene la volizione che al loro verificarsi sia decisivo un dato evento”.

Indiscutiblemente, el ordenamiento jurídico busca certeza en las relaciones jurídicas, por lo que en el estudio de la condición es necesario concebir que la supuesta duplicidad de intereses en las partes es aparente, ya que la voluntad es una y actual; los efectos son alternativos. Precisamente en este aspecto radica la importancia de la condición en la configuración del contrato. La modalidad es un elemento accidental que provoca una alternancia sólo en los efectos, no en la configuración misma del contrato.

Se habla del carácter accesorio de la condición y su proyección en el contrato. Al plantear este tema, tenemos que aceptar la existencia de un elemento principal en la estructuración del contrato. A guisa de ejemplo, cuando se dice “vendo si”, hallamos el elemento principal del contrato que es “vendo” y el punto accesorio que sería, “si”.

Teniendo presente todos los aspectos descritos, podemos decir que la condición es el acontecimiento futuro e incierto, del cual las partes contratantes hacen depender la eficacia inicial o la cesación de los efectos del contrato o de una cláusula específica. De esta manera, podemos observar que las partes regulan directamente los efectos del contrato (por ejemplo, “me darás 200 si la nave naufraga”), y regulan indirectamente el acontecimiento (“cumplirás con una pena, si llegas después de las 10”, así, la expresión precedente indica que “tu te obligas a llegar no después de las 10”).¹⁰⁵ Algunos autores han considerado la condición como una forma de autolimitación de la voluntad.¹⁰⁶ Sin embargo, esta idea se sustenta en cimientos frágiles, puesto que las partes consideran los diferentes supuestos posibles al elaborar el contrato, no es una limitación de la voluntad, al contrario, es una manifestación plena de la autonomía de la voluntad.

La clasificación clásica de la condición ha sido la de condición suspensiva y condición resolutoria. Sin embargo, consideramos per-

¹⁰⁵ Existen diversos contratos, como el seguro y la apuesta, que se fundamentan sobre la relación que existe entre el acontecimiento futuro incierto y el efecto jurídico.

¹⁰⁶ Dusì, B., *Istituzioni di diritto privato*, 7a. ed., Torino, Giappichelli, 1985, vol. I, p. 239. Para el autor referido, la condición, el término y el modo, son “come altrettante auto-limitazioni della volontà”.

tinente analizar la validez de esta bipartición y buscar las connotaciones más recientes sobre este particular.¹⁰⁷

Por regla general, la condición es oponible a todos los negocios. Se exceptúan aquellos que por disposición legal o por su propia naturaleza no toleran la imposición de la cláusula. Por ejemplo, el matrimonio, el reconocimiento de hijos naturales, la emancipación o la adopción. Sin embargo, en la materia de contratos hallamos el ámbito más propicio para la utilización de esta modalidad, puesto que las partes gozan de la libertad contractual, y por ende la manifestación de la voluntad es plena en esta área jurídica.

3. *Clases de condición*

La doctrina ha tenido una influencia notable en la clasificación de las condiciones, y por tanto, las diferentes posiciones se han reflejado en los diversos textos legislativos. Iniciaremos nuestro estudio con las posturas tradicionales de la condición, para después señalar su recepción en los diferentes códigos civiles contemporáneos característicos de las principales corrientes doctrinales en la actualidad.

Sin embargo, debemos subrayar el carácter parcial de estas afirmaciones, puesto que en América Latina, como en cualquier región del orbe, la transformación del derecho pasa por la construcción jurisprudencial; esto es, el taller jurídico por excelencia es la resolución de controversias que tiene a su cargo el juez y demás integrantes del Poder Judicial. Así pues, nuestras disquisiciones teóricas omitirán el trabajo jurisprudencial.

Existen diversas clasificaciones de condiciones. *Summa divisio* es la que considera la modalidad, como suspensiva o resolutoria.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Para Carnelutti, F., "Omologazione del concordato fallimentare", *Rivista di Diritto Civile*, CEDAM, t. II, 1936, p. 36, la clasificación más pertinente sería *condicio facti* y *condicio iuris*, ya que "è probabilmente la intuizione di questa più ampia categoria, nella quale rientra, senza esaurirla, la c. d. *condizione propria*, che ha suggerito la figura della *condicio iuris*; può darsi che le critiche contro questo concetto non siano state tutte opportune e meritate di essere rivedute. Chi sa che non ne venga fuori, ad arricchire la teoria generale, un concetto di *condizione*, che veramente si debba bipartire in *condicio facti* e *condicio iuris*, o meglio, in *condizione volontaria* e *condizione necessaria*".

¹⁰⁸ En el BGB encontramos en el parágrafo 158 la distinción entre condición suspensiva y

Esto, por la importancia de la eficacia del negocio; en efecto, el nacimiento o la cesación de los efectos jurídicos es una cuestión total, sobre todo en lo que respecta a los negocios de carácter patrimonial. Fitting ha hablado respecto de esta clasificación, de “condición de constitución” y “condición de resolución”. Enneccerus ha utilizado la terminología “condición inicial” y “condición final”.¹⁰⁹ Si bien las diferentes legislaciones pretenden dar una imagen de unidad conceptual, la realidad, según la doctrina, es que existe una notable discordancia conceptual entre ambas.¹¹⁰

La condición suspensiva es el acontecimiento futuro e incierto del cual se hace depender la eficacia del negocio jurídico, o en otras palabras, el contrato existe antes del cumplimiento de la condición, pero su eficacia se mantienen en suspenso.¹¹¹ En síntesis,

resolutoria: “Si un negocio jurídico es celebrado bajo una condición suspensiva, la eficacia hecha depender de la condición se produce con el cumplimiento de la condición. Si un negocio jurídico es celebrado bajo una condición resolutoria, con el cumplimiento de la condición termina la eficacia del negocio jurídico; en este momento se reproduce la anterior situación jurídica”. El código civil italiano dice en su artículo 153 “le parti possono subordinare l’efficacia o la risoluzione del contratto o di un singolo patto ad un evento futuro ed incerto”. El Código civil francés señala en el art. 1168: “L’obligation est conditionnelle lorsqu’on la fait dépendre d’un événement futur et incertain, soit en la suspendant jusqu’à ce que l’événement arrivera ou n’arrivera pas”. En uno de los códigos más recientes, el código civil holandés, se halla en la parte relativa a las obligaciones la condición, y se define en el libro 6, art. 21: “una obligación es condicional, cuando mediante acto jurídico su eficacia se haya supeditado a un acontecimiento futuro incierto”. El código civil mexicano expresa en el art. 1938 “la obligación es condicional cuando su existencia o su resolución dependen de un acontecimiento futuro e incierto”. El código civil venezolano establece la distinción en el art. 1197. En el código civil colombiano la encontramos en el art. 1530. El código civil chileno la prescribe en el art. 1479. En el código civil peruano se establece como una modalidad del acto jurídico en el art. 171. En esta misma línea se inscribe el código civil brasileño, art. 118 y art. 119. En el apartado relativo a las modalidades de los actos jurídicos en el código civil paraguayo no se establece la definición o distinción conceptual de la condición resolutoria o suspensiva, sin embargo alude a ellas en los arts. 322 y 323.

¹⁰⁹ Enneccerus, *op. cit.*, nota 95, p. 658.

¹¹⁰ Así, considera Falzea, *La condizione... cit.*, nota 4, p. 239, “come non sia esatto riconoscere la esistenza di un concetto unitario che abbracci ad un tempo le due figure di condizione, poichè esse presentano natura profondamente diversa, sia dal punto di vista della loro posizione strutturale, sia da quello della loro funzione nei confronti dell’atto. La condizione sospensiva costituisce una concausa di efficacia, cioè un elemento marginale dell’atto su cui incide, mentre la condizione risolutiva costituisce un fatto strutturalmente autonomo. La prima opera all’interno dell’atto, inserendosi tra i momenti della rilevanza giuridica e dell’efficacia, la seconda invece opera dall’esterno, in un momento nel quale l’atto ha già spiegato i suoi effetti”.

¹¹¹ El derecho romano clásico conoció sólo la condición suspensiva. La teoría de la condi-

esta modalidad difiere y hace incierta el nacimiento del derecho o relación jurídica. Podemos decir que la mayor parte de las reflexiones doctrinales tema de condición y de negocio condicionado, se dirigen a la construcción de un concepto de condición, y de esta manera llegamos siempre al concepto de condición suspensiva.

La condición resolutoria es el acontecimiento futuro e incierto que hace depender la cesación de la eficacia actual del contrato.¹¹² Así, el contrato nace y produce todos sus efectos jurídicos normales antes de la realización de la modalidad establecida; la incerteza de esta condición se refiere a la posible extinción de los efectos contractuales. Pueden surgir diversas interrogantes sobre este particular. El que la resolución del negocio se realice por la realización del evento establecido, no quiere decir que surja un nuevo negocio; es decir, un comprador bajo condición resolutoria, al verificarse el acontecimiento, no se transforma en un vendedor ni al contrario. Por ello, no debemos confundir el contrato condicionado del contrato preliminar.

Generalmente, la condición suspensiva y la resolutoria son discernibles. A guisa de ejemplo, si yo expreso “te dono un millón de dólares si mi hijo obtiene el título profesional como abogado a los veintidós años”, inequívocamente podemos afirmar que estamos ante una condición suspensiva. De la misma manera, estaremos ante una condición resolutoria si decimos “te dono un millón de dólares, pero si mi hijo no se titula como abogado a los veintidós años, la donación se resuelve”. Empero, existen casos en los que no se puede identificar fácilmente la naturaleza de la condición, por ejemplo, en el enunciado “te dono un millón de dólares si no tengo con mi esposa más hijos”. En este caso, pueden

ción cimentó sus bases en la jurisprudencia relativa a esta condición. La condición resolutoria se conocía sólo en forma de pacto.

112 Es necesario mencionar que en el siglo XIX, la doctrina consideraba la condición resolutoria como un pacto accesorio sobre la disolución del negocio principal condicionado suspensivamente, Windscheid, *Pandektenrecht*, t. I, parágrafo 86 (nota 6). El BGB en su exposición de motivos reconoce la importancia de la condición resolutoria, puesto que “el punto de vista básico del Proyecto es que la condición resolutoria constituye un componente esencial e inseparable del contenido total de la declaración de voluntad”, Flume, *El negocio jurídico (parte general del derecho civil)*, 4a. ed., Madrid, 1998, t. II, p. 795 (nota 11).

surgir dudas respecto al régimen que se aplicará al contrato. Por esta razón, no podemos juzgar *a priori*, y tenemos que seguir las reglas comunes sobre la interpretación de la voluntad, puesto que la diferencia de los efectos que producen las condiciones no dependen de la naturaleza del evento o de la forma establecida, sino de la intención de quien declaró la voluntad bajo condición.

Con la condición resolutoria se establece en la relación jurídica simplemente un plazo y la peculiaridad de la fijación del plazo radica en que se apoya en un acontecimiento incierto. Por ello, carecería de todo sentido una condición resolutoria si se establece en una relación obligatoria que tiene por objeto una sola prestación. Por ello, la condición resolutoria tiene sentido como señalamiento de un plazo para relaciones negociales de tracto sucesivo, como el arrendamiento, contrato de servicios, sociedad, etcétera, y cuando debe ser transmitido un derecho pero la conservación del derecho por el adquirente debe condicionarse a sucesos futuros, especialmente a una conducta del adquirente.

La doctrina italiana ha establecido una importante especie de la clasificación de la condición suspensiva y resolutoria, con base en los criterios establecidos por la jurisprudencia:¹¹³ la *condizione unilaterale*.¹¹⁴ Con este nombre se designa aquella modalidad que puede presentarse suspensiva o resolutoriamente, y cuyas consecuencias jurídicas serían especialmente, que el contrayente, quien establece la condición, podría renunciar a la misma, e inclusive tendría la facultad de hacerlo antes o después del cumplimiento del evento condicionante.¹¹⁵ En otras palabras, no realizándose la

113 La fórmula expresada por la jurisprudencia italiana ha sido la “rinunzia ad avvalersi di una condizione” o de una “rinunzia alla condizione”, Cicala, *Il negozio di cessione del contratto*, Napoli, 1962, p. 226.

114 Villani, A., “Condizione unilaterale e vincolo contrattuale”, *Rivista di Diritto Civile*, Padova, año XXI, 1975, parte primera, pp. 557-589.

115 Así, se expresa Perrone, R., “Note critiche sulla nozione di condizione unilaterale”, *Rivista di Diritto Civile*, Padova, año XLVI, 1998, parte segunda, p. 99, al decir, “il concetto di condizione unilaterale ha origine dalla soluzione affermativa del quesito se sia ammissibile una *rinunzia ad avvalersi di una condizione* pattuita, in maniera espressa o implicita, a vantaggio di un solo contraente. Si esprime così, a livello concettuale, una regola in grado di subordinare l’efficacia contrattuale ad una duplice situazione di incertezza, quella peculiare della condizione e quella all’esercizio del suddetto potere di *rinunziarsi*”.

condición, una de las partes podría hacerlo expreso y aprovechar dicha circunstancia, según sus intereses.¹¹⁶

Otra clasificación que encontramos de las condiciones, en cuanto a la causa productora del acontecimiento es la que ubica la tripartición: potestativas, causales y mixtas. La potestativa, como su nombre lo indica, es la que depende exclusivamente de la voluntad de uno de los sujetos del contrato.¹¹⁷ La doctrina alemana consideraba esta tripartición de carácter meramente académico. El primer proyecto del BGB no concebía esta clasificación pues consideraba que formaba parte del “campo de la sistemática jurídica”. Sin embargo, para el BGB la denominada condición potestativa es de gran utilidad en la configuración negocial de relaciones jurídicas, ya que el uso de la condición potestativa permite fundamentalmente la influencia sobre una voluntad ajena, al supeditar atribuciones a una determinada conducta, incluso en ámbitos inaccesibles a la obligación jurídica.

Pese a todo, la condición potestativa se ciñe a lo preceptuado por el parágrafo 138. El caso más importante de condición potestativa en el ordenamiento alemán es el de la compraventa con reserva de dominio. Según el mencionado parágrafo, hay que deducir “en caso de duda” que en la compraventa con reserva de dominio, la transmisión de la propiedad se realiza bajo la condición suspensiva del pago completo del precio de la compra.

Una cuestión interesante para nuestro estudio que realiza la doctrina alemana es respecto al tratamiento que hace de la llamada “condición meramente potestativa”. En la doctrina francesa se habla de *condition purement potestative*. En este supuesto, la vigencia del negocio jurídico depende de la voluntad de una de las partes contratantes, ya que la condición se refiere a un acto u omisión al que subyace la voluntad. Para la doctrina alemana del siglo XIX no se podía concebir un negocio sujeto a la voluntad de una

¹¹⁶ Según Villani, *op. cit.*, nota 114, p. 561, es aceptable esta variante de la condición y para la “convalida di tale affermazione basta far ricorso, ricordiamo, alla comune casistica, e del resto la dottrina più recente vede nella condizione, como si è detto, addirittura uno strumento di tutela dei motivi individuali nel negozio”.

¹¹⁷ El art. 1170 del código francés nos dice: “La condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher”.

de las partes, por lo que Savigny llegó a decir, respecto a la compraventa a prueba, que “era una excepción aislada”. Para los juristas contemporáneos es válida la condición puramente suspensiva.

Con base en el párrafo 495, que regula la compraventa a prueba, se dice que la condición ha de entenderse en el sentido de que aún se quiere posponer la declaración negocial misma o, si no, en la condición puramente potestativa, la voluntad debe dirigirse a producir el efecto jurídico ya por la declaración actual (en el supuesto de aprobación posterior). Es causal si el evento condicionante depende de las fuerzas naturales o de la voluntad de un tercero.¹¹⁸ A diferencia de esta tendencia, la legislación francesa no acepta dicha condición puesto que “emporterait nullité de l'obligation en vertu de l'article 1174”.¹¹⁹ En la doctrina italiana se acepta la condición potestativa, pero se considera nulo el contrato bajo condición suspensiva meramente potestativa, es decir cuando el contrato depende sólo del arbitrio de una de las partes (art. 1355).¹²⁰

La condición causal es aquella que depende de un acontecimiento fortuito o en cuya realización depende la actividad de un tercero. Finalmente, son mixtas aquellas que subordinan la reso-

118 El ordenamiento francés establece la condición causal en los siguientes términos, “La condition casuelle est celle qui dépend du hasard, et qui n'est nullement au pouvoir du créancier ni du débiteur”.

119 Sin embargo, la “condition résolutorie potestative, qui ne serit autre chose qu'une faculté conventionnelle discrétionnaire de résolution du contrat, ne serait pas prohibée”, Terré *et al.*, *op. cit.*, nota 94, p. 904. El art. 174 del ordenamiento francés regula en los siguientes términos a la condición meramente potestativa, “toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige”. En este mismo orden de ideas se expresa el código mexicano: art. 1944. “Cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula”. El código argentino establece una excepción al principio de la condición potestativa: art. 542. “La obligación contraída bajo una condición que haga depender absolutamente la fuerza de ella de la voluntad del deudor, es de ningún efecto; pero si la condición hiciese depender la obligación de un hecho que puede o no puede ejecutar la persona obligada, la obligación es válida”. Según el legislador argentino, la disposición del código francés es “demasiado general”, véase nota 542 del código civil.

120 “La ragione della nullità del contratto è qui evidente: dichiarare ‘voglio se vorrò’ equivale a dichiarare ‘per ora non voglio’; manca, dunque, la volontà attuale di acquistare un diritto o di assumere un'obbligazione... Quando, invece, si tratta di condizione (non meramente) potestativa c'è la volontà attuale, anche se condizionata, di acquistare il diritto o di assumere l'obbligazione: so che, se mi dedicherò al commercio, quel contratto di locazione acquisterà efficacia e che sarò inadempiente se, anziché eseguire il già concluso contratto, prenderò in locazione un altro negozio”, Galgano, F., *Diritto privato*, 6a. ed., Padova, CEDAM, 1990, p. 278.

lución del contrato, primero, a la voluntad de una de las partes del negocio, y, segundo, a las circunstancias fortuitas o de la voluntad de un tercero.¹²¹

Otra clasificación es la de condiciones positivas y negativas. Son positivas cuando el acontecimiento establecido como condición sea capaz de mutar el estado actual de las cosas. En cambio, son negativas aquellas que no cambian el estado actual de las cosas. Las positivas exigen para su cumplimiento de una alteración, no así para las segundas. La redacción de la cláusula es indiferente, “si te quedas soltero” es una condición negativa.

4. *Condiciones impropias*

La característica más notable de la condición es su carácter temporal; es decir, la supeditación de la vigencia del contrato por un acontecimiento futuro e incierto. Por ello, no podemos hablar de un negocio condicionado cuando éste se supedita a un suceso presente o pasado. La incertidumbre que puede presentarse en este caso es de carácter subjetivo, puesto que el evento en cuestión del cual se hace depender la eficacia del negocio jurídico, ya se ha producido o se está produciendo. Para este supuesto, la jurisprudencia romana habla de la *condicio in praesens vel praeteritum collata* o *relata*. Así pues, las condiciones referidas a una circunstancia presente o pretérita, necesaria o imposible, no son realmente tales, pues a todas ellas les falta el requisito de incertidumbre.¹²² De esta manera, este concepto se presenta como una condición impropia, ya que no tiene el elemento característico de la condición que es la realización de un acontecimiento futuro e incierto.¹²³

121 Según el *code civil* “la condition mixte est celle qui dépend tout à la fois de la volonté d'une des parties contractantes, et de la volonté d'un tiers”.

122 Enneccerus, *op. cit.*, nota 95, p. 657.

123 En el primer proyecto del BGB (párrafo 137) la *condicio in praesens vel praeteritum collata* fue objeto de estudio. Fundamentalmente, se asentó la idea de que los negocios jurídicos que no pueden ser materia de la condición, tampoco podían subordinarse a una *condicio in praesens vel praeteritum collata*. En el segundo proyecto se suprimió esta disposición con la explicación de que dicha norma jurídica era peligrosa en su generalidad, “pero innecesaria para los casos usuales, ya que servirá la analogía conforme a la *ratio iuris*”, Flume, *op. cit.*, nota 112, p. 793.

La doctrina ha discutido la naturaleza de la llamada condición legal (*condicio iuris*). Esta es el acontecimiento futuro e incierto del que depende la eficacia del negocio según su naturaleza, su objeto o una especial disposición del derecho.¹²⁴ Sin embargo, esta no es ninguna condición, dentro del concepto de condición negocial, puesto que es solamente aquel presupuesto de eficacia del negocio jurídico, necesario según lo establezca el ordenamiento legal.¹²⁵ Por esta razón, en las fuentes romanas se dice que las condiciones legales son *quae extrinsecus veniunt* (D. 35, 1, 99). En este orden de ideas, queda establecido que ante la presencia de una *condicio iuris* la vigencia del contrato se vincula al cumplimiento de la condición legal exteriormente, y no en virtud de una disposición que las partes hayan establecido en el contrato.¹²⁶

Además, los efectos de la condición legal son distintos según los diversos negocios y según las diferentes *condicio iuris*. Así, por ejemplo, no cabe afirmar con carácter general ni el efecto retroactivo ni la irretroactividad, y tampoco son los mismos los efectos del negocio en el tiempo que media hasta el cumplimiento de la condición. Es así que encontramos notables diferencias entre la condición legal y la condición negocial, ya que su naturaleza puede ser tan variada que se pierde en el marasmo de la terminología jurídica. Los presupuestos de eficacia existentes conforme al derecho son tan variados que al concepto de condición legal con tal fin no le corresponde ningún significado. La ambigüedad de esta condición es notable, por lo Oertmann considera que “la cuestión de la condición legal, *condicio iuris*, ha sido siempre una de las más oscuras del derecho privado”.¹²⁷

124 Rescigno, *op. cit.*, nota 86, p. 768, “la nozione di condizione legale, o *condicio iuris*, intendendo per tale l'avvenimento futuro ed incerto al quale è subordinata l'efficacia del negozio per volontà non già delle parti, ma della legge”.

125 Además la *condicio iuris* “costituisce non soltanto una concausa della efficacia, bensì anche un elemento arbitrario ed accidentale rispetto alla categoria in cui rientra il tipo singolo di atto condizionale: un elemento cioè che può venire soppresso dal quadro della fattispecie, senza che con ciò risulti compromessa la esistenza o la efficacia del negozio”, Falzea, *La condizione...*, *cit.*, nota 4, p. 2.

126 Savigny, *System*, t. III, p. 123, afirma sobre las condiciones legales, que “en general tales condiciones son simplemente repeticiones superfluas de aquello que de todos modos vale, por tanto inofensivas pero también inútiles y carentes de efecto”.

127 Oertmann, *Die Rechtsbedingung* (*condicio iuris*), Leipzig-Erlangen, p. 5.

5. *La retroactividad de la condición*

Uno de los aspectos más discutidos de la doctrina respecto a la condición es la denominada retroactividad y sus consecuencias jurídicas. Nosotros dirigiremos nuestra reflexiones específicamente a la condición voluntaria, excluyendo a las otras especies de condición, como las condiciones legales. Los efectos del contrato sujeto a condición suspensiva o resolutoria surgen o, respectivamente, se extinguen *ex nunc*, es decir, a partir del momento en que se verifica la condición, o bien se producen o, respectivamente, cesan de producirse *ex tunc*, retrotrayéndose al momento de la conclusión del negocio. En realidad cuando se habla de retroactividad de la condición, se piensa en aquella hipótesis en la cual la ley al verificarse el acontecimiento condicionado regula los efectos que dependen de éste y los considera como si se hubieran producido en un momento anterior.

Los matices teóricos que encontramos en el análisis de la retroactividad nos muestran la naturaleza de dicha institución, y a su vez la complejidad para explicarla y aplicarla a instituciones jurídicas concretas.¹²⁸ Sin embargo, uno de los primeros aspectos que sobresalen es la cuestión del concepto de ficción y su vinculación con la realidad jurídica. Casi siempre se considera ficción todo aquello que no corresponde, en el orden jurídico, a una realidad histórica natural.¹²⁹ Esta expresión se utiliza para considerar que, después de realizarse el evento condicionante, los efectos se consideran a partir del momento de la celebración del contrato.¹³⁰

128 Según Falzea, "Retroattività", *Enciclopedia del Diritto*, t. XL, 1989, p. 488, "la retroattività si configura come una garanzia giuridica del pieno soddisfacimento dell'interesse, del quale sia stata rinvitata la realizzazione. Con la retroattività si rimuovono gli osacoli giuridici che protrebbero essersi formati tra il momento in cui l'interesse parziale è sorto ed il momento in cui è stata autorizzata o imposta l'attuazione, collegandosi così la tutela della conservazione con la tutela della realizzazione. La retroattività perciò è legittima nella misura in cui assicura il soddisfacimento dell'interesse con riferimento alla data della sua costituzione".

129 En este orden de ideas se expresa Barbero, *op. cit.*, nota 84, p. 35, "e quante sono le finzioni che s'è creata la dottrina: le quali, per una giusta reazione, vanno, fortunatamente, via via scomparendo! Fazione è —si diceva e si sente ancora— la persona giuridica, finzione l'universalità di cose, finzione il sistema delle presunzioni, finzione, finalmente (perché —si dice— il legislatore non può far si che non sia stato quello che è stato) è questa retroattività".

130 Existe un buen número de autores que conciben la retroactividad como una ficción.

Sin embargo, siguiendo a Barbero,¹³¹ consideramos que en el orden jurídico no existen ficciones, sino solamente una realidad jurídica que puede o no coincidir con la realidad natural o histórica. Además, el jurista puede ser imperfecto como todo humano, por lo que a través del orden jurídico puede cambiar el estado natural de las cosas. En una frase, el jurista puede crear la realidad jurídica, independientemente de su oposición con la realidad natural.¹³²

Uno de los primeros en analizar profundamente la cuestión de marras fue el insigne jurista alemán Windscheid,¹³³ quien pone bajo examen la cuestión de la retroactividad de la condición, partiendo del estudio del derecho romano, y donde esboza algunos principios sobre la retroactividad.¹³⁴ El debate prosiguió con la recepción del BGB de la tesis contraria a la retroactividad. En cambio, el *Code civil* aceptó la retroactividad de la condición en el artículo 1179, y en este tenor se expresaron otras legislaciones.¹³⁵ Sin embargo, la influencia del BGB dio pábulo a la discusión del tema de la retroactividad. Pero, una gran número de legislaciones reconocen la retroactividad en el negocio condicional.¹³⁶ De esta manera, la doctrina ha considerado la retroactivi-

Así, por ejemplo, véase Messineo, "Il contratto in genere", en Cicu, A. y Messineo, F., *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milán, vol. XXI, t. 1, 1968, p. 190; Mancini, G. F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro (Individuazione della fatispecie)*, Milán, 1962, pp. 15 y ss.

131 Barbero, *op. cit.*, nota 84, p. 35. Comparte este punto de vista, Allara, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Torino, 1950, p. 225.

132 Resulta muy interesante las ideas de Barbero, *op. cit.*, nota 84, p. 36, quien considera que el ordenamiento jurídico y el natural son autónomos y diversos entre sí, "per quanto siano, fino a un certo punto (occasionalmente) interferenti o coincidenti, nondimeno la distinzione permane ed allora è chiaro che non si possono confrontare entità su piani diversi, che perciò non ha senso parlare di finzione sol perché una realtà nell'ordinamento e nel piano giuridico non coincide con la realtà che si immagina corrispondente nel piano e nell'ordine naturale e che, per la priorità —sotto vari aspetti— di questo su quello, si è tratti a pensare che debba prevalere, assorbire, dare la forma alla prima".

133 Windscheid, "Die Wirkung der erfüllten Bedingung (1851)", en varios autores, *Gesammelte reden und Abhandlungen*, Leipzig, 1904, p. 127.

134 Es necesario recordar que en el ordenamiento romano, la realización de la condición suspensiva tenía efecto retroactivo en derecho justinianeo, pero no así en el derecho clásico. Sobre la situación de la condición y su retroactividad en el derecho romano, véase, Betti, E., *op. cit.*, nota 43, p. 479.

135 Así, el art. 1170 del código civil italiano de 1865 (hoy abrogado por el de 1942).

136 Por ejemplo, en el código civil italiano se confirma la regla de la retroactividad en la

dad de la condición como un principio integrante del derecho vigente.¹³⁷

El problema que plantea la retroactividad en la condición es de carácter teórico y práctico. Puesto que, a primera vista, es un tema de índole meramente especulativo. Ya los romanos, en la época clásica, no consideraban la retroactividad como parte del negocio condicionado. Fue la evolución de la teoría de las modalidades lo que obligó a los juristas a considerar la retroactividad de la condición,¹³⁸ y por esto se acepta en la época justiniana.

A pesar de lo expresado anteriormente, es indudable la importancia de la retroactividad en la teoría del negocio jurídico, y más aún, en aquellos contratos que tienen en su estructura una modalidad. El problema parece inofensivo, sin embargo, suele dar un gran número de problemas prácticos, ya que el contrato es una figura dúctil y proteica que presenta diferentes matices. Y es que no es tan sólo el hecho de que un cierto evento casi por fuerza

condición en materia de contratos: art. 1360: “Retroattività della condizione. Gli effetti dell’avveramento della condizione retroagiscono al tempo in cui è stato concluso il contratto, salvo che, per volontà delle parti o per la natura del rapporto, gli effetti del contratto o della risoluzione debbano essere riportati a un momento diverso. Se però la condizione risolutiva è apposta a un contratto ad esecuzione continuata o periodica, l’avveramento di essa, in mancanza di patto contrario, non ha effetto riguardo alle prestazioni già eseguite”. El art. 646 permite la retroactividad de la condición en materia de contratos. El código civil argentino no establece una regla general respecto a la condición, sino establece ciertas reglas; el art. 549 establece que si se tratare de bienes fungibles, “el cumplimiento de la condición no tendrá efecto retroactivo respecto de terceros, y sólo lo tendrá en los casos de fraude”. Por otra parte, el art. 550 regula la retroactividad de la condición en los negocios donde se encuentre un bien mueble; en este caso, “el cumplimiento de la condición no tendrá efecto retroactivo respecto de terceros, sino cuando sean poseedores de mala fe”. Finalmente, encontramos los bienes inmuebles, en donde el “cumplimiento de la condición no tendrá efecto retroactivo respecto de terceros, sino desde el día en que se hubiese hecho tradición de los bienes inmuebles”. El código civil venezolano, en su art. 1209, acepta la retroactividad de la condición: “Cumplida la condición, se retrotrae al día en que la obligación ha sido contraída, a menos que los efectos de la obligación o su resolución deben ser referidos a un tiempo diferente, por voluntad de las partes o por la naturaleza del acto”.

¹³⁷ Véase, por ejemplo, Barbero, *op. cit.*, nota 84, p. 34; Rescigno, *op. cit.*, nota 89, pp. 781-782 y 799; Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel dir. priv. italiano*, Napoli, pp. 678-679; Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, 3a. rist., Torino, 1967, p. 224.

¹³⁸ La doctrina francesa ha demostrado el carácter superfluo de la retroactividad de la condición. Así, Demogue, “De la nature et des effets du sroit éventuel”, *Rev. Trim. Droit civil*, 1906, pp. 249-251. Otros autores brindan a la condición solamente una importancia de carácter teórico, Colin-Capitant-Julliot de la Morandière, *Traité de droit civil*, Paris, 1959, t. II, p. 339.

mágica extienda su existencia en el pasado, sino simplemente a verificarse el evento “decisivo”, el establecido en la condición, surgen para el pasado y para el futuro los efectos jurídicos que se concibieron originalmente por las partes. Es decir, como si desde el momento inicial de la formación del contrato hubiera intervenido la condición. Así pues, la constitución de la retroactividad tiene un carácter supletorio que le otorga el mismo legislador, es decir, el ordenamiento jurídico asegura, junto con otros medios jurídicos, la eficacia y el cumplimiento de los contratos con esta figura.¹³⁹

El tema de la retroactividad en la condición posee una imperfección teórica y práctica. Su naturaleza no es del todo clara, pero se establece por el legislador para, de alguna manera, legislar “hacia el pasado”. A manera de ejemplo, supongamos un contrato sujeto a condición resolutoria, en donde el comprador goza de los frutos del predio desde el nacimiento del contrato; si la condición se cumple, el contrato se resuelve y por tanto las mutuas prestaciones se devuelven. Pero, en este supuesto, obviamente el comprador no podría restituir los frutos consumidos, de tal suerte que el comprador estaría ante el supuesto de la *restitutio in pristinum* sólo por equivalente.

En esta parte del argumento, podríamos hablar de la retroactividad de la condición como una ficción que establece el legislador en el ordenamiento jurídico.¹⁴⁰ Sin embargo, no podemos decir que estemos frente a una ficción en lo que respecta al contenido del contrato, sino más bien, a la disciplina normativa que debe entrar en vigor con el cumplimiento de la condición.

¹³⁹ Agrega Barbero, *op. cit.*, nota 84, p. 37, “e con esso, nei limiti in cui è disposto (sui quali subito appresso) ottiene una realtà giuridica presente approssimativamente uguale (è approssimazione non identità, in causa appunto dei limiti in cui si esplica l'effetto retroattivo) a quella che si sarebbe avuto se non ci fosse stato il periodo storico di pendenza della condizione, annullando tutto quello, che, in tal periodo avvenuto, sarebbe contrario alla nuova realtà comandata”.

¹⁴⁰ Se expresan a favor de la retroactividad como ficción, De Ruggiero, *Istituzioni di diritto civile*, Messina-Milán, 1934, t. I, p. 282; Colin-Capitant-Julliot de la Morandière, *op. cit.*, nota 138, pp. 937-939. En contra de esta idea, Barbero, *op. cit.*, nota 84, pp. 15-19; Allara, *op. cit.*, nota 131, p. 233; Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 321.

Dentro del tema de la retroactividad de la condición surgen diversos matices. Mencionaremos algunos de particular interés. Un aspecto de interés es la relación existente entre los conceptos de revocación y condición; sobre todo en la condición resolutoria, que es donde se extinguen hacia el futuro los efectos translativos y constitutivos del contrato. Sin embargo, el efecto extintivo-constitutivo de la condición resolutoria se verifica automáticamente y por tanto se ha llegado a hablar de “revocación”; pero a diferencia de ésta, en la “revocación obligatoria”, la cesación del efecto extintivo-constitutivo se realiza a petición de una de las partes; por ello, encontramos la diferencia con la retroactividad de la condición.¹⁴¹

De igual manera aparece la distinción entre retroactividad real y obligatoria, de las cuales, según la doctrina, solamente la primera sería una verdadera retroactividad.¹⁴² A nivel teórico son fácilmente discernibles dichas categorías de retroactividad; la diferencia sería que la retroactividad real hace surgir automáticamente la situación establecida en la condición; en cambio, la obligatoria solamente sería notable en las obligaciones impuestas a las partes. Empero, el aspecto más importante, por el cual podríamos distinguir ambas, es el de la cuestión de los terceros; en efecto, la retroactividad real, a diferencia de la obligatoria, produce parcial o totalmente efectos contra terceros.

6. *Etapa suspensiva de la condición*

Es el estado de la condición en el que el acontecimiento determinante o eliminador de la eficacia negocial no se ha produ-

¹⁴¹ Si bien en la retroactividad condicional se habla de una disciplina normativa que trasciende hacia el futuro, “nel caso di mera ‘revoca’ o ‘risoluzione’ si ripristina una situazione antecedente alla stipulazione del contratto, senza cercare di neutralizzare gli effetti prodotti in pendenza della condizione risolutiva, senza creare, cioè, una situazione corrispondente a quella che sussisterebbe al momento in cui si avvera la condizione, se gli effetti dell’avveramento si fossero già verificati per il passato, fin dal tempo della stipulazione del contratto (come invece avviene nel caso di retroattività)”, Pelosi, A., “La pretesa retroattività della condizione”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milán, año XXII, 1968, p. 833.

¹⁴² Boselli, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 1952, pp. 280-283; Mirabelli, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1962, p. 394.

cido. Encontramos en el periodo, que va de la manifestación de la voluntad condicionada al cumplimiento del acontecimiento, diversos elementos estructurales. De esta manera, existe la expectativa de una relación jurídica; esperanza de adquisición de derechos; fuente potencial de obligaciones para las partes y un potencial vínculo pasivo. Por su parte, Planiol considera que la etapa suspensiva indiscutiblemente se trata de una esperanza de derecho. Colin y Capitant afirmaron que había un derecho en germen, porque el acreedor tiene la facultad de ejercitar todos los actos necesarios para conservar su derecho y porque en el caso de muerte, se transmite hereditariamente su derecho condicional. Este derecho existe, se dice puesto que es materia de transmisión hereditaria; si no existiera un principio de derecho, no habría transmisión por herencia del acreedor a sus herederos.

Para Rojina Villegas antes de que se realice la condición, si es suspensiva, la obligación no nace.¹⁴³ Nosotros consideramos más pertinente la postura de Cafaro y Carnelli que consideran, que en la condición suspensiva, si bien los efectos típicos del negocio no se producen, pero igualmente se configura una relación jurídica que tiene un contenido específico, en cuanto resultan de ella obligaciones y derechos.¹⁴⁴ Las obligaciones están dirigidas a hacer posible, mediante conductas positivas o negativas, la verificación del hecho condicional, en cuya producción no participan las partes; y en otros casos, tratándose de la condición potestativa, ya, positiva o negativa, en la que por su esencia está implicada la actuación de alguna de las partes en la verificación del acontecimiento señalado como condición, además de la obligación de hacerlo posible, esto es, de desarrollar una conducta preparatoria del mismo, tiene que ejecutar la conducta final, que es el hecho condicional mismo.

143 Rojina Villegas, *op. cit.*, nota 89, p. 511.

144 Cafaro, E. y Carnelli, S., *op. cit.*, nota 5, p. 64.

7. La condición en los proyectos de códigos tipo

En los últimos años encontramos un fenómeno muy importante a nivel jurídico: la unificación de normas jurídicas en el ámbito del derecho privado, y en especial en materia de contratos. Para nuestra labor es de carácter obligatorio analizar, al menos sumariamente, la condición como modalidad en los diferentes proyectos legislativos. Uno de los más importantes, por su aspecto innovador y unificador de las tradiciones jurídicas del *civil law* y del *common law*, es el elaborado bajo el auspicio del profesor Giuseppe Gandolfi, denominado Proyecto de Pavía. Cabe mencionar, que el precedente proyecto tiene una gran influencia, en lo que respecta a la sistemática y originalidad,¹⁴⁵ por el *Contract code* y el código civil italiano.

El *Contract code* fue redactado por el profesor H. McGregor de la Universidad de Oxford con la ayuda de la *English Law Commission*. En este ordenamiento, la condición se localiza solamente en dos artículos, el 101 última parte¹⁴⁶ y el 105.¹⁴⁷ Sin embargo, en este proyecto no se define la condición, ya que “el uso de la muy ambigua palabra *condición* en el derecho inglés puede conducir a una gran confusión e incertidumbre. Se ha pensado que es mejor

¹⁴⁵ Así lo confirma el profesor Gandolfi, al referir que el mencionado código fue del “dominio público entre los juristas como consecuencia del encuentro de estudio sobre ‘El futuro Código Europeo de los Contratos’ desarrollado en Pavia el 20 y 21 de octubre de 1990, y con la publicación de las relaciones allí presentadas y de las respectivas noticias y comentarios”, MacGregor, H., *Contract code (Proyecto redactado por encargo de la Law Commission inglesa)*, Barcelona, 1997, p. 27.

¹⁴⁶ Art. 101, párrafo 1, final: “Types of provision. A contract... may contain provisions suspending, ending or otherwise affecting the operation of the contract”.

¹⁴⁷ Art. 105. “Incidence of promises and obligations. 1. The parties to a contract may provide that the whole or any part of its provisions shall not come into operation until the occurrence of an event; the contract is already in existence and neither party can withdraw, but it is a question of construction whether either party undertakes any obligation in respect of the occurrence of the event, although it shall be presumed that both undertake not unreasonably to hinder or prevent its occurrence. 2. The parties to a contract may provide that the whole or any part of its provisions shall cease to operate for the future upon the occurrence of an event; it is then a question of construction whether either party undertakes any obligation in respect of the occurrence of the event, but it shall be presumed that both undertake not unreasonably to cause or promote its occurrence. 3. The parties to a contract may provide that an obligation to perform one or more of the promises contained in the contract shall not arise before the occurrence of an event”.

para el código cortar el nudo gordiano y prescindir por completo de la palabra *condición* en sus reglas efectivas”.¹⁴⁸

En el proyecto de Pavía para un código europeo de los contratos se establece en el artículo 49 la condición suspensiva:

Art. 49. 1. Les parties peuvent convenir que le contrat ou une ou plusieurs de ses clauses produisent leur effet si un événement futur et incertain arrive ou n’arrive pas.

2. Dans ce cas le contrat produit ses effets à partir du moment où s’accomplit la condition, sauf si les parties sont expressément convenues que les effets rétroagissent au moment de la conclusion du contrat et se sont accordées sur la manière dont cela peut se réaliser conformément au droit et à leurs intérêts spécifiques.

3. Même si les parties sont convenues de l’effet rétroactif de la condition les fruits perçus sont dus seulement à partir du moment où la condition s’est accomplie.

A su vez, la condición resolutoria se consigna en el artículo 50:

Art. 50. 1. Les parties peuvent convenir que le contrat ou une ou plusieurs de ses clauses cessent d’avoir effet si un événement futur et incertain arrive ou n’arrive pas.

2. Les effets de l’accomplissement de la condition ne rétroagissent au moment où le contrat a été conclu que si les parties en sont expressément convenues, comme il est prévu à l’al 2 de l’art. 49, sous réserve de l’application de la disposition de l’al 3 de ce même article.

La diferencia que tiene este proyecto, en lo que respecta a las modalidades de los contratos, con el código italiano, es la ubicación de las disposiciones. El código italiano tiene el capítulo de las modalidades después de los elementos esenciales; en cambio, el proyecto disciplina las modalidades dentro del título IV, que se refiere a los efectos de los contratos. Esta sistematización responde a una idea de “organicidad” del código, según José Luis de los Mozos; además, tomando en cuenta las ideas de Giovanni Ferri, que era necesario establecer en el proyecto de Código un título

¹⁴⁸ MacGregor, *op. cit.*, nota 145, p. 61.

que contuviera todos los efectos posibles del contrato: obligatorio, reales y otros, dentro de los cuales se podían concebir las modificaciones posteriores de otras situaciones subjetivas, como en el caso de los contratos condicionados que presentan una “expectativa” de modificar la situación jurídica de las partes.¹⁴⁹

¹⁴⁹ Véase Académie des Privatistes Européens, *Code européen des contrats, Deuxième partie*, Pavie, d. Prov., 1996, p. 34.