LA FIJACION JUDICIAL DEL TERMINO EX ART. 1212 DEL CODIGO CIVIL

Por JOSE MELICH ORSINI

SUMARIO:

1. — Supuestos que comprende el art. 1212 C.C. y problemas que suscita. 2. — Términos accidentales, estructurales y connaturales. Significado de la expresión 'término necesario'. 3. — Clasificación de los términos en función de su necesidad y de su previsión en el contrato. 4. — La no previsión de un término no necesario en el sistema del Código Civil vigente y en nuestra precedente legislación colonial. 5. — Génesis de la disciplina que trae el art. 1212 C.C. 6. — El problema de la naturaleza declarativa o constitutiva de la intervención judicial. 7. — Consecuencias del establecimiento del término en sede meramente declarativa. 8. — Diferentes significados que puede adoptar el término connatural. 9. — Actuación del juez dirigida a declarar un término implícito o sobreentendido y actuación del mismo con significado constitutivo-determinativo. 10. — La jurisprudencia comparada al respecto de la fijación judicial del término y su crítica. 11. — Restricción del art. 1212 C.C. a la actuación de naturaleza constitutiva-determinativa. 12. — Posición de la jurisprudencia nacional. 13. — Naturaleza procesal de la providencia que fija el término. 14. — Procedimientos para pedir la fijación judicial del término. 15. — Acumulación de la petición de fijación de término a una acción por cumplimiento y oportunidad procesal para hacerlo. 16. — Acumulación de tal género de solicitud a una acción por resolución del contrato.

1. El artículo 1212 del Código Civil venezolano reza textualmente: "Cuando no haya plazo estipulado, la obligación deberá cumplirse inmediatamente si la naturaleza de la obligación, o la manera como deba ejecutarse, o el lugar designado para cumplirla, no hagan necesario un término, que se fijará por el Tribunal. Si el plazo se hubiere dejado a la voluntad del deudor, se fijará también por el Tribunal".

Cuatro son en apariencia las hipótesis que contempla este artículo, a saber: primera, obligaciones sometidas a un plazo o *término expreso;* segundo, obligaciones de *cumplimiento inmediato;* tercero, obligaciones en que, no obstante no existir término expreso, por no podérselas concebir como de cumplimiento inmediato, hay que interpretarlas como do-

tadas de un *término necesario* cuya fijación se atribuye al Tribunal; y cuarto, obligaciones sometidas a un *término potestativo.*

En las dos primeras hipótesis no existe dificultad alguna, ni para determinar el momento de su *exigibilidad* (inmediata por definición en cuanto a la segunda hipótesis y sujeta a la regla del artículo 1213 C.C. en cuanto a la primera) ni para determinar el momento en que se actualiza el deber de cumplimiento, haciendo incurrir en *mora* al deudor que lo omite, pues el artículo 1269 C.C. fija tal momento en el día del vencimiento del término, por lo que respecta a las obligaciones incluidas en la primera hipótesis *(dies interpellat pro homine)* y lo supedita a "un requerimiento u otro acto equivalente" por parte del acreedor en cuanto se refiere a las obligaciones aludidas en la segunda hipótesis *(mora interpelatoria o mora ex persona)*[1].

Motivos de seria perplejidad ofrecen, en cambio, las dos últimas hipótesis. ¿Para que se produzca la exigibilidad de las obligaciones a que ellas se refieren, será requisito imprescindible que previamente se haya hecho una solicitud *ex profeso* ante el Tribunal para obtener la fijación del término? ¿Deberá emplearse a tal fin el procedimiento del juicio ordinario o más bien un procedimiento no contencioso? ¿La idea de la fijación judicial del término excluye que pueda considerarse actualizado el deber de cumplimiento del deudor antes de la determinación hecha por el Tribunal? Si tal es el caso, ¿bastará la fijación del término por el Tribunal para que el deudor quede constituido en mora al vencimiento de tal término o, de la estricta formulación de la regla del art. 1269 C.C. que se contrae al "plazo establecido en la convención", habrá que deducir la consecuencia de que se requiere todavía una ulterior interpelación hecha por el acreedor al deudor? Si la actualización del deber de cumplimiento no se considera incompatible con la no determinación previa del término por el Tribunal ¿podrá demandarse el cumplimiento o la resolución de un contrato con fundamento en el incumplimiento de algunas de las obligaciones comprendidas en la tercera o en la cuarta hipótesis aun antes de que se haya fijado el término por el Tribunal?

2. Aunque por su ubicación dentro de las obligaciones a término, el artículo 1212 C.C. parezca vinculado a una concepción del término

1. Cfr. mi trabajo "La mora del deudor en el derecho venezolano", en Libro-Homenaje a Roberto Goldschmidt, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas 1967, p. 337 y ss.

que lo reduce a la categoría de un simple elemento accidental del negocio, en cuanto que se concibiría el término como una determinación extraña a la estructura típica del negocio, añadida por las partes solo para adaptar éste a sus concretos intereses[2], lo cierto es que dicho artículo desborda estos estrechos límites y contiene toda una disciplina dirigida a hacer determinable el tiempo de cumplimiento de la obligación cada vez que el mismo no haya sido convencionalmente fijado. El artículo 1212 C.C. es en verdad una regla de la misma especie de las contenidas en los artículos 1295 ó 1297 C.C. y, en tal sentido, debe ponérsele en relación con los artículos 1160 del Código Civil y 10 del Código de Procedimiento Civil; pues, a diferencia de la condición, que puede o no existir a discreción de las partes, no es posible concebir ninguna obligación con abstracción de un término o tiempo para su cumplimiento. Esto se pone en evidencia por la necesidad que tiene todo ordenamiento positivo de elegir —cuando no se ha proveido explícitamente por los interesados a fijar en el contrato el tiempo de cumplimiento de la obligación— entre la presunción de haberse convenido un cumplimiento inmediato *(quod sine die debetur, statim debetur)*, la fijación de un plazo legal[3] o la concesión al juez de una potestad de fijar el tiempo de cumplimiento.

---

2. Observa *Santoro Passarelli,* "Doctrinas Generales del Derecho Civil", traducción de la Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, § 42, p. 228, que al lado de los elementos esenciales del negocio jurídico hay otros elementos que pueden concurrir también a formar parte de su estructura, pero que "precisamente porque éstos *pueden* y ya no *deben,* como los primeros, concurrir en el negocio, se llaman por contraposición a aquellos, elementos accidentales del negocio jurídico: accidentales con relación al negocio *típico,* pero constitutivo del negocio *concreto* y, por tanto, *esenciales* respecto del mismo".

3. Al respecto dice el Código Civil del Uruguay en su art. 1440: "La obligación en que por su naturaleza no fuere esencial la designación del plazo o que no tuviera plazo cierto estipulado por las partes o señalado en este Código, será exigible *diez días después de la fecha".* Concordando con esta disposición, el artículo 2202 *ejusdem* dispone a propósito del mutuo: "El mutuario está obligado a devolver la cosa mutuada en el plazo y lugar estipulados. Si nada se ha estipulado acerca del plazo y lugar en que debe hacerse la devolución, debe verificarse luego que la reclame el mutuante, *pasados diez días de la celebración* y en el domicilio del deudor". Tal es también la solución que para las obligaciones de dar trae el artículo 2080 del C.C. del Distrito y Territorios Federales de México, el cual dice: "Si no se ha fijado el término en que deberá hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no podrá el acreedor exigirlo sino *después de los treinta días siguientes a la interpelación que se haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario y dos testigos.* Tratándose de una obligación de hacer el pago debe efectuarse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación". Y es también la solución del art. 2200 del Código de Chile, aunque sólo por lo que respecta al mutuo, pues la jurisprudencia chilena parece acoger en lo general la regla *quod sine die debetur, statim debetur* (Cfr. Repertorio de Legislación y Jurisprudencia

Por otra parte, la intervención del tiempo no se revela siempre como algo extrínseco a la satisfacción que el cumplimiento de la obligación proporciona al acreedor[4], sino que hay veces en que forma una misma sustancia con ella, hasta el punto de que es posible elaborar la siguiente clasificación de las obligaciones:

A) Obligaciones en las que el comportamiento del deudor que constituye el objeto de la obligación no resulta susceptible en sí mismo de medición temporal, porque o se consume simultáneamente con el propio acuerdo de las partes (como ocurre con la obligación de dar un cuerpo cierto), o bien ocupa un momento tan insignificante, que no requiere ser tomado en cuenta ni desde el punto de vista del deudor ni desde el del acreedor. Estas obligaciones se llaman por tal motivo de *ejecución instantánea.* Las partes pueden, sin embargo, posponer la ejecución de una obligación de esta especie y entonces se habla de *ejecución diferida,* una variante de la cual sería la ejecución de *cumplimiento fraccionado* (p. ej.: pago por cuotas del precio de una venta). Ahora bien, es fácil advertir que en tales supuestos el término se nos presenta realmente como un elemento accidental, esto es, como algo que las partes han agregado a su arbitrio para ajustar la ejecución de la obligación a sus concretos o singulares intereses. No tiene, en cambio, sentido pensar en una intervención del juez en ausencia de una determinación de las partes a este respecto, pues de producirse, ella se presentaría como una excepción al principio de la intangibilidad del contrato (art. 1159 C.C. venez.), esto es, como una "resiliación" judicial del contrato en la forma del otorgamiento de un "plazo de gracia". Obsérvese, en cualquier caso, que en esta especie de obligaciones, el término es siempre *suspensivo,* en cuanto que su efecto es solo el de retardar el cumplimiento de la obligación.

B) Obligaciones en las que el comportamiento del deudor no produciría la satisfacción del interés del acreedor si no se realizara en forma repetitiva en el tiempo (obligaciones de *ejecución periódica,* como las que se dan en un contrato de suministro) o aun en forma

---

Chilena, Código Civil, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, art. 1474, p. 107, Nº 3). El citado artículo 2200 dice, en efecto: "Si no se hubiere fijado término para el pago no habrá derecho a exigirlo *dentro de los diez días subsiguientes*".

4. Para un examen general de los problemas que plantea el tiempo de cumplimiento de la obligación, Cfr. *Ramponi, Lamberto:* "La determinazione del tempo nei contratti" en Archivio Giuridico, 1860, pp. 213-420.

duradera o sin solución de continuidad (obligaciones de ejecución *continuada,* como la del arrendador de mantener al arrendatario en el goce de la cosa arrendada). En estas obligaciones, el tiempo constituye ciertamente algo que forma parte de la estructura de la obligación, en el sentido de que no puede prescindirse de la consideración del mismo, por lo que si las propias partes omitieran en su contrato una determinación del momento inicial en que debe arrancar el acto de cumplimiento o del momento en que éste debe concluir, la intervención ulterior del juez para definir ese *término suspensivo inicial* o ese *término final* no puede interpretarse como una derogatoria del aludido principio de la intangibilidad del contrato, sino como un instrumento para asegurar la voluntad contractual de las partes a través de la vía de la integración.

C) Obligaciones cuya ejecución si bien se agota en un solo acto, pudiendo calificárselas en tal sentido como de cumplimiento instantáneo (p. ej.: la obligación del comodatario o del mutuario de restituir la cosa prestada), se diferencian por la circunstancia de que ese acto de cumplimiento debe realizarse necesariamente en una oportunidad posterior y separada por una magnitud de tiempo que resulte apreciable de aquella en que se asumió la obligación, ya que de otra manera no se realizaría la función económico-social del contrato, que es permitir que el prestatario goce o use de la cosa prestada[5]. También

5. La "duración" asume en el mutuo rasgo de elemento esencial o estructural del negocio, en cuanto que sin ella no se realizaría la función económico-social que el contrato de mutuo está ordenado a producir. En tal sentido escribía *Dominici,* "Comentarios al Código Civil Venezolano", Edit. Rea, Caracas, 1962, Tomo IV, p. 176, al comentar el art. 1716 del Código de 1866 (equivalente a nuestro vigente art. 174), lo siguiente: "Es preciso distinguir el cumplimiento de la *obligación de dar o hacer* y el cumplimiento de la obligación de restituir, a que se contrae este artículo (art. 1716 C. C. 1892). Cuando no hay término señalado, el que se obliga a dar o hacer está en el deber de ejecutar la obligación contraída, tan luego como es requerido, artículo 1188 (art. 1212 C.C. vigente), porque es de inferirse que desde el momento mismo que se obligó se hallaba en disposición de cumplirla. No sucede lo mismo con el que recibe en mutuo las cosas para devolverlas: colígese que debe mediar algún tiempo para invertirlas en el uso a que las destina, y alguno también para restituirlas iguales en especie y calidad, como a su obligación corresponde. Dedúcese de esto que cuando no hay plazo *expreso,* se supone con razón que hubo siempre un término *tácitamente* acordado entre las partes. Sería opuesto a los fines del *mutuo* que el *mutuante,* pudiese reclamar las cosas prestadas, inmediatamente después de entregadas, sin dar lugar al legítimo uso de ellas, y por los mismos motivos debería rechazarse la pretensión del *mutuario,* encaminada a retener las cosas dichas indefinidamente, por no haberse prefijado término para restituirlas. Las dificultades que ocasione el silencio de las partes en ese punto, las allana la ley concediendo al juez el poder de acordar un plazo para

en este caso el término o período de tiempo a establecer entre la asunción del vínculo obligatorio y su ejecución resulta algo inherente a la estructura de la obligación, por lo que, a falta de una explícita definición de las partes y no siendo compatible con la índole de obligación imaginar que ella sea de cumplimiento inmediato, debe entenderse que el juez está dotado de la potestad para fijar el término de cumplimiento de la obligación.

D) Obligaciones que ciertamente son de cumplimiento instantáneo, en cuanto que la consideración del tiempo no forma parte integrante de la satisfacción del interés del acreedor, pero en las cuales, por ocupar de hecho un cierto período de tiempo el acto de cumplimiento, período que por su longitud no puede ser menospreciado, se hace necesario admitir la intervención del juez como un medio de suplir el silencio de las partes al respecto de la magnitud de tal período. A diferencia del primer grupo de obligaciones en las que el término ofrece un neto carácter de accidentalidad y de los dos grupos de obligaciones inmediatamente precedentes en los que el tiempo se nos presenta como algo inherente a la virtualidad satisfactoria del acto de cumplimiento y, en tal sentido, cabría decir que se trata del establecimiento de un *término estructural,* en esta especie de obligaciones el tiempo es simplemente algo *connatural* a la prestación y se nos muestra como algo que simplemente es "sufrido" por el acreedor para que al deudor le resulte posible rendir el resultado útil del comportamiento debido por él. Tal ocurre, por ejemplo, en el contrato de obras, desde luego que la ejecución de un edificio, de una estatua, etc., es algo que necesariamente se lleva un cierto tiempo[6]. La determinación del tiempo

---

la restitución *según las circunstancias.* Por ellas descubrirá qué fin se propusieron en el préstamo los contratantes, por qué fue solicitado y obtenido, cuál fue la intención de ambos al estipularlo y conforme a esos datos fijará el término para la restitución, que será más o menos breve, si hubiese transcurrido o no el tiempo racional suficiente para el uso de las cosas, así cuando se trate de dinero como de otras cosas fungibles". Esta argumentación de *Dominici* concuerda con la que se lee en Pothier, "Du Prêt de consomption..." Nº 48, citado por *Guilloüard,* "Traités du Prêt, du Dépôt et du Séquestre", París, 1893, pp. 128-129.

6. *Dominici,* op. cit. tomo II, p. 660, parece limitar a esta hipótesis de término connatural, el ámbito del art. 1212 C. C., pues al explicar el texto del Código de 1896 correspondiente a nuestro vigente art. 1212, escribe que los términos de esta especie "son tres, a saber: 1º cuando resulta de la naturaleza de la obligación, por ejemplo: Andrés se obliga a construirle a Antonio una casa, un bar, un escritorio, etc.; la ley le acuerda el plazo necesario para hacer esas obras, si no ha sido estipulado, porque se supone que las partes lo convinieron así; 2º la manera como la obligación debe ser ejecutada, por ejemplo: Andrés se obliga a desyerbar el campo de Antonio, cada

connatural a la ejecución de las prestaciones de que aquí tratamos se nos manifiesta como la fijación de un término suspensivo, el cual puede adoptar todavía una de estas formas: a) *término inicial,* que fija el momento en que el deudor debe comenzar el despegue de la actividad del cumplimiento, cuando conforme a los criterios expuestos no sea posible entender que tal inicio coincide con la asunción de la obligación, como ocurre en el ejemplo que pone Dominici de la persona que se obliga a desyerbar un campo antes de que ésta haya crecido o en el caso en que el comienzo de la actividad presuponga trabajos preparatorios que se toman cierto tiempo a su vez; y b) un *término final,* suspensivo de la obligación de entregar el resultado de la actividad debida.

La precedente calificación permite comprender el significado del advervio *"necesario"* en el artículo 1212 C.C. Se trata, en efecto, de señalar aquellas obligaciones en las que el término tiene un carácter estructural o al menos connatural a la prestación; pues si el término fuere una arbitraria configuración de la relación obligatoria, esto es, un verdadero elemento accidental, sería necesario que en alguna forma el mismo hubiere sido "previsto" en el contrato para que no operare la aludida regla *quod sine die debetur, statim debetur.*

3. De la combinación, pues, de estos dos aspectos presentes o ausentes en todo término: su *necesidad* y su *previsión,* resulta posible todavía intentar una nueva clasificación de los supuestos que abarca el artículo 1212 C. C., a saber:

A. *Término no necesario ni previsto,* supuesto que implica una obligación cuyo tiempo de cumplimiento está indeterminado y no aparece necesario diferir, así como que tampoco recaiga sobre una prestación a la cual le sea esencial una cierta "duración" o que suponga para su cabal consumación el decurso de un cierto término.

B. *Término no necesario previsto,* que comprende dos hipótesis, a saber: 1) Aquella en que se ha previsto no solo la existencia de un

---

vez que lo necesite, pues es preciso suponer el tiempo necesario para que crezca la yerba y se encuentre en disposición de cortarla; y 3º el lugar designado para cumplir la obligación, por ejemplo: Andrés se obliga a pasar para Barcelona los ganados que Antonio tiene en Guárico; deberá concederle el tiempo que sea menester para ello. En caso de que las partes no estén de acuerdo en fijarlo, o que el acreedor se queje de retardo, esos términos los señalará el juez..."

término, sino también su longitud, que comprende a su vez diversos supuestos, así: 1º) Término calendario *(dies certus an et quando);* 2º) Término determinado por un evento cuya realización es cierta, aun cuando sea incierto el momento de tal realización *(dies certus an incertus quando);* 3º) Término establecido implícitamente, bien sea por una expresión genérica que obligue al Juez a considerar su existencia con sujeción a las reglas de interpretación del contrato, bien sea que así resulte de las reglas sobre interpretación del contrato[7]. II) Aquella en que se ha previsto la existencia del término pero en que la medida del mismo no resulta determinable en absoluto a partir de elementos dados en el propio contrato, como cuando se deja tal determinación a un ulterior acuerdo de las partes o como ocurre en el término potestativo a que nos referimos más abajo.

C. *Término necesario previsto,* entendiendo por tal aquel en que la determinación de la medida del término resulta: 1º) De la explícita referencia al término calendario *(dies certus an et quando);* 2º) De un hecho que refleje indubitablemente la voluntad de las partes de suspender por un preciso término el cumplimiento de la obligación (término *ex facto*)[8]; y 3º) De la conexión con un evento cuya realización sea cierta, aun cuando sea incierto el momento de tal realización *(dies certus an, incertus quando),* tal como se consagra en algunas normas supletorias al respecto del término extintivo de algunos

7. Hay que distinguir los dos supuestos. En el primer caso se trata sólo de una investigación dirigida a determinar lo que las partes han querido realmente acerca del tiempo de ejecución de la obligación, en tanto que en el segundo se trata de agregar al contrato determinaciones que deben considerarse incluidas en éste a falta de voluntad en contrario de las partes como consecuencia del precepto del art. 1160 C.C. Tal sería el caso del art. 1646 C.C. que, con referencia al tiempo en que debe hacerse el pago de la obra contratada por el comitente, dice: "Si no hubiere pacto o costumbre en contrario, el precio deberá pagarse al hacerse su entrega". También el del art. 1528 C.C., a propósito del tiempo de cumplimiento de la obligación de pagar el precio, que dice: "Cuando nada se ha establecido respecto de esto, el comprador debe pagar en el lugar y en la época en que debe hacerse la tradición". La intervención del juez se limita en ambos casos a poner en evidencia un elemento del contenido del contrato: en el primer caso, por resultar así de la común intención de los contratantes; en el segundo, por el añadido de una voluntad extraña (la norma legislada o el uso supletorio) que debe considerarse incluida en el acuerdo de las partes si se lo entiende conforme al ordenamiento jurídico. Cfr. *Messineo, Francisco:* "Doctrina General del Contrato", Buenos Aires, 1952, Tomo II, p. 120; también *Puig Brutau,* José: "Fundamentos de Derecho Civil", Barcelona, 1954, Tomo II, Vol. I, p. 295, quien habla de "interpretación constructiva".

8. *"Quid in futurum usuras a debitori acceperat, tacite pactus videtur, ne intra tempus sortem petat* (El que había recibido del deudor intereses por adelantado, se entiende que pactó tácitamente no pedir el capital durante aquel tiempo). *Digesto.* Libro II, Título XV, fr. 57.

contratos de tracto sucesivo[9]; y 4º) De la interpretación de expresiones genéricas utilizadas por las partes o de la aplicación de normas supletorias con sujeción a las reglas de interpretación e integración del contrato (art. 1160 C. C.), cuando en uno u otro caso sea posible establecer en forma precisa el momento de vencimiento del término extintivo[10].

D. *Término necesario no previsto,* entendiendo por tal aquel caso en que no puede menos que admitirse que el cumplimiento o la extinción de la obligación está diferida en el tiempo, pero en que, por no resultar fijada la medida de tal diferimiento ni siquiera en forma indirecta, se hace necesario completar tal deficiencia por el procedimiento indicado en la segunda regla del primer párrafo del art. 1212 C. C. Comprende las hipótesis de término estructural y de término connatural a la obligación a que hemos aludido anteriormente, siempre que las partes no hayan previsto al respecto en alguna de las formas indicadas en C.

E. *Término potestativo,* supuesto que no resulta excluyente de los comprendidos en sub B o sub C, desde luego que predica ya la previsión de un término, pero que, por referirse tal previsión al arbitrio de uno de los sujetos de la relación obligatoria, hace que la medida del término no resulte determinable a partir de elementos objetivos. Comprende tanto el término *cum debitor voluerit*[11] a que de modo explícito se refiere el segundo aparte del art. 1212 C. C., como el

---

9. Art. 1673, ord. 3º "La sociedad se extingue por la muerte de uno de los socios".
10. Art. 1626 C.C.: "El arrendamiento de un predio rústico, cuando no se fija su duración, se entiende hecho por un año, a menos que se necesite más tiempo para la recolección de los frutos que la finca produzca por una vez, aunque ese tiempo pase de dos o más, pues entonces se entenderá el arrendamiento por tal término". Y como para que no quepa duda, el art. 1627 *ejusdem* añade: "El arrendamiento de que trata el artículo anterior, cesa, sin necesidad de desahucio, desde que se concluye el término por el cual se entiende hecho, según lo dispuesto en el mismo artículo..." En nuestra opinión debe incluirse en este mismo supuesto el llamado "término usual".
11. "El término para cumplir la obligación dejada a la voluntad del deudor *(cum debitor voluerit)* puede ser entendido de dos modos —escribe *Ramponi,* op. cit. p. 321—. O equivale a una condición *(si debitor voluerit)* y entonces la obligación es nula: "Illan ... sitipulationem si *volueris dari?* inutilem esse constat...' Porque estaría contraída bajo una condición que la hace depender de la sola voluntad de aquel que se ha obligado: 'Stipulatio non valet in rei promittendi arbitrio collata conditione'. 'Nula promissio potest consistere quae ex voluntate promittentis statum capit'. O la remisión del término a la voluntad del deudor se entiende no como plena facultad de cumplir o incumplir, sino como libre elección del día en el cual plazca al deudor efectuar la *obligatoria* ejecución. Interpretando así aquella cláusula se aseguraría la validez del contrato".

término *cum debitor potuerit* aludido en el art. 1743 C. C.[12]; pero además debería incluirse aquí también el término dejado a la voluntad del acreedor, al que se refiere expresamente el artículo 1183 del vigente Código Civil italiano.

4. Ahora bien, por lo que se refiere al "término no necesario ni previsto" (3A), supuesto que por excluir la idea de un término estructural (supra 2B y 2C) o de un término connatural (supra 2D), tiene que concretarse en una obligación que por su naturaleza pueda calificarse de "ejecución instantánea", ya hemos dicho que el art. 1212 C. C. venez., al acoger el principio *quod sine die debetur, statim debetur,* elimina toda duda acerca de cuál sea el tiempo de su cumplimiento. En el sistema de nuestro Código, por lo respecta a esta especie de obligaciones, la intervención del Juez no se requiere pues en absoluto para determinar el momento de su exigibilidad, y solo

---

12. Dice el artículo 1743 C.C. venez.: "Si solo se ha convenido que el mutuario pague cuando pueda o cuando tenga medios, el Tribunal fijará un término para el pago según las circunstancias".
Este artículo corresponde al 1901 C.C. fr. y al 1827 C.C. it. de 1865. Comentando el texto francés escriben *Planiol* y *Ripert,* "Traité Pratique de Droit Civile Français". París, 1932, Tomo XI, Nº 1146, p. 426: "La cláusula que el prestatario reembolsará 'cuando pueda' o 'cuando tenga medios', está prevista en el art. 1901. Corresponde al juez, ante quien se haya demandado el reembolso, apreciar si el prestatario, está o no en estado de poder pagar en el momento de la demanda. Ordinariamente el prestamista que consiente semejante cláusula se condena a cobrar después de todos los otros acreedores. Es necesario asimilar a esta cláusula aquella en que el prestatario se obliga a reembolsar 'cuando la situación lo permita' o 'en caso de llegar a mejor fortuna' 'o si llegare a ser posible'." En igual sentido, *Demolombe,* "Cours de Code Napoleón", Tomo XV, Nº 577, p. 547; *Larombière,* "Théorie et Pratique des Obligations", París, 1855, Tomo III, p. 242; *Laurent,* "Principes de Droit Civile Français", París, Bruxelles, 1875, Tomo XVII, Nº 175, p. 190; *Baudry Lacantinerie* y *Barde,* "Traité Théorique et Pratique de Droit Civil", "Des Obligations", París, 1907, Tomo II, Nº 969, p. 148; *Aubry* y *Rau,* "Cours de Droit Civil Français", 6º edit. Tomo IV, § 303, p. 124-125. En general se admite que el art. 1901 C.C. fr. contiene un principio general que puede aplicarse a toda especie de obligaciones y no solo al mutuo (Cfr. *Laurent,* op. cit. Nº 175; *Aubry* y *Rau,* op. cit. 5ª ed. Tomo IV, p. 266, nota 13). Pero ante la ausencia en Francia de un texto análogo al último párrafo de nuestro art. 1212 C.C., la doctrina francesa considera que si el deudor se ha comprometido bajo la cláusula "cuando quiera" o "cuando lo juzgue conveniente", lo procedente no será la fijación judicial del plazo, sino el diferimiento del pago para el momento de la muerte del deudor. Así, *Demolombe,* locus cit., *Larombière,* locus cit.; *Laurent,* op. cit. Nº 176; *Baudry Lacantinerie* y *Barde,* op. cit., 970; *Aubry* y *Rau,* locus cit.; *Planiol* y *Ripert,* op. cit. Tomo VII, Nº 990, p. 308. Todos los autores señalan, sin embargo, que en la interpretación de estas cláusulas hay que atenerse sobre todo a la intención de las partes. En tal sentido escriben *Baudry Lacantinerie* et *Barde*: "Pero entiéndase bien, la solución que hemos dado supone que no resulta de expresiones de las partes o de circunstancias de hecho que prometiendo pagar 'cuando pueda' o 'cuando quiera', no se haya entendido excluir toda obligación jurídica y consentir apenas un compromiso de honor" (op. cit. Nº 971).

ocasionalmente se dará a *posteriori,* para realizar de modo coactivo el deber de cumplimiento que ella implica, si el deudor puesto en mora de cumplir (art. 1269 C. C.) no lo hace, o para verificar tal mora o incumplimiento del deudor a los fines de una acción por resolución del contrato o por resarcimiento de daños y perjuicios. Distinto sería el caso si se hubiere adoptado una solución como la del Código Civil argentino[13] y la de la Siete Partidas del rey Alfonso IX El Sabio de Castilla[14], que nos rigió hasta la promulgación de nuestro primer Código Civil, en donde para el supuesto de no haberse determinado en la convención el preciso tiempo en que debe cumplirse la obligación, cualquiera que sea la índole de ésta, se autoriza al juez

13. El Libro II, Sección I, Capítulo III del Código Civil argentino, bajo el rubro *"Del Tiempo en que debe hacerse el pago"* trae la siguiente regla para las obligaciones a tiempo indeterminado: *artículo 751:* "Si no hubiese plazo designado, se observará lo dispuesto en el art. 618". Ahora bien, este art. 618, colocado a propósito de las obligaciones de dar sumas de dinero, estipula: "Si no estuviere determinado en el acto por el que se ha constituido la obligación, el día en que debe hacerse la entrega del dinero, el juez señalará el tiempo en que el deudor debe hacerlo..." La solución del Código argentino aparece justificada así en el "Tratado de Derecho Civil Argentino" de Raymundo M. Salvat, Buenos Aires, 1953, "Obligaciones en General", Vol. II, Nº 1236, p. 301: "La ley supone que al contraerse la obligación las partes han querido establecer un plazo para el pago, pero dejando para más adelante la fijación exacta de él; es por eso que nuestra disposición dice: si no estuviere *determinado* en el acto por el que se ha constituido la obligación, el *día* en que debe hacerse la entrega, etc. La ley supone igualmente que después las partes no llegan a ponerse de acuerdo en la fijación de ese día; la cuestión, como toda controversia privada, debe someterse entonces a la autoridad judicial y es por eso que nuestra disposición acuerda a los jueces la facultad de señalar el tiempo del pago. Este sistema, inspirado en la tradición y en el derecho francés, nos parece el más justo y equitativo: establecer, como sucedía en el derecho romano, que el acreedor podía exigir en cualquier momento el pago de la obligación, hubiera sido privarlo arbitrariamente del beneficio que había querido estipular por medio del plazo; más le hubiera valido contraer la obligación pura y simplemente, que no obtener un plazo que el acreedor pudiera darlo por vencido inmediatamente, quizá el mismo día de estipulada la obligación. Dejar la fecha librada al capricho del deudor, hubiese implicado restringir también arbitrariamente el derecho del acreedor y en la mayoría de los casos, hacerlo ilusorio.
Con el sistema de la ley, los intereses opuestos se concilian, desde el momento en que el juez, como veremos en seguida, no puede proceder arbitrariamente a la fijación del plazo para el pago, sino teniendo en cuenta las circunstancias especiales de cada caso".

14. "Obligándose vn ome a otro —dice la Ley XIII, Título XI de la Quinta Partida— de dar o de fazer alguna cosa, en la primera de las tres manera que diximos en la ley ante desta que es llamada promission pura; maguer non sea puesto en ella dia cierto, o logar; vale tal promission. El Juez del logar, deve asmar segun su alvedrio, fasta quanto tiempo seria cosa guisada, para poder cumplir lo que prometio aquel que se obligo. E si entendiere, que tanto tiempo es ya passado de que fisso la promission, que la pudiera auer cumplido si quisiesse, devele apremiar que la cumpla luego, fasta tiempo cierto señalando vn dia cierto, que el touiere por guisado, a que faga lo que asi prometio..." *Códigos Antiguos de España,* compilación de Marcelo Martínez Alcubilla, Madrid, 1885, Vol. I, p. 549.

para fijar un término a tal fin. En tal caso es claro que la intervención del juez no se agota en la comprobación de un estado de mora o retardo intolerable del deudor demandado por cumplimiento o por resolución; pues la ausencia de exigibilidad de la obligación, mientras el juez no haya fijado el plazo que la ley le autoriza a fijar, excluye precisamente tal posibilidad de hablar de mora o de retardo intolerable asimilable a un incumplimiento definitivo e irrevocable.

5. La solución que dá el artículo 1212 del Código Civil venezolano a la aludida hipótesis de "término no necesario ni previsto", tiene su más remoto origen en la regla romana: *in omnibus obligationibus in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur*[15]; regla que sin embargo combinó nuestro artículo con esta otra regla también romana: *nihil peti potest ante id tempus, quo per rerum naturam persolvi possit*[16]. Esta remota génesis del art. 1212 C. C. pudiera llevarnos a pensar, conformándonos así a otros precedentes del derecho romano según los cuales la determinación del momento preciso en que debe prestar el deudor en este último caso de excepción debe hacerse conforme al criterio del buen padre de familia[17], que nuestro ordenamiento positivo enfoca el problema de la determinación judicial del tiempo de cumplimiento de la prestación desde la perspectiva de que la actuación del juez debe desplegarse mediante el empleo de criterios meramente interpretativos. En algunos Códigos extranjeros, si nos atenemos al tenor de ciertos textos, parecería que efectivamente se concibe la función del juez como si se agotara necesariamente en una mera explicitación de contenidos ya presentes en el contrato. Tal es el caso del Código de Chile[18] y, por lo menos, en lo que se refiere al mutuo

15. "En todas las obligaciones en que no se pone día, se debe el día presente". *Digesto,* Libro L, Título XVII, regla 14.

16. "Nada se puede pedir antes del tiempo en que por la naturaleza de las cosas se puede pagar". *Digesto,* Libro L, Título XVII, fr. 186.

17. "Cuando estipule así: 'prometes darme en Efeso?' hay inherente un cierto tiempo; pero se pregunta qué tiempo se deberá admitir; y es preferible que todo este negocio lo remitamos al Juez, esto es, a un hombre bueno, que estime en cuánto tiempo podría hacer un buen padre de familia lo que uno hubiere prometido que dará en Efeso..." *Digesto,* Libro XLV, Título I, fr. 137, § 2. Tomado del "Cuerpo de Derecho Civil Romano" por Ildefonso L. García del Corral, Barcelona, 1897.

18. *Artículo 1494:* "El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación, y puede ser expreso o tácito. Es tácito el indispensable para cumplirlo. No podrá el Juez, sino en casos especiales que las leyes designen, señalar plazo para el cumplimiento de una obligación: solo podrá interpretar el concedido en términos vagos u oscuros sobre cuya inteligencia y aplicación discuerden las partes".

de los Códigos de México[19] y Brasil[20]. Pero la letra de nuestro art. 1212 se presta a que postulemos una tesís divergente, esto es, a sostener que la actividad del juez dirigida a la determinación del término necesario no expresado en la convención no constituye una actividad meramente recognocitiva de una implícita voluntad de las partes, sino más bien una actividad de neto carácter constitutivo.

En nuestro art. 1212 C. C., en efecto, la intervención del juez parece circunscribirse precisamente a la hipótesis del plazo necesario cuya medida no pueda deducirse de la convención en vía meramente interpretativa, pues en lugar de referir al juez a elementos objetivos para que éste extraiga la medida del plazo implícito a través de la ponderación de dichos elementos, tal como hemos visto que lo sugieren el Código Civil de Chile y las aludidas disposiciones de los Códigos de México y Brasil, la letra de nuestro citado artículo 1212 contiene la expresa concesión al juez de un poder para *"fijar"* el plazo. La redacción del art. 1212 C. C. venez. viene repitiéndose sustancialmente desde la reforma de nuestro Código Civil en 1873[21], en que se la

---

19. *Artículo 2385:* "Si en el contrato no se ha fijado plazo para la devolución de lo prestado, se observaron las reglas siguientes: I. Si el mutuario fuere labrador y el préstamo consistiere en cereales u otros productos del campo, la restitución se hará en la siguiente cosecha de los mismos o semejantes frutos o productos; II. Lo mismo se observará respecto de los mutuarios que, no siendo labradores, hayan de percibir frutos semejantes por otro título; III. En los demás casos la obligación de restituir se rige por lo dispuesto en el artículo 2080".
2391: "En caso de haberse pactado que la restitución se hará cuando pueda o tenga medios el deudor, se observará lo dispuesto en el artículo 2080".
Cfr. supra nota 3, el texto del aludido artículo 2080.

20. *Artículo 1264:* "No habiéndose expresamente establecido en la convención, el plazo del mutuo será: I. Hasta la próxima cosecha, si el mutuo fuese de productos agrícolas, bien sea para el consumo o para la siembra. II. De treinta días, por lo menos, hasta prueba en contrario, si fuese de dinero. III. Por el espacio de tiempo que declarase el mutuante, si fuese de cualquier otra cosa fungible".

21. En realidad, el texto actual fue adoptado en la reforma de 1916 (art. 1239) y se repitió en la de 1922 (art. 1239). El texto de 1873 (art. 1109) decía: "Cuando no hay plazo estipulado, la obligación debe cumplirse inmediatamente si la naturaleza de la obligación o la manera como debe ser ejecutada, o el lugar designado para cumplirla, no hacen necesario un término, que se fijará por el Tribunal. Si el plazo se ha dejado a la voluntad del deudor, se fijará también por el Tribunal". Esta redacción perdura en los Códigos de 1880 (art. 1118), 1896 (art. 1139) y 1904 (art. 1145).
El Código de 1867 (art. 955 a 960) se inspiró en cambio en el Proyecto García Goyena (arts. 1045 a 1050), excluyendo deliberadamente toda consideración de un término judicial. (*Cfr.* "Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil

tradujo del artículo 1173 del Código Civil italiano de 1865[22] y concuerda no sólo con la del vigente art. 1183 del Código Civil italiano de

---

Español" de Florencio García Goyena, Madrid 1852, Tomo III, art. 1050, p. 87). Apenas en materia de mutuo le pareció inevitable considerar la hipótesis de una obligación sin plazo definido, pero aun en este caso su solución fue establecer un plazo legal. Al efecto, dice el art. 1544 del citado Código venezolano: "A falta de pacto que determine el tiempo para la restitución, se deberá hacer a los diez días después de haberlo exigido el acreedor..." El correspondiente art. 1646 del Proyecto García Goyena era más amplio, pues al menos permitía al Tribunal intervenir con justa causa para conceder todavía una prórroga. Dice en tal sentido este último artículo: "A falta de pacto que determine el tiempo de restitución, se deberá hacer a los diez días después de haberlo reclamado el acreedor, *cuyo término podrá ser prorrogado con justa causa por los tribunales*".

Sólo en una hipótesis se resignó nuestro Código de 1867 a admitir el plazo judicial, a saber: en la hipótesis en que la restitución se hubiere pactado para cuando el deudor pudiese o tuviese los medios con que hacerlo (art. 1546), hipótesis en que el juicio del juez resulta referido a circunstancias objetivas. Por todo esto creemos entender que el sistema acogido tanto en nuestro Código de 1867 como en el Proyecto García Goyena es el que establece, como regla general, y salvo en la hipótesis del mutuo, que, a falta del plazo convenido, el acreedor puede exigir inmediatamente la obligación.

Distinta fue la situación en el Código de 1863. Este Código en materia de obligaciones a plazo (Libro Cuarto, Título III, Ley III) se inspiró en el Código Civil de Chile (arts. 1494 a 1498) y, aunque en forma restringida, concibe la fijación judicial del plazo en los siguientes términos: art. 1, párrafo 2: "No puede el Juez, sino en casos especiales que las leyes designen, señalar plazo para el cumplimiento de una obligación: sólo podrá interpretar el concebido en términos vagos u oscuros, sobre cuya inteligencia y aplicación discuerden las partes". En consonancia con ello, en el Título XV, Ley II del mismo Libro Cuarto del Código de 1862, leemos: Art. 5º: "A falta de pacto que determine el tiempo para la restitución, debe hacerse a los diez días después de haberla reclamado el acreedor, cuyo término puede ser prorrogado con justa causa por el juez". Art. 6º: "Si se ha pactado que el mutuario pague cuando le sea posible, puede el Juez, atendidas las circunstancias, fijar un término que no pase de seis meses ni exceda de dos años".

22. *Art. 1173 C. C. it. 1865:* "Quando non sia apposto termine, l'obbligazione deve subito eseguirse, semprechè la qualità dell'obbligazione, o il modo con cui deve essere eseguita, o el luogo convenuto per la sua esecuzione non porti seco la necesità di un termine da stabilirsi dell'autorità giuriziaria. Spetta ugualmente all'autorità giudiziaria di stabilire per l'adempimento dell'obbligazione un termine conveniente, se questo sia stato rimesso alla volontà del debitore".

Los antecedentes del artículo italiano son los artículos 1241 y 1242 del Código Estense y los artículos 1163 y 1164 del Código Parmense. Es posible que éstos hayan sido inspirados a su vez por el art. 904 del Código Civil de Austria, que dice: "Si no fue establecido un tiempo cierto para la ejecución del contrato puede exigirse inmediatamente, vale decir sin ninguna dilación que no sea neeesaria. Si la persona obligada ha reservado a su arbitrio el tiempo de ejecución, o si se debe esperar su muerte y citar a sus herederos al cumplimiento del contrato; o también si se trata de obligaciones meramente personales que no pasan a los herederos, debe procurarse que el tiempo sea establecido por el Juez según la equidad. Esta segunda disposición se aplicará también cuando la persona obligada haya prometido ejecutar el contrato cuando le fuese posible. De resto serán aplicables al respecto del tiempo las reglas precedentemente establecidas para las condiciones de tiempo adjuntas a los actos de última voluntad".

1942[23] sino, por lo que se contrae al mismo punto, con la de los Códigos Civiles de España[24], Perú[25] y Argentina[26].

6. Lo dicho hasta aquí nos lleva a plantear los términos de una polémica que se ha desarrollado sobre todo en la moderna doctrina italiana acerca de la naturaleza de la actividad del juez cuando cumple el mandato que se le señala en la aludida disposición de proceder a la fijación del término. Esta polémica presenta dos posiciones antagónicas: a) la de aquellos para quienes la actividad del juez es siempre interpretativa, porque estaría dirigida a *declarar* la existencia y la concreta duración del término implícitamente contenido en el contrato, sirviéndose para ello de elementos objetivos, tales como la naturaleza de la obligación o el modo o lugar de su ejecución[27]; y b) la de quienes, por el contrario, señalan que la utilidad del artículo está precisamente en llenar las lagunas que se presentarían cuando, por no ser resoluble el problema del término en base a los criterios interpretativos que nos dan el artículo 1160 C. C. y el artículo 10 C. P. C., se hace necesario la intervención del juez para *constituir* el plazo[28].

---

23. El citado art. 1173 del Código Civil italiano de 1865 fue sustituido en la reforma del Código italiano de 1942 por el art. 1183 que dice: "Se non è determinato il tempo in cui la prestazione deve essere eseguita, il creditore può esigerla inmediatamente. Qualora, tuttavia, in virtù degli usi o per la natura della prestazione ovvero per il modo o il luogo dell'esecuzione, sia necessario un termine, questo, in mancanza di accordo delle parti, è stabilito dal giudice. Si el termine per l'adempimento è rimesso alla volontà debitore spetta ugualmente al giudice stabilirlo secondo la circonstanze; se è rimesso alla volontà del creditore, il termine può essere fissato su istanze del debitore che intende liberarsi".
24. Dice el artículo 1128 del Código Español: "Si la obligación no señalare plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, los Tribunales fijarán la duración de aquel. También fijarán los Tribunales, la duración del plazo cuando éste haya quedado a voluntad del deudor".
Comentando esta disposición señala *Manrresa y Navarro, José M.* "Comentarios al Código Civil Español", Madrid 1929, Tomo VIII, p. 157, que el Tribunal hace la determinación "fijando a su prudente arbitrio la duración del plazo" y no simplemente interpretando una implícita voluntad de las partes.
25. *Código Civil del Perú. Art. 1115:* "Si el actor no señala plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, el juez fijará su duración. También fijará el juez la duración cuando éste haya quedado a voluntad del deudor".
26. También es ésta la situación que se prevé en el art. 1333, aparte segundo del Código Civil de Uruguay, que dice: "El que se ha obligado a entregar una cosa debe verificarlo en el lugar y en el tiempo estipulado; y en defecto de estipulación, en el lugar y tiempo convenible según el *arbitrio judicial*".
27. Tal parece ser la posición de *Betti,* "Teoría Generale del Negozio Giuridico", Torino, 1960, p. 549 y la de *Cariota-Ferrara,* "Il Negozio Giuridico", Napoli 1962, p. 682.
28. En tal sentido, *Castellini, Giuseppe Maria:* "Sulla fissazione del termine 'necesario' ex art. 1183 C.C.", en Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, año 1961,

Entre estas dos posiciones extremas se ha intentado establecer una línea intermedia. Escribe en tal sentido Tondo[29]: "Nos parece que los dos planteamientos pueden ser conciliados, distinguiendo cuidadosamente el problema de la necesidad del término de aquel otro relativo a la medida del mismo. Que la declaración de la necesidad del término, como presupuesto de la fijación del mismo por parte del Juez, implique una actividad puramente interpretativa no parece dudoso: la necesidad debe resultar de la naturaleza de la prestación y de los otros elementos objetivos atinentes a ella, lo que significa que en la regulación de intereses concretamente creada por las partes debe estar implícita la existencia del término. Lo que por el contrario puede no ser deducible es la medida de este término; así la precisa determinación de la medida exigirá casi siempre una apreciación discrecional del juez, que no podrá no tener en cuenta, entre otras, las circunstancias sucesivas a la estipulación del contrato y atinentes a la ejecución del mismo, y que deberá, en todo caso, referirse a aquel modelo abstracto de exactitud temporal de la ejecución de la prestación deducible de los principios generales de la buena fe objetiva y de la diligencia. En consecuencia, si el contrato permite deducir tanto la necesidad del término como la duración del mismo, el juez, llamado a resolver el conflicto de interpretación del originario acuerdo surgido entre las partes, decidirá positivamente con sentencia declarativa. Si, por el contrario, la medida del término no puede desprenderse del contrato con la indispensable precisión y el juez deba apreciar, teniendo en cuenta las circunstancias antedichas, la congruidad del término necesario, el auto mediante el cual provea a la fijación no podrá sino ser constitutivo".

La solución sugerida por Tondo permite atribuir a la intervención del Juez *ex* art. 1212 C. C. una dualidad de significado, según que la longitud del término necesario resulte posible de "medir" con base en elementos objetivos extraídos del propio contexto contractual, o que, por no existir elementos que permitan deducir como "implícita" la longitud del término necesario o por tratarse simplemente de un término potestativo, aparezca ineludible la integración del contrato con una fuente totalmente extraña a la voluntad de las partes, como lo es la voluntad del juez.

---

p. 1084 y ss; *Scoca, Franco Gaetano:* "Il termine giudiziale nell' adempimento dell' obbligazione della publica amministrazione", Giuffré, Milano, 1965; *Natoli, Ugo:* "L'attuazione del rapporto obbligatorio", Giuffré, Milano, 1967, Vol. I, p. 83 y ss.

29. *Tondo, Marcello:* "Obbligazioni in generale, adempimento, e mora del creditore art. 1173-1217", en el "Commentario Teorico-Pratico al codice civile" dirigido por Vittorio de Martino, Edizione Pem, Roma, 1970, art. 1183 (2c), p. 296.

7. Sea que se acepte esta tesis ecléctica de Tondo, sea que se parta de la opinión que vé en el art. 1212 C. C. la consagración de una específica competencia dispositiva atribuida al juez en ausencia de toda previsión de las partes sobre el término de cumplimiento de la obligación, lo cierto es que en todo caso el juez deberá comenzar forzosamente por cumplir una actuación declarativa dirigida a comprobar o a excluir el presupuesto de su propia competencia para actuar en sede constitutiva. Tal competencia dispositiva del juez resulta claramente excluida no solo cuando el término sobre el cual se dispute pueda "medirse" con certeza por el juez a partir de elementos suministrados por el propio contrato, aunque sea de modo implícito, sino también en toda hipótesis en que no resulte evidente la "necesidad" de dicho término. En el primer supuesto, en efecto, el plazo debe entenderse "estipulado en la convención" y como tal excluida la competencia dispositiva del juez, quien deberá limitarse a sacar las consecuencias del término que en sede meramente interpretativa declare en su sentencia haber sido establecido por las partes. En el segundo caso, la exclusión de la "necesidad" del término, unida a la circunstancia de su ausencia de previsión por las partes, deberán conducirle a aplicar la referida regla *statim debetur,* lo que también excluye consecuencialmente toda competencia suya para fijar un término.

En estas situaciones en que resulta excluida la competencia dispositiva del juez y en las que la actuación de éste en cuanto a la cuestión de la exigibilidad de la obligación se desarrolla en sede meramente declarativa, no se ve dificultad de ninguna especie para que el acreedor demande que constatada la exigibilidad de la obligación y la mora del deudor, se condene al deudor a la ejecución forzosa de la obligación o a la resolución del contrato. La circunstancia de no ser necesaria una actuación judicial para la constitución del deudor en mora (pues ésta resulta por sí sola de un requerimiento del acreedor hecho con posterioridad al momento en que debía considerarse exigible la obligación, y aun de ciertos hechos o situaciones que excluyan la necesidad de tal requerimiento), explica esta posibilidad. Una sola y misma sentencia bastará, pues, para declarar el tiempo en que era exigible la obligación y para que, constatada también en ella que en relación a tal momento se dan los presupuestos para reputar constituido en mora al deudor, se declare asimismo la procedencia de la acción por cumplimiento o por resolución. Lo que decimos es aplicable, pues, además de a aquellos casos en que la obligación deba en-

tenderse sujeta a la regla *statim debetur,* a toda hipótesis de "término explícitamente previsto" en la convención, sea que se trate de un término accidental (3B-I-1) o de un término necesario (3C-1), o de "término implícitamente previsto", necesario (3C-2, 3C-3 y 3C-4) o no (3B-2 y 3B-3).

8. El problema es más complejo cuando, por el contrario, resulte comprobado el presupuesto de la competencia dispositiva del juez para establecer el término, desde luego que entonces parece existir incompatibilidad lógica entre la idea de una obligación que solo será exigible a partir del término que deberá proceder a fijar el juez y la idea de sancionar al deudor con la ejecución forzosa o la resolución. Pero antes de pasar a este punto, tal vez valga advertir que en muchos casos cabe encuadrar dentro del esquema anteriormente considerado aun obligaciones dotadas de término connatural, por el estilo de las que derivan de contratos de obra o de transporte en que no sólo no se haya proveido explícitamente a fijar un *término final* en que deba alcanzarse el resultado prometido, sino que nada se haya dicho tampoco acerca de un *término inicial* para el despegue de la actividad que debe culminar en tal resultado. En efecto, por referirse el término connatural solo al tiempo necesario para rendir el resultado prometido (término final), el momento inicial de la actividad puede considerarse a menudo sometido a la regla de la ejecución inmediata. Consecuencia de ello es que cualquier requerimiento extrajudicial hecho por el acreedor al deudor podría considerarse suficiente en muchos casos para haber actualizado el deber de cumplimiento de este último y haberlo constituido en mora; y por lo mismo, con fundamento en tales presupuestos, podrá el juez directamente considerar al deudor en retardo intolerable si éste no ha rendido el resultado prometido en un término final que el propio juez establezca *a posteriori* en su sentencia por la vía de "deducir" a partir de elementos contractuales objetivos (magnitud de los trabajos, procedimientos técnicos a emplear para los mismos, etc.), la duración implícitamente pactada[30].

30. La doctrina de la mora enseña que la constitución del deudor en mora no puede concebirse siempre como un efecto automático. La mora supone que se contravenga la orden de cumplimiento impartida por el acreedor. Si impartida esa orden el deudor se apresta a cumplirla no puede considerársele contraventor, aun si la conducta que debe cumplir dura cierto espacio de tiempo (*Cfr.* mi citado trabajo sobre "la mora del deudor...", p. 383). Pero si requerido el empresario por el comitente o dueño de la obra para que dé inicio a la misma, éste no obedece o no conti-

No siempre podrá justificarse, sin embargo, la pretensión del juez de inferir el término final de la obligación sometida a un término suspensivo connatural, de la postulación de que, no habiendo sido estipulado en la convención un término inicial para que el deudor comience a desplegar las concretas conductas que presupone el acto de cumplimiento, deba presumirse que se ha convenido la inmediata ejecución de ellas. En efecto, habrá circunstancias en que tales conductas iniciales a partir de las cuales deban desencadenarse las posteriormente ordenadas hasta su culminación en el resultado prometido, estarán supeditadas a la previa verificación de una conducta cooperativa del propio acreedor o de un tercero o aun a la realización de un mero hecho (como en el ejemplo de Dominici, relativo a la obligación de desyerbar un campo todavía no crecido). Pero entonces no podría hablarse de una obligación sometida a un término connatural sin estipulación de término inicial; tal término debe considerarse por el contrario, *previsto,* aunque sea en forma *implícita,* y es precisamente porque no se está en el supuesto del artículo 1212 C. C. ("Cuando no haya plazo estipulado...") por lo que será necesaria la verificación por el juez de que dicho término inicial incierto[31] se había vencido ya, haciendo exigible la obligación, cuando se produjo el requerimiento del acreedor tendiente a promover la mora del deudor.

Ahora bien, exigir que el requerimiento del acreedor para que sea susceptible de poner en mora al deudor haya recaido cuando ya fuera exigible la obligación de este último y constatar que corresponde al Tribunal verificar si tal exigibilidad se había producido para la fecha, no significa que necesariamente la intervención del tribunal deba producirse *antes* de la mora del deudor, pues el término inicial "necesario" puede presentar otras modalidades: a) tener una longitud explícita o implícitamente prevista, en cuyo caso la intervención del tribunal que se restringe a declarar esa longitud y a constatar el

---

núa desplegando la serie de conductas que deben contribuir a producir el resultado prometido, es evidente que él resultará en mora si al vencimiento del término final implícito no ha concluido todavía la obra. El lógico encadenamiento de conductas que deben conducir a la culminación de la obra, hace suficiente el requerimiento del acreedor de que se dé inicio a la obra para que se repute al empresario en culpa si requerido luego a que haga entrega de la misma en el plazo en que —según la duración razonable de ese encadenamiento de conductas necesarias— ésta debe reputarse terminada, el empresario no entregare inmediatamente.

31. "El plazo es incierto —dice el art. 568 del Código Civil argentino—, cuando fuese fijado con relación a un hecho futuro necesario para terminar el día en que ese hecho necesario se realice".

instante a partir del cual, por haberse cumplido tal término, podía ya un requerimiento del acreedor poner en mora al deudor, no influye por sí misma en la determinación del momento en que deberá considerarse vencido el término final y al deudor en mora de consignar el resultado de su obligación, según el criterio antes expuesto; y b) haber sido dejado tal longitud del término suspensivo inicial a la fijación discrecional de ambas o de alguna de las partes o del juez (como ocurriría ciertamente en los casos indicados arriba sub 3B-II y 3-E), hipótesis en la cual la intervención del juez, por ser imprescindible para "constituir" el término inicial a partir del cual deberá computarse el término final implícitamente determinado, influye decisivamente en la fijación de este último, por lo cual no podrá considerarse útil, a los fines de la mora del deudor, ningún requerimiento del acreedor acaecido antes de la fijación del aludido término inicial. Solo en esta última hipótesis nos parece que se impone forzosamente la conclusión de no ser rechazable una obra a la cual no le haya sido impuesta un término inicial y uno final, "cualquiera que sea el tiempo en que ella esté lista, por no poderse llamar incumpliente al empresario, a falta de acuerdo entre las partes acerca del tiempo de entrega de la misma, sin una previa intervención del juez dirigida a fijar tal tiempo de entrega[32].

En todo otro supuesto, pues, en que, no obstante una relativa indeterminación del término de cumplimiento de una obligación, pueda colegirse con base en elementos objetivos extraidos del contrato que el término "necesario", cuya magnitud no hubiere sido explícitamente fijada por las partes, no habría tenido una duración excedente del tiempo ya transcurrido cuando el acreedor con su requerimiento pretendió determinar la mora del deudor, creemos que puede el tribunal valorar tal tiempo transcurrido como *suficiente* para declarar al deudor incurso en los supuestos de una acción por resolución de contrato o por daños y perjuicios. La idea de un "congruo lapso", más allá del cual deba considerarse al deudor incurso en un "retardo intolerable", ha sido utilizada reiteradamente por la jurisprudencia de la casación italiana para llegar a resultados de esta especie.

Es más, los tribunales italianos han aplicado este mismo criterio, aun en ausencia de todo supuesto de constitución en mora del deudor

32. *Castellini*, op. cit. p. 1096.

después de vencido el tiempo "implícitamente previsto" por necesario para el cumplimiento de la obligación, cuando de haberse dejado transcurrir tal tiempo, el mismo hubiera transcurrido inútilmente por haber quedado ya excluida antes de dicho término toda posibilidad de un cumplimiento satisfactorio para el acreedor y poderse valorar por el juez la situación como un "incumplimiento definitivo e irrevocable" que tornaba ociosa toda consideración sobre la mora del deudor. Justificando esta jurisprudencia escribe Tarzia: "El tiempo existe, aun si sobreentendido, y podrá pues el juez indagar *a posteriori* si él ha sido o no respetado, si el deudor es o no incumpliente; el acuerdo de las partes o la intervención del juez no tienen la función de establecer un término donde no lo había, sino de hacer explícito uno que estaba implícito"[33].

33. *Tarzia, Giorgio:* "In tema de fissazione giudiziale del termine di adempimento", Monitore del Tribunali, p. 903, Relatando la jurisprudencia italiana, escribe este mismo autor: "He aquí algunas sentencias significativas: Cass. 16 de abril 1934, inéd. (En *Rep. Foro* it. 1934, voz *Obbligaz e contr.* Nº 364) ha declarado aplicable la disposición del art. 1173 (Cód. Civil 1865) sólo al caso en el cual el obligado 'no haya ya retardado culposamente la ejecución de la obligación'; Cass. 4 marzo 1937, Nº 647 inéd. (*Rep. Fofo it.,* 1947, voz Obbligaz e Contr. Nº 437) ha considerado que no se debe recurrir ya al remedio de la fijación judicial del término 'cuando por el *inútil decurso del tiempo previsiblemente necesario* se puede sin duda considerar que falta el cumplimiento de parte del obligado'; App. Milan 7 de octubre 1938 (en este *Mon. Trib.* 1939, 145) considera no deber conceder al deudor un término para proveer a la extinción de su débito 'dado su comportamiento, informado y con grave negligencia, y teniendo presente que ha transcurrido un intervalo de tiempo largamente superior a *aquel que los deudores hubieran podido esperar jamás obtener del acreedor';* Cass. 11 julio 1941, Nº 2110, inéd. (*Rep. Foro it.* 1941, voz *Obbligaz. e contr.* Nº 276) precisaba que el beneficio de la prefijación de término puede invocarse cuando 'por el inútil decurso del tiempo previsiblemente necesario, el incumplimiento se ha verificado ya por culpa del obligado', en cuanto que una eventual intervención del juez en tal caso 'perdería su carácter integrativo e interpretativo de la voluntad de las partes si sirviese no para integrar un contrato todavía en grado de ser cumplido según la buena fe que debe presidir la ejecución, sino a subsanar, contrariamente a la razón de la ley, el incumplimiento ya verificado'; todavía Cass. 24 marzo 1942, Nº 792 y Cass. 24 marzo 1942, Nº 792 y Cass. 11 junio 1942, Nº 1632 (en *Rep. Foro it.* 1942, voz *Obbligaz. e contr.* Nos. 309 y 311), consideró que 'cuando un largo término haya transcurrido sin que la obligación privada de término hubiera sido cumplida', el juez, declarando con juicio incensurable que el *término cóngruo* ha transcurrido ya, por lo que sería inútil establecerlo, debe declarar que el incumplimiento se ha verificado y condenar al incumpliente al resarcimiento del daño'; de modo semejante, Cass. 17 abril 1952, Nº 1018 (en *Giur. Comple. Cass. Civ.* 1952, II, 301), ha subrayado el principio de que significa incumplimiento el inútil decurso de un cóngruo período' cuando el término no fuese expreso y pudiese excluirse el deber de ejecución inmediata. De particular interés es además Cass. 27 abril 1953, Nº 1146 (en *Giur it.* 1953, I, 1, 766), según la cual el hecho de que la fijación del tér-

9. El mismo citado autor, sin embargo, al referirse al caso de especie que motiva su estudio, y en el cual las partes habían diferido expresamente la determinación del término a un acuerdo ulterior al contrato celebrado por ellas, escribe: "Dicho lo anterior, llamamos la atención sobre el caso decidido y se nos revelará pronto el elemento diferenciador de la hipótesis legislativamente prevista y disciplinada: mientras el silencio de las partes acerca del tiempo de cumplimiento de la obligación debe interpretarse como 'tácito acuerdo sobre un término considerado normal' (en relación a la naturaleza de la prestación, etc.), la reserva expresa hecha por las partes de remitir a un momento ulterior la determinación acerca del tiempo en el cual la prestación deberá ser ejecutada, excluye, si no estamos errados, no sólo la exigibilidad inmediata sino también la posibilidad de interpretar la voluntad de ellas en el sentido del 'cóngruo término' según lo antes expresado. En este caso, 'falta' efectivamente un término, tanto expreso como sobreentendido, y deberá por tanto ser dictado por las partes de común acuerdo o, a falta de ello, por el juez. Consecuencia práctica: en el caso de simple silencio de las partes acerca del tiempo del cumplimiento (y siempre por supuesto, que deba excluirse la exigibilidad inmediata), podrá exigirse que el acreedor pida al juez la fijación del término que se considera sobreentendido solo si el mismo no ha vencido ya, pudiendo en caso contrario pedir sin más la condena del deudor. Cuando por el contrario, haya habido un expreso reenvío de la concorde fijación del término a un momento posterior, incurrirá en error el acreedor que pida la condena del deudor no obstante no haberse llegado a un acuerdo

---

mino pueda 'ser pedida *preventivamente* al juez 'no excluye que el juez pueda *a posteriori* valorar la situación y afirmar, como en el caso, con una sentencia declarativa que el incumplimiento del deudor no es en absoluto justificado y que una solicitud de fijación de término resulta obstaculizada por la consideración de que el propio deudor ha tenido delante de sí un *período* de tiempo conveniente y suficiente..."

Dentro de esta misma orientación de que no es necesaria la constitución en mora para que el deudor que retarda la prestación "más allá de la normal tolerabilidad" pueda ser declarado incumpliente, cabe señalar todavía una sentencia de la misma casación italiana de 15 de octubre de 1956, caso Lirizio contra Giodice, citado en el "Codice Civile commentato" de Laporta e Tamburrino, 2ª ed. art. 1183, Nº 7, p. 2752, que dice: "Donde falta un término expresamente fijado por las partes para el cumplimiento, para que pueda considerarse verificado el incumplimiento, no siempre es necesario que la parte cumpliente constituya en mora a la otra parte

sobre el término, debiendo él en *todo caso* recurrir al juez para la fijación del término".

En efecto, cuando se trata de un término cuya medida deba entenderse ya implícitamente determinada por las partes en el contrato y la actividad del juez se interpreta como dirigida tan solo a explicitar o declarar tal término implícito, éste infringiría más bien la norma que le impone el deber de atenerse a lo alegado y probado, esto es, al contrato, y el respecto al principio de la autonomía privada (art. 1159 C. C.), si en su sentencia pretendiera establecer otro término. En tales casos, puesto que es manifiesta la naturaleza declarativa de la actuación judicial, y está excluida toda actuación propiamente determinativa por parte del juez, lo que supone que el término decurre con independencia de toda decisión judicial, no existe inconveniente alguno de orden lógico para que la sentencia verifique que tal término está todavía en curso, aun si no se le hubiere alegado *ex professo,* y para que, consecuencialmente, declare sin lugar el pedimento del actor fundado en la supuesta actualización del deber de cumplimiento del deudor, o para que, inversamente, verifique la total consumación del término y declare con lugar tal pedimento, fundada en la convicción de ser procedente la demanda instaurada bajo la consideración del actor de ser ya exigible la obligación, sin necesidad de que éste comience por pedir expresamente que se constate tal vencimiento del término. En el primer supuesto es claro todavía que si el acreedor se limitó a pedir la ejecución forzosa o la resolución del vínculo obligatorio como una consecuencia de la por él postulada actualización del deber de cumplimiento del deudor, sin que aquél ni el deudor demandado al excepcionarse alegando la inexigibilidad de la obligación hubieren pedido del juez la expresa determinación de la longitud del término, no puede decirse que la sentencia incurra en vicio alguno cuando, decidiendo en los estrictos límites de lo pedido por el actor y lo excepcionado por el demandado, se limite a desechar la demanda del primero. Tampoco podría decirse que el fallo incurre

---

recurriendo previamente al juez para la fijación de un término en el sentido del artículo 1183 Cód. Civil, siendo suficiente que, tenida cuenta de la naturaleza de la relación, de la economía general del contrato y del respectivo interés de las partes, haya transcurrido un lapso de tiempo tal desde la conclusión del contrato, como para que se deba considerar superado, en concreto, todo límite de tolerabilidad para que la otra parte pueda conservar todavía algún interés en la ejecución".

en vicio alguno si el juez, para hacer patente la existencia de un término todavía no vencido, declarara en su sentencia el término de que todavía goza el deudor, a pesar de que ninguna de las partes se lo hubiera exigido formalmente. La explicitación de tal contenido del contrato para poner precisamente de relieve que, por gozar todavía de un cierto término no puede hablarse de retardo del deudor, no constituye ninguna extralimitación del poder del juez, pues la solicitud del deudor de que se declare sin lugar la acción por no estar vencido el término lleva implícita la de verificación del término todavía no transcurrido.

Muy diferente es la situación que se presenta cuando resulte lógicamente excluido que el juez pueda "conocer" la longitud del término por un procedimiento de simple inferencia a partir de la confrontación de elementos contextuales o conexos al propio contrato y, por el contrario, su fijación se exhiba como el efecto del forzoso ejercicio de un poder constitutivo determinativo extraño a la volutad de las partes. Es esto lo que ocurre en el supuesto de término *cum debitor voluerit,* contemplado en el apartado del artículo 1212 C. C.[34], y también en el del término *cum debitor potuerit,* a que se alude en el art. 1743 C. C.[35]; si bien, a este último respecto, podría ensayarse

34. *Scoca,* op. cit. p. 20, comentando al respecto este supuesto aludido por el segundo aparte del art. 1183 it., escribe lo siguiente: "no hay duda de que la intervención del juez asume carácter determinativo: el presupuesto implicado es efectivamente que el término allí previsto sea no sólo un término no determinado, sino ni siquiera deducible (y esto aunque tuviera el carácter de término necesario) de la consideración de circunstancias objetivas. Habiendo sido el tiempo de cumplimiento dejado a la voluntad de una de las partes, no es deducible de ningún dato objetivo. Por otra parte, el criterio que rige el poder determinativo del juez se mensura por datos diferentes de los que constituyen su presupuesto: el juez no debe interpretar la voluntad de la parte a quien corresponda fijar el término, ni en sentido efectivo, ni con referencia a una supuesta voluntad típica. El juez prescinde completamente de la voluntad de la parte y establece el término 'según las circunstancias'. La diversidad contentiva del criterio respecto del presupuesto; o mejor, el hecho de que el criterio no se desprenda de las circunstancias que constituyen el presupuesto del poder del juez es una segura garantía del carácter no meramente declarativo del poder del juez".

35. *Carresi, Franco.* "Il Comodato. Il Mutuo", en el Trattato di Diritto Civile Italiano, dirigido por Vasalli, Vol. VIII, Tomo II, p. 144, escribe: "si las partes no han convenido término o emplean la frase 'solo cuando pueda', corresponde al juez establecer, teniendo en cuenta estas circunstancias, cuando cesa el mutuo. Solo que la constatación de las circunstancias a las cuales se refiere la ley sirve únicamente para poner al juez en condiciones de expresar su juicio después de haber valorado todos

una construcción tendiente a comprender todavía la actuación del juez como dirigida a conferir tan solo certeza objetiva, mediante una declaración, a una situación de hecho objetivamente comprobable[36]. Lo mismo ocurre cuando la determinación de la medida de un término no necesario, y sin embargo previsto en su existencia, ha sido expresamente diferida para un acuerdo ulterior entre las partes.

10. En estos últimos supuestos se tiende a exigir que la determinación del término debe ser pedida *ex professo* al juez, ya que ella no resulta del simple examen de los elementos de hecho llevados por las partes al proceso y la iniciativa del juez parecería chocar con el carácter mercenario de su actuación en materia civil (art. 11 CPC), opinión ésta que no deja de ser controvertible en razón de que la potestad del juez para actuar en este caso podría justficarse por la amplitud del art. 1212 C. C., que no supedita la "fijación" del término por el Tribunal a una explícita instancia de parte. Mas, con o sin tal límite, se admite, sin embargo, tanto por la jurisprudencia ita-

---

los elementos que puedan contribuir a una justa solución del caso controvertido. Trátase en suma de un juicio de carácter discrecional, dirigido no ya a individualizar —ocurriendo a la llamada interpretación objetiva— una hipotética, inexpresada voluntad de las partes, sino a fijar, con criterio rígidamente objetivo, un dato negocial que las partes no pudieron o no quisieron directamente determinar. La sentencia tiene, pues, naturaleza constitutiva, de donde solo después de pasada en autoridad de cosa juzgada deberá considerarse que el contrato produce los efectos propios con todas las ulteriores consecuencias, salvo que el juez no establezca expresamente que ello advenga en época todavía posterior".

36. *Huc, Théophile:* "Commentarie Théorique e Pratique du Code Civil", París, 1989, Tomo XI, Nº 172, p. 227, glosando el artículo 1900 C.C. fr., equivalente al 1742 C.C. venez., que a falta de un término para la devolución del mutuo deja al juez el poder de determinar un término "según las circunstancias", se pregunta: "¿Cuáles circunstancias?", y de seguidas responde: "Habrá que tener en cuenta la condición del prestamista y la naturaleza de la cosa prestada. Así, en el campo, un préstamo de géneros destinados a simiente o a alimentación por algunos meses, podrá considerarse como fácilmente reembolsable, según la intención probable de las partes después de la próxima cosecha. Un préstamo hecho a un individuo interesado en una administración podrá, según las circunstancias, considerarse reembolsable en la época de la rendición de cuentas. De un modo general el juez podrá decidir según los móviles del acto del préstamo, siempre que los móviles sean conocidos tanto por el prestamista como el prestatario". Y luego, al confrontar este art. 1900 C.C. fr. con el art. 1901 C.C. fr., equivalente a su vez a nuestro art. 1743 y que se contrae al supuesto del término *cum debitor potuerit,* señala que en este último supuesto el poder del juez presenta una "restricción" que no existe en el art. 1900: el juez no puede acordar plazo si llega a la convicción de que el prestamista está en condiciones de poder pagar.

liana[37] como por la argentina[38] que la solicitud de fijación del término aun en estos supuestos no tiene porque ser hecha en un juicio previo y autónomo, sino que puede serlo en el mismo juicio en que se hagan valer las pretendidas consecuencias de la actualización del deber de cumplimiento del deudor (cumplimiento o resolución), y esto aun en vía meramente incidental, como sería el caso de hacerse con ocasión de la apelación de un fallo[39]. Además se sostiene en ambos

---

37. Comentando las conclusiones de la jurisprudencia italiana, *Tondo,* op. cit. p. 307, Nº 3.a., escribe: "La fijación del término puede ser pedida por la parte que tenga interés también en el curso del juicio en el cual se discuta la inmediata exigibilidad de la obligación a cualquier posible efecto"; y luego, p. 308, Nº 4: "Como ya fue aludido, la jurisprudencia está orientada ya de modo constante en el sentido de que para que haya incumplimiento de la obligación con término indeterminado, pero necesario en el sentido de la primera parte del art. 1183, no es indispensable que el acreedor haga fijar previamente el término por el juez, siendo por el contrario suficiente que haya transcurrido un lapso de tiempo cóngruo en relación con la esencia del objeto de la prestación, sin que ésta haya sido ejecutada. El acreedor puede, pues, demandar directamente el cumplimiento o la resolución, y el juez valorará con su poder de apreciación incensurable en casación si el tiempo transcurrido puede o no considerarse suficiente".
Este mismo autor comentando más adelante la tesis de *Bucciante* ("La fissazione giudiziale del termine", en *Giust civ.,* 1958, I, p. 694) que para justificar tal jurisprudencia ha creído necesario sostener que la fijación judicial del término tiene siempre el carácter declarativo de explicitación de un término ya implícito en el contrato, añade que no cree que la solución jurisprudencial requiera de tal justificación. "Partiendo de la bien neta distinción entre mora e incumplimiento, ella se limita a considerar al acreedor incumpliente cuando ya ha transcurrido aquel cóngruo lapso de tiempo que el mismo juez habría fijado si se le hubiese pedido previamente, y a considerar por tanto implícita a la declaratoria con lugar de la demanda del acreedor, en la hipótesis en que para la fecha de su introducción del término cóngruo hubiera ya transcurrido, una decisión de no haber lugar a proveer la fijación del término por ser ello ya inútil".

38. Comentando el artículo 618 del C. C. argentino (*Cfr.* supra Nota 13), escribe *Salvat,* op. cit. Nº 1241, p. 308: "para que los jueces puedan fijar el plazo, es necesario que medie petición expresa del acreedor. La simple demanda de pago, aunque sea hecha en juicio ordinario, no habilita a los jueces para fijar el plazo, porque ellos deben fallar de acuerdo con lo pedido (art. 216, Cód. proc. civ.). Pero el acreedor no estaría obligado a seguir dos juicios sucesivos, el primero para obtener la fijación del plazo y un segundo para el cobro de la obligación; puede, por el contrario, reclamar directamente el pago de ella en el plazo que se señale, o para encuadrar más su petición en el orden literal de la ley, pedir la fijación del plazo y la condenación al pago dentro del mismo; ni la ley impone un doble juicio, ni habría razón alguna que lo hiciese necesario, desde el momento que en el promovido para pedir la fijación del plazo, puede el deudor hacer valer todas las defensas que creyere tener. El fundamento de la gestión única puede encontrarse en el fallo de la Cámara civil del 13 de diciembre de 1913. La manera de designar judicialmente el término de la obligación es condenar al deudor a pagarla dentro del plazo establecido; como consecuencia, en la fijación del plazo está comprendida la condenación al pago".

39. *Tondo,* op. cit. p. 308, Nº 3.b., cita al respecto: "La Corte de apelación de Bari 27 noviembre 1946 (en Foro it. rep. 1958, voz *Obbligazioni e contratti,* n. 244) ha decidido que la solicitud de determinación del término *ex* art. 1183, deducida

sistemas que la fijación del término acaecida en el curso de un juicio no excluiría la posibilidad de que se declarare sin lugar la excepción de plazo no vencido opuesta por el deudor antes de su determinación por el Tribunal y, por el contrario, se postula tal eventualidad[40], agregándose tan solo que, si al emitir su decisión el juez considerase haber ocurrido el vencimiento del plazo en el curso del mismo juicio, tan solo podría tomar en cuenta la defensa del demandado a los fines de exonerarlo del pago de las costas[41].

Es forzoso reconocer, sin embargo, la exageración que conlleva esta jurisprudencia. Cuando el término no pueda deducirse como implícitamente acordado por las partes y deba resultar necesariamente de la "fijación" hecha por el juez, esto es, cuando lo único cierto sea que las partes han convenido el diferimiento del cumplimiento o de la extinción de la obligación para un momento futuro, pero dejando a un expreso y ulterior acuerdo entre ellas mismas o a la arbitraria determinación de una de ellas la fijación de tal momento, no puede dudarse del necesario carácter constitutivo —determinativo de la sentencia y, por lo mismo, constituyendo la fijación del término un *prius* respecto de la exigibilidad de la obligación (art. 1213 C. C.), no se ve como pueda hablarse de incumplimiento antes de que se lo haya

---

en forma subsidiaria en apelación, no constituye una demanda, sino una simple *emendatio libelli* admisible en apelación".

40. *Salvat,* op. cit. Nº 1243, pp. 309-310, se plantea la cuestión de no ser concebible la mora del deudor sino después que el tribunal haya hecho la fijación del plazo, pero agrega: "Dentro de la interpretación que exige el trámite de un juicio ordinario para la fijación del plazo de pago, la solución más equitativa tendría que ser la de dar por producida la mora al vencer el plazo que se fije en la sentencia contado retroactivamente a partir de la fecha de la interpelación por la notificación de la demanda. La sentencia tiene efectos declarativos que retrogradan hasta la demanda y el emplazamiento. Además el supuesto puede equipararse al que admite existencia de mora en obligación de dar sumas ilíquidas. Allí se desconoce el monto que se debe pagar. Aquí la suma es cierta, pero no está fijado el tiempo. En los dos, el efecto retroactivo de la sentencia provee la solución de equidad, frente a quien se benefició con la retención de bienes ajenos que debía restituir". Es de hacer resaltar la concordancia de estos criterios que se refieren a la legislación argentina con las soluciones de la jurisprudencia italiana.

41. *Tondo,* op. cit. p. 308, Nº 3.c., escribe al respecto: "Es oportuno recordar finalmente que la Casación, en sentencia 10 marzo 1950 Nº 623 (en Foro It. mass. 1950, 137), ha decidido que, si una de las partes contendientes se excepciona en juicio alegando la existencia de un término contractual aún no vencido y cuyo vencimiento se verifique en el curso del proceso, el juez, al emitir su pronunciamiento final, no puede acoger la excepción, y podrá, si fuere el caso, tener en cuenta la inicial intempestividad de la demanda solo a los fines de la distribución de las costas. (Cfr. Cass. 20 mayo 1954, Nº 1607, Foro it. mass. 1954, 325; Cass, 6 marzo 1962, n. 440, Giust. civl. rep. 1962, voz *Obbligazioni e contratti* n. 9).

solicitado del juez y éste haya proveido a la solicitud fijando el que considere conveniente[42].

11. La corriente más respetable dentro de la doctrina italiana sostiene que el supuesto de término necesario al que se contrae el art. 1183 C. C. it. (equivalente a nuestro art. 1212 C. C.) es precisamente aquel en que el mismo no es deducible como un elemento ya contenido en el acuerdo de las partes. Advierte en tal sentido Scoca[43] que "el término es esencialmente una medida (longitud temporal) y por lo mismo su existencia coincide con su determinación: asumir el término como indeterminado equivale a decir que no lo hay. Pueden existir circunstancias de hecho que hacen necesario el término (dilatorio), puede estar presente la exigencia de determinarlo, pero el término como medida temporal no existe hasta tanto no se le determine". Con fundamento en estas premisas señala "el carácter dispositivo o determinativo, y no meramente declarativo del poder del juez", para concluir afirmando que "la naturaleza de la prestación, el modo o el lugar de su ejecución, que según la ley hacen necesario el término, no son considerados por el legislador hechos idóneos para fijarle la medida, sino que son solo parámetros de valoración para que la medida sea fijada por el Juez. El art. 1183 primer parágrafo, segunda proposición, asume el carácter de regla indirecta del término, por su estructura de norma que no lo determina por sí, sino que regula el modo de su determinación".

En verdad, es precisamente en los supuestos de indeterminabilidad del tiempo de cumplimiento de la obligación por la vía de mera interpretación de una presunta voluntad de las partes cuando se nos patentiza la irremplazable función del art. 1212 C. C. venez., puesto que en los otros supuestos de "plazos tácitos" basta ya con las normas sobre interpretación del contrato contenidas en el art. 1160 C. C.

---

42. Al respecto escribe *Scoca,* op. cit. p. 28, nota 21: "No solo no podrá hablarse de incumplimiento por vencimiento de un término que no existe, sino que es indispensable la intervención del juez *a posteriori: ¿a posteriori* de qué, si el término no ha sido jamás constituido? No pudo haber vencido un término no fijado". Y en el mismo sentido se lee en *Castellini,* op. cit. p. 1094: "no es admisible una verificación retrospectiva del juez dirigida a considerar si el tiempo transcurrido es cóngruo para el cumplimiento. La valoración del juez tiene, en verdad, como necesario presupuesto la intimación del acreedor (a la cual el otro contratante se resiste); faltando ésta no surge el deber de cumplir en un instante dado y no podría el juez referirse al tiempo transcurrido para crear en el pasado... *il praesens dies*".

43. Op. cit. p. 23 y ss.

y en el art. 10 CPC, para resolver el problema de la indeterminación del *quando* con criterios meramente declarativos[44]. La lógica de esta conclusión puede rastrearse en alguna sentencia de nuestra propia casación[45].

12. No podría afirmarse, sin embargo, que exista claridad al respecto en nuestros tribunales y, por el contrario, es frecuente que ellos apoyen expresamente en el artículo 1212 C. C. toda determinación del tiempo de cumplimiento de una obligación que no resulte explícito en el contrato, aun cuando la decisión del caso revista carácter declarativo por presentarse como extraida del contexto del propio contrato o de sus elementos de integración. Por lo demás, como lo hemos visto ya, es ello lo que ocurre también con los tribunales extranjeros[46].

---

44. "Cuando el término está implícitamente o tácitamente determinado —escribe *Scoca,* op. cit. p. 24— se está fuera de las previsiones del art. 1183 (italiano, equivalente al 1212 venez.), y se aplicarán las reglas generales de la interpretación del negocio: la hipótesis regulada por el art. 1183 es, en cambio, aquella de término al cual falte inclusive la implícita determinación".

45. *Cfr.* Sentencia Nº 30 de 16-11-1891 de la Corte de Casación, Memoria de 1892, pp. 87-89. Habiéndose demandado el pago del precio de mercancías vendidas a crédito en la ciudad de Coro por alegar el actor que el plazo debía considerarse vencido de acuerdo con los usos de la plaza, el demandado se excepcionó alegando que, de acuerdo con los propios usos invocados, el plazo era mayor y que, por no haber éste vencido para el momento de la demanda, procedía la excepción dilatoria de plazo pendiente. Declarada ésta con lugar y confirmada por el Tribunal de apelación, con base en el argumento de que había acuerdo entre las partes en la existencia de un plazo y sólo se discutía su longitud, sin que el actor hubiese demostrado que había vencido para el momento de la demanda; y anunciado por la actora recurso de casación con denuncia del art. 1118 C.C. de 1888 (art. 1212 vigente), la Corte decidió no ser tal artículo "aplicable en el presente caso, pues en éste el Juez ha declarado que las partes convienen en que hubo plazo, pero en lo que no están de acuerdo es en cuál era éste, fijando uno el demandante y otro el demandado". Prescindiendo de toda valoración de esta decisión, que confirmó el fallo de la instancia con el argumento de que no siendo procedente la fijación judicial del plazo tocaba al actor probar cuál era el plazo de cumplimiento y de que, no habiéndolo probado, procedía la excepción opuesta, es lo cierto que el fallo de la casación contiene una implícita afirmación del principio de que el art. 1212 C.C. sólo encuentra aplicación cuando para la determinación de la medida del plazo no deba el juez referirse mediante una sentencia declarativa a los usos integradores del contrato, sino que deba emitir una sentencia constitutiva-determinativa.

46. *Cfr. Scoca,* op. cit. p. 22, nota 10, quien al señalar que de acuerdo con tal tesis, según la cual el juez no haría más que conocer el término por inferencia y hacerlo explícito y cierto, cita las siguientes frases: "En este sentido Cass, 1.25 octubre 1958, n. 3478 (en *Repert. Giust. Civile,* 1958, voz *Obbligazioni e contratti* n. 24), cuya máxima reza: 'El precepto del art. 1183 se entiende en el sentido de que, a falta de una específica determinación del tiempo de cumplimiento, el término puede ser deducido, por implícito, de la naturaleza de la relación'; Cass, II, 6 abril 1951, n. 802 (en *Stimana Cassaz.* 1951, col. 200), en cuya motivación se lee

Sumergidos, pues, en esta indiferenciación de las dos situaciones contrapuestas (aquella en que la sentencia tiene carácter declarativo y aquella en que ella es ciertamente constitutiva-determinativa), se discute entre nosotros si el tribunal puede proceder *de oficio* a la fijación del término cuando constate su necesidad o su incompleta previsión por las partes, como parece sugerirlo algún fallo de nuestra casación[47], o si, por el contrario, se requiere que hubiere sido instado para ello *ex professo* por el interesado[48].

---

que el juez se limita a eliminar la incerteza y la indeterminación que es inherente al 'término implícito sí, pero siempre reconducible a la voluntad negocial'. Todavía más explícitos son las Cortes de mérito; *Cfr.* Apelación de Milán, 6 mayo 1959, (*Monit. Trib.*, 1960, p. 644) donde se dice que "a ver bien, en la hipótesis, no falta verdaderamente el término, sino que está sólo sobreentendido e implícito en la convención, así que el juez puede traerlo a la luz, si bien *a posteriori*, haciendo uso de su ordinaria potestad de intérprete'. Cfr. todavía Apelación de Palermo, 30 julio 1957 (en *Repert. Giust. Civile*, 1958, voz *Obbligazioni e contratti*, n. 25), donde se recurre a la figura del acuerdo tácito". Ya hemos visto que *Scoca* censura como errónea esta posición de la casación italiana. *Cfr.* supra nota 37 la opinión de *Bucciante*, que *Tondo* procura confutar aunque sin llegar a ser convincente.

47. *Cfr.* Sentencia de fecha 19-10-1961 de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo. Ponente: Dr. Carlos Acedo Toro. Gaceta Forense, XXXIV, Segunda Etapa, 1961, página 42. Se lee en dicha sentencia lo siguiente: "...Habiéndose subrogado el retrayente en 'las mismas condiciones convenidas en el contrato de compra-venta', como lo establece el artículo 1546 del Código Civil y lo declaró la parte dispositiva del fallo, si en el documento de compra-venta no se estableció ningún plazo para el pago del precio, éste debía pagarse de inmediato; o *si el Tribunal, por su parte, consideraba que se hacía necesario tal plazo, debió haberlo fijado de conformidad con el artículo 1212 del Código Civil;* mas nunca dejar sentado que el retrayente podía cumplir con su obligación de reembolso, que sustituye al pago del precio por el comprador demandado en retracto, 'cuando quisiera entrar en posesión del inmueble', pues ello dejaba indefinada esa obligación, dependiendo su cumplimiento de la sola voluntad del obligado, con lo cual resultaba nula al tenor del artículo 1202 del Código Civil. Fueron infringidos, pues, los artículos 1546, 1202 y 1212 del Código Civil. Así se declara".
Cfr. también *infra* nota 51.

48. En este sentido nos parece que deben interpretarse no sólo la decisión que hemos citado anteriormente bajo la nota 45, sino también las que se resumen a continuación:
a) Sentencia de la Corte Federal y de Casación, en Sala Federal, 28-11-15, Memoria 1915, pp. 105-108: Habiendo demandado la Nación la resolución de un contrato por el cual había concedido la libre explotación de unas minas de asfalto basada en que los contratistas no habían cumplido la obligación de explotar las minas ni la de constituir un ferrocarril que a tal fin se habían comprometido a realizar, los demandados opusieron las excepciones dilatorias de condición y de plazo pendiente, alegando que la explotación de las minas estaba sometida: 1º) a la condición de que el ferrocarril estuviera en funcionamiento, lo cual a su vez debía entenderse sometido a la condición de que el Congreso Nacional aprobare el proyecto respectivo, cosa que todavía no había ocurrido; y 2º) a un plazo indefinido para presentar al Ejecutivo Nacional las bases del contrato del ferrocarril, plazo que resulta de la naturaleza misma de la obligación, y que por estar indeterminado en el contrato exigía que la Nación hubiera comenzado por solicitar su

El principal argumento invocado por los defensores de la última posición deriva de la interpretación de los artículos 12 y 162 del Código de Procedimiento Civil, pues se piensa que la sentencia del Juez incurriría en *ultrapetita* si entrara a determinar la longitud del término sin que nadie se lo hubiera pedido. La generalización de este razonamiento parece, sin embargo, errónea. Así como es necesario admitir que el juez, aun en caso de silencio del demandado, no podría acoger la demanda del acreedor si del contexto del contrato o de la naturaleza o de las modalidades de la obligación resultare evidente la existencia de un término a cuyo vencimiento estuviere supeditada

---

fijación judicial conforme al art. 1145 (actual art. 1212) antes de poder imputar algún incumplimiento a los demandados. La Corte resolvió este último punto considerando: "Que no está cumplida la condición ni vencido el plazo estipulado en el contrato para que éste empiece a regir según el artículo 4º del mismo porque habiéndose dejado a la voluntad del demandado no ha sido fijado por el Tribunal, conforme al artículo 1145 del Código Civil"; y en este sentido declaró con lugar las excepciones opuestas.

b) Sentencia de la Corte Federal y de Casación, en Sala de Casación de 3-8-63, Memoria de 1963, pp. 488-489.

Habiéndose demandado el pago del saldo del precio de un fonógrafo vendido para que el comprador lo pagara con el producto del mismo, el demandado alegó no proceder tal cobro por estar subordinado el pago del precio a un término y a una condición aún no vencidas. La Corte observa que dada la declaración del demandado al contestar la demanda de haber efectuado ya varios pagos parciales era evidente que no podía persumirse un propósito de gratitud en la modalidad de la obligación, sino que "el día del pago, aunque incierto, debía necesariamente llegar" y que de acuerdo con la doctrina debía extenderse por analogía el artículo 1743 del Código Civil, entendiéndose que el deudor debía pagar cuando pudiere o tuviere los medios, por lo cual correspondía al juez su fijación. Sin embargo, a pesar de que el recurrente había denunciado la infracción del art. 1212 C.C. por haber la recurrida declarado con lugar la excepción perentoria del plazo pendiente opuesta por la demandada, la Corte niega que haya tal infracción, pues juzga que no hay lugar a la aplicación de tal artículo, y que el error de la recurrida consistió en no haber calificado correctamente la excepción opuesta por la demandada, que en concepto de la Corte era una mera excepción dilatoria de plazo pendiente (ord. 5º del art. 248 C.P.C.), razón por la cual casó la sentencia de la recurrida por infracción del art. 162 C.P.C. que ordena sentenciar conforme a la verdadera naturaleza de la defensa opuesta. La sentencia de la Corte, en medio de su manifiesta obscuridad, parece entender, pues, que en lo procedente es una nueva sentencia en que se acoja la dilatoria opuesta, pero en absoluto que los jueces del mérito estén potestados para fijar de oficio un plazo, cuya fijación no le había sido pedida expresamente por ninguna de las partes.

c) Sentencia del Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil de la Primera Circunscripción (Distrito Federal) de 31-7-57, J.T.R., Tomo VI, Vol. II, p. 605. Dice textualmente este fallo:

"Ahora bien, de conformidad con la cláusula segunda del contrato en que se fundan las acciones deducidas, la oportunidad del pago de la cuota inicial se propuso para el momento de firmar los documentos de venta respectivos, criterio que se reafirma al expresarse al final de dicha cláusula que los Bs. 120.000,oo en efectivo que complementan dicha cuota inicial 'serán entregados junto con el terreno en

la exigibilidad de la obligación[49]; así mismo debe admitirse que, aun si resulta del propio contrato la existencia de un término indeterminado, cuando todavía con base en una simple interpretación del contrato y de los elementos de autos pudiere llegar el juez a la conclusión de que tal término, cualquiera que él fuere, debe reputarse ya vencido en el momento de emisión de la sentencia, no le estaría permitido no sentenciar en favor del acreedor. Nuestra Casación se planteó expresamente la cuestión en un fallo de 21 de julio

---

el momento de firmar las escrituras'. Razón por la cual no puede admitirse que exista obligación de cumplimiento inmediato puesto que la manera como debía ejecutarse la obligación de pago, referida al momento del otorgamiento de los documentos de venta respectivos, hacía necesario un término cuya fijación debió solicitarse de un Tribunal de acuerdo con las normas del artículo 1212 del C.C. La devolución de los documentos que fueron entregados a M. para su análisis y estudio, no pudo liberar a K. del cumplimiento de este requisito previo de fijación de plazo por el Tribunal, requerido por la manera como debía ejecutarse la obligación de pago de M. esto es al otorgarse las escrituras públicas de venta. Por tales razones M. no incurrió en incumplimiento al no pagar el precio fuera de la oportunidad convenida y tampoco al negarse a otorgar las escrituras públicas de venta antes de que se hubiese fijado por el Tribunal plazo para ese otorgamiento".

d) Sentencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Séptima Circunscripción Judicial, de fecha 24 de octubre de 1957, Cfr. J.T.R. Tomo VI, Vol. II, p. 178, 181. Se trata de lo siguiente:

Demandado el pago de una obligación pecuniaria que no tenía término estipulado en la convención, el Tribunal consideró que, tratándose de una "obligación (en) que por su carácter crediticio está forzosamente supeditado su cumplimiento a (un) momento posterior (al) de su nacimiento", "porque de lo contrario no tendría razón de ser la 'confección del documento escrito en que conste la obligación", el simple reconocimiento de la deuda por parte del demandado, si bien con la advertencia de no haberse procedido a la previa fijación judicial del término necesario, no bastaba para producir la exigibilidad de la obligación, pues es "indispensable —declara— en este caso la fijación del término para la exigibilidad del pago de dicha obligación y sin que se haya hecho tal fijación y no haya transcurrido el término al efecto fijado de conformidad con la norma del artículo 1212 del C.C., mal puede demandarse judicialmente el pago de lo adeudado no obstante haber sido reconocido y aceptado por el deudor". En el caso de autos el demandado no había opuesto oportunamente la excepción dilatoria de plazo pendiente (ord. 5º del art. 248 C.P.C.), circunstancia que el Tribunal consideró irrelevante a los fines de juzgar sobre la cuestión de fondo, ya que, en su concepto, era el demandante a quien correspondía demostrar la existencia y exigibilidad de la obligación.

49. La casación italiana aunque ha asentado expresamente que la solicitud de fijación de un término no constituye una carga del deudor, correspondiendo, al contrario, a la parte que tenga interés en hacerlo constatar a los fines que con su propia demanda o excepción se proponga, agrega todavía que el juez, en caso de silencio de ambas partes, no debe acoger sin más la demanda del acreedor basado en la consideración de que las partes han querido la inmediata ejecución de la obligación cuando resulte de la naturaleza o de las modalidades de la prestación la existencia de un término necesaria o aun simplemente implícito. (*Cfr. Tondo,* op. cit. p. 307). Esta misma es la conclusión a la que parece haber llegado nuestra jurisprudencia en los casos antes examinados en las notas 5 y 48 (letras c y d).

de 1943[50], que tuvo como ponente al Dr. Pedro Arismendi Lairet. Se trataba de lo siguiente:

A propósito de un contrato de compra-venta en ejecución del cual el vendedor había hecho al comprador entrega de la cosa vendida contra el pago de solo una parte del precio, sin que se determinase cuando sería pagado el resto del mismo, el vendedor, cansado de esperar tal pago, procedió a demandar como si se tratase de una obligación de plazo vencido. Al declararse sin lugar su acción y haberse otorgado por el Tribunal del mérito un plazo de doce meses al demandado para que efectuare el pago del saldo del precio demandado con fundamento en el art. 1239 del Código de 1922 (actual art. 1212), el actor formalizó recurso de casación denunciando la infracción de este artículo. La casación, si bien consideró que no se trataba en el caso de una obligación de cumplimiento inmediato, sino de una obligación con plazo "quizá verbal, pues no consta de la correspondencia que sirvió para cerrar el contrato", excluye sin embargo que pueda aplicarse la parte del citado artículo 1239 que estatuye la fijación judicial de un plazo, pues según ella en tal parte de la disposición "se trata de un plazo necesario o inherente", y "no se dan las circunstancias que enumera este precepto legal: la naturaleza de la obligación no ha requerido plazo ni se ha fijado una manera especial de pago que necesite tiempo, ni se ha designado un lugar lejano o distinto de pago". Consideró, por tanto, que se trataba solo de una obligación con plazo no necesario previsto, en que, si bien las partes no pudieron comprobar cuál era la verdadera longitud del plazo, sin embargo, por resultar de las pruebas de autos, que ya tal plazo "se había vencido antes de las respectivas solicitudes de espera, con las cuales el comprador se confesó en mora" procedía directamente la acción por cumplimiento. No había, pues, necesidad de verificar la magnitud del plazo por resultar de autos que cualquiera que ella fuera debía considerarse ya vencido.

Planteadas las cosas en esta forma, la decisión del juez del mérito al respecto del vencimiento del término implícito puede considerarse adoptada en sede meramente declarativa, por lo que en el referido fallo de la casación nada se habría dicho todavía acerca de la necesidad o no de supeditar la fijación del término a una solicitud *ex professo* y au-

50. Sentencia Nº 33 de la Corte Federal y de Casación en Sala de Casación de fecha 21 de julio de 1943, Memoria de 1944, pp. 166-167.

tónoma del acreedor cuando se trate ya del ejercicio del poder constitutivo declarativo del juez ex art. 1212 C. C. Sin embargo, unas pocas líneas antes se habían asentado en este misma fallo no haber incurrido en el vicio de *ultrapetita* la sentencia del juez del mérito que, en lugar de concretarse a resolver la controversia entre la pretensión del actor fundada en el presunto incumplimiento del demandado y la defensa de éste basada en la inexigibilidad de la obligación, pasó a establecer *motu propio* el término de cumplimiento por considerar que se trataba de una cuestión implícita. El asunto planteado en la parte pertinente del citado fallo[51], puede resumirse así:

A propósito del referido contrato de compra-venta, en ejecución del cual el vendedor había hecho al comprador entrega de la cosa vendida contra el pago de solo una parte del precio, sin que se determinase cuándo sería pagado el resto del mismo, ante la renuencia del comprador a pagar el saldo del precio, el vendedor procedió a demandarlo como si se tratase de una obligación de plazo vencido. Declarada sin lugar su demanda en primera instancia y apelada por ante el Juzgado Superior del Estado Cojedes, éste declaró sin lugar la demanda y asignó al demandado un plazo de doce meses para pagar el saldo demandado fundándose para ello en el art. 1239 C. C. (del Código de 1922, actual art. 1212 C. C.). El demandado había denunciado por tal motivo la infracción del artículo 162 del Código de Procedimiento Civil, alegando que el fallo del Juzgado Superior del Estado Cojedes contenía "*ultrapetita,* al acordar el pago en un plazo de doce meses contados desde que dicha sentencia quede firme, ya que ninguna de las partes ha solicitado del Tribunal esa fijación de término para el pago". La casación, para desechar tal denuncia, razona así: "Examinada la *ultra-petita* con relación a lo pedido en el libelo por el actor, resulta que al contrario se le concedió menos de lo pedido, pues demandado el plazo sin pago, se le acordó con plazo de doce meses. Examinando el punto en cuanto a lo sostenido por el demandado en su contestación se encuentra que éste sí alegó que dada la naturaleza de la obligación, el actor debió pedir, de conformidad con el art. 1239 del Código Civil, que el Tribunal fijara el plazo legal y racional. Esto, aunque no es una petición del demandado, es al menos una defensa que invoca como procedente contra el pago sin plazo, y necesariamente la sentencia debió contem-

51. *Cfr.* locus cit. p. 165.

plar esa defensa y resolver sobre ella, por lo cual no se incurrió en *ultra petita,* al señalar al fallo recurrido un plazo de doce meses para el pago".

Pero antes de poder extraer las consecuencias de este fallo, que admite la posibilidad de que la fijación judicial del término se realice en el curso de un procedimiento contencioso iniciado para obtener el cumplimiento o la resolución de un contrato, conviene que reflexionemos un momento sobre cuál pueda ser la naturaleza de la actuación judicial que cumple el juez al emitir una providencia dirigida a constituir un término que no quepa considerar como implícitamente establecido en el contrato.

13. Hemos llegado así al punto de preguntarnos acerca del procedimiento a emplear para obtener la fijación judicial del término *ex* art. 1212 C. C. Cuando esta fijación deba producirse en sede declarativa, aunque se haya invocado el art. 1212 C. C. como fundamento del poder del juez para establecer con certeza el término discutido por los interesados, no parece que pueda caber duda acerca de la necesidad de emplear el procedimiento de la jurisdicción contenciosa. Se tratará, en efecto, bien de una "acción de declaración de mera certeza" promovida por la parte interesada en hacer constatar con fuerza de cosa juzgada y por anticipado la modalidad temporal de la obligación por ella invocada, o bien de la hipótesis ya examinada de una demanda en ese mismo sentido acumulada en forma explícita a una acción de cumplimiento o de resolución, o que el juez ha reputado implícitamente contenida en estos últimos pedimentos. Como quiera que sea, en ambos casos, la decisión del juez se presentará como mero reconocimiento de un interés ya jurídicamente protegido a través de la regulación contractual, y por lo mismo, como algo que excluye todo poder dispositivo por parte del juez, quien se limita con su sentencia a dar firmeza a la posición sostenida por uno de los contendores en la *lite* trabada en torno a la cuestión del término que afectaría a la obligación.

No ocurre lo mismo cuando se atribuye a la decisión del juez carácter constitutivo determinativo, hipótesis que como hemos visto es el supuesto típico del art. 1212 C. C. En tal caso la decisión del juez, por no estar dirigida a resolver un conflicto de intereses entre partes

mediante la subordinación de aquella que no ostenta el interés jurídicamente protegido en el contrato (pues por definición se parte del supuesto de que el contrato nada prevé al respecto de la precisa longitud o medida del término), sino más bien a dictar la norma que falta para hacer resoluble tal conflicto de intereses, aún no calificados por el derecho, debe manifiestamente ubicarse fuera del ámbito de la jurisdicción contenciosa.

Mientras que en la primera hipótesis la sentencia del juez se presenta, en efecto, como algo que sirve para poner fin a la incertidumbre que deriva del contraste entre las partes acerca de cuál sea el término implícitamente 'establecido en el contrato', y por tanto como mera comprobación cognoscitiva de la existencia de una regulación jurídica acerca del tiempo de cumplimiento; en la segunda hipótesis la providencia judicial va ordenada precisamente a suplir la falta de regulación jurídica acerca del tiempo de cumplimiento, falta que determina un obstáculo para la actuación del derecho. Por la misma razón, el mandato de observar un término o de atenerse a la sanción derivada de su inobservancia que pudiera decirse ínsito en ambas especies de actuaciones judiciales, se presenta en el primer supuesto como un mandato fundado en un juicio lógico dirigido a comprobar la preexistencia de una precisa regulación y vinculado a la validez de tal juicio (cosa juzgada), en tanto que en el segundo caso sería un mandato que no tiene más fundamento que la pura voluntad del juez.

Escapa a las pretensiones de este trabajo analizar la naturaleza de la actividad jurisdiccional, así como decidir sobre si la llamada jurisdicción voluntaria constituye una actividad meramente administrativa[52], un *genus* propio y contrapuesto tanto a la actividad jurisdiccional como a la administrativa[53] o una especie de la actividad jurisdiccional sí bien distinta de la contenciosa civil[54], pero la cabal com-

52. Tal es la tesis sostenida para *Chiovenda, José:* "Principios de Derecho Procesal Civil", Instituto Editorial Reus, Madrid, Tomo I, p. 383 y ss. *Allorio, Enrico:* "Ensayo polémico sobre la jurisdicción voluntaria", en "Problemas de Derecho Procesal", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Tomo II, p. 3 y ss.
53. Es ésta la opinión de *Fazzalari, Elio:* voz "Giurisdizione voluntaria" (dir. proc. civil), en Eciclopedia del Diritto, Vol. XIX, p. 354.
54. Tal la tesis de *Satta, Salvattore:* "Manual de Derecho Procesal Civil", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Vol. II, Nº 485 y ss., p. 240 y ss. Esta es también la posición adoptada por *Rengel Romberg, Arístides:* "Manual de Derecho Procesal Venezolano", Caracas, 1968, Vol. I, pp. 78-81.

prensión del tema que venimos examinando exige determinar la relación que pueda existir entre la providencia judicial que se emite en la hipótesis en que la fijación del término debe adoptar naturaleza constitutiva-determinativa y la llamada jurisdicción voluntaria.

Al igual que en los supuestos que se incluyen en la llamada jurisdicción voluntaria, en la hipótesis de fijación del término, si bien es cierto que se da a menudo un conflicto de intereses entre el acreedor y el deudor acerca de cuál deba ser el término fijado por el juez, falta sin embargo el presupuesto de un lite. "La distinción entre lite, entendida como conflicto jurídico, y el conflicto (meramente) económico, o de simples intereses —escribe Santoro Passarelli[55]— puede aprehenderse así: la lite se contrae a una situación que se asume ya disciplinada por el derecho; el conflicto de intereses determina a las partes a regular contractualmente sus intereses y por tanto tiende a crear este reglamento". "La lite —añade más adelante— determina una incertidumbre en la posición recíproca de las partes. Esta incertidumbre, existente, no en los sujetos de la lite, sino, por decirlo así, entre las partes en lite, es objetiva, y por estar determinada por el contraste entre las recíprocas posiciones, hace necesaria la sentencia". Desarrollando las consecuencias de estas ideas escribe Scoca[56]: "Obviamente puede darse un conflicto de interses entre el obligado a la prestación y el acreedor de la misma. Este conflicto, sin embargo, no da lugar a una lite en sentido jurídico, por tener como objeto intereses que esperan su reconocimiento jurídico antes que intereses ya reconocidos. Por tanto las posiciones de los participantes en el conflicto no se elevan a pretensión (como afirmación de un derecho y de la voluntad de que venga respetado o actuado) y contestación (como negación del derecho precedente). El conflicto entre deudor y acreedor se agota antes de entrar en el umbral de la relevancia jurídica de los intereses implicados: prueba de ello es que lo que se pide al juez es precisamente el reconocimiento de estos intereses *(rectius)*: el pronunciamiento de la regla que contiene, o que consiente, el reconocimiento de los intereses".

Para diferenciar por otra parte la actividad del juez dirigida a fijar el término de una actividad meramente administrativa, se ha señala-

55. *Santoro Passarelli, Francesco:* "Nozione della Transazione", en "Saggi di Diritto Civile", Napoli, 1961, Vol. I, p. 290.
56. *Scoca,* op. cit. p. 45.

do especialmente la posición de "terciador" que adopta el juez, el cual no se presenta como titular del interés que se realizará con la fijación del término, tal como sería el caso del órgano administrativo, sino como un extraño a tal interés, a cuya protección prevee en forma imparcial[57]. Se destaca además la naturaleza estrictamente privada del interés que la regulación dictada por el juez hace prevalecer[58], carácter que se hace evidente cuando se reflexiona en que esa misma regulación podría lograrse con prescindencia absoluta de la intervención judicial si las partes, deponiendo su desacuerdo, resolvieran fijar el término hacendo uso de su autonomía al respecto[59].

Pero mientras que tales constataciones pudieran impulsarnos a calificar la actividad estudiada como un típico caso de jurisdicción voluntaria, tal como lo hace Carnelutti, quien no vacila en incluirla entre los casos de lo que él llama "procedimiento voluntario normativo de actos jurídicos" [60], Satta hace resaltar por el contrario su pertenencia

---

57. La posición de tercero en discordia que adopta el órgano de la jurisdicción civil al resolver la controversia jurídica que se plantea ante él por los interesados que ha sido señalada como una nota distintiva de la jurisdicción frente a la administración, ha sido señalada también para excluir de la categoría de actividad administrativa a la actuación del juez en los casos de jurisdicción voluntaria (*De Marini, Carlo María:* "Considerazione sulla natura della giurdisdizione volontaria", en Rivista de Diritto Processuale", Vol. IX, Parte I, Año 1954, p. 293).

58. "Es claro —escribe *Satta,* op, cit. p. 243— que la administración persigue fines suyos propios, con una autonomía suya propia, y no se inserta en el proceso formativo de la voluntad de un sujeto privado. Queriendo usar un lenguaje más tradicional, esto es, hablando, en lugar de en términos de voluntad, en términos de interés, es claro que la administración hace valer intereses suyos, de carácter público, mientras que la jurisdicción voluntaria, lo mismo que la contenciosa se ejercita siempre en relación a intereses de los sujetos, a situaciones jurídicas subjetivas, cuya protección es asumida por la norma por razones de carácter general, pero que no son la razón y el fin de la providencia concreta. Así, es por un interés de carácter general por el que la ley provee a la tutela y al cuidado de menores; pero, el juez que nombra un tutor o un curador no provee, como la administración pública, a intereses propios de carácter general, sino que constituye en interés del menor la situación jurídica pedida por la norma. Se toca con la mano la diferencia allí donde la providencia de jurisdicción voluntaria y de administración parecen identificarse en el contenido: por ejemplo, en la autorización para el ejercicio del comercio del menor, por parte del juez, y en la autorización para el ejercicio mismo por parte de la autoridad administrativa. En el primer caso es claro que el juez tutela el interés del menor, insertándose en la formación de su voluntad, o en el ejercicio de su autonomía; en el segundo caso, la autoridad administrativa tutela los intereses generales de la economía o de la seguridad pública, personificado por la misma autoridad, y le es perfectamente indiferente la posición del sujeto".

59. Así *Scoca,* op. cit. p. 50.

60. *Carnelutti, Francesco:* "Instituciones del Proceso Civil", Editorial Jurídica Europa-América, Buenos Aires, 1960, Vol. III, Nº 494, p. 330. "De este tipo de proceso voluntario regula el Código de Procedimiento —escribe él— dos variedades: el

a un tipo autónomo de actividad jurisdiccional, al cual da el nombre de "actuación de derechos potestativos"[61]. A juicio de este último autor, la incompatibilidad de este tipo de procedimiento con el procedimiento llamado de jurisdicción voluntaria derivaría del carácter exclusivamente "privado" del interés que se realiza mediante el mismo; ya que en el procedimiento voluntario (procedimientos de interdicción, inhabilitación, separación de cuerpos entre cónyuges, etc.), si bien el interés en orden al cual se ejercita la tutela sería también privado, habría sin embargo un "interés general" en su cuidado, hasta el punto de hacer imprescindible la actuación del juez en todo caso, de la cual puede prescindirse en cambio para la realización del interés privado que se tutela con la primera especie de procedimiento, ya que éste puede sustituirse siempre con el mero ejercicio de la autonomía privada, por ejemplo, si las partes se ponen de acuerdo para establecer ellas mismas el término.

La calificación de la actuación judicial dirigida a la fijación del término como acto de realización de un "derecho potestativo" de la parte que pide tal fijación ha sido, sin embargo, censurada. Se ha observado, en efecto, que en el caso de un derecho potestativo, por ejemplo, el derecho a pedir la división de una comunidad, si bien la mutación jurídica no ha sido actuada en concreto, el interés realizado en ella estaría por así decirlo ya reconocido en latencia, por lo que el

---

proceso para la *fijación* o para la *modificación de un término* (art. 749) y para la *imposición de una caución* (art. 750)"; y luego agrega: "Esta norma —la del art. 749, que se concreta a la hipótesis prevista en los artículos 1019 y 1027 del Código Civil venezolano —se ha dictado con referencia particular al derecho de las sucesiones; pero no me parece dudoso que deba aplicarse por analogía a cualquer otro caso, en que el cometido de fijar un término para el cumplimiento de un acto jurídico se confíe al juez (ejemplo, art. 1183 Cód. Civ.)".

61. En su citado "Manual de Derecho Procesal Civil", Vol. II, Nº 502, p. 267, escribe Satta: "hay derechos que no tienen por contenido una pretensión del titular frente a la contraparte, sino que se agotan en el poder de producir un determinado efecto jurídico, independientemente de la voluntad de aquel que está sujeto a la modificación. Este puede, con su adhesiva voluntad, concurrir a dar vida a la modificación, esto es, actuar el derecho potestativo; pero si no quiere, no viola el derecho, simplemente se abstiene; y la única consecuencia será que el titular deberá pedir su actuación al juez, no pudiendo por regla general actuarlo por sí. El Juez al actuar el derecho no cumplirá un acto de ejecución ni removerá una posición en torno al derecho; sino simplemente obrará en lugar y en vez del titular, y como él mismo, si no existiese aquella regla, podría obrar". Satta pone como uno de los ejemplos de esta actuación del derecho potestativo por el juez en interés exclusivo del titular "la fijación del término para el cumplimiento de la obligación (art. 1183 del Cód. Civil)". "La exigencia práctica de aislar esta categoría —agrega— está en que las formas del proceso contencioso no son adecuadas para la actuación de los derechos potestativos; en particular no es adecuada la sentencia".

juez que actuara tal derecho se limitaría tan solo a poner en marcha un procedimiento tendiente a desenvolver en concreto la actuación del reconocimiento del interés protegido mediante el mismo como algo ya normativamente regulado, en tanto que en el caso de la fijación judicial del término sería evidente la ausencia de toda la forma de reconocimiento del interés que se actúa mediante la fijación judicial. "Abstractamente —escribe Scoca[62]— pueden configurarse en lo que se refiere al término de cumplimiento, dos intereses distintos: el primero, a que haya un término, cualquiera que sea su medida; y el otro, a una medida, breve o larga, pero determinada, del término. Ninguna de estos dos intereses estaría sin embargo reconocido en el art. 1183" (1212 C. C. venez.).

Observa este mismo autor que, implicando el cumplimiento la determinación de la modalidad con la cual debe ser realizado, el término resulta una mera necesidad objetiva, por lo cual la atribución del poder de obtener la determinación del término no puede interpretarse como dirigido a la constitución de una situación nueva respecto a la situación jurídica de que se parte, sino como simple solución de una crisis. Crisis que, por estar determinada por la necesidad de regla (del término) y la inercia de la fuente normal de producción de tal regla (el acuerdo de las partes), hace necesaria la intervención del juez, no como medio de realización de un preexistente interés privado, sino como objetiva necesidad de suplir una regla, hasta el punto de que legitimados para pedirla están ambas partes de la relación obligatoria en el caso del término necesario, y la parte a quien no corresponda el poder de determinarlo en el caso del término potestativo. La circunstancia de que ambas partes tengan tal poder de obtener la fijación del término, no obstante el contraste que se da normalmente entre ellas a su respecto, y sobre todo el reconocimiento de tal poder a una de ellas en contradicción con la atribución negocial que se había hecho del mismo en el caso del término potestativo, revelan ciertamente que no existe un interés particular de ninguna de las partes que pudiera decirse reconocido ya en forma latente y que la sentencia del juez venga a actuar en concreto. Más evidente se nos hace esto cuando nos referimos al interés que tiene por objeto una cierta medida del término, del cual ni siquiera podría decirse que exista hasta tanto el juez lo cree, ponderando los intereses contrastantes de las

62. *Scoca,* op. cit. p. 54 y ss.

contrapartes, y en ningún caso satisfaciendo simplemente un preexistente interés de la parte que le pide la fijación del término.

Consecuencia de esta necesidad de concebir la actuación del juez en la hipótesis contemplada por nuestro art. 1212 C. C., no como actuación concreta de una regla ya dada siquiera en forma latente, sino como formación de la regla misma, es el carácter no meramente constitutivo, sino más bien dispositivo o determinativo de la providencia que dicta el juez. La diferencia entre estos dos tipos de sentencia estaría en que en la sentencia denominada constitutiva el mandato contenido en ella no corresponde a una libre determinación de la voluntad del juez, sino que tiene su fundamento en la situación jurídica constatada por la sentencia, mientras que en la sentencia dispositiva, "el juez, operando la determinación del elemento que falta en el negocio, dispone de la situación jurídica existente, que queda modificada, concurriendo a constituir una situación jurídica que antes no existía"[63].

---

63. *Santoro Passarelli, Francisco:* "Negozio e giudizio", en los citados "Saggi di Diritto Civile", Vol. I, p. 344. Este mismo autor escribe más adelante, p. 351, sobre la sentencia constitutiva lo siguiente: "Aquí hay la declaración de la certeza del derecho de una de las partes a obtener una determinada modificación de la situación existente, la cual contiene como el germen de tal modificación, y la constitución de la situación así modificada por el juez. Este nexo entre la declaración de certeza y modificación de la situación existente constituye el rasgo característico de la sentencia constitutiva e impide confundirla con la sentencia dispositiva: la modificación no es, por decirlo así, *creada,* sino *realizada* por el juez".
Al respecto, Cfr. *Cristofolini, Giovanni:* "Efficacia dei provvedimenti di giurisdizione volontaria emessi da giudice incompetente", en "Studi di Diritto Processuale in onore de Giuseppe Chiovenda", Padova, 1927, p. 384, quien caracterizando la sentencia dispositiva escribe: "En estos casos a la sentencia no preexiste en la parte el derecho a un resultado dado, a aquel resultado que después será constituido por la sentencia, sino simplemente el derecho a la acción, entendido como el poder de pedir al juez la composición de un conflicto de intereses no compuesto *a priori* por la ley material, la tutela de un interés no elevado todavía a derecho subjetivo en virtud de una norma material preconstituida, tutela cuya concesión o negativa son debidas al *officum indicis".* Ejemplificando esto agrega a continuación: "piénsese en la demanda de resolución de un contrato bilateral en materia civil y en la facultad del juez de conceder una dilación al deudor incumpliente (art. 1165 Cód. Civ. italiano de 1865): antes de la sentencia la parte cumpliente tiene interés en que al adversario no se le acuerde término de gracia alguno o a que se le acuerde en medida más reducida, mientras que el interés del demandado es opuesto, pero no se puede hablar ni de un derecho de la parte cumpliente a la *inmediata* resolución del contrato ni de un derecho de la contraparte al término de gracia (y mucho menos de un derecho a un determinado término de gracia), a menos que se recurra a una ficción no necesaria ni útil"; y luego de poner como otros ejemplos de este género, la actividad que el juez desenvuelve en las situaciones que prevé el Código Civil italiano de 1865 en el último aparte del art. 678 (equivalente al último aparte del art. 764 C.C. venez.) en el último aparte del art. 569 (equiv. al último aparte del art. 699 C.C. venez.) y en el art. 544 (equiv. al 655 C.C. venez.), actividad que considera hallarse en los

"Cuando de este modo se le reconoce al juez una potestad *discrecional,* en vez de *vinculada* —escribe Carnelutti[64]—, la jurisdicción se resuelve, no tanto, en *constituir* una relación jurídica en vez de *declararla,* simplemente, cuanto en constituir el *mandato jurídico mismo* del cual deriva la relación; en otras palabras, para la composición del conflicto de intereses deducido en el proceso, no preexiste en tal caso al mandato pronunciado por el juez en ejercicio de la jurisdicción ningún otro mandato... por lo cual el proceso culmina en la formación de un *mandato autónomo* y toma el nombre de *proceso dispositivo".* El ilustre autor señala todavía que este tipo de proceso dispositivo puede darse no sólo en la jurisdicción contenciosa, sino también en la voluntaria.

14. Después de lo dicho hasta aquí sobre la calificación de la actividad del juez cuanto actúa ex art. 1212 C. C., deberíamos pasar a considerar la forma procesal en que debe desenvolverse tal actividad. Tanto la jurisprudencia italiana[65], como la argentina[66] parecen mayoritariamente inclinadas a considerar que la ausencia en la ley procesal de un procedimiento especial impone la necesidad de adaptarse a las

---

límites entre la función procesal y la función administrativa, concluye: "lo que importa poner de relieve es que en estos casos la actividad del juez tiende a la constitución de nuevos estados jurídicos o al desenvolvimiento de relaciones existentes sin actuar un derecho preexistente de una parte contra la otra, tal como se sostiene en cambio ser lo característico de la jurisdicción voluntariaí'.

64. *Carnelutti,* op. cit. Vol. I, Nº 31, p. 66.

65. "El procedimiento para la fijación del término por el juez en el sentido del art. 1183 C.C. es el ordinario" —escribe *Tondo,* op. cit. p. 307.
Este mismo autor señala una decisión del Pretor de Milán de 9 de junio de 1958 (Giur. civ. rep. 1958, voz Obbligazioni e contratti, no. 36) que, contra la opinión de Carnelutti (*Cfr.* supra nota 60), ha descartado que pueda extenderse al caso del art. 1183 C.C. it. el procedimiento especial de jurisdicción voluntaria que trae el art. 749 del Código de Procedimiento Civil italiano para los términos relativos a la apertura de las sucesiones (artículos 481 y 485 del Código Civil italiano, equivalentes a los artículos 1019 y 1027 del Código Civil Venezolano), considerando al contrario que debía acudirse a un juicio ordinario de cognición.

66. *Salvat,* op. cit. Vol. II, Nº 1240, p. 305, quien en nota numerada 224 al pie de dicha página, señala una abundante jurisprudencia en tal sentido, reseña así la doctrina que domina en su país: "el plazo no puede ser señalado sin oir previamente al deudor, quien podría tener algunas defensas que alegar: señalar el plazo sin oir previamente al deudor sería violar una de las más respetables garantías constitucionales, aquella que establece la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y sus derechos (art. 18, 3ª p. Const. Nac.) Partiendo de este principio y no existiendo en los códigos de procedimiento reglas especiales para esta clase de asuntos, la jurisprudencia ha consagrado dos normas: 1ª, el señalamiento de un plazo debe hacerse en juicio ordinario, nunca en juicio ejecutivo; 2ª, si el deudor invoca alguna defensa, de tal manera que existan hechos discutidos, el juicio debe abrirse a pruebas".

reglas del juicio ordinario. Pero las vacilaciones de la doctrina y de la jurisprudencia extranjeras, en donde encontramos igualmente casos en que se reconoce la legitimidad del empleo de un procedimiento distinto del ordinario para la fijación judicial del término[67], nos obligan a reflexionar sobre los argumentos esgrimidos en favor de la indicada tesis dominante.

El ámbito del llamado "procedimiento ordinario" está definido en el artículo 234 del Código de Procedimiento Civil que dice: "Las cuestiones que se susciten entre las partes en reclamación de algún derecho, se ventilarán en juicio ordinario, si tales cuestiones no tienen pautado un procedimiento especial". Esta disposición se contrae evidentemente a la jurisdicción contenciosa, como lo indica la referencia a alguna cuestión o conflicto de intereses que por alguna de las partes se pre-

67. En tal sentido, por lo que respecta a la jurisprudencia italiana, escribe *Tondo, locus cit.:* "La Casación, con sentencia de 16 de mayo de 1962, Nº 1084 (en Foro it. mass. 1926, 338) ha considerado por otra parte que, no habiendo sido impuesta ninguna fórmula sacramental o forma determinada para la respectiva demanda, ésta puede ser individualizada también en la solicitud del decreto de inyucción, y que el procedimiento de fijación puede estar contenido (aun en forma implícita) en dicho mismo decreto emitido como consecuencia de acogerse la solicitud". Esto es, que puede prescindirse en algunas circunstancias del proceso de cognición y del correspondiente contradictorio previo a la decisión judicial fijando el término.
En este mismo sentido, señala *Salvat,* locus cit., p. 306 y ss. la opinión divergente de la jurisprudencia argentina, así: "Una posición contraria no considera que la fijación de plazo dé contenido para un pleito. El art. 618 establece que el *juez señalará el tiempo* en que el deudor debe hacer el pago. Es muy distinto a disponer que la determinación del tiempo del pago se resolverá en juicio contradictorio (*omissis*). Cabe admitir que se susciten cuestiones vinculadas a la conveniencia de entregar a un juez la fijación del tiempo de pago, pero son independientes de la indicación del tiempo que se establezca y en manera alguna autorizan a dar contenido de controversia al trámite de fijarlo, que no lo tiene. La inviolabilidad de la defensa no se compromete porque el deudor contará con las garantías del proceso que la Constitución le asegura cuando sea demandado para el pago, al llegar el término del plazo fijado, en idéntica situación que si la ley estableciera la inmediata exigibilidad, como ocurre en casos semejantes, aun dentro del Código Civil argentino (*omissis*). Conviene no olvidar que la disposición procesal que se invoca, establece que 'todas las contiendas judiciales *entre partes,* que no tengan señalada una tramitación especial, serán ventilados en juicio ordinario' (art. 66 Cód. proc. cap. En sentido análogo, art. 78 Cód. proc. Bs. As.). Supone una contradicción o diferencias que no existen en la mera gestión de indicar una fecha de vencimiento. La fijación de un plazo, se presenta aun como más sencilla que la remoción de cosas puestas en un fundo contra la voluntad del dueño, o la forma de vencer la oposición del lindero, propietario u ocupante, cuando se debe echar abajo y reconstruir la pared medianera, las cuales, sin tener procedimiento especial establecido y constituir típicamente 'contienda', no se han sustanciado nunca por el trámite del juicio ordinario".
Por último, sin desconocer que la jurisprudencia dominante en Argentina es la contraria, señala el citado autor que existen fallos que han admitido la fijación del plazo sin necesidad de juicio contradictorio con procedimiento ordinario.

tende estar disciplinada por un "derecho", en tanto que en el punto preciso aquí examinado cualquiera cuestión o conflicto de intereses que pudiere suscitarse entre las partes en torno a si el juez debe fijar un plazo más o menos largo para el cumplimiento de la obligación estaría por hipótesis fuera de la comprensión de ninguna norma preestablecida, ya que precisamente lo que se pide del juez es la subordinación del interés ajeno al propio interés mediante la creación de una regla o norma relativa al término, que se reconoce no existir. En vano podría alegarse la conveniencia de extender el procedimiento contradictorio a este presunto conflicto de intereses que el juez no podría componer con sujeción a regla alguna, que no existe en absoluto, sino donde él debe actuar dispositivamente. Por la misma razón, resulta absurdo concebir un recurso de apelación contra la decisión del juez. Puesto que la regla, el mandato creado por el juez, no se funda en ninguna precedente declaración de certeza, sino que aparece como libre determinación de su voluntad, excluye todo control sobre los motivos que lo hayan determinado a crear tal regla. Distinto es el caso en que la fijación del término se hace en vía declarativa, como desvelamiento de un acuerdo implícito de las partes, pues en tal caso esa declaración postula la preexistencia de una regla formulada por las partes, que disciplinaría el conflicto, y el mandato del juez de observar el término se presentaría como algo *fundado* en la comprobación de tal "derecho", por lo cual la validez de tal mandato supondría que el juicio que le sirve de fundamento estuviera exento de error.

Para decidir cuál procedimiento debe emplearse a los fines de obtener la fijación por el juez de un término incierto es necesario, pues, comenzar por determinar las causas del disenso existente entre los sujetos de la relación obligatorio al respecto. Si ellas derivan de la pretensión de alguno de ellos de la existencia de un término implícito en el contrato, en el amplio sentido en que hemos visto que debe entenderse esta expresión, cabe decir entonces que la parte que tal afirma reclama un "derecho" y que la cuestión que la otra suscita al negar, sea la existencia de un término implícito, sea la longitud precisa del mismo pretendido por la primera, es una de las cuestiones a que se refiere el citado art. 234 del Código de Procedimiento Civil, por lo cual tal cuestión deberá ventilarse en juicio ordinario. Si, por el contrario, ambos sujetos de la relación obligatoria están acordes en la existencia de la obligación y que su exigibilidad o su extinción están sometidos a un término necesario o potestativo, cuya medida, por

no haber sido determinado en el contrato ni aun de modo implícito, debe ser fijada por el juez, y solo divergen al respecto de cuál sea en opinión de cada uno el término que convenga fijar, entonces la controversia o cuestión, por no referirse a un interés que ninguna de ellas pretende estar disciplinadas por el "derecho", no podrá llamarse una cuestión *entre partes en reclamación de algún derecho* y, debiendo excluirse la necesidad del contradictorio, podrá acudirse a cualquier procedimiento diferente del procedimiento ordinario para provocar la providencia dispositiva del juez. La sentencia que en tal caso pronuncie el juez, no prejuzgará ciertamente sobre la decisión de cualquier contienda que, con ocasión de esa relación obligatoria, pudiera suscitarse en lo porvenir sobre algún aspecto de la misma que se pretenda disciplinada por el derecho y, al respecto de la cual, se solicite una nueva ulterior sentencia del juez, p. ej.: sobre la validez o alcance de la obligación, su cumplimiento o la justificación de incumplimiento. En esta nueva contienda los sujetos de la relación obligatoria actuarían ya ciertamente como "partes en reclamación de algún derecho" y, desde el momento en que se darían los supuestos de la jurisdicción contenciosa, habría que aplicar los trámites del juicio ordinario en caso de no estar previsto un procedimiento especial.

La fijación del término por el juez en vía dispositiva, aun excluyendo en forma absoluta toda conexión del procedimiento respectivo con lite alguna, requerirá sin embargo la audiencia de ambos interesados. Ello resulta no solo del deber que impone a los jueces el art. 11 del Código de Procedimiento Civil de actuar en materia no contenciosa "con conocimiento de causa", lo que le obliga a verificar que existen los presupuestos de su poder dispositivo y, por lo mismo, que el sujeto no presente de la supuesta relación obligatoria no pretende que ésta no existe en absoluto o que el tiempo de cumplimiento de la relación obligatoria está ya disciplinado por un derecho, sino también de la circunstncia de que el poder dispositivo del juez se nos presenta siempre como un subrogado del poder que corresponde a los propios sujetos para determinar el término mediante un acuerdo. En efecto, las normas que regulan hipótesis en que el poder dispositivo del juez cumple esta función prevén siempre una intimación o previa invitación a la persona o personas cuya potestad determinativa debe entrar a suplir la voluntad del juez (art. 1019, 1217 C. C.).

Cuanto se ha dicho explica suficientemente el comportamiento de nuestros prácticos de acudir simplemente al juez en solicitud de que

"previa citación de la otra parte proceda a fijar en audiencia pública un lapso prudencial para el cumplimiento de la obligación", esto es, descartando como algo obvio el procedimiento contencioso; y también la condescendencia de los propios jueces al respecto, quienes se limitan con frecuencia a ordenar la citación solicitada y a fijar una audiencia "para oir" al citado y resolver en consecuencia. Pero explica de otra parte que los tribunales que así proceden admitan generalmente la conversión de este procedimiento sumario en un proceso ordinario cuando la discrepancia entre el promovente y el citado no se limite estrictamente a la sola cuestión de la longitud del término a fijar por el juez, sino que abarque cualquier asomo de contradicción que afecte a la existencia o extensión de la obligación en sí misma[68].

---

68. El problema ha sido expresamente considerado en dos sentencias de la Corte Superior Primera en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, la primera, de fecha 20 de junio de 1966, bajo la ponencia del Dr. Domingo Antonio Coronil, y la segunda, de fecha 6 del mismo mes y año, bajo la ponencia del Dr. Eleazar Martineau Plaz.
En la primera de estas sentencias se resume el caso así:
"El ciudadano D.A.R. por medio de apoderado presentó ante el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de esta Circunscripción Judicial un documento privado marcado A, que contiene la venta que hizo de un fondo de comercio a los señores JR y JN y cláusula por la cual acordaron las partes contratantes formar una sociedad en nombre colectivo, en la cual actuaría como gerente el señor NA y en virtud de que a esta obligación no se la sometió a un lapso prudencial para su cumplimiento, se dirige al Juez para que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1212 C.C., previa citación de los obligados JRT y JNA, proceda a fijar en audiencia pública un lapso prudencial de cumplimiento a la aludida obligación. El Tribunal admitió la solicitud y ordenó citar a los ciudadanos NT y NA para las diez de la mañana de la quinta audiencia siguiente a la última citación, con el fin de oirlos. Llegada la oportunidad NA manifestó su conformidad y adhirió a la petición de un término para formar la sociedad y RT, en escrito agregado a los autos se opuso a la pretensión del solicitante considerando inoperante el procedimiento y arguyendo que la venta, contenido esencial del documento acompañado a la solicitud, es pura y simple, no debiéndose vincular la constitución de una sociedad a la cabal validez de aquel contrato. El Juez, por auto fechado el 14 de abril de 1966 aludiendo a la cláusula del documento por la cual acuerdan las partes formar una sociedad en nombre colectivo, expresa: en tal virtud aparece asumida la obligación por los ciudadanos RT y NA, a la cual no se ha fijado plazo para su cumplimiento, y al ser esto así resulta aplicable al sentir del Tribunal lo expuesto en el artículo 1212 del C.C. Por tanto, procede a fijar el plazo para el cumplimiento de dicha obligación y a tal efecto fija el lapso de quince días contados a partir de la fecha en que la presente decisión quede firme. Oída en ambos efectos la apelación contra dicho auto subieron las actuaciones originales a esta Corte, donde se hizo relación y se agregaron los escritos que a modo de informes presentaron las partes". Para decidir, la Corte comienza por hacer notar que la previsión contenida en la segunda parte del art. 1212 C.C. "supone una situación en la que no haya duda sobre la existencia de la obligación y solo existe desacuerdo en cuanto al tiempo o momento de su exigibilidad" y, luego de señalar que "la dificultad se encuentra en averiguar cuál es el procedimiento judicial que deberá ponerse en juego para lograr ese propósito "de suplir la determinación temporal de la obligación omitida por las partes y que no parece

15. Como frecuentemente ocurrirá esto último, o sea, que la falta de cooperación del deudor para facilitar la fijación del término hará desembocar la cuestión en el procedimiento ordinario, cobra especial relieve la pregunta acerca de la posibilidad de acumular la solicitud

---

existir al respecto ninguna "forma necesaria" que haya sido impuesta por el Código Civil al tenor del artículo 4º del Código de Procedimiento Civil, concede que "pudiera admitirse la utilización de tal vía como contribución al principio de la economía procesal siempre que existiere absoluto acuerdo entre los interesados en la procedencia de la solicitud, siempre que la función del juez, más propiamente árbitro en el caso, quede concretamente limitada a la fijación del término supliendo las presuntas voluntades de las partes, admitiendo y despachando la solicitud sin perjuicio de derecho de terceros, ordenando el archivo o devolución de las actuaciones, las cuales nacerán y concluirán en el mismo Tribunal", pero advirtiendo a continuación: "El presupuesto fundamental para que pueda utilizarse este método es la ausencia de controversia. Pero cuanto al hacer el llamamiento a los interesados aparezca un asomo de contradicción u oposición legítima a la pretensión del postulante automáticamente desaparece el aspecto gracioso del asunto para convertirse en contencioso..." y que por resultar que "en la audiencia donde se oyó a los interesados quedó manifiesta la adversa posición de los llamados a formar la sociedad cuyo término se solicita, oponiéndose abiertamente uno de los posibles socios por razones que inciden y rozan la existencia misma de la obligación... se concluye que la resolución del caso de autos, debe iniciarse por juicio ordinario" (Cfr. Jurisprudencia de los Tribunales de la República, Vol. XIV, p. 659-662).

En la segunda sentencia citada, después de iniciada en la misma forma sumaria el procedimiento con la citación de la presunta parte deudora, ésta promovió la cuestión sobre la improcedencia de la vía graciosa y la necesidad de acudir al procedimiento ordinario, dando origen así a una sentencia de reposición del mismo Tribunal y a la apelación de tal sentencia, en razón de lo cual pasaron los autos a la Corte Superior, quien al confirmar la reposición al estado de nueva admisión de la solicitud o demanda de fijación de término, observa: "pudiera ser que, acordes acreedor y deudor sobre la existencia de la obligación misma, se muestren en cambio discordes sobre la oportunidad en que deba cumplirse y, para esos efectos, uno o ambos ocurran a la autoridad judicial llamada legalmente a establecerla. Pudiera ser, de otra parte, que simplemente afirmando la existencia de la obligación, acudiera al juez tan solo el pretendido acreedor en solicitud de fijación del término. Las razones de disenso, en esta hipótesis, obviamente se ignoran: pudieran estar referidas bien a la existencia, bien al momento de la ejecución de la obligación hasta ahora solamente afirmada. Si bien para todos estos casos posibles la ley faculta al juez a establecer el correspondiente término, no le señala en cambio, específicamente, el modo como debe proceder cuando a ello fuere instado por los interesados, por lo que, según la situación concreta, deberá escogerse el procedimiento o vía que legalmente corresponda". Hecha esta declaración de principios, la Corte consideró que, por presuponer el caso de especie la existencia de un contraste entre las partes que podía llegar hasta la discusión de la existencia de la obligación u obligaciones cuyo término se pedía al juez establecer, era necesario proceder por la vía ordinaria.

Aunque esta última sentencia carece de la precisión deseable, pues no deja ver claramente si la imposición del procedimiento ordinario se limita sólo al caso en que eefctivamente aparece un contraste entre las partes relativo a la existencia o extensión de la obligación, o si se lo postula también en ausencia de un contraste actual y aun solo para la eventualidad de que el pudiera surgir; es lo cierto que ella coincide con la precedente en cuanto a admitir un procedimiento distinto del juicio ordinario cada vez que la intervención del juez se contraiga al *puro* ejercicio de su poder dispositivo al respecto del término.

de fijación del término ex art. 1212 C. C. *stricto sensu* a la demanda de cumplimiento o de resolución de la obligación por incumplimiento, posibilidad que hemos visto que admite sin reservas la doctrina y jurisprudencia extranjeras[69]. Comencemos por observar que no creemos que pueda hablarse propiamente en ningún caso de la acumulación de dos acciones a deducir ambas por la vía del procedimiento ordinario, como erróneamente podría desprenderse de la letra de algunas sentencias[70], sino de que el derecho a solicitar del juez la fijación del término *ex* art. 1212 C. C., que en su estado puro puede ejercerse fuera de toda vía contenciosa, podrá hacerse valer en el curso de cualquier procedimiento contencioso que se presente en conexión con la obligación a la cual tal término se refiere. En efecto, la contención y el procedimiento ordinario o especial a través del cual se la sustancia y resuelve, no atañe en absoluto al poder dispositivo a ejercer por el juez, sino que resulta un presupuesto de éste, y por lo mismo, obliga al juez a esperar que dicha contención (o mejor, los aspectos de ésta que constituyen el presupuesto necesario de su poder) haya quedado resuelta, para verificar por este medio su propia competencia y declararse así en condición de entrar a ejercer el poder dispositivo cuya actuación se le pide. Es esto lo que explican las aludidas sentencias de los Tribunales extranjeros que admiten que la solicitud de fijación del término *ex* art. 1212 C. C. puede hacerse en vía puramente incidental, p. ej.: en la oportunidad de la apelación de un fallo[71], o pueda considerársela implícita en la solicitud de un decreto de inyección[72]. La exclusión de que a la actividad del juez dirigida a fijar el término pueda atribuírsele el carácter de actividad de jurisdicción contenciosa impone excluir también la necesidad de la vía ordinaria por lo que se refiere a esa actividad en sí misma, haciendo comprensible que ella pueda explicitarse en cualquier tipo de procedimiento en que resulte incontrovertible la presencia de los presupuestos del poder dispositivo del juez, aún en la segunda instancia, pues no po-

69. *Cfr. supra* Nº 10.
70. En la primera de las sentencias arriba citadas en la nota 68, al contemplarse la necesidad en que se hallará el interesado de acudir a la vía ordinaria cuando exista controversia, se lee: "De esta forma se descarta la vía graciosa inaplicable en el caso ante la presencia abierta de oposición entre las partes; y se evita la innecesaria *utilización repetida de la vía ordinaria* primero para obtener la fijación del término y luego para pedir la ejecución de la obligación, puesto que ambas cuestiones pueden *demandarse simultáneamente*" (subrayado nuestro).
71. *Cfr. supra* nota 39.
72. *Cfr. supra* nota 67.

dría hablarse de privación del derecho a una doble instancia, ya que, como lo hemos señalado antes, no cabe concebir aquí apelación por la naturaleza puramente dispositiva de la actividad del juez.

Pero aun con esta precisión, la cuestión de la acumulación de la petición de fijación judicial del término a la demanda de cumplimiento o de resolución presenta aspectos que no pueden pasarse por alto. Si la decisión que se pide del juez es la condena del deudor al cumplimiento una vez vencido el término a fijar por el propio juez, se ha suscitado la cuestión de que ello postula una especie de condena en futuro, al quedar diferida la eficacia ejecutoria de la sentencia para un momento ulterior a aquél en que se la emite y todavía supeditada a la no realización durante ese lapso de un cumplimiento espontáneo por parte del deudor de la obligación declarada en ella. ¿No se estaría en el caso —se pregunta —de una de esas sentencias condicionales, cuya inadmisibilidad resulta expresamente del texto del artículo 162 del Código de Procedimiento Civil?

Para fundar el rechazo a la admisibilidad de la sentencia condicional se han esgrimido dos argumentos fundamentales. En primer lugar, que la condición es una autolimitación de la voluntad, y que por ser la voluntad que se expresa en la sentencia no una voluntad libre del juez, sino una voluntad vinculada, en cuanto que la sentencia no es más que la formulación de una voluntad ya contenida en la ley, no cabe posibilidad de pensar en que el juez pueda someter su dictado a una modalidad dependiente del arbitrio de su voluntad[73]. En segundo lugar, se dice que existe incompatibilidad entre la certeza objetiva de la cosa juzgada y la incertidumbre que es característica de la condición. Sin embargo, por lo que se refiere al supuesto aquí contemplado cabe observar que lo condicionado no sería en ningún caso la voluntad de ley declarada en la sentencia con fuerza de cosa juzgada, sino la eficacia ejecutiva que emana de dicha declaración. Además si se distingue, como debe hacérselo, entre la cosa juzgada sustancial y la relación jurídica que a través de ella se reconoce existir y tener eficacia ejecutiva entre las partes, se ve que la condición opera sobre esta última y que la sentencia constituye precisamente cosa juzgada sobre esta relación jurídica ya integrada con el elemento condicionante, esto es, se declara la certeza y ejecutabilidad de la obligación

73. *Ciffo Bonaccorso, Liborio:* "Appunti sulla sentenza condizionale", en Foro italiano, 1960, IV, p. 51.

al transcurrir el término fijado por el juez sin que el deudor haya procedido a cumplirla[74]. Por lo demás, si tiene en cuenta que el evento condicionante es más bien el decurso del término fijado por el juez esto es, un acontecimiento *certus an quando certus,* es evidente que se trata propiamente solo de una sentencia cuya ejecución ha sido sometida a un término diferente del previsto en el artículo 449 del Código de Procedimiento Civil. A nuestro juicio, pues, una vez que haya quedado firme esta sentencia deberá librarse el mandamiento de ejecución en los mismos términos previstos para la toda otra especie de sentencia en el art. 448 *ejusdem,* solo que no procederá tal ejecución al cuarto día de librado tal mandamiento; pues no es su fuerza ejecutoria, sino tan solo la ejecución material de lo ordenado en ella lo que estará supeditado al vencimiento del término que de manera discrecional está autorizado el juez para fijar por el art. 1212 C. C. La verificación que haría el juez, en caso de que el condenado a cumplir la obligación se allanare a hacerlo antes del término por él fijado en la sentencia, de haberse cumplido ya el deber declarado en la sentencia, no debe por lo mismo verse como constatación de un hecho nuevo en fase de cognición, sino como una simple manifestación del poder del *oficio* u órgano de la ejecución de disciplinar su propia actividad, esto es, como mero reconocimiento de la imposibilidad en que se ha puesto al juez de realizar lo ya realizado. Por lo demás, ello no sería diferente en cualquier otro caso de condena a cumplir una obligación, si el demandado se allanare a cumplir antes del cuarto día que se señala en el artículo 449 del Código de Procedimiento Civil. También allí el juez se vería forzado a constatar la imposibilidad en que se le ha puesto de ejecutar forzosamente lo ya ejecutado y, sin embargo, a nadie se le ocurre hablar de sentencia condicional en tal caso.

16. Mucho más compleja es la situación en el caso de que el actor haya optado por pedir la resolución del contrato para el caso de que el demandado no ejecute la prestación en el término fijado por el juez. La situación tiene cierta analogía con la que se presenta en aquellos ordenamientos que conceden al juez la potestad de acordar

74. *Calvosa, Carlo:* "Riflessioni sulla sentenza condizionale", en Foro italiano, p. 229. Aunque vagamente, ya Humberto Cuenca, en un "Curso de Casación Civil", Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1962, Tomo I, p. 138, había vislumbrado la inconsistencia de una negación indefinida de la posibilidad de toda sentencia condicional.

un término de gracia al deudor demandado por resolución de contrato. Así, el artículo 1148 C. C. francés y el artículo 1165 C. C. italiano de 1865. ¿Qué ocurre, en efecto, en estos sistemas cuando ante la demanda de resolución del acreedor, el juez, en lugar de pronunciar inmediatamente la resolución del contrato, decide acordar al deudor un plazo de gracia para que cumpla, en el entendido de que vencido dicho plazo sin que el deudor acredite tal cumplimiento se procederá a la resolución? ¿Se necesitará una sentencia, y por tanto un nuevo juicio, para que se verifique la falta de cumplimiento del deudor dentro del plazo de gracia y se proceda finalmente a pronunciar la resolución, o bastará la primera sentencia en que se constató el incumplimiento y podrá el juez de una vez, aun si concede el plazo de gracia, establecer que si el deudor no cumple dentro de dicho plazo se proceda a ejecutar la resolución? Esta última es la opinión dominante entre los civilistas franceses[75].

---

75. Al respecto escribe *Larombière:* "Theorie et Pratique des Obligations", 3ª edición, París, 1885, Tomo III, Art. 1184, Nº 49, p. 146: "En lugar de limitarse a la concesión pura y simple de un lapso, pueden los jueces pronunciar inmediatamente la resolución, subordinándola a la única condición de que el demandado no haya satisfecho sus compromisos en el lapso que él les señale. Si se trata, por ejemplo, de la resolución de una venta, deciden que el contrato quedará resuelto si en el lapso de ... el comprador no ha pagado. Esta manera de proceder ofrece ventajas que recomiendan generalizar su empleo. Hay economía de gastos, celeridad procesal, cosas que merecen ser seriamente consideradas en la administración judicial. Se logra, en fin, con frecuencia, evitar apelaciones moratorias que no son sino expedientes de rábulas. Porque el demandado que tiene delante de sí un lapso más o menos largo, descuida, en la esperanza de pagar, de interponer una apelación que él no entrevé todavía como necesaria; y, en espera de ello, la sentencia que ha pronunciado la resolución adquiere la autoridad de la cosa juzgada...'. Por su parte, leemos en *Laurent,* "Principes de Droit Civil Français", Paris-Bruxelles, 1875, Tomo XVII, Nº 134, p. 150: "Pothier nos enseñaba cómo se procedía entonces cuando el vendedor demandaba la resolución de la venta por falta de pago del precio. El juez emitía una primera sentencia fijando un cierto plazo dentro del cual el comprador estaba obligado a pagar, pasado el cual se autorizaría al vendedor a recuperar la posesión de la cosa vendida. Si el comprador no pagaba en tal lapso, el vendedor debía obtener una segunda sentencia que, en vista de la falta del comprador a dar satisfacción a la primera sentencia, declaraba resuelta la venta. El Código no prescribe esta manera de proceder, aun si la redacción del artículo 1184 la supone. Se puede, pues, abreviar el procedimiento: el juez pronunciará inmediatamente la resolución, subordinándola a la sola condición de que el demandado no haya satisfecho sus compromisos en el lapso que la sentencia le acuerda".
En forma similar *Baudry Lacantinerie* y *Barde*: "Traité Théorique et Pratique de Droit Civil", "Des Obligations", 3ª edición, París, 1907, Tomo III, Nº 926, p. 117, dicen al respecto: "En la práctica, cuando el juez usa de la facultad que le da nuestro artículo de acordar un lapso de gracia al demandado, pronuncia a menudo en la misma sentencia la resolución del contrato para el caso de que el demandado no ejecutara su obligación en el lapso fijado. El ahorra así al acreedor

Pero si la potestad del juez de operar la resolución de un contrato solo se dá cuando están llenos ciertos requisitos, entre los cuales el principal es el incumplimiento del demandado, y se parte de la hipótesis de que tal incumplimiento solo existe cuando haya transcurrido inútilmente el plazo de gracia acordado por el juez al deudor ¿cómo explicar una sentencia de resolución cuando todavía no existe el presupuesto a que la misma está subordinada? Porque se trataría de una sentencia que pronunciaría la resolución de un contrato antes de que se hubiera dado el presupuesto exigido por la ley para emanar tal pronunciamiento y solo para el evento futuro e incierto de que llegare a darse tal presupuesto, se habla de ello como de una "sentencia condicional" y también como de una "sentencia constitutiva en futuro"[76].

Para salvar la incongruencia que semejante clase de sentencia encarnaría y mantener a la vez la idea de una decisión unitaria que comprenda la fijación de un plazo y la admonición al deudor de que se procederá a la resolución del contrato si falta al cumplimiento de la obligación durante tal plazo, se ha ensayado explicarlo todo como la atribución al acreedor por el juez de un poder de declarar unilateralmente resuelto el contrato en caso de que transcurrido el plazo señalado en la sentencia no hubiese todavía el deudor cumplido con su obligación. Esta explicación, sin embargo, no remedia nada; pues aparte de lo artificioso que resulta atribuir al juez este poder de insertar en el contrato una especie de cláusula resolutoria expresa que no

---

la necesidad de introducir una nueva demanda a la expiración del lapso para obtener la resolución".

Por último, aunque invocando un novedoso fundamento, consistente en concebir la situación como la atribución al acreedor, en virtud de la sentencia, de un poder de resolución unilateral, se ratifican estos mismos principios en la obra de *Marty* y *Raynaud*, "Droit Civil", Tomo II, 1er. volumen, "Les Obligations", Sirey, París, 1962, Nº 301, p. 267, donde se lee: "Aun si la inejecución es constatada el Tribunal puede acordar un plazo al deudor (art. 1184 *in fine*), salvo en el caso de violación de una obligación de no hacer o de inejecución de una obligación que debe ser cumplida en un lapso determinado que ya haya expirado. En tal caso el Tribunal puede pronunciar anticipadamente la resolución para el caso de que el lapso que él acuerde no sea utilizado por el deudor. A falta de tal decisión del deudor, el acreedor podrá romper unilateralmente el contrato. Es una de las hipótesis excepcionales en que la resolución puede jugar sin decisión judicial.

76. "Efectivamente, si el deudor puede cumplir en el término que le prefija el juez, ello significa que la relación jurídica derivada del contrato tiene todavía vida, y que para producirse la resolución es necesario que el incumplimiento se prolongue más allá del referido término, lo que viene a constituir por ello mismo uno de los presupuestos de la resolución". Así, *Auletta, G. G.*: "La risoluzione per inadempimento", Dott. A. Giuffré - Editore, Milano, 1942, p. 427.

había sido pactada por las partes, ello no evitaría en absoluto la necesidad de un segundo proceso. Al contrario, lo mismo que ocurría en la hipótesis en que las partes hubieran pactado expresamente tal resolución de pleno derecho por voluntad unilateral, también sería necesario aquí la intervención del juez para verificar la regularidad del ejercicio de ese derecho unilateral a la resolución y para obtener la condena al deudor a la restitución de la prestación ya cumplida por el acreedor, cuando tal fuere el caso. Los actos cumplidos por el juez para satisfacer tales extremos no podrían calificarse como de simple ejecución del fallo inicial, tanto menos cuanto que éste solo habría hecho cosa juzgada al respecto de la fijación del plazo y de la procedencia de la resolución si la obligación no es cumplida antes de la expiración del mismo.

Por tal motivo, en la doctrina de los códigos que consagran el aludido término de gracia judicial, se ha sentido la necesidad de que la sentencia en que se fija el plazo no se limite a prever la resolución para el caso de un hipotético incumplimiento, sino que en ella se condene de una vez a la resolución y, por tanto, a las consecuenciales restituciones; de manera que la realización forzosa de éstas pueda comprenderse efectivamente como actuación meramente ejecutiva de la sentencia. Para llegar a esto y sortear al propio tiempo el señalado escollo de una sentencia condicional, se explica la situación diciendo que en realidad la sentencia condena en firme a la resolución, pero fundamentándola no en un incumplimiento eventual y futuro (como lo sería el derivado del inútil decurso del término de gracia concedido), sino en un incumplimiento consumado ya en el momento de emitirse la sentencia y que corresponde precisamente al invocado por el actor en su demanda; con lo que al término de gracia se le atribuye también un sentido totalmente distinto, consistente en señalar solo los límites temporales dentro de los cuales la insatisfacción del interés del acreedor (invocada por el actor y tomada en cuenta por la sentencia) que la resolución acordada está dirigida a corregir puede ser eliminada todavía con un cumplimiento en especie[77].

77. Tal es la explicación que nos ofrece *Auletta,* op. cit. p. 430, quien escribe: "Si el cumplimiento específico (espontáneo o coactivo) se obtiene dentro del término establecido, no procede la resolución, porque ésta debería servir para satisfacer (por equivalente) el interés ya satisfecho. Transcurrido el término, la sanción necesaria para la satisfacción del actor es ya la resolución (es éste el significado de la concesión del término) y el actor no está ya obligado a cumplir la propia

Si esta explicación se considera razonable, tal vez pudiera ensayarse una explicación análoga para el caso que ahora contemplamos. Es claro que en nuestro caso el incumplimiento consumado que podría explicar una condena en firme a la resolución no consistiría en la mera omisión de la prestación debida por el deudor, que estaría justificada hasta tanto que el juez no haya procedido a fijar el término, sino más bien en un otro género de comportamiento del deudor: la intolerabilidad, de acuerdo a las reglas de la buena fe, de la conducta del deudor que se rehusa a cooperar para facilitar la determinación del término por el juez. En efecto, sería este consumado acto de incumplimiento del deudor a una obligación que, aunque accesoria, es esencial al equilibrio contractual, el que serviría de fundamento a la resolución; por lo que la fijación del plazo para el cumplimiento de la obligación primordial viene a operar solo como un término suspensivo de la resolución acordada como sanción de aquel otro incumplimiento, en el sentido de hacer inútil para el acreedor esta satisfacción sustitutiva si antes del vencimiento de tal plazo resultare satisfecho el superior interés del acreedor en un cumplimiento en especie. La propia parte demandante al acumular su demanda de resolución a un pedimento de fijación del término dentro del cual debe considerarse útil el cumplimiento en especie, ha admitido implícitamente que la falta de cooperación del acreedor en orden a permitir la fijación del tal término solo debe reputarse un incumplimiento grave susceptible de servir de fundamento a la resolución en tanto y en cuanto ella haga pronosticable que el deudor no cumplirá dentro del término a fijar por el juez, y si la sentencia ha diferido la ejecución efectiva de la resolución declarada para cuando haya vencido el término fijado por ella misma, es porque solo después de vencido tal término es que la resolución se presenta como el único remedio adecuado a la insatisfacción del acreedor.

Si se acepta esta construcción, no habrá objeción en admitir que esta sentencia de resolución diferida pueda dar lugar a un mandamiento de ejecución en términos análogos a los dichos para la ejecución di-

---

prestación, o, si es que ya la ha cumplido, podrá obtener su restitución aun en vía ejecutiva. Naturalmente, como en todo caso de cumplimiento posterior a la condena, si no obstante el cumplimiento del demandado, el actor se prevalece de la aparente resolución y de la aparente acción ejecutiva para la restitución de la prestación, el otro podrá hacer valer sus razones en sede de oposición a los mismos actos ejecutivos".

ferida, esto es, para ser ejecutada forzosamente después de vencido el término para cumplir la obligación principal si durante tal término no resultare, mediante el acreditamiento de la ejecución de la obligación principal, satisfecho el interés del acreedor que la ejecución de la resolución debería venir a satisfacer por equivalente.