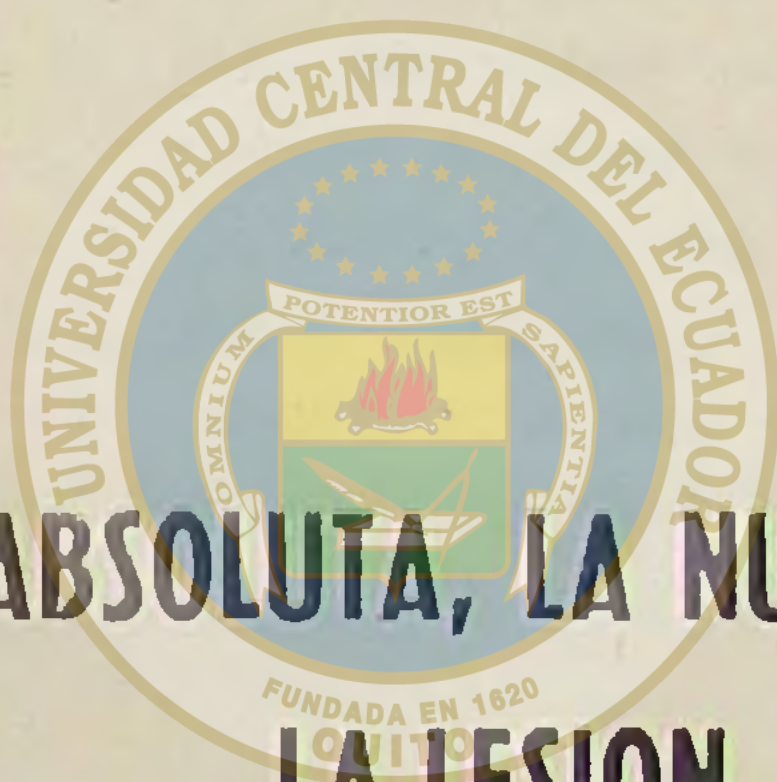


X Dr. RICARDO CORNEJO R.



X LA NULIDAD ABSOLUTA, LA NULIDAD RELATIVA Y
LA LESION

Contenido: I.—Condiciones de existencia y validez del acto jurídico.— La Doctrina de la nulidad en nuestro Código.— Características de la nulidad absoluta y la nulidad relativa.— Características de la lesión.— II.—Personas que pueden intentar las acciones de nulidad absoluta, nulidad relativa y rescisión por lesión enorme.— Clasificación y sistematización doctrina de los derechos.— La clasificación de Carlos Octavio Bunge.— III.—Conceptos de Derecho Subjetivo.— IV.—La mera facultad y la expectativa.— Las posibilidades del juez para la interpretación de las leyes.— Cómo trata nuestro Código Civil la rescisión por causa de lesión enorme.

I

La teoría jurídica nos enseña cuáles son las condiciones que deben concurrir para que un acto jurídico pueda considerarse existente, y cuáles, para que el acto sea válido.

Aunque son varios los conceptos expuestos por los tratadistas, en esencia coinciden, por manera que con uniformidad la doctrina determina los elementos requeridos para la existencia del acto jurídico. Reprodúzcamos los conceptos en justificación de la verdad antes dicha:

AUBRY Y RAU: "acto inexistente es aquel que reúne los elementos de hecho que supone su naturaleza o su objeto, sin los cuales es lógicamente imposible concebir su existencia". (Curso de Derecho Civil); Planiol y Ripert: "un acto es inexistente cuando carece de un elemento esencial para su formación, de tal suerte que no puede concebirse el acto sin dicho elemento" (Tratado Práctico de Derecho Civil).

JOSSERAND: "El acto inexistente es aquel que carece de un elemento esencial, de un órgano vital, de tal suerte que sin él no responda a la definición genérica que la ley le ha dado". (COURS DE DROIT CIVILE POSTIF FRANCAIS. T. I. pág. 104).

Fernando Vélez: "El acto es inexistente cuando en su parte interna o externa le falta de manifiesto elementos esenciales para que tenga vida legal". (Citado por Cediél Angel).

Alessandri Rodríguez y Somarriva: "El acto es inexistente cuando falta el consentimiento, el objeto, la causa o las solemnidades establecidas para la existencia del acto". (Curso de Derecho Civil T. I.) Aunque en la doctrina se ha establecido diferencias entre inexistencia y nulidad, la jurisprudencia francesa, al decir de Alessandri y Somarriva, considera que cuando se omite una condición de existencia el acto es, ante el Derecho, INEXISTENTE, que se está ante una apariencia, un malentendido, ante una "tentativa" de acto más que ante un acto, que el acto ha nacido muerto y desprovisto de existencia legal, la ley civil ecuatoriana no distingue entre acto inexistente y acto nulo. En nuestra ley, la falta de cualquiera de las condiciones de existencia produce la nulidad del acto, y por esto, para nosotros, acto nulo es sinónimo de acto legalmente inexistente. Los mismos Claro Solar, Enrique Rossel, en la doctrina según la expone Alessandri, tendiente a establecer la diferencia entre acto nulo y acto inexistente, no alcanzan, a nuestro modo de ver, su finalidad. Más clara, precisa y aceptable es la doctrina de la nulidad. Esta diferencia conceptual la anotamos por la importancia especial que tiene dentro de la vida del derecho, como luego lo veremos.

La doctrina de la nulidad es la que acogió nuestro Código, y entre las condiciones de existencia determinó la VOLUNTAD, EL OBJETO, LA CAUSA Y EL CUMPLIMIENTO DE LAS SOLEMNIDADES PRESCRITAS POR LA LEY. (Arts. 1498 y 1735 del C. Civil).

Luego de aceptar la doctrina de la nulidad, sin la diferenciación entre acto inexistente y acto nulo de la jurisprudencia y doctrina francesa, el Código Civil Ecuatoriano la clasifica en absoluta y relativa.

Alessandri y Somarriva definen así la nulidad:

'Nulidad absoluta es la sanción legal impuesta a los actos celebrados con omisión de un requisito exigido en consideración a su naturaleza o especie'.

"Nulidad relativa es la sanción legal impuesta a los actos celebrados con prescindencia de un requisito exigido en atención a la calidad o estado de las partes".

Ernesto Cediél Angel, juzga que "El criterio generalmente adoptado es el de que las nulidades que tiene por objeto la protección de simples intereses privados, son nulidades relativas, y los que tiene por fin garantizar las disposiciones de orden público, las creadas en interés de la moral o de la ley, son absolutas". Luego, añade: "Fácilmente se comprende que las legislaciones que no tienen otro criterio de distinción que éste del orden público y del interés privado, dan

margen a numerosas confusiones y dificultades, en la apreciación de las nulidades", (pág. 70 "Ineficacia de los Actos Jurídicos").

Anotamos también que este criterio del orden público y del orden privado es el único que existe en la legislación francesa para diferenciar las nulidades y que, no sucede lo mismo en la nuestra, en la que se ha reglamentado la materia de la nulidad, como reglamentada está en las legislaciones colombiana y chilena, en identidad con la nuestra.

Objeto o causa ilícita, omisión de requisitos o formalidades prescritas por la ley para el valor de los actos o contratos, en consideración a su naturaleza y no a la calidad o estado de las personas son las causas de nulidad absoluta. (Art. 1.735 del C. Civil).

Pero en la misma ley se determina también otros actos nulos. Así, los prohibidos por la ley (Art. 9), las transacciones o compromisos sobre derechos del pupilo que se avalúen en más de ochocientos sucres, o sobre bienes raíces, hechos sin aprobación judicial, (Art. 442), los actos del albacea cumpliendo disposiciones testamentarias contrarias a la ley (Art. 1.354), los actos de los absolutamente incapaces (Art. 1.500), para citar algunos.

Lo que caracteriza, de manera especial, a la nulidad absoluta, es que puede ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato.

Aquí, la ley ha tomado los criterios de orden público, como en excepción a las reglas generales de nuestro procedimiento civil, en similitud absoluta con las legislaciones chilena y colombiana, pero exigiendo el que "aparezca de manifiesto", esto es que de la simple lectura del instrumento respectivo salte a la vista, sin lugar a duda alguna con respecto a su existencia, y sin que sea preciso, para descubrirlo, interpretación ni discusión, porque se manifiesta como verdad inconcusa. (E. Cedral Angel op. cit. pág. 81).

Asimismo, es de su característica el que pueden alegarla todos los que tengan interés en ello, el que puede pedirse por el Ministerio Público en interés de la moral o de la ley.

El interés de que la ley habla, no puede ser otro que un interés jurídico que ella protege, que ha sido desconocido o lesionado. Hay tratadistas, como Alessandri y Somarriva, que creen que la ley ha tomado el término "interés" en un sentido restringido, como sinónimo de interés pecuniario, afianzando su parecer en el proyecto del Código Chileno en que se decía "por todo el que tenga interés pecuniario en ello".

Hay también otros tratadistas que, en afán de presentar la doctrina completa, las vamos a exponer:

a) La nulidad absoluta no puede sanearse por la ratificación de las partes.

b) La nulidad absoluta no puede ser alegada por los herederos de quien, conociendo el vicio de que adolecía el acto, lo ejecutó.

c) La nulidad absoluta no puede sanearse por un lapso de tiempo menor de quince años.

d) La nulidad absoluta no se produce de pleno derecho.

Frente a la nulidad absoluta está la nulidad relativa que, según indicamos ya, se la estableció en beneficio de ciertos y determinadas personas.

En nuestra legislación, en el inciso 3º, del Art. 1.735 del C. Civil, se dice: "cualquiera otra especie de vicio produce NULIDAD RELATIVA y da derecho a la rescisión del acto o contrato".

Siguiendo a Cedral, Alessandri y Somarriva, Claro Solar, Lafaille, sabemos que la "NULIDAD es la sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que se prescriben para el valor de un acto o declaración de voluntad, según su especie y la calidad o estado de las partes: (Claro Solar EXPLICACIONES DE DERECHO CIVIL Y COMPARADO T. XII. pág. 580).

También, siguiendo la doctrina, sabemos que, "si el requisito es exigido según la naturaleza o especie del acto o contrato, hay, con su omisión, NULIDAD PROPIAMENTE TAL. Si es exigido en atención a la calidad o estado de las partes, el acto o contrato es simplemente anulable y puede ser RESCINDIDO. Así lo establece el Art. 1.681 (Art. 1.734 del C. Civil Ecuatoriano) al definir lo que es el acto o contrato NULO y distinguir la NULIDAD ABSOLUTA de la NULIDAD RELATIVA". (Claro Solar op. cit.).

Según esto, la nulidad relativa tiene lugar cuando el acto es realizado por los relativamente incapaces. (Art. 1.500, inc. 3º — del C. Civil); en los casos de error sustancial, fuerza, dolo principal y omisión de las solemnidades exigidas en atención al estado o calidad de las personas que celebran o ejecutan el acto. Es decir que produce la nulidad relativa la falta de consentimiento, los vicios de que puede adolecer y los que se refieran al objeto y las solemnidades.

Como hemos hecho al tratar de la nulidad absoluta, en la nulidad relativa determinaremos también, con Cedral, Alessandri y Somarriva, las características que le son propias:

1.—Puede ser alegada sólo por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes.

2.—Puede sanearse por el transcurso del tiempo.

3.—La ratificación de las partes da plena validez al acto o contrato.

4.—No puede ser declarada por el juez de oficio.

5.—No puede pedírsela por el Ministerio Público, sólo en interés de la ley.

6.—La nulidad declarada en beneficio de una persona no aprovecha a otra.

Claro Solar con toda precisión, dice: "dentro de las expresiones de la ley la nulidad relativa es producida por la omisión de los requisitos internos y externos, que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la calidad o estado de las personas que las ejecutan o acuerdan y no a la naturaleza de ellos". (Op. cit. pág. 613).

Y antes, dice: "Giorge define la acción de nulidad relativa o de rescisión como el medio jurídico concedido al contratante que se obligó sin validez o fue lesionado por el contrato, para librarse de los efectos judiciales de la obligación asumida obteniendo la anulación o rescisión deseada. Pero esta definición se halla influenciada por la idea de la lesión que el contrato causa a uno de los contratantes; y de aquí la idea de la liberación de los efectos judiciales de la obligación, idea de perjuicio pecuniario que no entraña la nulidad relativa de nuestro Código, producida especialmente por la falta de capacidad o de los vicios de que puede ser víctima el consentimiento de las partes o de una de ellas, defectos que afectan a la validez del acto aunque prácticamente no sea pecuniariamente perjudicial la obligación a que el acto o contrato ha dado nacimiento. Dentro de nuestro derecho, podría, por lo tanto, definirse la acción de nulidad relativa como el medio jurídico concedido al contratante legalmente incapaz o cuyo consentimiento fue viciado al contratar, para la extinción de las obligaciones que el acto o contrato le imponen" (Claro Solar. Op. cit. pág. 612).

En cuanto a la lesión, ha sido tomada por un perjuicio pecuniario sufrido por quien realizó un acto jurídico, por lo mismo no podemos hallar ninguno de los elementos determinantes de la nulidad relativa ni de la nulidad absoluta. Se produce únicamente en los actos bilaterales y no puede tener otro fundamento que la equidad.

Es ajena a este estudio la importante discusión de si la lesión es un vicio objetivo o subjetivo, o si es de una naturaleza especial. Sin explicación, por ser la doctrina generalmente aceptada según la historia de la institución en el C. Civil Chileno que es el Ecuatoriano, convenimos en que la lesión es de una naturaleza especial y que se rige por propias disposiciones, todo esto en abierta diferencia con la doctrina francesa.

Sus características son:

a) Que se funda en un principio de equidad.

b) Que es una acción concedida al comprador y al vendedor en el contrato de compraventa.

c) Que la lesión es fundamento de la acción rescisoria únicamente en los actos o contratos en que la ley la ha establecido.

d) —Que se sana por el simple transcurso del tiempo.

e) Que perdida la cosa se extingue el derecho para alegarla.

f) Que enajenada la cosa, el derecho de reclamar la rescisión del contrato por lesión enorme, se cambia en el de pedir el pago de la diferencia del precio percibido, con el de venta, con deducción de una décima parte.

g) Que la ley la reconoce únicamente en la compraventa de inmuebles y partición de bienes.

h) Que aún declarada la rescisión tiene el comprador el derecho de consentir en ella o completar el precio, con deducción de una décima parte. Claro Solar, a quien estamos siguiendo, entre otros, en esta exposición, dice que se da el nombre de lesión en los actos jurídicos al perjuicio experimentado por una persona como consecuencia del acto realizado.— Francis Ríoci, en su *Derecho Civil Teórico y Práctico*, no define la lesión, pero dice "el vendedor así lo dispone el Art. 1.529 que haya sido lesionado en más de la mitad del justo precio de un inmueble tiene derecho de pedir la rescisión de la venta, aunque en el contrato hubiese renunciado expresamente a la facultad de exigir esta rescisión y hubiese declarado que donaba el exceso de valor", (T. XVI pág. 174). Planiol y Ripert en el T. X. de la obra que ya hemos citado, estudia la rescisión por causa de lesión, y, aunque dice tratar de la definición o historia de la rescisión por causa de lesión, no la define sino que la determina por sus características, porque, cuando la considera no como una teoría excepcional, relegada al dominio estricto en que el derecho interviene para asegurar la protección de las personas capaces, sino un principio general que domina el juego de los contratos y cuyas aplicaciones han de ser múltiples", está lejos de definirla, y más bien manifiesta su criterio acerca de los alcances que la lesión puede tener en la vida del derecho.

Cuando Laurent, en el Tomo XVIII, de sus *Principios de Derecho Civil*, trata de la rescisión por causa de lesión, tampoco la define y expresa que según los términos del Art. 1.118 del Código Francés, la lesión, por regla general, no dice a los convenios, y, que únicamente es causa de rescisión" (pág. 592). Colín y Capitán la definieron como el "perjuicio que puede experimentar una persona cuando ejecuta ciertos actos jurídicos, resulta —decían— de la desigualdad existente entre la ventaja obtenida y el sacrificio hecho para obtenerla". La diferencia entre nulidad relativa y rescisión por causa de lesión enorme, es pues, manifiesta.

Creemos firmemente que en una exposición doctrinaria sirve más el criterio autorizado de los tratadistas que las opiniones personales que pudiéramos enunciar. Mas, aunque así lo reconocemos, exponremos la doctrina de nuestro Código, en el afán de que dicha diferenciación sea comprendida en todos sus alcances.

Si la nulidad relativa se funda en la omisión de requisitos internos y externos que las leyes prescriben para la validez de ciertos actos o contratos en consideración a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan y no a la naturaleza de aquellos, la lesión se fundamenta en criterio de equidad. No podemos hallar, cuando de lesión enorme se trate, ninguna omisión sancionable.

La rescisión por lesión enorme puede ser demandada, como en el caso de la nulidad relativa, sólo por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes.

La nulidad relativa puede ser alegada por los herederos de los beneficiados por ella; la lesión enorme, no.

Si la nulidad relativa convalence en virtud de ratificación, nada hay que pueda ratificarse en el caso de lesión enorme; antes bien, la ley prohíbe la renuncia de la acción rescisoria por esa causa, como declara también de ningún valor la donación hecha de la diferencia del precio.

La nulidad relativa, como la rescisión por causa de lesión enorme, no puede ser declarada por el Juez de oficio ni puede pedírsela por el Ministerio Público sólo en interés de la ley.

La nulidad relativa se produce por la existencia de un vicio, de una causa referente al estado o calidad de las personas; la lesión enorme en un contrato, nada tiene que ver con el estado y calidad de las personas, y por lo mismo, sin ser causal de nulidad relativa, es un motivo SUI-GENERIS que da lugar a la rescisión de la compraventa de un inmueble.

La declaratoria de nulidad relativa de un acto o contrato, produce el efecto de volver las cosas a su estado anterior a la celebración del acto o contrato; la acción rescisoria por lesión enorme, una vez aceptada, no produce ese efecto, pues el comprador puede detener la rescisión pagando la diferencia de precio con la rebaja de un diez por ciento. Si el comprador no paga esa diferencia, la rescisión sigue su curso.

Declarada la nulidad relativa, quien la solicitó tiene la acción reivindicatoria contra terceros poseedores. El reconocimiento de la existencia de lesión enorme, no da acción alguna contra terceros, antes bien, desaparece el derecho de acción cuando el inmueble pasa a terceras personas.

La nulidad relativa da lugar a prestaciones mutuas. En la rescisión por lesión enorme, no se deben intereses o frutos sino desde la fecha de la demanda, ni se deben las expensas que haya ocasionado el contrato.

La nulidad relativa afecta a los gravámenes que el comprador hubiere establecido sobre la cosa, por lo que debe restituir la cosa purificada de los gravámenes u otros derechos reales que se hubieren constituido sobre ella. Aceptada la acción rescisoria por lesión enorme, el comprador también está obligado a ello.

Una vez ejecutoriada la sentencia que declara relativamente nulo un acto o contrato y aceptada la acción rescisoria, no cabe ratificación. Aceptada la acción rescisoria por lesión enorme, puede el comprador detenerla, pagando la diferencia de precio con la rebaja que la ley establece.

Así creemos dejar expuesta la doctrina en sus lineamientos generales, esenciales, y precisos.



Sin entrar a consideraciones en cuanto a la clasificación de los Derechos en dos ramas: los PERSONALES y los REALES; sin analizar las ventajas o desventajas de esta clasificación o de la tripartita, y sin detenernos en el examen de si es más propia y jurídica la que considera los derechos, como derechos personales, derechos de obligaciones, derechos reales, derechos intelectuales y derechos potestativos (añadiendo esta última a la de Picard en plena aceptación de la justa crítica que se la ha hecho) o simplemente aceptando la novísima división en derechos ABSOLUTOS y RELATIVOS, tenemos que convenir que en el adagio latino JUS EST OBLIGATIO SUN CORRELATA (a todo derecho corresponde una obligación) tiene su máxima expresión el derecho de acción que es el conferido a la parte lesionada, para reclamar la violación que ha sufrido su derecho.

La ley civil no sólo determina y crea las instituciones jurídicas, siguiendo en veces la historia o una filosofía que las justifique o apartándose de la historia y de toda filosofía en otros, no solamente los asigna características y atributos, sino también que determina las personas en cuyo beneficio las instituciones han sido creadas.

Anotamos ya como la ley, exclusivamente en su beneficio, concedía al juez la facultad de declarar la nulidad absoluta de un acto o contrato, en excepción a las leyes de procedimiento. No solamente que le concede como facultad, sino que le impone como debe el declarar la nulidad absoluta cuando aparezca de manifiesto o salte a la vista.

Si la ley impone esta obligación a los jueces, es natural que conceda también el derecho de pedirla al Ministerio Público en interés de la moral o de la ley, porque, se parte del principio que el acto o contrato afectado de vicios que alteran los básicos principios morales de organización social a las leyes que sirven para mantenerla en un justo equilibrio, no puedan gozar de amparo alguno, por esto es que si en la generalidad de los casos la acción de nulidad debe ser ejercitada por persona con interés, tratándose de la nulidad absoluta, se estima que no es menester de esa petición, o que el acto o contrato nulo no puede subsistir.

Contrariamente a lo que sucede tratándose de la nulidad absoluta, la nulidad relativa no puede ser declarada de oficio, y, si esta clase de nulidad relativa no puede declararla el juez de oficio, ni pedirla el Ministerio Público en interés de la ley y de la moral, con mayor razón no podrá un juez, asimismo de oficio, declarar la existencia de lesión y mucho menos podrá pedirla el Ministerio Público.

La ley establece también que la nulidad absoluta puede ser alegada por todo el que tenga interés en ello, con excepción del que intervino en la celebración del acto o contrato a sabiendas del vicio que lo invalidaba. La doctrina ha considerado la expresión "el que tenga interés" como el interés pecuniario de que desaparezcan los efectos del acto nulo, se entiende los efectos jurídicos que puede producir en tanto acto válido; con lo que tenemos que, lo que importa conocer es la clase de interés de la persona que sobre la nulidad reclama, en la reclamación.

Contrariamente a todo lo que sucede en la nulidad absoluta y en consecuencia con las características anotadas para una y otra clase de nulidad, tenemos que la nulidad relativa sólo puede ser alegada o pedida por aquellos en cuyo beneficio se ha establecido.

Para determinar en la doctrina con mayor o menor precisión la clase de nulidad de que se trata, es necesario hacer algo así como una casuística jurídica, porque, si hay nulidad absoluta por falta de capacidad de alguno de los contratantes, cuando hay incapacidad también se produce nulidad relativa únicamente. Por lo mismo es indispensable la determinación de quienes pueden considerarse beneficiados con la institución de la nulidad relativa.

La diferencia es realmente sencilla: la ley indica qué personas son absolutamente incapaces. Sus actos son absolutamente nulos, al extremo de no producir siquiera obligaciones naturales. Esta nulidad de los actos realizados por los absolutamente incapaces no se ha establecido en el beneficio de persona alguna y en razón del estado o calidad de las personas únicamente. Se la ha establecido atendiendo a dictados de orden público, en mérito a la ninguna posibilidad física

e intelectual para ser sujeto de elaboraciones volitivas, de quien ha intervenido en el acto jurídico. Y, por lo mismo de que con toda rigidez establece que esta clase de actos no produce ni siquiera obligaciones meramente naturales, determina con toda precisión y claridad, la ley, quiénes son absolutamente incapaces.

Habíamos anotado como característica especial de los actos relativamente nulos el que eran susceptibles de ratificación, porque quienes los generaban, si bien no tenían capacidad legal, la tenían física. Tal el caso de la mujer casada, el menor adulto, la persona ficticia. Sus actos ostentan como vicio, únicamente la falta de formalidades que la ley exige, en mérito de la protección o amparo establecidas en su beneficio, y por eso se dice que, cuando los declara sancionados con nulidad, lo hace en garantía de los propios intereses del relativamente incapaz. Estos relativamente incapaces, serán, pues, las personas en cuyo beneficio la ley la ha establecido.

Fuera de las causas que a la capacidad se refieren, hay también otras, como el error obstáculo, la fuerza y el dolo, cuando éste es determinante del acto o contrato.

Lo característico e importante en el estudio que estamos realizando y en lo que a la nulidad relativa se refiere, es que entre las personas que pueden reclamarlo, a más de aquellas en cuyo beneficio se la ha establecido, constan los herederos o cesionarios de dichas personas. Los herederos, porque ejercen la representación del difunto y porque le suceden en todos sus bienes y obligaciones transmisibles, como los continuadores de su personalidad jurídica, con las limitaciones que la ley ha establecido.

Los cesionarios, porque son las personas a quienes el mismo beneficiado con la nulidad les ha traspasado sus derechos emanados del acto o contrato relativamente nulo y con ellos la acción de nulidad.

Así, pues, como al tratarse de la nulidad absoluta lo importante es el interés que pueda tener la persona que la reclama; tratándose de la nulidad relativa, es también fundamental conocer si puede ser alegada por los herederos que suceden al causante en las obligaciones y derechos transmisibles y cuáles son esos derechos y obligaciones transmisibles.

No en vano en la doctrina se ha clasificado los derechos y se ha sistematizado y ordenado la representación. La preocupación romana de dar nombre, de dividir y subdividir los derechos, al extremo de realizar una verdadera nomenclatura de ellos y de las acciones correlativas, tiene su importancia que en veces el desconocimiento hace que pase por inadvertido. Así, llamaban ACCION REIVINDICATORIA, la que competía a una persona en razón de dominio sobre una

cosa; ACCION PUBLICIANA, contra el que la tuviese, al que perdió una cosa que la poseía de buena fe, sin haberla adquirido por prescripción; LA ACCION RESCISORIA, la dada al que perdió la cosa de que es dueño; LA ACCION CONFESORIA, la conferida al titular de una servidumbre para exigirla del dueño del predio sirviente; LA ACCION NEGATORIA, la conferida al dueño de un predio para oponerse a la constitución de una servidumbre; LA ACCION PIGNORATITICIA, la conferida al acreedor prendario. Todas estas eran consideradas como acciones reales.

Llamamos la atención en cuanto a la ACCION RESCISORIA de que era la conferida al dueño, —no en el sentido y los alcances en que actualmente la conocemos, para rescindir el contrato—, sino al dueño que perdió la cosa por haberla prescrito otro. Era propiamente una RESCISION DE LA USUCAPION.

Así como se terminaban las acciones reales, se determinaban las acciones personales, nacidas de las obligaciones y de los contratos. Y no debemos olvidar que los romanos consideraban como fuentes de las obligaciones las mismas que enumera nuestro Código Civil en el Art. 1490.

La ACCION EXHIBITORIA, la conferida a una persona para pedir que el juez mande al poseedor de una cosa que la ponga de manifiesto, a fin de intentar con mayor precisión los reclamos; la INTERROGATORIA o sea el derecho conferido a las personas de hacer preguntas al reo sobre aspectos que les interesa; la de RESTITUCION IN INTEGRUM, por la cual se deshacen aquellos contratos o negocios que de otro modo harían de valer, acción fundada en fuerza, dolo, menor, etc.; La ACCION pauliana, que es la concedida por la ley a los acreedores para pedir se revoquen las donaciones, legados, u otros títulos lucrativos con que hubiesen pasado a poder de otros, bienes del deudor, en perjuicio del acreedor, etc. etc.

Esta diferenciación entre acciones y derechos reales y personales se fundamenta en la facultad concedida o no a la persona para perseguir el cumplimiento de la obligación. Cuando lo puede perseguir en la cosa, abstracción hecha a la persona que la tenga, se le da el nombre de acción real, y, cuando únicamente puede reclamar el derecho o la obligación de determinada persona, la acción se llama personal. La acción real proviene, pues, del dominio, de las servidumbres, de la prenda, de la hipoteca, de todos los llamados derechos reales, que no afectan a las personas sino a las cosas en que están radicadas, aunque su actual poseedor nos sea desconocido.

Como en el derecho romano, en el derecho moderno, se ha clasificado también los derechos según se refieren a las personas o a las cosas.

Si en verdad fuera interesante para establecer una discusión en términos absolutamente precisos, el estudiar las varias clasificaciones, buscando sus fundamentos o las razones que a ellas llevaron, por la naturaleza de este trabajo limitaremos nuestro afán al estudio de una de las últimas clasificaciones, haciéndolo, por igual razón, esquemáticamente.

Carlos Octavio Bunge, a base de las clasificaciones conocidas hasta 1934, ensaya una que puede considerarse completa ("El Derecho — Ensayo de una Teoría Integral"). Siguiendo, pues, a este tratadista, haremos la exposición.

1.—Los Derechos Autopersonales.— No son otros que los derechos sobre la persona propia, con respecto a su individualidad física y psíquica, los derechos que en el Derecho Romano se conocían con el nombre de JURA PERSONARUM, o sea el derecho a la vida, el derecho a la integridad orgánica, el derecho a la libertad física, el derecho a la libertad psíquica (libertad de conciencia). Estos derechos son intrasmisibles. (Bunge op. cit. pág. 425).

2.—Los Derechos Potestativos.— Los así llamados son los derechos sobre la persona de otro, la autoridad que un individuo ejerce sobre otro, como también con respecto a bienes pertenecientes a otros. Los Romanos los conocían como los JURES POTESTATIS, ejercidos por personas capaces (sui juris) sobre personas incapaces (alieni juris). En nuestro derecho son conocidos como el PODER MARITAL, ejercido por el marido sobre la mujer, la PATRIA POTESTAD ejercida por los padres sobre los hijos menores de edad, la TUTELA, ejercida por un tercero, el tutor, sobre menores de edad no sometidos a PATRIA POTESTAD; la CURATELA ejercida sobre la persona y bienes de un menor o de cualquier incapaz menor de edad. (Bunge op. cit. pág. 427).

3.—El Derecho sobre la cosa propia.— Suele conocerse con el nombre de propiedad o dominio (JURA IN RE).— El titular, propietario, puede usar y abusar de la cosa (JUS UTENDI ET ABUTENDI). Descansa sobre el principio de la posesión plena, es un derecho completo y absoluto, que el individuo tiene sin respeto a determinadas personas. Es transmisible.

4.—Los Derechos sobre la cosa ajena.— Son propiamente las limitaciones al derecho de propiedad (JURA IN RE ALIENA). Al respecto debemos observar que todas las clasificaciones hablan de los derechos reales o de los derechos sobre las cosas en general, englobando esta clasificación con la anterior.

Se han determinado como los principales derechos sobre la cosa ajena, los siguientes: 1.— El dominio imperfecto, como la nuda propiedad; 2.— la enfiteusis o censo enfiteútico; 3.— El derecho

de superficie; 4.— El derecho de arrendamiento; 5.— El usufructo; 6.— El uso y habitación; 7.— La servidumbre activa; 8.— La hipoteca; 9.— La prenda; 10.— La anticresis.

De estos derechos sobre la cosa ajena unos se transfieren y otros son intransferibles.

Son transferibles: 1.— La nuda propiedad; 2.— La enfiteusis o censo enfiteútico; 3.— En cuanto al derecho de arrendamiento, cuando en este derecho estaba comprendido el arrendamiento de servicios personales, éstos no eran transferibles. Y en lo relativo a los que se desprendían del arrendamiento de cosas, por disposición de nuestra ley, era preciso atender al título como se sucedía al arrendador, para establecer si se había transferido o no el derecho de respetar el arrendamiento; 4.— La servidumbre activa, la hipoteca, la prenda y la anticresis, se transfieren porque son derechos vinculados en la cosa misma.

La enfiteusis es institución no admitida en nuestro derecho.

Son transferibles: 1.— El usufructo; 2.— El derecho de superficie; 3.— El uso y la habitación.

Cuando estos derechos sobre la cosa ajena son transferibles, la ley ecuatoriana expresamente los consagra.

5.—Los Derechos Obligaciones.— Propiamente son de origen convencional o legal y consisten en la obligación de una o varias personas de dar o hacer algo o de no hacer. Se les ha definido también como poderes o facultades de origen convencional o legal que autorizan a una persona exigir de otra, jurídicamente, que dé, haga o no haga algo.

No es posible enumerar estas obligaciones.

En el derecho se les ha sometido a una subclasificación: en principios y accesorios, jurídicos y naturales, alternativas, y facultativas, divisibles e indivisibles, simples o solidarias, con o sin cláusula penal.

Cuando nacen de la convención de las partes constituyen verdaderos derechos integrantes de su patrimonio y son transferibles. Cuando nacen de la ley, hay que diferenciar claramente entre derecho propiamente dicho y mera facultad o expectativa, que antes que un derecho constituyen situaciones de hecho, que, para dar margen al nacimiento de derechos, es indispensable que se constate la concurrencia del hecho que debe determinar la adquisición del derecho. Las meras expectativas no son transmisibles.

6.—Los Derechos intelectuales e industriales.— Son los que corresponden a los autores, inventores, fabricantes, industriales, sobre sus obras, sus inventos, marcas de fábrica, etc. Arrancan la noción de estos conceptos, de que cada uno es dueño del producto de su tra-

trabajo. Este es un derecho general que se traduce en un deber puramente pasivo.

Las acciones, pues, concedidas por la ley es garantía de cada uno de estos derechos son personales o son reales, según sea real o personal el derecho garantizado.

Con la exposición que precede puede decirse que ha quedado determinado cuáles son los derechos transmisibles a los herederos para los efectos de reclamación de la nulidad relativa.

III

Juzgamos de obligación dejar terminado en sus contornos el estudio que realizamos y para ello procuraremos un claro conocimiento de los derechos y obligaciones transmisibles a los herederos, en orden a la acción rescisoria o nulidad relativa. Es el caso proceder, por tanto, a buscar lo que se entiende por "derecho" en el sentido empleado por el Art. 1.154 del C. Civil, en orden a la disposición contenida en el Art. 1.737 del mismo Código, así como buscar la diferencia entre DERECHO, MERA FACULTAD Y ESPECTATIVA, porque hemos afirmado ya, con claridad, que las meras expectativas no son transmisibles.

Para nosotros, cuando se habla de derechos transmisibles, con toda propiedad se refiere a derechos subjetivos; pues, mal podía hacerse relación al conjunto de normas que el derecho informa, o el derecho objetivo, propiamente dicho.

Así pues, sentado este indispensable antecedente al conocimiento científico, procuremos desentrañar lo que es en esencia el derecho subjetivo y lo que es de la esencia del derecho objetivo.

1.—Para el célebre jurista español Demófilo de Buen, el derecho subjetivo es el derecho considerado como facultad de un individuo o de varios individuos. Pero en la doctrina, no sólo se ha discutido estos conceptos, sino que se ha negado la existencia misma del derecho subjetivo.

Sin interesarnos la discusión al respecto, busquemos en las teorías e impugnaciones una luz para nuestro acaso impreciso conocimiento.

2.—Para Hans Kelsen, "El derecho subjetivo no es sino la resultante de la aplicación a los individuos del derecho objetivo; es sólo un aspecto de la subjetivización de la norma jurídica" (citado por Alessandri y Somarriva. op. cit. pág. 315).

3.—Para Francisco Carnelutti (Teoría General del Derecho.—Págs. 69-70 y 176), en el orden jurídico, junto a las normas materiales —reglas o principios establecidos por la ley, se han establecido

las normas instrumentales— reglas a que el mando y su práctica deben uniformarse, es decir, en el orden jurídico hallamos determinado el ámbito del PODER y del DEBER; del PODER HACER y del PODER MANDAR, Y SU CORRELATIVO DEBER DE RESPETAR, OBEDECER Y DEJAR HACER, cuando ese PODER HACER Y PODER MANDAR... "se atribuye al titular mismo del interés predominante", lleva el nombre de derecho subjetivo.

4.—Fritz Schreirer (CONCEPTO Y FORMAS FUNDAMENTALES DEL DERECHO. Págs. 220-222). Al estudiar la persona y el derecho subjetivo, sienta una clara proposición: "El derecho subjetivo es LOGICAMENTE anterior al objetivo" y comentando la doctrina de Kelsen, a quien ya hemos citado, dice que las doctrinas que se preocupan de los derechos subjetivos parten de un punto de vista empírico, que hacen del derecho subjetivo un círculo alrededor de una persona, "una esfera de poder circunscrita por el derecho objetivo" y luego de comentar a Kelsen y emitir el criterio anterior acerca del derecho subjetivo, sienta una segunda proposición: "La subjetivización del derecho objetivo no debe entenderse en el sentido de que el derecho objetivo derive 'ni' derecho objetivo" —Concebimos las normas jurídicas por medio de proposiciones de derecho... De acuerdo con nuestra exposición anterior podemos afirmar categóricamente que el derecho subjetivo y el deber jurídico son correlativos, por lo cual no debe haber derechos sin obligaciones correspondientes. LA NOCION DE DERECHO SUBJETIVO ES POR TANTO, un concepto que deriva de la relación jurídica". De aquí que a primera vista la equiparación del supuesto jurídico y el derecho subjetivo parezca lo más sencilla, y de aquí también que se hable de derecho subjetivo siempre que la obligación existe, es decir, cuando el hecho jurídico se ha realizado" —"Por lo mismo, cuando hablamos de derecho subjetivo, tendremos que aludir necesariamente a un hecho SUI GENERIS. Por lo demás, no es difícil descubrirlo: NOS REFERIMOS A LOS SUPUESTOS JURIDICOS QUE CONTIENEN UNA DESIGNACION. No es necesario demostrar esta posibilidad, porque la designación es un hecho jurídico que, como tal, puede aparecer en el supuesto de derecho.

Por lo mismo, el derecho subjetivo NACE cuando el hecho jurídico se ha realizado en forma independiente y plena. La sola facultad de que se halla investida una persona, para disponer o no, a su arbitrio, de un derecho que la ley le concede, de hacer o no uso de él, de ejercitarlo o no, da nacimiento a derecho subjetivo alguno.

5.—En nota puesta por Carlos G. Posada (Traductor de LAS TRANSFORMACIONES GENERALES DEL DERECHO PRIVADO DESDE EL CODIGO DE NAPOLEON, De León Duguít, pág. 26). a la primera Conferencia de Duguít, que trata de "El derecho subjetivo y la

función social" transcribiendo los conceptos de M. Michoud dice así: "M. Michoud escribe: "Para que haya DERECHO, es preciso una protección directa e inmediata. Definiremos, pues, el derecho subjetivo: interés de un hombre o de un grupo de hombres, jurídicamente protegidos por medio del poder reconocido a una voluntad de representarlo y de defenderlo" (Pág. 105). Pero de cualquier modo que sea, M. Michoud, acaba, necesariamente, por ver en el derecho subjetivo un poder de querer. En efecto, el fundamento del derecho subjetivo estará únicamente en el interés; el derecho no aparece realmente más que cuando el interés se afirma en el exterior por una manifestación voluntaria del titular del derecho o de otra persona. Aquí también, el derecho subjetivo no es, finalmente, más que un poder de querer. Además M. Michoud reconoce que es la persona misma, titular del derecho, quien hace valer su interés, quien QUIERE SU INTERES".

6.—Jellinek (citado por Duguit Op. Cit. Pág. 26), dice: "el derecho subjetivo es un poder de querer, o el poder de imponer a los demás el respeto de su voluntad".

Naturalmente, este concepto es nacido de una concepción absolutamente individualista de la sociedad y del derecho, concepción que en todas sus partes informa nuestra legislación civil.

7.—Icilio Vanni (FILOSOFIA DEL DERECHO. Pág. 111) dice: "el derecho subjetivo concierne al querer y al hacer humano, en cuanto se dirige a la consecución de ciertos fines. Al querer, el derecho atribuye un poder, el cual es ante todo facultad, poder de obrar. No se trata, pues, de un poder cualquiera ilimitado sino de un poder regulado por la norma jurídica, que le reconoce y garantiza...." "De aquí que mientras, como vimos, el derecho, desde el punto de vista objetivo es esencialmente un PRINCIPIO DE ORDEN, porque quiere establecer una ordenación en las relaciones humanas, desde el punto de vista subjetivo es esencialmente un PRINCIPIO DE LIBERTAD".

Debemos añadir, con el mismo tratadista Vanni (Pág. 112) que el poder de obrar se atribuye al querer del sujeto, por dos categorías diversas de actos: ACTOS FACULTATIVOS Y ACTOS OBLIGATORIOS. Por el primero, el sujeto tiene una posibilidad jurídica preexistente, y puede o no obrar: por el segundo, forzosamente está obligado a realizar el acto.

8.—De la misma filosofía del derecho que acabamos de citar, obra de Vanni, debemos también transcribir los siguientes párrafos con referencia a la doctrina de Ihering, acerca de los derechos subjetivos: "Igualmente es errónea la teoría opuesta a la que examinamos, o sea la sostenida por Ihering, que ha considerado el derecho

subjetivo sencillamente como "un interés jurídicamente protegido". No es posible considerar exclusivamente el elemento del interés porque éste se garantiza por sí, sino en cuanto pertenece a alguno, y, debe estar en relación con un fin que el sujeto se propone. No se puede prescindir del elemento subjetivo del querer que despliegue la actividad para la satisfacción del interés. Querer e interés son elementos inseparables del derecho subjetivo".— "Hay que añadir además que aun cuando en todo derecho subjetivo se halle siempre garantizado el logro de un fin, y por lo tanto, de un interés, sin embargo, la garantía de ese interés, no se da siempre del mismo modo que en todas las especies del derecho subjetivo. La garantía presenta así diversos grados de individualización".— "En ciertos derechos subjetivos el sujeto del derecho se individualiza y especifica, especificándose también todo lo que es como tomado en su poder jurídico. Un ejemplo típico nos ofrece el contrato, en el que todo se individualiza, tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo, cuando también el poder jurídico que tiene el acreedor de exigir en un momento dado la ejecución del contrato, cuanto en fin el contenido, la cantidad y la modalidad de la prestación.— "Hay en veces ciertos derechos subjetivos en los que el poder jurídico está determinado genéricamente: tal es, por ejemplo, el derecho a la libertad individual, que consiste en una garantía genérica de poder desenvolver la propia actividad, sea física sea moral, sin que se determine de modo riguroso qué cosa puede hacer o no el sujeto" (Pág. 113-114).

9.—A. S. Bustamante y Montero (INTRODUCCION A LA CIENCIA DEL DERECHO, pág. 48), dice: "hubimos de definir el derecho subjetivo como la "facultad de querer o pretender, atribuida a un sujeto a la cual corresponde una obligación por parte de otro". Y más adelante explica: "quiere esto decir que, al proteger ciertos intereses individuales o colectivos, se sirve del siguiente instrumento: le confiere un poder a su voluntad, lo faculta".

10.—José Lozano Muñoz (INTRODUCCION AL DERECHO, pág. 278), dice: "con estos elementos Del Vecchio llega a su definición del derecho subjetivo: "la facultad de querer y de pretender atribuida a un sujeto, a la cual corresponde una obligación de parte de otro".

11.—El mismo Lozano Muñoz, exponiendo la opinión de Korkounov acerca del derecho subjetivo y examinando los varios ejemplos propuestos por Carlos Octavio Bunge, para ilustrarla, concluye: Resumiendo diremos que el derecho en sentido objetivo es la norma jurídica abstracta, general; y el derecho en sentido subjetivo, es la facultad o poder, por un lado, y la obligación y deber jurídico por

otro: son dos aspectos del derecho subjetivo. No hay facultad sin que alguien esté obligado a algo.

Entonces, lo objetivo, y lo subjetivo, son puntos de vista. La norma jurídica, es, en el fondo, una solución, una dirección de la conducta en sociedad. La relación jurídica es un vínculo entre varias personas. Las relaciones de hecho entre padre e hijo, entre acreedor y deudor, etc. por la norma jurídica se convierte en la relación jurídica que se llama patria potestad en el primer caso, y derecho creditario, en el segundo" (Págs. 284-285).

Once definiciones, de lo más variables hemos tomado con la intención manifiesta de que no sea nuestro criterio sino el de tratadistas, el que determine y precise el concepto de derecho subjetivo. De esas diferentes definiciones podemos concluir lo siguiente:

- a) Que el derecho subjetivo constituye un poder de querer.
- b) Que se manifiesta mediante la voluntad del sujeto activo o titular del derecho.
- c) Que derecho subjetivo y deber jurídico son correlativos.
- d) Que si la ley puede considerarse como el presupuesto jurídico, anterior al derecho subjetivo, éste deriva de una relación jurídica.
- e) Que por lo mismo, cuando se dice "derecho subjetivo", se hace, implícitamente, relación a un hecho SUI GENERIS que lo genera.
- f) Que si ese hecho SUI GENERIS no se ha producido, la simple existencia de una ley no da lugar a su nacimiento; y,
- g) Que nacido, pertenece al patrimonio del sujeto, y por lo mismo es un derecho subjetivo, por el hecho de la subjetivización que ha sufrido. Las conclusiones que preceden simplemente manifestadas, en el afán de eludir toda apariencia o pretensión cientifista, han servido para informar las diversas teorías acerca del derecho subjetivo". Nos referimos a aquellas que buscan la relación existente entre la técnica jurídica y los derechos subjetivos, asignando aquélla el papel de determinadora de los sujetos de derecho (teoría a base de técnica;) a la que considera que toda norma e infracción de la norma pertenece el dominio del derecho público y que consistiendo la intervención pública en amparar los derechos mediante la acción concedida, en último término, el derecho subjetivo, es la acción (teoría que confunde el derecho con la acción); y, aquella que considera como una realidad jurídica, como un conjunto de normas objetivas de derecho que permite el natural desenvolvimiento físico y espiritual del hombre (teoría de la realidad). Estas teorías, naturalmente, exigen la manifestación de la voluntad del sujeto para que el derecho subjetivo exista como tal. Si esa voluntad no se ha manifestado, la ley declara el derecho, pero el derecho no ha sido subjetivizado, y

por lo mismo no ha nacido para el individuo ni se ha incorporado al patrimonio del sujeto, que en todo momento es perceptible y tangible, y no invisible y etéreo.

Así, pues, el derecho de que habla la ley, en el Art. 1.087 es el derecho existente en el patrimonio del individuo en la época de su muerte natural.

IV

Servirá de algo al esclarecimiento de la cuestión anteriormente planteada al estudio de lo que se entiende por MERA FACULTAD Y ESPECTATIVA?

Lo creemos firmemente. Cuando determinamos lo que compete a los ámbitos de la mera facultad y de la expectativa, habremos delimitado, con precisión acaso, lo que es del campo del derecho.

Es sabido que en el campo de la relación jurídica se marcha siguiendo procesos determinados, sucesivos. Por esto ha sido posible estudiar el nacimiento de la relación jurídica, desde sus orígenes más profundos y remotos, como es posible el estudiar el nacimiento del hombre y todo el proceso de generación que al nacimiento precede. Francisco Carnelutti, a quien ya citamos, dice al estudiar las situaciones jurídicas materiales: "Una de las formas primeras de intervenir el derecho en un conflicto de interés, consiste simplemente en eliminar los obstáculos que uno de los interesados pudiera poner al otro en el desenvolvimiento de sus intereses; en este caso, el deber asume el aspecto de OBLIGACION y el poder, el de FACULTAD". "La FACULTAD no es otra cosa, según el significado mismo de la palabra, que la LIBERTAD DE HACER, y, por consiguiente, teniendo en cuenta la fusión entre el elemento psicológico y el económico, de la cual resulta la juricidad, la LIBERTAD DE DESENVOLVER EL INTERES PROPIO. Para procurar a uno de los interesados esta libertad, el derecho impone al otro una obligación, y también aquí la palabra se expresa con claridad: estar obligado quiere decir estar LIGADO con el objeto de impedir a otro de hacer lo que quiere" (op. cit. Pág. 173). En otros términos, la facultad es la libertad concedida por la ley a una persona para que PUEDA HACER, sin que nadie pueda obstar esa libertad.

"La PAREJA OBLIGACION — FACULTAD, anverso y reverso de la misma medalla, es el producto de la solución de un conflicto mediante una simple norma material, la cual en relación con la obligación impuesta al sujeto del interés inferior, sólo atribuye libertad al sujeto del interés predominante. Debo rectificar aquí una expresión que utilicé hace veinte años, en el primer volumen de la LE-

ZIONES, cuando, ante este caso hice que, como lado activo de la relación correspondiera a la obligación el INTERES PROTEGIDO. La realidad es que, a un interés protegido mediante una simple obligación por parte de otro se debe llamar una facultad" (Op. Cit. Pág. 175).

"Ahora bien debo añadir que la distinción entre FACULTAD Y DERECHO SUBJETIVO, de que hablamos en el párrafo siguiente, si bien elemental para la estética del derecho es una conquista reciente de nuestro pensamiento, (se refiere al derecho a partir de 1800, en donde principia la innovación con caracteres de profunda preocupación). Aun cuando se usen las dos palabras, en la ciencia y en la práctica, con significación precisamente diferente, esta significación es, generalmente más bien intuitiva que razonada. Un producto muy conocido de la "contaminatio" entre ambos términos, es aquella figura del DERECHO FACULTATIVO que debe considerarse como perteneciente a un plano superior de la ciencia".

Y ya hemos determinado la diferencia existente entre derecho subjetivo y potestad, diciendo que ésta surgía cuando el derecho reconocía y auxiliaba la voluntad de uno, negando todo reconocimiento y asistencia a la voluntad del otro.

Eduardo García Maynez (INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO T. II) considera el momento en que el poder público interviene en la tutela y mantención de los derechos en orden al régimen de autodefensa y al derecho de acción. Y hace ver con toda claridad como la determinación del carácter jurídico y de antijurídico de cualquier proceder" queda por completo al arbitrio de los particulares". Ese arbitrio se lo manifiesta mediante el ejercicio de la ACCION, que ha sido definida por el mismo tratadista "como la FACULTAD DE PEDIR A LOS ORGANOS JURISDICCIONALES DEL ESTADO LA APLICACION DE LAS NORMAS JURIDICAS A CASOS CONCRETOS, YA SEA CON EL FIN DE ECLARECER UNA SITUACION JURIDICA, YA CON EL DE DECLARAR LA EXISTENCIA DE UNA OBLIGACION Y, EN CASO NECESARIO, HACERLA EFECTIVA".

Así, de inmediato, sin verificar examen alguno ni análisis de la definición transcrita, lo primero que surge a nuestro conocimiento, es que la ACCION es una FACULTAD.

Volviendo a Frit Schreier, que con la clara y lógica exposición dilucida en todos estos intrincados problemas de la ciencia jurídica, y con ayuda, tenemos que convenir que, en primer lugar, "el derecho como poder o potestad jurídica es, generalmente, un hecho jurídico independiente". "Las facultades no son normas jurídicas independientes; únicamente establecen los supuestos capaces de producir o

de extinguir ciertos imperativos" (Thon citado por Shreier) entendiendo por imperativos las consecuencias de derecho.

Con lo que tenemos que, no siendo poderes jurídicos independientes, están sujetos a la capacidad que tiene el hombre de obrar o no obrar.

La facultad —continúa Schreier— queda comprendida dentro del espacio jurídico vacío. Aprovechemos la oportunidad para precisar qué es que comprende dicho espacio. Corresponden a él todos los hechos naturales que no producen consecuencias de derecho. Hay que mencionar los hechos cuya realización o no realización, es decir, los dos lados de la oposición contradictoria, son indiferentes para el derecho. Una parte de éstos constituida por las facultades. Pertenece al mismo grupo el aspecto negativo de los derechos como poder, es decir el no ejercicio de éstos, que tampoco puede tener consecuencias jurídicas. Hay que mencionar también todos los hechos cuya oposición contradictoria no produce consecuencias de derecho y, por último, el cumplimiento del deber (lo obligatorio), que tampoco produce consecuencias de derecho". "El espacio jurídico vacío, se compone, pues, de hechos en los cuales: 1.— Ambos lados; 2.— El lado positivo; y 3.— El lado negativo de la oposición contradictoria no producen consecuencias de derecho" Op. cit. págs. 160-161.

José Lozano Muñoz, es el que con menos precisión considera el derecho facultad y lo hace tan de pasada y a la ligera en su obra *Introducción al Derecho*, que quizás fuera mejor no citarlo, sino estuviéramos animados del propósito de ilustrar el texto de este trabajo. "El derecho facultad, dice, significa una facultad o un poder (como escribe Salvat del individuo que le permite realizar determinados actos, por ejemplo, el derecho de testar, que permite al hombre disponer de sus bienes para después de su muerte".

Como se ve, Lozano Muñoz, no pretende definir, sino dar un concepto simplemente. El Dr. Luis Felipe Borja, en sus estudios sobre el Código Civil Chileno, al tratar de los derechos adquiridos transcribe párrafos de Savigny, que dicen: "En segundo lugar, no se confunda los DERECHOS ADQUIRIDOS CON LAS MERAS ESPECTATIVAS que, puntualizadas por la ley antigua la nueva extingue. Este resultado en nada atañe al principio que garantiza los derechos adquiridos. Pero tampoco se confunden las MERAS ESPECTATIVAS con los DERECHOS, que sujetos a condición o a plazo, no pueden por lo pronto ejercerse. Tales derechos son en realidad. La diferencia consiste en que la expectativa, en cuanto a su resultado, depende sólo de la voluntad de otra persona; la cual no es aplicable tratándose de la condición o del plazo".

"En resumen, Savigny enseña que los DERECHOS ADQUIRIDOS, distintos de las ESPECTATIVAS consisten en los derechos jurídicos de una persona determinada, que ha ejercido su voluntad en el dominio del derecho".

Para Merlin, "son DERECHOS ADQUIRIDOS los que han entrado en nuestro patrimonio, forman parte del mismo, y no pueden quitárnoslos. . . . " Laurent: "Deben distinguirse (dice) los derechos que nacen de los contratos, de los provenientes de la herencia abintestato o testamentaria. Tratándose de sucesión el derecho no es adquirido sino cuando ella se abre. . . . Los contratos son irrevocables tan luego como se perfeccionan; los derechos que de ellos provienen son esencialmente DERECHOS ADQUIRIDOS" (también citado por el Dr. Borja). Baudry la Cantineire: "Por Derechos adquiridos deben entenderse las FACULTADES REGULARMENTE EJERCIDAS, y por ESPECTATIVAS, las que no se habían ejercido aun cuando se alteró la legislación. Bajo la denominación de derechos, la ley nos reconoce aptitudes, nos refiere facultades cuyo uso depende de la voluntad. Mientras no hemos utilizado las aptitudes tenemos un derecho en el sentido de que somos aptos para adquirirlo conforme a la ley; y nuestra aptitud se manifiesta por el acto necesario para utilizarla. El ejercicio de la facultad legal que, por decirlo así, se ha materializado en ese acto, traducido exteriormente por él, constituye el DERECHO ADQUIRIDO" (Citado por el Dr. L. F. Borja).

Con todo, el Profesor Dr. Luis F. Borja, cree que la cuestión es compleja y que habría que tomarla casuística.

Creemos que con lo dicho y transcrito, queda claro cuáles son los derechos subjetivos, cuáles las facultades y cuáles las espectativas, y, de consiguiente, cómo lo que se transfiere a los herederos, son los derechos y no las facultades y espectativas.

Más claramente, se transfieren aquellos derechos que han entrado ya en nuestro patrimonio, porque únicamente éstos tienen la categoría de subjetivos.

He preferido citar la doctrina a la realización de exégesis, en el afán de evitar los errores de interpretación.

✕

△

Contemplando el cuadro de los derechos transmisibles, estamos ya en posibilidad de decir en qué casos puede el sucesor o heredero demandar la nulidad de un acto o contrato. Réstanos, para terminar la materia asignada a este capítulo examinar las personas que pue-

den demandar la rescisión de un contrato por causa de lesión enorme.

Eduardo García Maynez, a quien ya hemos citado, tiene en su obra un capítulo por demás interesante, que lo considero como una invitación permanente al estudioso y al jurista hacia la meditación. En el capítulo que trata de la Escuela del Derecho Libre y las doctrinas de Radbruch y Kelsen, continuadores de Savigny, propiamente.

No sé hasta qué punto podemos apartarnos en la interpretación necesaria de la ley, de la finalidad de descubrir el pensamiento del legislador, de seguirlo a través de los vaivenes a que está sujeto por la evolución de las ideas y progreso social, sin que el seguir su trayectoria signifique en manera alguna sujetar nuestro criterio interpretativo a necesidades del momento, pues ello equivaldría —y así lo considera Geny—, sustituir la voluntad del legislador a las convicciones del intérprete. "Si la interpretación de la ley se hiciera depender de las circunstancias dominantes en el momento mismo de su aplicación, la seguridad jurídica desaparecería, porque el sentido de los textos cambiaría constantemente" (Pág. 168, op. cit.). Lo que significa que nuestro criterio no puede conformarse ni aceptar aquellas tendencias que juzgan que la ley no es suficiente, que el juez en su amplia e importante labor personal tiene además una función creadora, encaminada a suplir la insuficiencia de la ley, y que por lo mismo debe aproximarse cada vez más a la actividad legislativa. (La ley y la Sentencia. Hans Reichel —Pág. 38). Y no lo aceptamos aquí sí, por una posición espiritual absolutamente democrática y consciente.

Para nadie puede ser desconocido que la ley por perfecta que sea, tiene lagunas y que, contrariamente, el derecho no puede tenerlas.

Así, pues, la tarea de aplicación de la ley, asigna al juez, comparte una inmensa y ardua labor, inmensa por lo delicada, por lo compleja, por los intereses que están en juego y cuyo respeto y reconocimiento en muchos casos depende únicamente de una persona: el juez.

Si aparecen lagunas, vacíos en la ley, debe analizar primeramente si en verdad el vacío o la laguna existen realmente o acaso se trata de un simple espejismo o de un conocimiento apresurado de las instituciones.

La evocación del capítulo de la obra de García Maynez, tiene su razón de ser en este estudio, porque, en el Código Civil, al tratar de la rescisión por causa de lesión enorme, se divide la materia en los siguientes aspectos: a) Declaración de que el contrato de compraventa puede rescindirse por lesión enorme; b) Declaración de cuándo sufre lesión el vendedor y cuándo el comprador; c) Lo que se entiende por justo precio; d) Cómo puede el comprador contra quien

se pronuncia la rescisión consentir en ella o completar el justo precio y el vendedor, en su caso, consentir en la rescisión o restituir también el justo precio con un aumento; e) Que en caso de rescisión no se deberán intereses y frutos sino desde la fecha de la demanda; f) Que no hay lugar a la acción rescisoria por lesión enorme en la venta de bienes muebles, ni en las que se hubieren verificado por intermedio de la justicia; g) Que la estipulación que no podrá intentarse la acción rescisoria por lesión enorme, no vale; h) Que perdida la cosa en poder del comprador, no habrá derecho, por ninguna de las partes, para la rescisión del contrato; i) Que enajenada la cosa por el comprador, no habrá derecho a la acción rescisoria, pero que el primer vendedor puede reclamar la diferencia de precio obtenida por el segundo vendedor en la venta, hasta el justo valor de la cosa, con deducción de un diez por ciento; j) Que el vendedor no podrá pedir cosa alguna en razón del deterioro que haya sufrido la cosa; k) Que el comprador debe restituir la cosa purificada de hipotecas etc.

He allí la teoría de la lesión enorme en la legislación ecuatoriana. En ella se habla de cuándo existe lesión enorme, y de cuándo puede intentar la acción rescisoria, por esa causa, el comprador y el vendedor. Así, pues, cuando en una demanda hallamos que la acción han deducido otras personas, que no son ni comprador ni vendedor, necesario será el estudio detenido de los problemas jurídicos para conocer si esa acción pueden ejercitar otras personas.

No podremos proceder por analogía, porque, para seguir un método analógico, sería necesaria que la institución rescisoria por causa de lesión, coincidiera con otra institución similar. Y, la verdad sea dicha, la institución de la rescisión del contrato por causa de lesión enorme, es SUI GENERIS y por lo mismo todo razonamiento posible, en el procedimiento analógico, sería inseguro y falso. Por tanto, si cuando se trata de nulidad relativa, puede ser alegada por el titular o sus herederos, porque así expresamente la ley lo prescribe, este hecho no valdrá para que tal lo hagan en el caso de lesión enorme, primeramente porque el derecho de alegarla no es transmisible, sino cuando el titular la alegó, cuando nació ya como tal derecho, independiente de la simple norma material, y se incorporó en el patrimonio del causante.

Tendríamos más bien que atenernos al sentido de la ley que es clara y no se podría desatender su tenor literal y, por lo mismo rechazar toda intervención de otras personas, alegándola.

Volvamos a preguntarnos: ¿Quién puede reclamar la rescisión de un contrato por lesión enorme? El vendedor y el comprador, según las cosas, es la respuesta. La ley con la norma material consigna una mera facultad de la que pueden hacer uso o utilizarla el vendedor o

el comprador. Es una facultad y no un derecho. El vendedor y el comprador —recordando los conceptos de Baudry Lacantinerie— tienen un derecho en el sentido de que son aptos y esa aptitud debió manifestarse por el acto necesario para utilizar la facultad. Es una facultad que debe materializarse en el acto para constituir un derecho.

En éste, como en pocos casos, habría para estudiar con abundancia y detenimiento acerca de que, lo que la ley concede no es un derecho sino una facultad.

Cuando la ley dice "el contrato de compraventa puede rescindirse por lesión enorme", sienta únicamente una norma reguladora de los actos humanos.

Schreier, al estudiar la facultad, analiza estos preceptos de juicios hipotéticos, que pueden o no producirse, que dependen de la actividad del hombre encaminada en uno u otro sentido y que, no son independientes como poderes jurídicos, sino que al contrario dependen de la nueva relación.

Cuando se dice: "el contrato de compraventa PUEDE rescindirse por lesión enorme", con toda certeza debemos afirmar que este precepto de juicio hipotético lo hallamos dependiente, supeditado a otro hecho cual es la manifestación de la voluntad del vendedor o comprador guiada en esa dirección. No existe un poder jurídico independiente, con vida aislada.

Siguiendo, pues, un proceso lógico en el razonamiento tendremos que concluir que es el vendedor o el comprador, por sí, quien debe manifestar su INTERES de rescindir el contrato por lesión enorme, su interés de anular el acto o contrato, para que vuelva a su patrimonio lo que salió ya de él. Si él no manifiesta esa voluntad, no nace ningún derecho, y mucho menos un derecho transmisible.

La Excma. Corte Suprema de Justicia así lo ha declarado en más de una vez. En la 1ª Serie de la Gaceta Judicial N° 30, declara que la nulidad relativa de un contrato de venta, por causa de lesión, no puede ser intentada por terceros, y en el mismo caso, en la segunda instancia, con más propiedad acaso, se declaró que "la lesión enorme sólo puede ser alegada por los contratantes".

Lo que sería materia de análisis para un cabal conocimiento de los alcances de la ejecutoria antedicha, es quiénes son terceros y que por lo mismo, no pueden considerarse partes contratantes.

Y será la doctrina la que una vez más cumpla su fin aclarar las cuestiones. La persona cuya voluntad genera el acto, se llama autora del acto. Cuando el acto, como en el caso de la compraventa, nace de la participación o concurso de varias personas, cada una de éstas recibe el nombre de PARTE (Alessandri y Somarriva, Tom. I Pág. 430).

TERCEROS son aquellos que no han intervenido con su voluntad para dar nacimiento al acto o contrato.

Hay naturalmente personas que quedan afectadas por las consecuencias del acto, sin haber concurrido a él. Estas son las que lo han ejecutado por medio de un REPRESENTANTE y los SUCESTORES o CAUSA HABIENTES. Pueden ser terceros los representados y la causa —habientes? Naturalmente que sí. Hay que analizar en cada caso el acto o contrato. Los sucesores, son las personas que adquieren un derecho de otra llamado AUTOR. "Suceden a éste en el derecho".

Cuando se transfiere o trasmite un derecho, éste pasa al adquirente o sucesor, sin modificación alguna ni en su contenido ni en su extensión; permanece tal cual estaba en manos del titular precedente. (Alessandri y Somarriva).

Si lo que se transfiere son pues los derechos y los sucesores los reciben del titular anterior tal cual estuvo en sus manos, cuando hubo algo que quedó en el campo de la posibilidad de convertirse en derecho, porque su nacimiento dependió de la voluntad manifestada por el causante y éste murió sin haberla expresado, es natural que nada hubo, al respecto, transmisible. Y, en este caso, los sucesores son terceros.

El mismo Excmo. Tribunal Supremo, en el fallo expedido en el año de 1936 (Gaceta Judicial Nº 133, 5ª Serie), reconoció, con la ley, que la acción de rescisión es personal como es la de la resolución y que sólo puede intentarse entre los obligados en el contrato, porque sólo se persigue en las personas y no en la cosa.