

En Homenaje a la memoria del Ilustre Jurista
Luis Moisset de Espanés

LA MORAL, EL DERECHO Y LA POLITICA

Dr. Iván Escobar Fornos

Managua, Nicaragua, noviembre 2019

INDICE

LA MORAL, EL DERECHO Y LA POLITICA

I

La moral y la teoría general del derecho / Pág. 3

II

La moral, el derecho constitucional / Pág. 4

III

La moral y la política/ Pág.6

IV

La moral y el derecho administrativo/ Pág.8

V

La moral y el derecho procesal / Pág.13

VI

La moral y el derecho internacional público/ Pág.14

VII

La moral y el derecho privado/ Pág.15

VIII

Ampliación del concepto de las buenas costumbres y su vinculación con la moral/Pag.38

X

El código civil y el ordenamiento jurídico actual / Pág. 40

IX

La codificación, la descodificación y la recodificación / Pág. 42

I

LA MORAL Y LA TEORIA GENERAL DEL DERECHO.

Parte de la Teoría General del Derecho se refiere a la distinción entre la moral y el derecho.

La moral es una normativa distinta del derecho. Éste tema ha sido tratado en Grecia, Roma, en el derecho moderno y en el contemporáneo.

Se ha dicho que la moral es una unilateral porque no existe un sujeto que le pueda exigir su cumplimiento; en cambio, en la norma jurídica existe una autoridad que puede exigir su cumplimiento; la moral es una cuestión interior propia del sujeto; en cambio el derecho es una decisión exterior que lo obliga; la moral no tiene coercibilidad, su cumplimiento depende del sujeto; en cambio, el derecho si tiene coercibilidad y puede ser exigido su cumplimiento.

Hans Kelsen, líder positivista, en su Teoría Pura del Derecho es tajante en su distinción, apartando la incidencia de la moral en el derecho. (Editorial Porrúa, México. 1997).

Sin embargo, varios *ius* filósofos afirman la idea de la influencia que puede tener la moral en el derecho.

Ricardo Guastini, se declara positivista y declara que la fuente del derecho subjetivo es una norma jurídica, doctrina que constituye una forma de pensar históricamente condicionada, contingente o sea, sujeta a debate y revisiones. Como positivista afirma que el reconocimiento de un derecho moral por parte del sistema jurídico no es siempre bueno siempre y en toda la circunstancias, pues otorgar un derecho a una persona, significa imponer una obligación a otra, limitando su libertad.

Sin embargo, hace la observación de que todos los derechos positivos reconocidos y garantizados por el Estado Moderno liberal nacen históricamente como derechos morales (naturales) y es obvio considerar cosa positiva el enriquecimiento del patrimonio del derecho propio de cada individuo (Estudios de Teoría Constitucional. Colección Doctrina Jurídica Contemporánea. México. 2001).

George Rippert, parte de las ideas de que las teorías para distinguir la moral y el derecho son falsas. La regla moral se puede convertir en reglas jurídicas y si se separa de la regla moral en la elaboración del derecho el legislador debe preocuparse que el derecho este de acuerdo con la moral. El legislador y el juez deben guiarse por reglas morales que son los factores esenciales del derecho. Son factores esenciales del derecho, fuerzas vivas dirigidas para la construcción jurídica y que en determinados casos son capaces de derribarlas.

Afirma que el derecho creado por nuestra civilización está dominado por la ley moral cristiana, cuyo valor aparece incluso en las reglas jurídicas de más acentuado carácter técnico. El derecho debe realizar la justicia y la idea de lo justo es una idea moral. (Citado por Luis Recasens Siches. Panorama del Pensamiento Jurídico en el siglo XX. Editorial Porrúa S.A. México 1963. págs. 120 y 121).

Francisco Carnelutti, también distingue la moral y el derecho como sistemas normativos diferentes. Sin embargo, sostiene que el precepto sin contenido ético es un derecho falso, aun cuando circule como verdadero. Añade que no se puede confundir el derecho con la ética, pero se hace de ésta el principio de aquél, por lo que no se podría tener conocimiento del derecho sin tener en cuenta la ética.

No se trata de destruir la legalidad y la seguridad jurídica con las reflexiones de este estudio, sino de hacer más justo el derecho mediante las reformas pertinentes y donde no existen buscar los resquicios por donde pueda penetrar la moral y la ética en la solución de ciertos casos inaceptables a los sentimientos de las buenas costumbres, la buena fe y la moral cristiana.

II LA MORAL Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL

El Derecho Constitucional es un derecho público en el que también se cometen violaciones y fraudes, apartándose de la moral o ética.

La violación se presenta en forma burda, detectable a simple vista y en forma culpable. Por ejemplo: expresar en la Constitución que el Estado no tiene religión oficial y a pesar de ello se favorece a una determinada religión; permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo si la Constitución expresa que éste es entre un hombre y una mujer, etc.

El fraude a la Constitución se produce en forma encubierta escondiendo, por lo que la violación se produce en forma indirecta. Por ejemplo: alterar el núcleo central de la ley que la Constitución autoriza al legislativo aprobar. Nuestra Constitución contempla el jurado y remite a la ley su aplicación, pero ésta lo ha reducido a pocos casos; los fraudes electorales porque violan la soberanía popular y las disposiciones constitucionales que sientan las bases para la celebración de elecciones justas y competitivas; las mutaciones constitucionales de los tribunales constitucionales para permitir la reelección presidencial.

En Bolivia, en contra de plebiscito que no le permitía la reelección, recurrió al más alto tribunal y mediante mutación constitucional fraudulenta se dictó sentencia judicial que le permitía reelegirse Evo Morales de Bolivia. Se celebraron elecciones el día 19 del 2019. Se declaró ganador. La OEA realizó una auditoria electoral detectó las irregularidades y recomendó nuevas elecciones.

Las protestas callejeras de inmediato surgieron acusando a Evo, su equipo y las autoridades electorales de ser fraudulentas y que debían celebrarse nuevamente

las elecciones. En varias partes del país se enfrentaron los partidarios de Evo y los que pedían su renuncia y nuevas elecciones. Hubo muertos, saqueos y violaciones a los derechos humanos. Evo Morales, pidió asilo en México y desde ahí pide regresar para solucionar el problema. Los muertos son muchos y en cocha bamba los coccaleros de Evo se enfrentan con la policía. La situación es delicada, el nuevo gobierno no acepta como candidato al Presidente depuesto y se espera que se realicen nuevas elecciones.

No se puede negar que Evo realizó importantes cambios sociales, económicos y culturales.

El sistema boliviano es de los del Socialismo del Siglo XXI que pertenece al eje creado por Chávez y el Castrismo. Estos gobiernos saben cómo llegar al poder por medio de las instituciones democráticas, pero no como devolver el poder al nuevo ganador. Para ello ocupan la táctica de militarizar el país, las prebendas y enfrentar a sus partidarios contra los disidentes. Es difícil que regrese el poder a quien pertenece.

En Nicaragua el 8 de diciembre de 1936 se celebraron elecciones y presentaron sus candidaturas, por el Partido Liberal, Anastasio Somoza García para Presidente y para vicepresidente Francisco Navarro. La elección se celebró sin contrincantes porque la pareja que competía retiró su candidatura, que estaba integrada por Leonardo Arguello como Presidente y Rodolfo Espinoza como Vicepresidente.

La elección se celebró bajo la Constitución de 1911 que no permitía la reelección. Somoza ya tenía dos años de ejercer la Presidencia y quería reelegirse. Para defraudar la prohibición de la reelección de dicha Constitución se celebró un pacto entre Liberales y Conservadores para convocar a una Asamblea Constituyente que aprobaría una nueva Constitución en 1939 el 22 de marzo de ese año, publicada en La Gaceta número 68. Se amplió el periodo Presidencial de cuatro años a cinco años que se principiaría a contar el primero de mayo y no permitía la reelección.

Sin embargo, en una disposición transitoria se dispuso que el periodo del Presidente de la República (Somoza García) se contaría a partir del 30 de marzo de 1939 hasta el 1 de mayo de 1940 y no se le aplicarían los impedimentos para ser Presidente relacionado con el parentesco y la jefatura de la Guardia Nacional. Fueron 10 años continuos los que gobernó Somoza García, sin que en los 6 años que se le concedieran se haya celebrado elección alguna.

En América Latina existen muchos ejemplos de fraudes electorales y reelecciones, pero por la extensión de este trabajo nos quedamos con dos.

Las violaciones y fraudes a la Constitución la pueden cometer el Poder Ejecutivo; el Poder Judicial y el Poder Electoral.

La sanción a la violación al fraude a la Constitución por los actos, o misiones o leyes son sancionados con nulidad, más los daños y perjuicios que se causaron.

III LA MORAL Y LA POLITICA

Los políticos no están eximidos de la moral o ética. Ronald Dworkin uno de los más destacados filósofos de nuestra época, en su libro la “Democracia Posible”, de 2008 expresaba tristeza del Estado lamentable en que se encuentra la política estadounidense. Se discrepa en todo, sobre el terror y la seguridad, sobre la justicia social, sobre la religión en la política, sobre quien es apto para ser juez y sobre qué es la democracia, desacuerdos que no transcurren de manera civilizada, ya que no existe respeto recíproco entre las partes, se ha dejado ser socio en el autogobierno y la política es más bien una forma de guerra (Editorial Paidós. Barcelona, España).

En la contra tapa de la obra aparece un breve comentario de Michael Smith, Princeton University que a la letra dice: *“La política, en Estados Unidos y en el mundo, se ha polarizado y trivializado, quizás más que nunca. En el Congreso en los medios de comunicación y en el debate académico los contendientes, de izquierda y derecha, luchan unos contra otros como si la política fuera un deporte de contacto en el que se compite ante un griterío de animadoras.* El resultado, escribe Ronald Dworkin es una cultura política deplorable tan mal equipada por el eterno reto de conseguir la justicia social como para afrontar la amenaza emergente del terrorismo.

Es necesario recuperar el buen sentido y construir una moral política y personal que reemplace el desprecio y el desdén por el respeto recíproco y el debate útil. En esta obra, Dworkin, considerado como uno de los filósofos políticos y del derecho más importantes del mundo, identifica y defiende principios fundamentales de moralidad política y personal que todos los ciudadanos pueden compartir. Solo la conciencia y el reconocimiento de esos principios comunes a todos puede dar lugar a un debate político sustancial. Esa es, en definitiva, la promesa de la democracia.

Concebido de forma sorprendente y enderezada, con sorprendentes observaciones sobre la actual política exterior e interior de Estados Unidos, el libro de Dworkin constituye un desafío que los conservadores no pueden ignorar.

Ese estado que lamenta Dworkin se ha agudizado con la presidencia de Trumps, impredecible, cambiante, confrontativo con los medios de información, entre otros defectos.

Muchos líderes del partido demócrata se inclinan a un socialismo que con dificultad pueda funcionar dentro del sistema capitalista de los Estados Unidos de Norte América.

En Latinoamérica la situación es más aguda y lamentables en la que intervienen, entre otros factores, la pobreza, la falta de cultura, un hiperpresidencialismo, la ausencia de ética moral política, desarrollo económico lento, fraudes electorales,

reelecciones continuas, falta de preparación cívica de muchos líderes que se destacan en la política.

En el Perú el Presidente Vizcarra, combate la corrupción galopando para lo cual propuso una serie de reforma y al no ser atendida decreto la disolución del Congreso éste se resiste y le corresponde mediante recurso que si interpuso al Tribunal Constitucional resolver el asunto.

En Ecuador el Presidente Lenin Moreno, apenas saliendo del sistema perteneciente al eje enfrenta una huelga, con destrucciones y saqueos, los indígenas se tomaron Quito. Las pérdidas son cuantiosas y la gobernabilidad se debilita.

En Chile no cesan las protestas de los estudiantes, clase media y obreros. Existen grupos que protestan pacíficamente y otros sumamente violentos, destructivos, incendiarios y saqueadores. Chile había logrado en tiempos de la dictadura sangrienta de Pinochet, a través de una economía liberal de mercado, inspirada por los Chicos de Chicago un desarrollo económico que nunca había tenido, se redujo el nivel de pobreza, prospero la técnica y la ciencia.

Las protestas no cesan a pesar que el presidente Piñera prometió mejoras sociales y reformas a la Constitución. Ya se ha llegado a un consensó de hacer una nueva constitución avalada por un referéndum

La constitución chilena fue aprobada el 8 de agosto de 1980 bajo la dictadura de Pinochet y recibió 20 reformas. En abril del 2015 la Presidenta Bachelet anuncio una constituyente para reemplazarla, pero no lo logro.

Tiene la impronta de régimen de Pinochet donde el Estado juega un papel subsidiario y establece un híper presidencialismo.

Una nueva Constitución económica, social y cultural ayudaría para solucionar los problemas de gobernabilidad de Chile.

Existe mucha frustración en la clase media, en los obreros y en los estudiantes por los pocos beneficios que reciben del progreso económico de Chile. Es el mismo problema que está padeciendo el capitalismo a nivel global, al concentrarse la riqueza en pocas manos, olvidándose de distribuirla equitativamente entre la población.

En Argentina la situación económica es agobiante y el eterno peronismo (mezcla de populismo, justicia social y nacionalismo) recuperó el poder. No sabemos el giro que tomara el nuevo gobierno en su política interna e internacional. Es un país de gran cultura. Cuna de escritores ilustres como Borge, Cortazar, famosos artistas, científicos, técnicos, juristas como Salvat, Spota, Moisset de Espanés, codificador como Vélez Sarsfield, filósofos, administrativistas como Bielsa y constitucionalistas como Linares Quintana.

IV LA MORAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO.

La administración no siempre actúa de manera unilateral y con frecuencia celebra acuerdos o contratos de diferentes naturalezas.

En la conformación del contrato administrativo entre los autores se presentan discrepancias: a) Unos niegan la existencia del contrato administrativo. b) Cuáles son los contratos administrativos. c) Se preguntan cuáles son los elementos del contrato administrativo cuando aceptan que existe. d) En el derecho comparado existen diferencias respecto a cuáles son contratos administrativos y cuáles de carácter privado.

Los elementos del contrato administrativo son los siguientes: a) Las partes contratantes son: una entidad pública y la otra que puede ser una entidad pública o un particular. b) La competencia de la entidad pública para expresar su voluntad y la capacidad del particular para ejercer derechos y contraer obligaciones. c) El objeto es la prestación que se debe. d) La causa o motivo para la administración pública es la satisfacción de la necesidad en el cumplimiento del servicio público.

Nuestra contratación administrativa está regulada en la Ley de Contrataciones Administrativas del Sector Público, Ley N^o. 737, aprobada el 19 de octubre de 2010, publicada en La Gaceta, Diario Oficial N^{os}. 213 y 214 del 8 y 9 de noviembre de 2010. Esta Ley no define lo que es el contrato administrativo, se limita a señalarlos y permite que se celebren otros.

En el artículo 6, regula el principio de transparencia al disponer que toda contratación administrativa deberá realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas de las ofertas, como se establece en la definición de "mejor oferta" contenida en el artículo 2 de la presente Ley. El acceso a la información únicamente podrá ser restringido cuando la información solicitada pueda colocar a un oferente en posición de ventaja respecto de otros o cuando los documentos hayan sido definidos como confidenciales en los respectivos pliegos de bases y condiciones. Por referirse a información de los oferentes relacionada con desgloses de sus estados financieros, cartera de clientes o cualquier otro aspecto relacionado con sus procesos de producción, programas de cómputo, o similares que, dentro de condiciones normales de competencia, no deben ser del conocimiento de otras empresas.

Existen diferentes tipos de contratos administrativos regulados en la ley, lo que no excluye la posibilidad de que se celebre cualquier negocio jurídico por aplicación del postulado de la autonomía de la voluntad, según lo dispone el art.79.

Los contratos administrativos son los siguientes:

El contrato de obra pública. Es aquel contrato por medio del cual los organismos y entidades del Sector Público regidas por la presente Ley encargan a un tercero, persona física o jurídica, la ejecución de una obra pública consistente en una cosa inmueble, por naturaleza o por accesión, en las condiciones convenidas y a cambio de un precio que debe abonar el órgano o entidad contratante en su carácter de dueño de la obra (art. 80).

El contrato de concesión de obra pública se regirá por las leyes especiales existentes según el tipo de obra de que se trate.

Se entiende por obra pública, los bienes inmuebles que los organismos y entidades del Sector Público construyen con la participación de terceros, así como las modificaciones o reparaciones y rehabilitaciones que se hagan a los mismos, con la finalidad de destinarlos para cualquiera de los fines siguientes:

- A. Servir de asiento para el ejercicio de la función pública, entendida ésta como actividad esencial del Estado;
- B. Servir de uso a la población en general; y
- C. Servir de infraestructura para la prestación de servicios públicos.

La administración del contrato de obras públicas, en el ámbito financiero, técnico y jurídico será responsabilidad de la estructura orgánica a cargo del área correspondiente y el seguimiento del cumplimiento del contrato a cargo del área de Adquisiciones.

El Reglamento de esta Ley desarrollará las regulaciones especiales que requiera la ejecución del contrato de obra pública, en particular lo relativo a los requisitos especiales que deban satisfacer los estudios y documentos previos, la vigencia del contrato de obra, el plazo de su ejecución y la manera como se dará por recibida en el proceso de liquidación del contrato.

2. El Contrato Administrativo de Suministro. Es un contrato traslativo de dominio, en virtud del cual una persona natural o jurídica, denominada proveedor, a cambio de un precio, se obliga a realizar a favor de la entidad contratante o suministrada, una pluralidad de prestaciones autónomas de dar, consistentes en la entrega periódica de cosas muebles, en las fechas y cantidades fijadas en el contrato (Art.81).

Para que el contrato de suministro se repute contrato administrativo, será necesario que el órgano o entidad contratante pertenezca al Sector Público, actúe en ejercicio de la función administrativa y adquiera las cosas objeto del contrato con la finalidad de facilitar el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

3. La compraventa administrativa de bienes muebles. Cuando el suministro se ejecutare en un solo tracto, el contrato será tenido como compraventa administrativa de bienes muebles. en tal supuesto, se regirá supletoriamente por el presente capítulo y, en su defecto, por el derecho común (art.82).

4. La Aplicación Supletoria. El contrato administrativo de suministro, en ausencia de normas y principios especiales de Derecho administrativo y en la medida que no contraviere el interés público, se regirá por las disposiciones pertinentes de la compraventa mercantil, Título IV del Libro II del Código de Comercio, promulgado por Decreto del 24 de abril de 1914, publicado en La Gaceta N°. 248 del 30 de octubre de 1916 (Art.83).

5. Los Acuerdos Marco. Son los realizados por el Órgano Rector del Sistema de Administración de Contrataciones del Sector Público a través de una licitación pública para establecer las condiciones en que los proveedores ofertan bienes o servicios estandarizados y de uso común, al sector público. Los adjudicatarios de los acuerdos marco se obligan a suministrarlos a la entidad pública que desee contratarlos dentro del plazo establecido en el acuerdo marco, para lo cual esta expedirá una orden de compra con el soporte presupuestario correspondiente (art.84).

6. Adquisiciones a través de Acuerdos Marco. El Reglamento de la presente Ley establecerá los bienes y servicios que podrán adquirirse utilizando el mecanismo de acuerdos marco y además regulará los aspectos organizativos, operativos necesarios para asegurar la transparente y eficaz funcionalidad de la presente modalidad. Así mismo, el Reglamento establecerá las condiciones necesarias para que el uso de los Acuerdos Marco no genere limitaciones al desarrollo de la libre competencia, y estimule la incorporación de las micro, pequeñas y medianas empresas en el mecanismo (art. 85).

7. Incorporación de municipalidades a acuerdos marco. Las municipalidades, podrán adherirse a los acuerdos marco celebrados por el Órgano Rector del Sistema de Administración de Contrataciones del Sector Público (art. 86).

8. Contrato Administrativo de Servicios Generales. Es aquel contrato en virtud del cual, un tercero, denominado prestatario, se obliga, a cambio de un precio, a prestar un servicio a un órgano o entidad del Sector Público para la satisfacción de una necesidad. Los contratos de servicios generales presuponen la prestación de un servicio de carácter predominantemente material. Son prestados por personas naturales que ejercen la actividad comercial objeto del contrato, jurídicas o pertenecientes al Sector Público con personalidad jurídica propia (art. 87).

Cuando el prestatario sea una entidad perteneciente al Sector Público, se entenderá que actúa en su capacidad de derecho privado toda vez que la naturaleza del servicio prestado no implica el ejercicio de competencias públicas.

Entre otros servicios generales, pueden contratarse servicios de vigilancia, limpieza, impresiones, lavandería, mensajería, soporte informático, mantenimiento, y cualquier otra actividad relacionada con el apoyo a los organismos o entidades. Los contratos de servicios generales no podrán contratarse por períodos superiores a un año, pudiéndose renovar dicho contrato hasta por dos veces.

9. Contratos Profesionales de Consultoría. Los contratos profesionales de consultoría presuponen la prestación de un servicio de carácter predominantemente intelectual. Son prestados por particulares, personas naturales o jurídicas que, por su nivel profesional, reúnen calificaciones y aptitudes especiales, derivadas de sus conocimientos técnicos, profesionales y científicos (art.88).

Naturaleza de la Relación Contractual. Los contratos de servicios profesionales de consultoría no originarán relación laboral o de empleo público. Por lo tanto, el profesional prestatario de tales servicios no gozará de los derechos ni estará sujeto a las obligaciones y prohibiciones establecidas por la legislación laboral o por las leyes que regulen el estatuto de los servidores públicos.

Los servicios profesionales de consultoría contratados no pueden tener carácter general y permanente. Caso contrario, la relación existente será de empleo público y el profesional será tenido como un servidor público.

Los contratos de servicios profesionales de consultoría estarán sujetos a plazos determinados y deberán establecer los objetivos y resultados concretos y específicos que se pretenden lograr (art.89).

10. Adquisición de Bienes Inmuebles de Particulares. Los organismos y entidades del Sector Público regidas por la presente Ley, deberán adquirir los bienes inmuebles necesarios para el descargo de sus funciones con sujeción al procedimiento de selección simplificada, no pudiendo superar el valor del mismo el precio de mercado. En el supuesto que no sea posible un acuerdo directo entre la entidad adquirente y el propietario del inmueble, se procederá al juicio de expropiación, conforme la ley de la materia (art. 90).

11. Contrato Administrativo de Arrendamiento. Es un contrato mediante el cual una persona natural o jurídica llamada arrendador se obliga a conceder el uso o goce de un bien inmueble de su propiedad a un organismo o entidad del Sector Público llamado arrendatario, obligándose este último a pagar un precio determinado y cierto. El contrato de arrendamiento de inmuebles se celebrará mediante el procedimiento de selección simplificada (art.91).

Privilegios de la Entidad Arrendataria. Sin perjuicio de cualquier otro privilegio que le corresponda conforme a la Ley, en ningún caso, procederán medidas de desahucio en contra de la entidad arrendataria. De igual forma, en ningún caso el arrendador podrá ejercer derecho de retención alguna sobre bienes de la entidad arrendataria.

El arrendador sin necesidad de estipulación contractual, se obliga a garantizar a la entidad arrendataria el uso y goce pacífico de la propiedad objeto del contrato (art.92).

Contrato Administrativo de Arrendamiento de Equipos o Maquinarias. Es un contrato mediante el cual una persona natural o jurídica llamada arrendador se obliga a conceder el uso o goce de equipos o maquinarias de su propiedad por un plazo determinado a un organismo o entidad del Sector Público llamada arrendatario, obligándose este último a pagar un precio determinado y cierto (art.93).

Privilegios de la Entidad Arrendataria de Equipos o Maquinarias. El arrendador, sin necesidad de estipulación contractual, se obliga a garantizar a la entidad arrendataria el uso y goce pacífico de las maquinarias y equipos objeto del contrato.

Mientras se encontraren afectos al contrato administrativo, las maquinarias y equipos arrendados no podrán ser objeto de embargo o cualquier otra acción judicial (art. 94).

El art.72 en los contratos de obras y en los contratos de tractos sucesivos establece la cláusula *rebus sic stantibus* al disponer: Derechos del Contratista Particular. El contratista particular tendrá los siguientes derechos: 2. Derecho al reajuste de precios en la contratación de obras y en los contratos de tracto sucesivo, cuando el equilibrio económico financiero del contrato hubiere sido alterado por la ocurrencia de circunstancias sobrevinientes no imputables al contratista. En todo caso, previo a la adenda del contrato, el reajuste deberá ser revisado por el área financiera de la entidad adquirente conforme la fórmula de revisión establecida en el pliego de bases y condiciones que dio lugar a la contratación, si la hubiere. En caso contrario, se restablecerá el equilibrio perdido, de manera que no se ocasione pérdida al contratista por la ocurrencia del evento que haya causado el desequilibrio. Es una forma de aceptar la moral y la buena fe en el Derecho Administrativo.

V LA MORAL Y EL DERECHO PROCESAL

Principio de buena fe y lealtad procesal.

Está consagrado en el art. 14 que dice: “Artículo 14. Buena fe y lealtad procesal. Las partes, sus representantes y todos los partícipes del proceso, ajustarán su conducta a la dignidad de la justicia, al respecto que se deben los litigantes y buena fe.

El juzgado o tribunal deberá tomar, a petición de parte o de oficio, todas las medidas necesarias que resulten de la ley o de sus poderes de dirección para prevenir o sancionar cualquier acción u omisión contraria al orden o a los principios del proceso, impidiendo el fraude procesal, la colusión o el abuso del derecho y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria.

Se entiende por fraude procesal todo comportamiento de las partes, sus representantes y demás partícipes del proceso, en virtud del cual el juzgado ha sido víctima de engaño debido a la presentación falaz de los hechos, a probanzas irregulares, documentos alterados, o probanzas irregulares, documentados alterados e incluso por efecto de una argumentación falsa.”

Los principios de buena fe y lealtad procesal son fundamentales. Por tal razón pertenecen a la esencia del proceso y se insertan en la contradicción entre las partes, cada una de ellas tiene su verdad y tiene derecho a defenderla. Este encuentro polémico entre las partes, en la que cada una de ellas quiere imponerse sobre las otras, muchas veces, al margen de la ley y de la buena fe, puede poner en peligro la legalidad y la rectitud que debe reinar en el proceso. En el proceso están interesados el Estado y la sociedad para que resulte eficaz y justo. Consideramos importante moralizar el proceso. Para que se cumpla, al juez y tribunal deben otorgárseles amplias facultades para, a fin de prevenir la mala fe y la deslealtad, imponer sanciones ejemplares si son violadas, también los mismos poderes para que se cumplan lo mismo los principios procesales restantes mediante, evitando los ardides, irregularidades y fraudes señalados en el citado artículo.

La buena fe procesal puede formar parte del debido proceso establecido en el art.34.1 y párrafo final de la constitución.

VI LA MORAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

En el Derecho Internacional Público se exige la buena fe, en el cumplimiento de los tratados para sí disponerlos el art. 26 de la Convención de Viena: "*Pacta sunt servanda*". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Este principio debe de aplicarse con mayor intensidad en los instrumentos y tratados internacionales sobre derechos humanos.

VII LA MORAL Y EL DERECHO PRIVADO

1. Función social del contrato.

Supervivencia del contrato y su importancia.

El contrato es uno de los instrumentos que ha sobrevivido a todos los sistemas jurídicos desde la antigüedad, la edad media y contemporánea. En Grecia es preciso recurrir a los filósofos como a Platón que si se refiere a los contratos es con carácter político. Es Aristóteles en la *Ética de Nicomaquea* el que más se aproxima al contrato como figura jurídica, aunque se piensa que es una aproximación indirecta al contrato de carácter filosófico o moral y no jurídico.

En el Derecho Romano nace formalista y típico para convertirse en un instrumento cuya validez depende del consenso vinculante, que en el Código Napoleón es ley para las partes. Parte de la libertad individual y la igualdad de las personas ante la ley. Por lo que lo pactado debía ser religiosa y rigurosamente cumplido (*pacta sunt servanda*). Como consecuencia era justo e intangible, salvo caso fortuito o fuerza mayor.

La rigurosidad del cumplimiento del contrato a través del tiempo ha sido tradicional desde la antigüedad, se castigaba con la esclavitud, se aplicaba la ley del talión, al ladrón se le cortaba la mano. En el Código de Hammurabi, promulgado por Hammurabi rey de Babilonia (1792-150 a. de C), establecía la pena de muerte para ciertos incumplimientos entre otros al señor que roba al menor, al que ayuda a un esclavo a escapar.

No hay que olvidarse que el Código de Hammurabi es un código de normas civiles y penales. Es diferente al Código Mosaico que es de carácter religioso y contiene prescripciones morales y civiles.

Esta concepción del contrato pierde su fundamento místico, en distintas densidades, con el advenimiento del comunismo en Rusia y la Constitución de Weimar de 1919 en Alemania.

Con la idea del filósofo Emile Durkheim sobre la sociedad moral y de sacrificios y las lecciones del administrativista y constitucionalista León Duguit, la autonomía de la voluntad, poco a poco, fue sustituida por la concepción socialista y solidaria de la función social de la propiedad y del contrato.

Se fueron proyectando diversos criterios: la contratación dirigida mediante ley para favorecer a los débiles: la creación del Derecho Laboral; las Leyes de Inquilinato; las Leyes a favor del consumidor; el control de precios; los límites a los intereses;

los contratos de colaboración; la cláusula *rebus sic stantibus* implícita en el contrato *rebus sic stantibus*; la cooperación y la organización; la doctrina del *affectio contractus*, pues los contratantes en vez de adversario, en un número mayor de contratos, pasan de ser adversarios en verdaderos asociados; la tesis de la ecuación contractual; que considera al contrato un instrumento de colaboración de los contratantes en interés de ambos y de la propia sociedad; la teoría del paternanadó en virtud del cual se admite la anulación de la lesión enorme, la cesión del contrato y la asunción de la posesión contractual, la oponibilidad de cláusulas a terceros, por la relación de dependencia entre contratos, por lo que el Tribunal Federal del Brasil admitió que determinados contratos tienen relaciones unos con otros que podrían ser derechos siameses.

A comienzos de los años 60, en el Brasil se encarga la redacción de un Código Civil, pero no prospero por lo que en 1969 se instaló una Comisión Coordinada por el iusfilosofo Miguel Real, creador de la doctrina "Tridimensional del Derecho, la cual prepara un código que contenía dos partes: una parte general y cinco partes especiales: obligaciones; derecho de la empresa; derechos de las cosas; derecho de familia; y sucesiones. Esta segunda parte se destaca por una fusión parcial del derecho civil y el derecho comercial. El Proyecto fue aprobado en 1965 con las observaciones pertinentes. Como consecuencias de las reformas constitucionales referentes a la protección de los pueblos indígenas y la materia laboral, el Proyecto fue modificado, por lo que en 1995 fue revisado y adaptado a las circunstancias. Fue aprobado por el Senado en 1997 y por los Diputados en enero de 2002 para entrar en vigencia en 2003.

Es uno de los códigos más recientes, influenciado por el Derecho Social y la ética. Regula como figuras nuevas: la resolución del contrato de ejecución continuada o diferida por ser excesivamente gravosos; la lesión contractual y la función social del contrato. Todas estas figuras fueron reguladas en el código civil italiano en 1942. Menos la función social del contrato.

LA FUNCION SOCIAL DEL CONTRATO

Miguel Real en un artículo publicado el 20 de noviembre de 2003 titulado la Función social del contrato, afirma que esta función está consagrada constitucionalmente en el art.421 del Código Civil, "según el cual la libertad de contratar será ejercida en razón y en los límites de la función social del contrato, cuya conclusión y ejercicio no interesa solamente a las partes contratantes, sino también a la colectividad". Se deriva de la constitución de 1988 la que en los incisos XXII Y XXIII del art.5, salvaguarda la función social de la propiedad y que para su realización debe ser extendida a los contratos.

La función social de un contrato es temida por algunos autores e intérpretes por considerar que representa una disminución de las garantías para los contratantes. Pero añade el jurista Real que tal fundamento no tiene cabida, pues la nueva ley civil no entra en conflicto con el principio de que lo pactado debe de ser cumplido

según la tradición romana del *pacta sunt servanda*, que continúa siendo el primer fundamento de las obligaciones contractuales.

El art. 187 del Código Civil del Brasil sanciona el abuso del derecho que tiene su reflejo en el imperativo de función social del contrato que estatuye que no puede ser transformado en un instrumento para actividades abusivas causando daños a la parte contraria o a terceros.

La buena intención (buena fe) es parte de la eticidad en la contratación, mencionado en 53 artículos, tanto en el proceso de su celebración y de su ejecución. Añade que el olvido del valor social del contrato implicaría el olvido del papel de la buena fe, impidiendo que el juez al analizarlo indague si en el no hubo el propósito de contornar o falsificar la aplicación de obligaciones prescritas en la Constitución y en la Ley Civil.

El ordenamiento jurídico al regular las relaciones privadas presenta al legislador tres posibles opciones: a) Dar mayor relevancia a los intereses individuales, como lo hizo el Código Civil de 1916. b) Dar preferencia a los valores colectivos, promoviendo la socialización de los contratos. c) Asumir una posición intermedia, combinando el individualismo con el social de manera complementaria según reglas o cláusulas abiertas propicias a soluciones equitativas y concretas. Esta última fue la que acepto el Código Civil de 2002.

Termina expresando que la función social del contrato no coincide con los libres acuerdos de las sociedades contemporáneas y les asegura validez y eficacia.

2. Enriquecimiento sin causa

Ideas generales.

La persona, a través de su trabajo, industria, renta que le produce su capital, o donaciones que recibe, experimenta un incremento de su patrimonio. El enriquecimiento que recibe la persona en la forma indicada tiene como fundamento un título legítimo de adquisición (causa) y, como consecuencia, es lícito. El principio de enriquecimiento injusto tiene prohibido que una persona se enriquezca, produciendo el empobrecimiento en el patrimonio de otra, sin un título legítimo de adquisición. Por ejemplo: el pago indebido.

La persona empobrecida goza de la acción denominada ***actio de in rem verso***, dirigida a reparar el empobrecimiento. El principio del enriquecimiento ilegítimo tiene su origen en el Derecho romano.

B. Nuestro Código Civil y el principio de enriquecimiento ilegítimo.

Nuestro Código Civil, siguiendo en esto al Código de Napoleón, no reguló el principio del enriquecimiento sin causa en forma general. Existen otros Códigos que formulan el principio en forma expresa.

El art. 812 del Código Civil alemán dice: «*Quien obtiene algo sin causa jurídica por la prestación de otro o de cualquier otra forma a costa del mismo, está obligado para con él a la restitución. Esta obligación existe igualmente si la causa jurídica desaparece después o si no produce el resultado perseguido con una prestación según el contenido del negocio jurídico. Como prestación vale también el reconocimiento de la existencia o de la no existencia de una relación obligatoria realizada por el contrato*».

Los arts. 813 a 822 de dicho código regulan los casos principales de enriquecimiento y la forma de hacer la restitución.

El art. 2041 del Código Civil italiano de 1942 dice: “*Quien, sin una justa causa se ha enriquecido en daño de otra persona está obligado, dentro de los límites del enriquecimiento, a indemnizar a esta última de la correlativa disminución patrimonial. Cuando el enriquecimiento tenga por objeto una cosa determinada, aquel que le ha recibido está obligado a restituirla en especie, si existe en el momento de la demanda*”.

Existen algunas manifestaciones concretas del principio en varios artículos de nuestro Código Civil:

a). El que percibe los frutos está obligado a pagar los gastos hechos por un tercero para su producción, recolección y conservación (art. 624 C).

b). El propietario del suelo que hiciere, por sí o por otro, plantaciones u obras con materiales ajenos, debe pagar su valor y los daños y perjuicios, si hubiere actuado de mala fe. También el dueño de los materiales tendrá derecho a retirarlos sólo en el caso de que la obra construida no sufra menoscabo, o sin que por ello perezcan las plantaciones, construcciones y obras ejecutadas (art. 629 C).

c). El dueño del terreno en que se edificare, sembrare o plantare de buena fe, tendrá derecho a hacer suya la obra, siembra o plantación, previa a la indemnización establecida en los artículos 629 y 635, o a obligar al que fabricó o plantó, a pagarle el precio del terreno, y al que sembró, la renta correspondiente (art. 630 C).

d). El que ocupó la herencia de buena fe no responde de las enajenaciones y deterioros, sino en cuanto le hayan hecho más rico (art. 1300 C).

e). El pago lo puede hacer cualquier persona y el que pagare por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiere pagado, salvo que lo hubiere hecho contra su propia voluntad, en cuyo caso podrá repetir del deudor aquello en que le hubiere sido útil el pago (art. 2010 C).

f). El pago que se haga a un incapaz para administrar sus bienes, será válido en cuanto se hubiere convertido en su utilidad. También será válido el hecho a un tercero en cuanto se hubiere convertido en utilidad del acreedor (art. 2015 C).

g). El que recibe de buena fe una cantidad indebida debe restituir otro tanto, más los intereses o frutos desde el día del pago si fuese de mala fe (art. 2073 C).

h). En la nulidad producida por la incapacidad de una de las partes, la otra solamente tendrá derecho a que se le restituya lo que hubiere dado o pagado con motivo del acto o contrato en cuanto ello haya aprovechado al incapaz (art. 2212 C).

i). La sociedad es responsable para con el socio, tanto por las sumas que éste gasta en provecho de ella, como por las obligaciones que contrae de buena fe en negocios de la sociedad y por los riesgos inherentes a la administración que desempeña (art. 3239 C).

j). La sociedad no es responsable de las obligaciones que hubiere contraído un socio no autorizado para usar la firma social, salvo que la obligación se hubiere convertido en provecho de la sociedad, en cuyo caso la responsabilidad se limitará a la cantidad concurrente con el beneficio que hubiere reportado la sociedad (art. 3272 C).

k). El socio administrador no obliga a la compañía sino cuando al celebrar un contrato emplea la firma social, a no ser que pruebe que el contrato ha cedido a favor de la sociedad (art. 3279 C).

l). Si al que pertenece el negocio tuviere conocimiento de la gestión y no se opusiere a ella antes de que termine, se entenderá que la consiente; pero no estará obligado para con el gestor, sino hubiere provecho efectivo (art. 3380 C).

m). El incapaz que aceptó el depósito puede oponer la excepción de la nulidad del contrato si se le demanda por daños y perjuicios, pero debe restituir la cosa depositada, si la conserva en su poder, o el provecho que hubiere recibido de su enajenación (art. 3457 C).

n). Cuando son dos o más los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, el que de ellos la haya pagado podrá reclamar de cada uno de los otros la parte que proporcionalmente le corresponde satisfacer.

Si alguno de ellos resultare insolvente, la parte de éste recaerá sobre todos en la misma proporción. Para que pueda tener lugar lo expuesto, es preciso que se haya hecho el pago en virtud de demanda judicial, o hallándose el deudor principal en estado de concurso o quiebra (art. 3718 C).

ñ). El tercer poseedor tiene derecho a llevarse las mejoras necesarias si con ello no se causa perjuicio al bien hipotecado o a que se le pague con el mayor valor que hubiese adquirido en razón de ellas. Respecto a las mejoras útiles o voluntarias podrá llevárselas igualmente como las necesarias o podrá pedir que se le paguen con el producto del valor de la cosa hipotecada una vez satisfecho el acreedor (art. 3850 C).

La accesión respecto a inmuebles o muebles es rica en casos de enriquecimiento injusto o ilegítimo.

El principio del enriquecimiento sin causa en nuestro sistema del Código Civil se puede contemplar como un principio general deducido del contexto de dicho cuerpo legal y la aplicación numerosa en casos particulares. Además, forma parte de los principios generales del derecho aceptados en nuestro sistema.

C. Aplicación general del principio por la doctrina.

La doctrina moderna considera el enriquecimiento sin causa una fuente general de obligaciones. El principio del enriquecimiento sin causa tiene aplicación general. Se aplica, aunque el caso no lo contemple y no lo sancione expresamente la ley, siempre, por supuesto, que exista un enriquecimiento sin causa. El enriquecimiento sin causa es un principio general del derecho y producto de la razón natural que los Jueces o Tribunales deben aplicar de conformidad al art. 25.3 del Código de Procedimiento Civil (Pr) ya derogado, que dice: *«Que las autoridades judiciales no pueden dejar ningún caso de resolver las pretensiones y cuando no exista ley que provee el caso o dude a cerca de la aplicación resolverá en primer lugar por la analogía, en segundo lugar por la jurisprudencia de tres o más sentencias de la Corte Suprema de Justicia y en tercer lugar por los principios generales del derecho o lo que dicte la razón natural...»*

En el nuevo Código de Procedimiento Civil, el art.25, el juez después de tratar de solucionar el caso por la analogía, la jurisprudencia, tratará de resolverlo con los principios generales del derecho o la razón natural.

Por su parte la Ley de Justicia Constitucional después de establecer nueve métodos de interpretación que podríamos de clasificar como principales: el método de interpretación conforme a la Constitución, el método proporcional, el método de la ponderación, el método de la interpretación evolutiva o dinámica, el método de la interpretación teológica, el método de la interpretación literal, el método de las antinomias; se refiere a otros métodos, entre ellos los principios generales del derecho (art.3 LJC).

D. Elementos de la acción de enriquecimiento sin causa. Son tres los elementos generalmente aceptados: a) Enriquecimiento o aumento de un patrimonio. b) Empobrecimiento de otro patrimonio. c) Que el enriquecimiento no tenga causa legítima.

a). Enriquecimiento o aumento de un patrimonio. El aumento del patrimonio puede consistir en la adquisición de derechos reales, de crédito, inmateriales, etc., o en el aumento del derecho, como sucede en la accesión. El incremento del patrimonio también puede consistir en la disminución del pasivo como cuando se cancela una deuda (positivo). Hay enriquecimiento también cuando se evita un gasto que obligadamente se tiene que realizar (negativo).

Se piensa que hay enriquecimiento cuando se evita un acontecimiento por cuyo efecto se destruiría un elemento activo del patrimonio.

Un sector doctrinal sostiene que no sólo hay enriquecimiento cuando la ventaja es de carácter patrimonial, sino también cuando es de orden moral o intelectual. Los autores franceses citan como ejemplo el caso del profesor que no puede dirigirse contra el padre o tutor, y quien bien puede reclamarle al pupilo por haberlo enriquecido moral e intelectualmente. El enriquecimiento se puede producir de tres maneras: *i)* Mediante la transmisión de la ventaja que una persona hace a otra; poniéndose así en relación los patrimonios del enriquecido y del empobrecido a través de sus manifestaciones de voluntad. Esta forma o clase de enriquecimiento se denomina voluntaria, directa o inmediata. Se presenta en los negocios de disposición de créditos, propiedades o posesiones, o en la constitución de derechos reales como usufructo, servidumbre, prenda o hipoteca. También tiene lugar cuando una persona beneficia a otra por medio de sus cosas; derechos o trabajo. Ejemplos: permitir el uso de una cosa, la autorización para dar en garantía un crédito, mejorar el patrimonio mediante su trabajo, etc. *ii)* Mediante el enriquecimiento que se le procura a otra, sin que exista de por medio la declaración de voluntad del enriquecido y empobrecido. Ejemplos: pago de deuda ajena sin autorización del deudor, la agencia oficiosa, etc. Esta clase de enriquecimiento se denomina mediato o involuntario. No existe un acuerdo de voluntades entre el enriquecido y el empobrecido.

Es posible que el enriquecimiento se haga mediante el acto del enriquecido. Se cita como ejemplo el caso del dueño de una casa que después de terminado el contrato de arriendo pone el mismo negocio que el arrendatario tenía en el local arrendado, aprovechándose de la clientela.

iii) Mediante el enriquecimiento que se hace en forma mediata o inmediata, por medio del trabajo o patrimonio de un tercero diferente al empobrecido y al enriquecido. Ejemplos: encargar a una persona para que le procure una ventaja a un tercero, o bien le transfiera un derecho o asuma una deuda.

b. Empobrecimiento de otro patrimonio. El empobrecimiento de un patrimonio debe ser la causa del enriquecimiento del otro. Debe existir una relación de causalidad: el empobrecimiento del uno es la causa determinante del enriquecimiento del otro. El enriquecimiento puede resultar de la traslación de bienes o mediante el trabajo o servicios del empobrecido. Es posible que el enriquecimiento no produzca un empobrecimiento actual, sino posterior. Ejemplo: el que utiliza una obra ajena y es demandado por las utilidades. Se ha limitado al titular de la obra la posibilidad de obtener el valor de su derecho.

c. Que el enriquecimiento no tenga causa legítima. El elemento esencial del principio es la falta de causa o licitud del enriquecimiento. Cuando el enriquecimiento es lícito, causado, no entra en juego el principio. Ejemplos: cuando una persona cumple a favor de otra la prestación debida (**causa**

solvendī); cuando se entrega a otra persona dinero en mutuo, que adquiere la obligación de devolverlo (**causa credendī**); cuando una persona recibe la donación de otra (**causa donandī**). En todos estos casos, pues, hay un enriquecimiento lícito, causado. Por el contrario, hay enriquecimiento ilegítimo cuando no puede fundarse en una de las causas indicadas. Se señalan los siguientes supuestos de enriquecimiento ilegítimo:

i) Por invalidez o inexistencia de la causa eficiente Ejemplos: el pago indebido y la inexistencia del contrato.

ii) Por falta de la causa final Ejemplos: los pagos realizados a un acreedor falso.

iii) Por mejoras y servicios En estos supuestos no existe una entrega voluntaria. Ejemplos: las mejoras en cosas ajenas y la agencia oficiosa.

iv) Por el hecho del enriquecimiento de un tercero o por un acontecimiento involuntario En estos supuestos no interviene la voluntad del empobrecido. Se comprende aquí cualquier ventaja del patrimonio ajeno.

Efectos de la acción de enriquecimiento sin causa. La acción de enriquecimiento sin causa **actio de in re verso** tiene por objeto obligar al enriquecido a que devuelva lo que representa el enriquecimiento. El enriquecido debe la misma ventaja recibida. Si recibió la propiedad debe retransmitir dicha propiedad. Si se trata de la constitución de derechos reales debe cancelarlos, entregándose la cosa a su dueño. Si son derechos de garantía también deben cancelarse. Cuando el aprovechamiento consiste en un derecho de crédito debe transmitirse al empobrecido. Si son derechos de autor o de propiedad industrial deben regresarse las ganancias que produjo el derecho y, además, el enriquecido debe abstenerse de seguirlos explotando. Cuando no es posible devolver el mismo derecho, debe regresarse lo que recibió por el derecho o lo que valga. También la acción de enriquecimiento sin causa se puede dirigir contra el monto recibido en concepto de indemnización de la cosa o derecho por su daño o destrucción. No obstante, si el enriquecido asegura la cosa, el empobrecido debe pagar el valor del seguro, pues la acción de enriquecimiento sin causa no pueden ser fuente de otro enriquecimiento ilegítimo. Es posible que el enriquecimiento sea inferior al empobrecimiento o bien que el enriquecimiento sea superior al empobrecimiento. En el primer supuesto, la indemnización se ordenará por el valor del enriquecimiento. No hay condena por mayor valor. En el segundo supuesto, la indemnización se decretará hasta el valor del empobrecimiento, pues la acción de enriquecimiento, no puede ser fuente de otro enriquecimiento. En la solución de los dos supuestos

anteriores priva la idea de que la acción de enriquecimiento sin causa no puede ser fuente de ventaja para el empobrecido y de perjuicios para el enriquecido. Existen dos momentos en que se puede determinar el monto del enriquecimiento: el momento en que se produce el enriquecimiento y el momento en que se entabla la acción. La generalidad de los autores toma en cuenta al segundo momento. Como consecuencia, si la cosa ha desaparecido sin provecho para el enriquecido carece de objeto la acción, o sea, se extingue la pretensión. No obstante, se reconocen ciertas excepciones: cuando el enriquecido obtiene una ventaja de mala fe; cuando la prestación recibida es contraria al orden público y buenas costumbres; cuando el enriquecimiento indebido resulta por la no realización de la causa o caducidad de la misma.

F. De la naturaleza de la acción de enriquecimiento sin causa y de su ejercicio. Es una acción personal y subsidiaria. Como acción personal sólo puede dirigirse contra el enriquecido y sus herederos, y no contra el tercer poseedor de lo que constituye la ventaja o provecho. Cuando hay varios enriquecidos la acción se dirige contra todos ellos, pero no existe solidaridad. Se estima por los autores, la jurisprudencia de ciertos países y algunos códigos que esta acción es subsidiaria, o sea, que sólo puede ejercitarse si no existe otra acción para obtener la reparación.

El art. 2402 C. del Código italiano de 1942 dice: *“La acción por enriquecimiento no puede proponerse cuando el perjudicado puede ejercer alguna otra acción para hacerse indemnizar el perjuicio sufrido”*. Del carácter señalado de dicha acción se desprende las consecuencias siguientes: a). No procede la acción de enriquecimiento cuando existe acción especial para resarcirse del perjuicio. b). No procede la acción de enriquecimiento, si ya no puede ejercerse la otra acción por su prescripción o renuncia. Para justificar el carácter subsidiario de la acción se parte de la idea de que se regula con la finalidad de completar el orden jurídico y no con el propósito de reemplazar las acciones expresamente establecidas o para suplir la negligencia de los que dejan prescribir sus acciones.

G. Enriquecimiento por causa ilícita. De conformidad con el art. 2079 incs. 1 y 2 C., podrá repetirse lo que se paga en cumplimiento de un contrato cuyo objeto es la comisión de un delito o bien es contrario a las buenas costumbres, siempre que el que haga el pago se encuentre de buena fe. En este caso el pago no se hace para que se cometa el delito o se realice una actividad contraria a las buenas costumbres. En cambio, si la actividad delictual es común a ambos contratantes no cabe la repetición de lo que se haya pagado para que se realice el acto ilícito o contrario a las buenas costumbres. Hay en este supuesto una actividad ilícita común, un acuerdo para causar el mal. Véase la nota al art. 2211 C. en la que nuestros anotadores tratan de armonizar este artículo con el art. 2079 C.

H. Enriquecimiento por falta de resultado. El resultado debe estar fijado en el acto o contrato. Son resultados especiales y no generales de los contratos. La doctrina señala los casos siguientes: a). Cuando se entrega un recibo esperando un pago o

la entrega de un dinero en calidad de mutuo. b). Cuando se produce la caducidad del fin, como cuando la aseguradora paga el seguro en virtud del robo del carro asegurado y con posterioridad se recupera dicho vehículo. c). Cuando alguien ofrece comprar mercadería y remite el precio, sin que se le envíen las mercaderías. También cabe cuando alguien entrega dinero en espera de obtener un arrendamiento.

I. La protección de los terceros y el enriquecimiento indebido. Con la finalidad de garantizar el tráfico jurídico el derecho protege a los terceros adquirentes de buena fe contra las acciones de los verdaderos titulares. En tales supuestos una persona dispone del patrimonio ajeno, bajo determinadas circunstancias que crean una situación de apariencia e inducen a los terceros de buena fe a contratar. Cuando se presenta un conflicto de éstos, el verdadero titular del derecho, ante la imposibilidad de proceder contra el tercero de buena fe protegido por la ley, tiene a su favor la acción de enriquecimiento sin causa, la que dirigirá en contra del que dispuso de sus bienes.

4. EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE.

La buena fe es un comportamiento honesto, leal, y sin reservas en el cumplimiento de las relaciones jurídicas entre particulares y con el Estado.

Es un principio general del Derecho que se convierte en norma jurídica aplicable, inspira el sistema y la doctrina, se sitúa en el mismo plano de los principios de equidad, legalidad, certeza y seguridad.

Tiene su aplicación en varias ramas del derecho, entre ellas, el derecho privado, el derecho administrativo y el derecho internacional público, por lo que en la Convención de Viena el (art.26) establece la obligación de cumplir y ejecutar los tratados de buena fe.

También se aplica en el Derecho Procesal Civil, consagrado en nuestro Código Procesal Civil como principio en el (art.14).

En el Derecho Constitucional de nuestro país podríamos decir que es aplicable la teoría de la buena fe, partiendo del art.3.8 que regula la interpretación de las normas jurídicas atendiendo la legislación, la jurisprudencia y los principios generales del derecho de la igualdad y equidad. No hay que olvidarse que la buena fe es un Principio General del Derecho. En nuestro Código Civil existen numerosas aplicaciones de principio de la buena fe. Generalmente uso el término de buena fe y en ciertos casos utiliza el dolo como máxima expresión de la carencia de la buena fe. Los artículos en el Código Civil sobre la buena fe son los siguientes: 1718, 1742, 1743, 1744, 1746, 1747, 1748, 1749, 1756, 1761, 1762, 1768, 1770, 1777, 1790, 1811.2, 1860, 1866, 2012, 2016, 2025.2, 2073, 2074, 2075, 2077, 2093.6, 2168, 2203, 2236, 2460, 2469, 2470, 2480, 2509, 2625,2794, 3286, 3377, 3458, 3504, 3614, 3620, 3621, 2237, 2077.6, 2509, 1866, 629, 630,632,634,646, 888.2, 899,

900, 965, 993, 1061, 1104.2, 1266, 1300, 1441, 1452, 1462, 1477. Como puede observarse nuestro Código está inspirado o permeado principio de buena fe.

Por ejemplo, en materia contractual los contratos obligan tanto en lo que se expresen en ello como en la consecuencia de la equidad como el uso y la ley hacen nacer la obligación de acuerdo al art.2080, disposición que en el concepto de equidad encierra la Buena Fe, la que debe existir en la celebración y ejecución del contrato.

Contemplan el principio de buena fe del (art.9) del Código Civil y Mercantil de la Argentina y el alemán en los arts. 157 y 242.

5. EL ABUSO DEL DERECHO

A. Concepto y breve historia.

Quien su derecho ejerce a nadie ofende, dice un aforismo jurídico. En verdad quien usa su derecho a nadie daña. Sin embargo, cuando se ejerce con dolo o culpa, lo hace en forma abusiva y, como consecuencia, debe repararse el daño causado.

La teoría del abuso del derecho tiene un antiguo origen. En el Derecho Romano fue aceptada, aunque existen algunos aforismos que interpretados aisladamente parece que la rechazan, pero no es así. En la Edad Media también fue aceptada. En el siglo XIX, al aparecer el individualismo, sufre un fuerte revés. Pero modernamente surge nuevamente, teniendo buena acogida entre los autores y códigos. Los Códigos del Perú, Alemania, México y otros admiten esta teoría. El ejercicio del derecho en sus tres formas principales puede dar pie a un abuso del mismo. Se puede abusar del derecho y causar un daño cuando a) se disfruta de su contenido de hecho, al sembrar, construir, etc.; b) se dispone de dicho derecho (cesión venta, etc.); c) se ejercita contra el deudor o terceros. En cualquiera de estas formas, pues, se puede abusar del derecho. El abuso puede recaer en toda clase de derechos, ya sean reales o personales, patrimoniales o de familia, ya sea que emanen de una ley ordinaria o de una constitucional. También tiene lugar en los derechos que emanan del contrato. Se exceptúan los derechos absolutos, en los cuales el uso abusivo no tiene lugar. Se pueden ejercer en forma arbitraria o caprichosa. Se citan como ejemplos: el derecho que tiene el testador de disponer de sus bienes, exceptuando las asignaciones forzadas. Cualquiera que sea el motivo o móvil tiene derecho a disponer de sus bienes, aunque no tome en cuenta a sus herederos ab intestato. El derecho que tiene el comunero de pedir la cesación de comunidad. Lo puede hacer, cualquiera que sea el móvil.

Con relación a esta teoría se señala que existen derechos absolutos como el derecho de testar y privar a los herederos intestato; pedir la partición de bienes en comunidad salvo que exista pacto en contrario. Generalmente se acepta que debe de existir malicia, pero que también existen casos de daños sin malicia.

En el Código Civil Soviético en el año 1922 en el art.1 se dispone que los derechos civiles son protegidos por la ley, salvo los casos en que se ejercen en contrario a su

destinación económica y social; a su vez en el Proyecto, franco-italiano del Código de Obligaciones existe la obligación de reparar el daño cuando se excede de los límites de la buena fe o por la finalidad, en vista de lo cual ese derecho ha sido concedido. Este es un criterio peligroso que deja al árbitro de los jueces cuando existe daño, porque es cuestión difícil de determinar el espíritu y finalidad social o económica del derecho.

B) Su regulación

Nuestro Código Civil, el Procedimiento Civil (Pr.) derogado y la jurisprudencia han consagrado importantes aplicaciones de la teoría del abuso del derecho, a saber:

De conformidad con los arts. 3285 inc. 4 C. y 3290 C. la sociedad de duración ilimitada se termina por la renuncia de alguno de los socios, notificada a los demás y que no sea maliciosa ni extemporánea. Una renuncia contrariando estas disposiciones no valdría y el socio tendría que buscar la época oportuna para presentarla. De otra forma se abusaría de un derecho en perjuicio de los otros socios.

De acuerdo con el art. 3345 inc. 4 C. el mandatario le puede poner término al mandato por su renuncia; pero está obligado a continuar en el desempeño de aquellos negocios cuya paralización puede perjudicar al mandante hasta que avisado éste haya tenido tiempo bastante para proveer al cuidado de sus intereses, según lo dispone el art. 3353 C. Esta medida se toma para evitar un perjuicio al mandante, ante el abuso del mandatario.

De acuerdo con el art. 888 (Pr.) derogado el que embarga preventivamente está obligado a rendir fianza, para responder por la cosa que se trata de embargar y de los daños y perjuicios que ocasionare el embargo. Se desprende de esta disposición que puede haber abuso de esa medida precautelar.

El art. 1741 (Pr.) derogada faculta al ejecutante para desistir de la acción ejecutiva, pero lo hace responsable de los daños y perjuicios que hubiere causado con la demanda. Se parte de la idea de que el ejecutante ha obrado con precipitación y frente a los argumentos del ejecutado desiste de su ejecución.

La teoría del abuso del derecho es acogida por la Corte Suprema de Justicia:

El principio “*nemo demnun dicit qui sou jure utitur*” no puede tomarse de una manera absoluta porque ello daría lugar a muchos abusos, cuando se ha obrado con temeridad o mala fe, persiguiendo solamente el daño ajeno. Es por eso que la jurisprudencia ha venido a atenuar el rigor del principio sentando, que no se incurre en responsabilidad cuando se ha usado del derecho con prudencia y buena fe; no habiéndose demostrado en el caso de autos que los demandados hayan abusado de su derecho o procedido con malicia. (1 S. 11:30 a.m. del 12 de junio de 1948, B. J., p. 14281.C).

El hecho de promover cualquier persona juicio relativo a un derecho cuya existencia se declara por sentencia en ese juicio, no puede servir de base para exigir daños y perjuicios del demandante vencedor. (2 S. 1:30 p.m. del 24 de febrero de 1915, B. J., p. 918.)

Los litigantes están autorizados para usar del embargo preventivo a fin de garantizar los resultados del juicio, pero también cabe la indemnización de los perjuicios que con ello se cause si el embargo, por la declaratoria de su improcedencia, carece de causa legal para que fue pedido. (3 S. 11 a.m. del 11 de diciembre de 1926, B. J., p. 5784.)

Declarada la nulidad de un juicio de desposeimiento pueden demandarse los daños y perjuicios contra el ejecutante, para lo cual no basta demostrar la existencia de los daños, sino también que son imputables al ejecutante por su culpa, negligencia o imprudencia (art. 2059 C.), sin que pueda alegar que al intentar la acción de desposeimiento hizo uso de un derecho que concede la ley, pues no usa de su derecho quien sostiene en juicio pretensiones temerarias, como tampoco el hecho de la no imposición de costas en el juicio de desposeimiento, pues no causa estado en el debate sobre daños y perjuicios; asimismo no es atendible la alegación de que siendo el secuestro un acto judicial, no pueda conceptuarse como un acto doloso de quien lo solicitó. (4 S. 11 a.m. del 29 de septiembre de 1931, B. J., p. 7854.)

El actor no funda su demanda en que su acusador cometió un delito, sino en el art. 2509 C., y, por lo tanto, no es necesaria la existencia de una sentencia criminal. (Art. 40 Pn.). ...la sola existencia del daño no es suficiente para sujetar al causante a la obligación de resarcir, sino que es circunstancia esencial que intervenga dolo, culpa, negligencia o imprudencia... Pero ¿cuál es en definitiva el criterio para distinguir cuando un acusador restringiendo la cuestión al caso presente, usa o abusa de su derecho? Acerca de este punto se encuentran dos opiniones desacordes que se disputan el campo: queriendo que el acusador no sea responsable de los daños, sino sólo cuando sea de mala fe; y otros, por el contrario, opinan que es suficiente la sentencia de absolución para someter al acusador a la obligación de resarcimiento. Opiniones ambas excesivas, rechazadas por la doctrina prevalente, que sigue el criterio de que sólo se debe reconocer responsable a quien resultando dañado por un delito, en lugar de proceder con la ponderación necesaria para poner a la justicia sobre las huellas del reo, acusa inconsideradamente, sin rodeos y con ligereza imperdonable a un tercero inocente. La malicia del acusador no es un requisito indispensable para declarar sus responsabilidades, porque si bien la buena fe excluye siempre el dolo o la malicia, no excluye igualmente la falta, la negligencia o la imprudencia, y lo cierto es que la buena o la mala fe del acusador no deben ser tomadas en consideración más que para decidir si el acusador ha cometido delito o cuasidelito, y porque de esa diferencia puede surgir la importancia y la cuantía de los daños... (5 S. 11 a.m. del 13 de julio de 1934, B. J., p. 8699.)

Si el actor pide el cumplimiento de la sentencia de restitución del bien arrendado que fue apelada en un solo efecto, incurre en daños y perjuicios si es revocada,

pues existe imprudencia aun cuando no sea temeraria. (6 S. 12 m. del 30 de noviembre de 1944, B. J., p. 12588.)

La anterior jurisprudencia puede ser aplicable bajo el nuevo Código Procesal Civil que en el principio de buena fe (art.14) contempla la prohibición del abuso.

La enumeración anterior de los casos legales y el reconocimiento por la jurisprudencia fundamentan la aplicación general en nuestro ordenamiento jurídico de la teoría del abuso del derecho. En las relaciones de vecindad tiene amplia aplicación. Estas relaciones imponen obligaciones y derechos. Los vecinos tienen derechos y, a su vez, obligaciones.

Como obligados deben soportar el ejercicio del derecho del vecino, pero cuando ese ejercicio excede el límite de la tolerancia de las obligaciones de vecindad, se abusa del derecho. Imaginemos los insoportables ruidos y gases de una fábrica en un barrio residencial, etc. El dueño de la fábrica será responsable de los daños y perjuicios que cause, y además deberá tomar las medidas para evitar en el futuro otros daños. Tal responsabilidad se produce, aunque se encuentre autorizado por las autoridades administrativas correspondientes.

Son varios los códigos civiles que consagran el abuso del derecho: alemán (art.1), suizo (art.2), Polonia (art.160), Perú (art.2. Tít. Prel), Venezuela (art.1185), Líbano (art.124), Turquía (art.2), Argentina (art.10).

Otros países cayán sobre el abuso, pero la jurisprudencia lo ha incorporado: Francia, Bélgica, Chile y España.

6. El cuasi cumplimiento de la obligación y la negación de la acción resolutoria.

El cumplimiento parcial no excluye el ejercicio de la acción resolutoria, pero es negada cuando lo que falta por ejecutar es muy pequeño, pues sería injusto afectar bajo estas circunstancias a una de las partes del contrato. En este último caso basta una indemnización al demandante. Así lo exige la buena fe en la ejecución de los contratos. La doctrina y jurisprudencia moderna se pronuncia a favor de esta solución, lo mismo que el art. 1455 del Código Civil italiano de 1942, al expresar que *«el contrato no puede resolverse si el incumplimiento de las partes tiene escasa importancia, teniendo en cuenta los intereses de la otra parte»*, y el Código Civil alemán en el art. 325. Debemos reconocer que el tema es discutido, pues no faltan autores que niegan la acción por el incumplimiento parcial.

En el art. 2685 C., que reglamenta la venta con pacto comisorio, se establece que si vencido el plazo del pago, el vendedor recibiere solamente una parte del precio, sin reserva del derecho a resolver la venta, se juzgará que ha renunciado este derecho. Esta disposición es excepcional, por lo que no termina con la regla general de que el cumplimiento parcial no excluye el ejercicio de esta acción. 17 Nota al artículo 2665 C.

La doctrina admite la tesis de que incumplimiento defectuoso produce un incumplimiento resolutorio. El Tribunal Supremo de España, por sentencia del 16 de enero de 1930, declaró la resolución de la venta de unas máquinas de moler harina que no eran aptas para mover las piedras y cuyas correas no eran a propósito debido a la humedad del molino.

7. La responsabilidad objetiva y subjetiva

La responsabilidad objetiva mira hacia el daño desentendiéndose si existe culpa o dolo de parte del autor del daño. Producido el daño hay que repararlo prescindiendo de la culpa. Este tipo de responsabilidad prevaleció en las sociedades primitivas.

Contra la anterior concepción de la responsabilidad se alza la tesis subjetiva para la cual no basta el daño, sino que es preciso que exista, además, culpa o dolo de parte del sujeto activo del daño. Esta tesis fue consagrada por el Código de Napoleón y los que lo siguen. No obstante, en la actualidad se observa un renacer de la tesis objetiva, disputándose con la subjetiva su imposición en varias ramas del derecho. Por ejemplo, en el Derecho del Trabajo prevalece la tesis objetiva. Así se deduce de los arts. 109, 110 y 112 del Código del Trabajo. El art. 109 nos dice:

Se entiende por riesgos profesionales los accidentes y las enfermedades a que están expuestos los trabajadores en ocasión del trabajo.

La Ley General de Aeronáutica en el art.186 expone:

“Obligación de Indemnizar. El transportista, será responsable de los daños y perjuicios causados durante el transporte:

1. Por muerte, lesiones o cualquier otro daño sufrido por el pasajero.
2. Por destrucción total o parcial, pérdida o retraso de las mercaderías o de los equipajes facturados o de mano.

El término lesión, a los efectos del presente Capítulo, comprende tanto las lesiones corporales, orgánicas o funcionales, como las que afectan las facultades mentales.

La obligación a que alude el párrafo primero incluye también la de indemnizar por daños debidos a casos fortuitos o fuerza mayor.

No habrá lugar a reparación si los daños no son directos e inmediatos o si se deben al mero hecho del paso de la aeronave dentro del espacio aéreo, de conformidad con las regulaciones técnicas del tránsito aéreo”.

En su articulado se establecen límites de indemnizaciones.

Cuando hay culpa o dolo sube la indemnización.

El Tribunal Superior del Trabajo, en sentencia de las 9 a.m. del 7 de octubre de 1980, B. J. p. 318, ha dicho que el Derecho Laboral ha evolucionado lo suficiente para hacer abstracción de la noción de culpa del empleador, fundando la indemnización en un concepto más amplio, el de la teoría del riesgo profesional.

A la tesis subjetiva se le formulan las críticas siguientes:

a) La sociedad moderna, con todo su desarrollo, sus avances tecnológicos, sus industrias, etc., crea una serie de comodidades y beneficios, pero, a su vez, produce serios riesgos que persiguen constantemente a los individuos, que en muchos casos los soportan las personas que no disfrutan de los mencionados beneficios. Ante tal situación, la tesis subjetiva se vuelve inadecuada, pues de acuerdo a la misma es preciso probar la culpa del autor del daño para obligarlo a resarcirlo.

b) La tesis subjetiva es injusta, ya que generalmente el causante del daño es una persona de recursos poderosos que se puede defender en los tribunales buscando a los mejores abogados; en cambio el perjudicado generalmente es una persona de pocos recursos y, además, se le obliga a probar la culpa o dolo del demandado, cosa difícil en el proceso. La desigualdad en el proceso es evidente. c) En muchas ocasiones es difícil determinar la culpabilidad de una persona, el carácter sofisticado de algunas máquinas. Tanto en material laboral como de aviación los daños y perjuicios aparecen tasados por los cuerpos legales anteriormente citados.

La escuela positiva italiana de Derecho Penal funda la responsabilidad penal en el riesgo. El dolo y la culpa no fundamentan esta responsabilidad. La pena tiene por objeto defender a la sociedad y no castigar a cada cual según su acto. Ferri expresa que la pena es una medida de defensa social. Pero es en la doctrina civil donde ha encontrado mayor impulso, y en algunas ramas del derecho (como en el laboral) o en ciertas actividades, ha sido acogida.

Existe una serie de actividades de carácter peligroso, en donde prevalece la responsabilidad objetiva. Por ejemplo: se considera daños de industrias o explotaciones peligrosas los causados por ferrocarriles, automóviles, naves aéreas, marítimas y fluviales, etc. El que conduce un automóvil crea un riesgo de cuyas consecuencias debe responder, a pesar de que haya actuado sin culpa. La víctima no tiene que probar la culpabilidad del conductor; éste, por el contrario, tiene la carga de probar la culpabilidad de la víctima a fin de liberarse de responsabilidad. Las leyes y códigos de Alemania, México y Suiza regulan algunos tipos de dichas actividades.

8. Extinción o modificación de la obligación por cambio de las circunstancias originales.

A. Ideas generales.

Como cada figura de la anteriormente expuesta puede no resultar aplicable al caso concreto, la idea es reunir las conjuntamente para presentar en forma general cada una de ellas para seleccionar la más adecuada para decidir el problema planteado.

Es posible que el cambio de las circunstancias existentes al tiempo de celebrarse el contrato provoque un excesivo desequilibrio de las prestaciones o la frustración del fin perseguido. Para remediar las injusticias que resultan de una relación en el estado mencionado se han propuesto las soluciones siguientes:

B) Solución contractual. Las partes prevén las posibles alteraciones y establecen los pactos necesarios para solucionar el problema esperado. Por ejemplo: las condiciones, las cláusulas de estabilización, etc.

C) Solución legal. Se presenta cuando el Estado dicta leyes de emergencia o de contenido social que alteran la relación obligatoria.

D) Solución judicial. Se llama judicial por cuanto la revisión o resolución de los actos jurídicos es confiada a los tribunales de justicia, siempre que sean pedidas por las partes interesadas. Por la vía judicial, pues, se puede pretender la resolución o la modificación del contrato.

Se discute sobre la solución preferible. Algunos autores se inclinan a favor de la resolución del contrato, por cuanto la modificación o revisión equivale a contratar, lo que requiere la voluntad de las partes. Otros, por el contrario, se inclinan por la modificación o revisión, o aceptan que se le conceda al Juez la facultad, de acuerdo al caso, de adoptar la resolución o la modificación. Veamos algunos casos importantes:

1.- Un sector doctrinal agrega la suspensión o prórroga, la que se podrá obtener a través de una ley de emergencia o social, o del plazo de gracia. Nuestro código no contempla este plazo, por lo que no es aplicable esta solución. En las soluciones de tipo legal es frecuente.

E) La jurisprudencia francesa presenta el caso de la diligencia París-Rouen. Se celebró en 1824 entre dos firmas de París y Rouen un contrato por el plazo de dos años para la explotación común de una diligencia que debía hacer el recorrido entre esas dos ciudades en tres días. Pero al año siguiente se inauguró el ferrocarril entre París y Rouen, que hacía el recorrido en medio día. La firma de París solicitó a los tribunales la resolución del contrato, carente ya de finalidad.

F) El caso de Más y Carsí de la jurisprudencia española. Las señoras Más habían recibido del señor Carsí una opción de compra sobre un solar de éste para que el terreno de aquéllas pudiera tener fachada a una nueva calle en proyecto. Las actoras, a pesar de haber vendido el referido terreno, demandaron a Carsí para el cumplimiento de la opción; pero fue desestimada la demanda por sentencia del 30 de junio de 1948. Se consideró que, al venderse el mencionado terreno, ya no era posible obtener el fin perseguido, pues el interés de la adquisición del inmueble tenía por base el darle fachada a la calle en proyecto al inmueble vendido.

G) El dueño de una fábrica de muebles celebra, contrato con un comerciante en virtud del cual debe suministrarle cien sillas mensuales al precio de C\$300 por unidad durante dos años. Cinco meses después, el país sufre disturbios sociales y políticos y, como consecuencia, la mano de obra y la materia prima suben, lo que incide en los costos de las sillas de tal manera que resulta excesivamente gravoso al fabricante de muebles cumplir con su obligación, lo que puede llevarlo a la ruina.

H) El demandante había alquilado al demandado su vivienda que se encontraba en la ruta que seguiría el desfile de la Coronación de Eduardo VII, el que se suspendió por enfermedad de éste. El Juez desestimó la demanda del pago de la renta convenida.

I) De Larenz tomamos el caso siguiente: un buque de salvamento se obliga a remolcar un barco hundido; pero antes de llegar al lugar del accidente el barco es puesto a flote por la marea alta y puede continuar viaje sin ayuda ajena. En este supuesto el fin del convenio es realizado en otra forma a la prevista, por lo que el acreedor queda satisfecho. La prestación no deviene imposible, sino que carece de sentido. De aquí que deben aplicarse las mismas consecuencias jurídicas de la frustración del fin: el acreedor puede rehusar la prestación que iba a realizar el buque de salvamento que para él es superflua, y así queda liberado de su obligación de cumplir la contraprestación, pero está obligado a pagar los gastos de la otra parte en atención a su confianza en la declaración de voluntad. No obstante, si lo satisfecho fue únicamente la finalidad subjetiva que se propuso una de las partes, la relación obligatoria no se extingue, pues no constituye el contenido del contrato. Ejemplo: una persona compra un piano, pero antes de que le sea entregado, le regalan uno mejor. (Derecho de Obligaciones. Tomo I, p.p. 322 y 323. Larenz).

J) El demandante se había comprometido a fabricar durante la guerra marcos de madera para el demandado, y colocar en ellos aparatos eléctricos, los que a su vez eran entregados por éste al ejército. Las partes litigaron sobre la subsistencia del contrato y sobre el pago de las mercaderías enviadas en marzo de 1945 (llegadas a poder del demandado en octubre de ese año) y de los marcos de maderas fabricados por el demandante, a los que no se les había colocado los aparatos eléctricos, por cuanto no los suministró oportunamente. El tribunal declaró que el hecho de que los utensilios se destinaban al Ejército era conocido por ambas partes. La derrota del ejército alemán y el fin de la guerra exigía liberar al demandado de aquellos suministros que no se habían comenzado a ejecutar. Sin embargo, el demandado debe pagar al demandante el precio y gastos de los suministros ya ejecutados.

8. Teorías que tratan de resolver el problema.

En torno al problema expuesto se han formulado una serie de teorías, pero las de mayor divulgación son: la de la cláusula **rebus sic stantibus**, la del riesgo imprevisible y la de la base del negocio jurídico.

A. Teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*. En virtud de la cláusula *rebus sic stantibus* el contrato subsiste mientras no varíen las circunstancias originales, o sea, las existentes al momento de su celebración. Esta es una cláusula incorporada en forma implícita en los contratos. La consagración se debe a los post-glosadores. En la Edad Media los tribunales canónicos la utilizaban con frecuencia y fue codificada en los códigos: bávaro de 1756 (Código de Maximiliano), prusiano de 1794 y austríaco de 1812. Su prestigio decae a finales del siglo XVIII y es olvidada durante el siglo XIX, apareciendo de nuevo con posterioridad a la Primera Guerra Mundial. El Código Polaco de las obligaciones de 1935 la consagra en el art. 269 y el Código Civil italiano vigente, la contempla en los arts. 1467 a 1469.

La doctrina señala varios requisitos para que opere la referida cláusula a saber:

a) Debe tratarse de contratos de tracto sucesivo o de prestaciones diferidas. El art. 1467 del Código Civil italiano dispone: “En los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida...”

b) Cambio extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato con relación a la época del pago.

c) Que la aparición de las circunstancias sea radicalmente imprevisible.

3 Se entendía, siguiendo el principio de equidad que caracterizaba a ese derecho en las relaciones contractuales, que en todo contrato se incorporaba la cláusula *rebus sic stantibus*, en virtud de la cual los contratantes se obligan en el entendimiento de que las condiciones existentes subsistan al tiempo de ejecutar completamente la obligación.

d) Que el cambio de circunstancias imponga una gravosa y desproporcionada prestación con relación a lo pactado.

e) Que el acontecimiento no se deba a culpa o dolo del deudor, pues en tales casos debe cargar con los resultados onerosos.

f) El contrato no debe ser aleatorio, pues en éste el deudor asume los riesgos voluntariamente y el acreedor se obliga en atención a los mismos. El art. 1469 del Código Civil italiano vigente excluye a los contratos aleatorios. Es conveniente advertir que no faltan autores que sostienen que puede aplicarse a dicho contrato, pues dentro del alea existe un límite previsto, fuera del cual se cae en la imprevisión.

A esta teoría se le hace la crítica siguiente:

-La voluntad presunta viene a ser una ficción.

- No puntualiza las cosas que deben mantenerse inalterables, ni los efectos que producirá la alteración.

Veamos un caso crítico: El dueño de una fábrica de muebles celebra contrato con un comerciante en virtud del cual debe suministrarle 100 sillas mensuales al precio de 1000 córdobas por unidad durante el plazo de 2 años. Cinco meses después, el país sufre disturbios sociales y políticos y, como consecuencia, la mano de obra y la materia prima suben, lo que incide en los costos de las sillas de tal manera que resulta excesivamente gravoso al fabricante de muebles cumplir con su obligación, lo que puede llevarlo a la ruina. Es en los contratos de tracto sucesivos donde encuentra su aplicación la mencionada cláusula.

En virtud de esta cláusula sólo se acepta la modificación del contrato y no su extinción como piensan algunos autores.

B. Teoría del riesgo imprevisible. Hauriou es el líder de esta teoría. Los mismos requisitos de procedencia de la teoría anterior se aplican a la del riesgo imprevisible. Esta teoría, como las otras, provoca un conflicto entre la equidad y el principio de que el contrato legalmente celebrado es ley para las partes, en base al cual se mantiene la estabilidad contractual, de importancia fundamental para la seguridad del tráfico jurídico. Lo que se pretende con la mencionada teoría es suavizar el rigor del principio establecido en los arts. 1836 y 2479 C.

En el Derecho Administrativo ha tenido amplia acogida. En Francia la jurisprudencia la ha aceptado en la contratación administrativa. No pasó lo mismo en el Derecho Privado en donde ha tenido menos aceptación. La doctrina y la jurisprudencia se resisten a acogerla. Los autores fundamentan la aplicación de la mencionada teoría en diferentes doctrinas y principios, a saber:

En la buena fe que debe existir en el cumplimiento de los contratos. Es contrario al principio de la buena fe que el acreedor exija al deudor el cumplimiento del contrato si, por el cambio de las circunstancias originales, le resulta excesivamente oneroso, pues actuaría de mala fe.

El principio de la buena fe en el cumplimiento de los contratos se contempla expresamente en algunos Códigos Civiles, como por ejemplo el español, que lo consagra en el art. 1258, en el cual se han fundado algunos autores para aceptar la aplicación de la teoría del riesgo imprevisible.

Expresa Von Tuhr: «Es contrario a la buena fe mantener las obligaciones impuestas al deudor por el contrato, si las circunstancias se han modificado.

No debemos perder de vista que la buena fe es un principio general del Derecho.

C) En la teoría del abuso del derecho. Se piensa que abusa de su derecho quien exige la prestación convenida, a pesar de que el cambio de las circunstancias originales la haya tornado sumamente onerosa.

D. En el principio del enriquecimiento injusto. No obstante, su aplicación encuentra dificultades, si en el cambio de las circunstancias no se presenta un desplazamiento patrimonial.

E) En los vicios del consentimiento. Se sostiene que el deudor no hubiera contratado de haber sabido el desproporcionado sacrificio. Esta doctrina es rechazada, pues la falta de previsión de los acontecimientos futuros no es un error que invalide el consentimiento.

F) En la doctrina del caso fortuito o fuerza mayor. Cierta doctrina equipara la excesiva onerosidad con la imposibilidad absoluta derivada del caso fortuito o fuerza mayor. Esta teoría carece de fundamento, pues existen diferencias entre el caso fortuito y la imprevisión:

a) El caso fortuito toma en consideración una situación objetiva, mientras que la imprevisión es una noción más bien subjetiva. b) El caso fortuito exime de responsabilidad al deudor y extingue la obligación desvinculándolo de la relación concluida; en cambio la imprevisión no conduce inevitablemente a la extinción del vínculo obligacional, pues también puede dar pie a una modificación. Por ejemplo: el que tenía que pagar C\$50.000 pagará C\$25.000. c) El caso fortuito produce una imposibilidad absoluta para el cumplimiento de la obligación; por el contrario, en la imprevisión la imposibilidad es relativa, pero el deudor tiene que hacer un esfuerzo desproporcionado. 5 Ob. cit., Tomo II, p. 141.

G) En la regla de que el deudor sólo responde de los daños previstos y excepcionalmente, en caso de dolo, de los imprevistos, consagrada en el art. 1866 C.

H) En la cláusula *rebus sic stantibus*, ya estudiada.

I) En la teoría de la causa. Se parte de la idea que la causa, como requisito de validez del contrato, no sólo interviene en el momento de su celebración, sino también en su ejecución o cumplimiento. Si el cambio de circunstancias es grave, puede provocar la inexistencia de la causa, lo que daría lugar a una modificación o resolución del contrato. Pero tal criterio no tiene apoyo legal en nuestro Código Civil. La teoría de la causa termina su papel con la celebración del contrato.

9. Teoría de la base del negocio jurídico. Esta teoría es alemana. Se inicia con Windscheid y la desarrolla ampliamente Karl Larenz. Este autor distingue entre base subjetiva y objetiva. Desaparecidas éstas por el cambio de circunstancias, desaparece la base en que descansa la subsistencia del negocio. Veamos cuando desaparece la base:

a) Cuando las partes han celebrado el acto en atención a circunstancias consideradas como existentes o esperadas en el futuro (base del negocio

subjetiva). La aparición o persistencia de las circunstancias debe ser esperada por todas las partes.

Expresa Larenz: «Entendemos por base del negocio subjetiva aquella común representación mental de los contratantes por la que ambos se han dejado guiar al fijar el contenido del contrato. La representación tiene que haber inducido a concluir el contrato no a uno sino a ambas partes... Con motivo de la celebración de una feria o un congreso, la dirección de la feria (o los organizadores del congreso) pidió a los habitantes de la ciudad que pusiesen a la disposición de los visitantes de la feria (participantes del congreso) habitaciones en casas particulares. Por mediación de la oficina de la feria (o del congreso), fue alquilado por escrito cierto número de habitaciones a determinados visitantes. La feria (el Congreso) fue suspendida en el último momento; los visitantes, avisados telegráficamente, no llegaron a venir. En este caso ha desaparecido la base del negocio (subjetiva) del contrato de arrendamiento celebrado. No sólo los arrendatarios habían alquilado las habitaciones en consideración al acontecimiento esperado; también los arrendadores habían partido de la misma esperanza.

Habían puesto sus habitaciones a disposición de «unos visitantes de la feria» («participantes del congreso») y había concluido el contrato con el arrendatario por tratarse de un visitante (participante).

El contrato se celebró en la presunción, bilateralmente considerada como evidente, de que la feria (el congreso) se celebraría. Sería distinto, en cambio, si alguno hubiese reservado por un día una habitación de un hotel; el hotelero no alquila su habitación por un motivo determinado, le es indiferente la razón por lo que el huésped viene al hotel».(Base del negocio, p.p. 41 y 88).

b) Cuando la subsistencia de las circunstancias que acompañaron a la celebración del contrato, es objetivamente necesaria para que el contrato subsista como una regulación dotada de sentido (base del negocio objetiva). Expresa Larenz: «Entendemos por base del negocio objetiva las circunstancias y estado general de cosas cuya existencia o subsistencia es objetivamente necesaria para que el contrato subsista, según el significado de las intenciones de ambos contratantes, como regulación dotada de sentido. Un contrato no puede subsistir como regulación dotada de sentido: a) Cuando la relación de equivalencia entre prestación y contraprestación que en él se presupone, se haya destruido en tal medida que no pueda ya hablarse racionalmente de una contraprestación. b) Cuando la finalidad objetiva del contrato, expresada en su contenido, haya resultado inalcanzable, aun cuando la prestación del deudor sea todavía posible. (Ibídem, p. 170).

10. Aplicación de dichas teorías en nuestro Derecho. Nuestro Código Civil, de inspiración individualista, no ha regulado ninguna de las mencionadas teorías. Por

el contrario, ha establecido el principio de que las partes deben cumplir con lo estipulado (*pacta sunt servanda*). Así se desprende de los arts. 1836 y 2479C.

Este principio, desarrollado en otras disposiciones del Código (Ver los artículos enumerados en la nota No. 1 al art. 2479 C), es un obstáculo para la aplicación de dichas teorías, si es visto en forma aislada. Pero no puede ser así contemplado, ya que existen argumentos legales que permiten dicha aplicación:

- a) Se encuentran diseminados en el Código Civil una serie de artículos que, frente a las variaciones de circunstancias especiales, permiten la modificación o resolución del contrato: 1901, 2594, 2661 inc. 2, 2942, 3445 y 3482. En todos ellos vive la idea de la resolución o modificación que proponen dichas teorías.
- b) De acuerdo con el art. 2480 C., el contrato no sólo obliga a lo que se exprese en él, sino también a las consecuencias que la equidad hace nacer de la obligación. Una obligación de equidad es, por ejemplo, la de no oponerse a la modificación o resolución del contrato sumamente gravoso por el cambio de las circunstancias originales.

El citado artículo puede servir de vehículo para la aplicación de las citadas teorías. Por otra parte, es difícil que los jueces y tribunales, frente a las injusticias del caso concreto, rechacen la aplicación de cualquiera de ellas.

VIII AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE LA BUENAS COSTUMBRES Y SU VINCULACIÓN CON LA MORAL

Nuestro Código Civil en el (art.1874) dispone que la obligación fundada en causa ilícita es de ningún efecto. Es ilícita la causa cuando se opone a la ley, a las buenas costumbres (inmoralidad) y a orden público (arts. 1874 C).

Ejemplos: contrato en daño a terceros; contrato de arrendamiento para un lupanar; contrato para agredir o matar a un tercero; etc.

Cuando el art. 1874 C. se refiere a la ley remite a las leyes prohibitivas e imperativas, no a las dispositivas, que pueden ser modificadas o derogadas por las partes. Las buenas costumbres son valores morales que se van formando bajo el influjo de prácticas, ideales filosófico y cristiano que inspiran a nuestra civilización. Claro está que estos valores varían en las diferentes regiones y épocas.

Por otra parte, el art.24, 37 establece que los contratantes pueden establecer los pactos, clausulas y condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.

Los móviles inmorales deben ser determinantes de tal manera que sin ellos no se habría celebrado el contrato.

La doctrina y la jurisprudencia extranjera registran casos de nulidad de actos o contratos por ser contrarios a las buenas costumbres; a saber: toda convención que tienda a favorecer el amor libre, pero no la que tienda a reparar los daños causados a la concubina; la demanda de la concubina a la sucesión de su amante por la reparación de los perjuicios que le ha causado su muerte; el corretaje para contraer matrimonio en un principio fue declarado nulo, pero después se aceptó con la condición de que el corredor se limite a presentar a las partes, sin mencionar sus cualidades y a fijar sus honorarios prescindiendo del resultado de la gestión; los convenios en virtud de los cuales se venden influencias gubernamentales; la remuneración de un médico especialista al colega que le recomienda al cliente; la venta de la clientela de un médico a otro médico; el contrato que tiende a facilitar el cohecho; los actos que impiden la celebración libre y sin fraude de una subasta pública; los préstamos para fines inmorales como el concedido a una mujer para que huya con su amante; los actos del mandatario obrando en provecho propio; las promesas de pagar para que se cumpla una obligación existente; remunerar para que el depositario entregue el depósito; remuneración para que no se provoque un escándalo o para evitar un chantaje; remuneración del padre para que la querida

deje a su hijo; remuneración a un empleado del Fisco para que liquide rápidamente un crédito al acreedor.

El orden público varía de país en país y de época en época, y es de difícil precisión. Son contrarios al orden público aquellos actos que atacan a la familia, a la libertad de comercio, del sufragio, del trabajo o de cualquier otro derecho o garantía constitucional, a la organización y competencia de los órganos estatales. Cuando el contrato es gratuito basta que el disponente obre impulsado con propósitos ilícitos para que el acto sea ilícito. Cuando el contrato es oneroso es preciso que el propósito ilícito sea compartido por ambos contratantes. Por ejemplo, si el acreedor o deudor saben que el préstamo concedido es para la trata de blanca, el contrato es nulo por causa ilícita, pero el contrato es válido si el acreedor no sabe. Hay circunstancias en que no es necesario otros medios de prueba, pues se presume la ilicitud por las circunstancias en que se celebró el contrato. Ejemplo: préstamo concedido en una casa de juegos prohibidos.

De acuerdo con el art. 2079 C. cuando la ilicitud es común a ambos contratantes ninguno de ellos puede pedir el cumplimiento del contrato ni la devolución de lo que haya dado. Si uno de ellos es inocente, podrá reclamar lo que hubiere dado y no está obligado a cumplir lo que hubiere prometido.

X

EL CÓDIGO CIVIL Y EL ORDENAMIENTO JURIDICO ACTUAL

Haremos la revisión de algunas figuras jurídicas y principios de nuestro Código Civil de conformidad al nuevo ordenamiento jurídico actual.

Buena parte de los Códigos Civiles de Latinoamérica han sido actualizado y recodificados.

El Código Civil del Brasil de 2003, que regula la parte civil y mercantil, es uno de los más avanzados en los ideales sociales.

Nuestro Código Civil fue aprobado en el año de 1904, durante el régimen del caudillo liberal reformador, José Santos Zelaya. Está inspirado en los principios de libertad, igualdad formal e individualismo.

Pero nuestro constitucionalismo principio su avance hacia la consagración de derechos sociales, económicos, culturales y últimamente del ambiente, a partir de la Constitución de 1939 hasta la actual de 1987 reformada varias veces y con mayor intensidad en los principios sociales en el 2013. La aplicación de esta Constitución le fue encomendada a la Ley de Justicia Constitucional, que junto con la Constitución han consagrado el neoconstitucionalismo.

Procederemos a ciertos ajustes de nuestro Código Civil:

Ni el Código Civil ni la Constitución contemplan el abuso del Derecho, pero lo podemos aplicar: como principio general del derecho aceptados en los artículos 25 del Código Procesal Civil y el 38.8 en la Ley de Justicia Constitucional; ya está admitido por nuestra jurisprudencia; es contrario a la equidad, la moral de las buenas costumbres y está prohibido y sancionado por el art.14 del Código Procesal Civil que contempla el principio de la buena fe y lealtad procesal.

El art.2562 del Código Civil, contemplado en el contrato de compra venta, no permite ejercer la acción rescisoria por lesión enorme.

En algunos Código se establece la suma que da origen a la injusta desproporcionalidad de la lesión o bien no restablecen esa suma, dejando al criterio del Juez la apreciación de la lesión de acuerdo a los hechos probados.

No podemos aceptar la no existencia de la lesión enorme porque:

Se opone a la igualdad material que subyace en los arts.5 y 48.2 de la Constitución y en general a los derechos sociales regulados en los arts. 56 – 69 y otros de la misma.

En el art.2480 del Código Civil se establece que los contratos obligan a lo pactado y a las consecuencias de la equidad, la cual se opone a la lesión enorme.

No todos los contratantes se encuentran en igualdad real por que a uno lo apremia la necesidad, a otro la falta de cultura o le afecta la condición de pobreza, etc.

La lesión enorme principio para combatir la usura y la podemos extender a otros casos: la anticresis, la partición de la herencia, etc.

La cláusula *rebus sic stantibus* la podemos aceptar en base del art.5 de la Constitución y el art.2480 del Código Civil que establece el principio de equidad en la contratación, el que encierra la buena fe en la celebración y ejecución de los contratos.

Por otra parte, el espíritu de justicia emanado de nuestra Constitución y leyes ordinarias que inspiraron la admisión de esta cláusula en la contratación administrativa es el mismo que debe inspirar al Código Civil en su aceptación.

La distribución desigual en las sucesiones intestadas en perjuicio de los hijos fuera de matrimonio es violatoria del art.75 de la Constitución que establece la igualdad de los hijos del matrimonio o fuera de él. Ya aparece corregido en la cuarta edición del Código Civil, que en el momento que escribo estas reflexiones no se ha publicado.

XI LA CODIFICACION, LA DESCODIFICACION Y LA RECODIFICACION

Desde la antigüedad se ha pensado de la codificación: los Diez Mandamientos, el Código de Hammurabi y la Ley de las Doce Tablas en Roma.

Situémonos en la modernidad. Primero aparece el Código Penal Austriaco del 13 de septiembre de 1803 promulgado por el emperador Fernando II último sucesor de Carlomagno y después el código Napoleón del 21 de marzo de 1804, promulgado por Napoleón como emperador. Ambos Códigos tuvieron influencia en España y América.

En Latinoamérica se dictaron Código Civiles inspirados unos en el Código Civil de Bello, otras bajo el Código Civil de Argentina de Vélez Sarsfield (con notas del autor) o del Código Napoleón.

Con el tiempo la complejidad de nuevas relaciones jurídicas y políticas, el avance de la democracia, el avance de las ciencias y la tecnología, el avance del derecho social, las relaciones internacionales entre los Estados, los tratados internacionales económicos o sobre derechos humanos, han provocado: una inflacionaria aprobación de leyes, originadas por los poderes del Estado y la presión de los órganos internacionales y el desprendimiento de materias del Código Civil por varias leyes que adquieren independencia, lo cual ha provocado la descodificación de dicho código.

Si sumamos a la anterior inflación legislativa, los reglamentos, los decretos, las resoluciones administrativas, la jurisprudencia, las circulares de los poderes del Estado, las normativas de los órganos descentralizados el lenguaje técnico de ciertas leyes, los tratados internacionales, etc.; el derecho pierde seguridad, legalidad, sobriedad, sencillez, métodos y coherencias de la codificación Napoleónica, de Bello y Vélez Sarsfield.

El derecho tal como se presenta es difícil de comprender y aparece inaccesible al común de la gente.

El informe Doing Business de 2004 del Banco Mundial concluye que los países de tradición jurídica francesa sufren una regulación asfixiante, lo que sería una fuente de ineficacia y comprensión. Se trata de imponer el *common law*, en momento en que convergen ambos sistemas en soluciones análogas. Se considera por algunos penalistas que en Nicaragua ya nos impusieron un Código Procesal, Penal Oral y Acusatorio de estirpe sajona.

Examinaremos dos ejemplos de descodificación. El primero del código civil francés y el segundo de nuestro código civil.

Desde la promulgación del Código Civil francés se ha ido fragmentando en leyes especiales, en grandes o pequeñas unidades codificadas con autonomía y reglas propias diferentes a las originales que tenían cuando pertenecían al Código Civil, muchas de ellas de carácter social.

Se calcula que se han elaborado cuarenta códigos. Por ejemplo: el Código del Trabajo, el Código de Ruta, el Código de Urbanismo, el Código del Medio Ambiente, el Código de la Construcción, el Código de la Propiedad Intelectual, el Código del Consumo, el Código de Jurisdicciones Financieras, el Código General de Colectividades Territoriales, el Códigos de la Salud Pública, el Código de la Educación, el Código de la Justicia Administrativa, el Código Monetarios y Financieros, el Código de la Acción Social y de las Familias, el Código del Patrimonio y el Código de la Investigación.

Su articulado ha sido nuevamente redactado y de 2281 artículos que lo integraban solo 1115 se conservaban.

Este fenómeno de la descodificación ha llevado a sostener el catedrático de la Universidad de Roma el fin o caída del Código Civil, el cual ya no puede ser estimado como el derecho común y supletorio, ya que sería un código más del microsistema de las legislaciones especiales. No obstante, podrá ofrecer conceptos muy generales (en los contratos, el derecho subjetivo, etc.). Sostiene que más temprano que tarde caerá el viejo tronco. No cabe colocar al Código Civil en el centro del sistema, pues se impone a asumir los diversos núcleos de leyes especiales portadoras de principios autónomos (La Edad de la Descodificación. Editorial Bosch. Barcelona, España. 1992, págs.: 38 y 39.

Con la misma intensidad en que fue descodificado el Código Civil de Francia de 1804, fue recodificado y modernizado el 1 de julio del 2003 integrado por 2534 artículos. El Código de Comercio de Francia de 2 de septiembre de 2002 fue recodificado y modernizado. Es considerado como un máximo código, obeso. rejuveneció el viejo código de comercio y está integrado por más de 3200 artículos.

El Código Civil regula una considerable cantidad de materias, instituciones y figuras:

Separa el ejercicio de los derechos civiles y los derechos políticos y los desarrolla (art.7), respeta el derecho a la vida privada de las personas, establece la presunción de inocencia, por lo que con anterioridad a cualquier condena, se presenta a una persona como culpable, en juicio sumario el juez, sin perjuicio de los daños puede prescribir una rectificación o cualquier otra medida; se regula sobre el cuerpo humano que cesa con la muerte; se prohíben las practicas eugénicas conducentes a organizar la selección de personas y la clonación, pero no el tratamiento de las enfermedades genéticas (art.16-4), se prohíbe darle valor patrimonial al cuerpo humano, sus elementos o producto, por lo que todo pacto en contrario es nulo en todo derecho (art. 16-5); no se permite remuneración alguna al que se preste a hacer experimentos con su persona; es nulo en todo derecho todo acuerdo relativo a la producción asistida por cuenta de otra persona; se permite la donación de

elementos o productos del cuerpo. Toda disposición que regule lo ante puesto son de orden público.

Reglamenta el estudio de las características genéticas de una persona y la identidad por sus huellas genéticas y también el uso de las técnicas de imagen cerebral.

Contempla lo relacionado con la nacionalidad francesa, lo que la mayoría de las constituciones nuestras se contemplan y desarrolla leyes especiales.

Recoge el Derecho de Familia: matrimonio, patria potestad, tutela, divorcio, concubinato, etc.

Contempla la lesión enorme sólo para determinados contratos o en relación a determinadas personas y en el art.1674 establece su aplicación en la venta como acción rescisoria.

El depósito deja de ser un contrato real y no contempla los cuasicontratos. El comodato y mutuo son contratos reales. Establece la pignoración de créditos (art.2355 y sigts). Establece los privilegios, las hipotecas legales y contractuales Regula la contratación electrónica (art.1369-4).

Nuestro Código Civil también ha sufrido una considerable descodificación por medio de los siguientes Códigos y Leyes: El Código de la Familia, la Ley General de los Registros Públicos, el Código de la Construcción, Ley General de *Aeronáutica Civil con relación al Registro*, La Ley que reglamenta el Régimen de la Propiedad Horizontal del 23 de Septiembre de 1971. Ley General de Salud en el art. 74 que regula el trasplante de órganos que dice: Para efecto de los procedimientos de trasplantes se estará a las siguientes definiciones y reglas especiales, sin perjuicio de a través de Ley especial se regulen los requisitos y procedimientos para la donación y trasplantes de órganos, así como los derechos y deberes de los donantes:

a) Denomínese trasplante el reemplazo con fines terapéuticos de órganos o componentes anatómicos de una persona por otros iguales o asimilables provenientes del mismo receptor o de un donante vivo o muerto.

b) Denomínese donante, a la persona que durante su vida o después de la muerte, por su expresa voluntad se le extraen componentes anatómicos con el fin de utilizarlos para trasplantes en otras personas o con objetivos terapéuticos aquellos que después de su muerte si no existe decisión personal en contrario, sus deudos autorizan la extracción de componentes anatómicos para los fines ya expresados.

Las instituciones o centros hospitalarios autorizados para efectuar trasplantes, llevarán un archivo especial sobre los antecedentes clínicos-patológicos del donante o cualquier otro de diverso orden relacionado con el caso, salvo cuando no fuera posible conocer tales antecedentes para razón del origen de los componentes anatómicos. Así mismo deberá llevar un registro de los trasplantes realizados. Están

recodificados los Códigos de Portugal, Perú (1984), el de Chile, Québec (1994) y Holanda. Los Códigos Civiles de Guatemala, El Salvador, Honduras conservan su estructura liberal, el de Costa Rica está ligeramente actualizado. Los de el Salvador, Honduras y Costa Rica recibieron la desmembración con el Código de Familia. Guatemala no tiene Código de Familia y esta materia se rige por el Código Civil. Todos estos Códigos no se ajustan a los amplios derechos culturales, sociales y económicos consagrados en sus constituciones hay un desajuste, que la jurisprudencia de los tribunales ordinarios y de los constitucionales han logrado ponerlos en ajuste con sus Cartas Fundamentales.

Actualmente se han preparado una cuarta edición de actualización del Código Civil de Nicaragua, que contiene correcciones, reformas y redacción de nuevas disposiciones. Siempre mantiene la descodificación de dicho Código,

Existe un método de codificar uniendo la materia civil y mercantil en un solo código. Ejemplo de ello, es el Código Civil de argentina de 2000.

Es muy moderno, contempla el enriquecimiento sin causa, las cláusulas abusivas de la posición dominante, la lesión, el derecho de familia, la responsabilidad de los administradores por los daños causados regula las sociedades, y la función social del contrato según Real.

El Código Civil de Italia de 1942 reúne la materia Civil, Mercantil, la familia, el trabajo, la empresa, las sociedades, la tutela jurisdiccional de los derechos, las hipotecas legales y judiciales, la letra de cambio, el cheque, el contrato de cuenta corriente, el reporto, el derecho al nombre y la imagen, como expresión de la reprobación del abuso del derecho consagrado en el art. 840 al disponer que una persona en su propiedad puede hacer excavaciones u obras en el subsuelo sin dañar al vecino, ni pueden tener por finalidad la libre explotación de minas canteras y tuberías, contempla la buena fe que se extiende a la etapa precontractual, celebración, interpretación y ejecución del contrato según puede deducirse de los arts.1366 y 1375, la cesión de contratos, la suspensión de la ejecución del contrato por la modificación de las condiciones patrimoniales de los contratantes, por lo que cada contratante podrá pedir la suspensión de la prestación si las condiciones patrimoniales del otro llegan a ser tales que pongan en peligro evidentemente la consecución de la contratación (art.1471), la rescisión del contrato por lesión y para ello señala la cuantía que la produce (arts.1448-1452).

Ante la inmensidad y números de códigos, las editoriales privadas posibilitan el conocimiento de los mismos haciendo en cada artículo concordancias, notas, jurisprudencias, agregan legislaciones complementarias, citas de algunos autores. En los códigos procesales además de lo expuesto se presentan modelos de demandas, escritos y recursos. Por ejemplo, la Editorial Bosch publico la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de España, con jurisprudencia, concordancia, legislaciones complementarias y formularios

Merece atención especial el Proyecto de Código Civil moderno del destacado civilista colombiano, Arturo Valencia Zea, cuya principal característica es suprimir algunas instituciones o figuras que las considera inoperante, como la tradición, los cuasicontratos, las obligaciones divisibles e indivisibles, la teoría de la causa, los mal llamados contratos reales. El proyecto también unifica los contratos civiles y mercantiles (Derecho Civil. Parte General y Persona. Decima cuarta edición, con Álvaro Ortiz Monsalve, en su actualización (Editorial Temis Bogotá, Colombia. 1997, págs. 62 y sigs).