

CONTRATO REVOCATORIO Y RETROACTIVIDAD CONVENCIONAL

LUIS LORETO,
profesor titular de la
Universidad Central de Venezuela

SUMARIO: 1. El mutuo consentimiento como causa de extinción del vínculo contractual. El distracto. 2. La figura del contrato revocatorio. 3. El principio de la continuidad de los derechos y de la irretroactividad de los efectos de los hechos jurídicos. Concepto de revocación. Revocación real. Revocación obligatoria. 4. El mutuo disenso. Doctrina del derecho común. La escuela francesa. 5. La doctrina italiana clásica. Enseñanza de Fulvio Maroi. 6. La enseñanza de Pérez Vives y de Giorgi. 7. La construcción de Heinrich Siber. Relación jurídica fundamental. Relaciones originadas. El contrato revocatorio como figura orgánica y funcional no remisoria de obligaciones. 8. Doctrina de De Page. 9. La moderna escuela italiana. La doctrina de la "neutralización" de Deiana. 10. La doctrina de la "superación" de Barbero. 11. Nuestra crítica y toma de posición. 12. Naturaleza y función del contrato revocatorio. Los sujetos. 13. Manifestación del acuerdo revocatorio. Sus formas. 14. Retroactividad del contrato revocatorio. 15. Posibilidad de efectos retroactivos convencionales *ex tunc*. Sus límites. Derechos de los terceros.

1. El deseo concorde de los sujetos de un contrato bilateral de ponerle término no sólo para el futuro sino también en el pasado, y considerarlo extinguido definitivamente como si nunca se hubiese celebrado, es problema jurídico grave y delicado que se presenta a veces en la práctica forense, siendo objeto de distintas soluciones teóricas y de las más variadas construcciones doctrinales. No se trata de ponerle término simplemente a derechos y obligaciones que del contrato se derivan, sino de disolver y extinguir la relación contractual misma en su unidad orgánica, apreciada tanto en su estructura como en la plenitud de sus efectos.

Entre las materias que pueden ser objeto del contenido de un contrato, figura la de la extinción de un vínculo jurídico existente entre las partes (art. 1.133 *Cod. Civ.*). Ese contrato tiene fuerza de ley entre ellas, no pudiendo revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la ley (art. 1.159 *eiusdem*). De conformidad con el contenido de estas disposiciones, además de los casos en que la ley misma autoriza la revocación unilateral del contrato en ejercicio de un derecho potestativo o por vía judicial, el acuerdo de voluntades que constituyó la causa eficiente para darle vida a la convención, puede ser también causa eficiente para extinguirla. Frente al acuerdo inicial necesario para dar existencia al contrato, se alza

con posterioridad el consentimiento contrario de las partes destinado a revocarlo: es el *distracto*.¹

Fue siempre un principio pacífico y constante del derecho romano que las relaciones jurídicas derivadas de contratos consensuales podían extinguirse *ipso iure* y por *contrarius consensus* o *mutuus dissensus*, forma de extinción ésta que el jurisconsulto Ulpiano consideraba como la más natural: D. 50, 17, 35. *Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est, ideo verborum obligatio verbis tollitur: nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur*. Era menester para que este efecto disolutivo pudiera efectuarse, que ninguna de las partes hubiera ejecutado o realizado todavía su prestación (*re adhuc integra, si res secuta non fuerit*).²

2. Se ha dicho anteriormente que una de las modalidades del contrato puede ser la de extinguir un vínculo jurídico por el mero acuerdo de los sujetos que lo formaron (*ex voluntate*), siempre que el objeto de ese vínculo sea susceptible de disposición por vía contractual. A esta especie de contrato, si se tiene en cuenta su finalidad y función específicas, puede muy bien dársele el nombre técnico de *contrato revocatorio*, en sentido estricto. En él la intención de las partes no está dirigida a extinguir simplemente obligaciones, sino la relación contractual misma que le sirve de título, considerada como un todo orgánico y centro unitario de la autonomía privada.³ Para expresar el concepto de contrato revocatorio, la doctrina extranjera adopta

¹ Esta expresión casi ignorada de nuestra práctica forense y poco usada por nuestros civilistas, es, sin embargo, expresión correcta y técnica. Ella deriva su validez semántica de las fuentes clásicas, en donde hallamos empleado el sustantivo *distractus* equivalente a *dissolutio* en oposición a *contractus*. Cfr. I, 3, 27, 6; D. 44, 7, 5, § 3. La palabra *distractus* se encuentra frecuentemente en la obra de los comentaristas del derecho común y de los legistas y pragmáticos españoles y lusitanos. Así, Agustín Barbosa, *Tractatus Varii*, Lugduni, 1718, De Appell. verb. iuris. sig. voz "contractus" dice: "*Contractus appellatione venit distractus; quia a pari procedunt et ejusdem sunt naturae... Et hinc sit ut quando contractus celebratur der scripturam, non possit probabo solutio, vel distractio, nisi per aliam aequivalentem*". Para algunos autores el *distracto* es sinónimo de *mutuo dissenso*, que es el acuerdo de las partes de un contrato para dejar sin efecto las obligaciones. Conviene señalar, sin embargo, la opinión del ilustre jurista brasileño Augusto Texeira de Freitas, en nota al artículo 370 de su *Consolidação das leis civis*, que, *in verbis*, dice: "*Distracto o distracte es la disolución del contrato, en continuidad de efectos, por nuevo contrato entre las mismas partes; y no se confunda con dissenso ni con mutuo dissenso. El dissenso es el arrepentimiento de una sola de las partes contratantes, estando el caso re-integra, esto es, antes de cualquier ejecución del contrato. El mutuo dissenso es, en ese estado del contrato, poner ahora in mente el dissenso aceptado por la otra parte*". Véase, además, Bevilacqua, *Direito das obrigações*, 6ª Ed. § 48; Orlando Gomes, *Contratos*, 1959, n. 143.

² Kaser, *Das Römische Privatrecht*, München 1955, I, p. 537; II, p. 322.

³ El término "revocatorio", deriva del verbo latino *revocare* que no tiene en las fuentes romanas un sentido preciso. *Revocare* denota a veces el retiro de la voluntad expresada (r. *voluntatem, donationem, mandatum*), y a veces tiene el mismo sentido y alcance semántico de *rescindere*, esto es, disolver un vínculo jurídico con eficacia obligatoria de futuro (*ex nunc*). Cfr. Mitteis, *Römisches Privatrecht*, 1935, p. 239 nota 12. Algunos autores atribuyen a la voz "revocación" un sentido específico, refiriéndola únicamente a los actos a título gratuito. Otros le dan un alcance amplísimo referible a toda especie de negocios. La autonomía privada que dio vida al contrato, se manifiesta ahora en sentido contrario para extinguirlo, mediante un acto unilateral

distintas denominaciones. Así, por ejemplo, la alemana lo llama *Aufhebungsvertrag* (Oertmann, Lehman), *Auflösungsvertrag* (Henle). La doctrina francesa habla de disolución por voluntad de las partes, considerándolo como uno de los modos de “resiliation des contracts” (Josserand), y la italiana lo denomina “contrato de disolución” (Giorgi).

3. Conforme al principio de la continuidad de los derechos, una vez adquiridos éstos se considera que permanecen existiendo mientras no se demuestre que se ha producido un hecho extintivo de los mismos. Igualmente es de principio que las consecuencias de los hechos jurídicos operan normalmente para el futuro, o sea, que la situación normal es la de la irretroactividad de sus efectos.⁴

La revocación es la terminación desde un cierto momento del estado de cosas que para entonces existía. Ella puede ser obligatoria o real. Enseña Scialoja que se

da la revocación obligatoria cuando por efecto de ella se constituye una obligación a restituir la cosa; y se da por el contrario la revocación real cuando por el efecto de ella se vuelve *ipso iure* al estado anterior... Cuando la eficacia de un hecho se hace retrotraer al primer momento de la constitución de la relación de manera que la persona que readquiere el propio derecho lo obtiene como si no lo hubiese perdido jamás, hay retroactividad. Ésta puede ser también obligatoria y real. El *real*, si *ipso iure, ex tunc* cae todo cuanto se ha producido en el tiempo intermedio, considerándose por el contrario como producido aquello que realmente se hubiere producido si no hubiese habido jamás alteración alguna en la anterior relación jurídica. Se tiene la retroactividad obligatoria cuando todo esto no se verifica *ipso iure*, sino que se constituye una obligación

del mismo autor o por mutuo consentimiento de las partes. Dice Emilio Betti, *Teoría general del negocio jurídico*, Torino 1950, p. 244 y ss., que “la revocación sirve para anular o también sustituir la regulación de intereses dispuesta por el negocio que aún no ha sido ejecutado (*re adhuc integra*), y el cual depende de una situación de hecho que sobrevenga o en razón de la mudanza en la apreciación que la parte hace del propio interés”. En todo caso, los pandectistas consideran que el *contrarius consensus* tiende a la revocación del contrato. Cfr. Windscheid, *Pandektenrechts*, 9ª Ed., vol. II, § 357, nota 5. Véase, además, Adolfo López Domínguez, “Extinción de los contratos”, en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Santa Fe, Rep. Argentina, 1952, núms. 72-73, p. 45, para quien la rescisión es la forma corriente de extinción por mutuo consentimiento de las obligaciones contractuales; Maduro Luyando, *Curso de obligaciones*, Caracas, 1972, p. 542.

La palabra “resiliación” empleada corrientemente por la doctrina francesa y algunos autores españoles e iberoamericanos, no es propiamente voz castiza, bien que puede tener una derivación erudita del verbo latino *resilire* (retirarse, apartarse), que se halla empleado en algunos fragmentos de las fuentes romanas: D. 18, 2, 9... *resilire emptori*; C. 2, 4, 17... *de conventione resiliuisse (transactione)*. La resiliación voluntaria del contrato bilateral por mutuo disenso de los juristas franceses, es lo que aquí denominamos “contrato revocatorio”.

⁴ Cfr. Crome, *Parte Generale del Diritto Privato Francese Moderno*, 1906, p. 222; Windscheid, *Pandektenrechts*, 9ª Ed., I, § 67; Bekker, *Pandektenrechts*, I, § 31; Betti, *Teoria Generale del Negozio Giuridico*, 1950, p. 6 y 29; Coelho da Rocha, *Instituições de Direito Civil Portuguez*, § 52.

mediante la cual quien ha tenido efectivamente el derecho en el tiempo intermedio, está personalmente obligado a restituirlo al precedente titular del derecho en el mismo estado en que se encontraría si nunca hubiese habido en el tiempo intermedio alguna modificación de la relación jurídica.⁵

De todo lo anteriormente expuesto se infiere que las nociones de revocación y retroactividad son diferentes entre sí, de manera que quien dice revocación sin calificativo alguno, no mienta ninguna idea de retroactividad, lo que no empece para que pueda darse el caso de revocación con efecto retroactivo (real u obligatorio) o sin efecto retroactivo. Referidas estas categorías al derecho de propiedad puede decirse con Bonfante (*loc. cit.*, en nota 5) que existe revocación sin efecto retroactivo, cuando la cosa retorna al antiguo propietario pero en su actual condición jurídica, esto es, eventualmente con los derechos y gravámenes constituidos sobre ella en el tiempo intermedio, o, en otros términos, quedando intactos los derechos particulares de los terceros (eficacia *ex nunc*); y que la revocación tiene efecto retroactivo cuando la propiedad retorna al adquirente como ella era para el momento mismo de la enajenación, cayendo todos los derechos y cargas constituidos sobre ella en favor de los terceros en el tiempo intermedio (eficacia *ex tunc*). Se trata indudablemente en este último caso de retroactividad real, *ipso iure*, pero podría ser también simplemente obligatoria lo que, como observa justamente Ferrini (*loc. cit.*, en nota 5), no es verdadera retroactividad.⁶

4. Recordadas estas nociones fundamentales, estudiemos ahora la manera como la doctrina analiza y enjuicia la estructura y naturaleza del mutuo disenso.

Para algunos autores no se trata de una disposición que se ejerce sobre el derecho propio, sino que es aniquilamiento de un contrato bilateral ya constituido, de modo que el contrato se considera como si jamás hubiese existido. No hay aquí renunciaciones o remisiones mutuas que podrían sólo eliminar los derechos recíprocos surgidos en fuerza del acto, sino de absoluta destrucción. La voluntad de las partes que de manera concorde han dado vida al acto, puede sólo quitársela de manera concorde para siempre. Aun en este caso esa voluntad concorde se detiene frente al hecho cumplido

⁵ Scialoja, *Negozi Giuridici*, Roma, 1933, p. 165; Ferrini, *Manuale di Pandette*, 1917, n. 105; Bonfante, *Corso di diritto romano*, 1928, vol. II, Sez. II, p. 276; Salvatore Romano, voz "Revoca (Diritto Privato)", en *Novissimo Digesto Italiano*, xv, p. 808; Talamanca, "Osservazioni sulla struttura del negozio di revoca", en *Riv. Dito. Civ.*, 1964, parte I, 150. Jambu-Merlin, "Essai sur la rétroactivité dans les actes juridiques", *Rev. trim. droit civ.*, 1948, p. 271.

⁶ Para un esquema de las cuatro posibles combinaciones que pueden darse teóricamente entre revocación y retroactividad, *cfr.* Bigiavi, "Irretroattività della risoluzione per inadempimento", en *Riv. Dito. Com.*, 1934, Parte Prima, p. 698.

de una ejecución comenzada, en cuanto al mutuo disenso opera sólo *si res adhuc integra sint.*⁷

Otros autores se expresan en los siguientes términos:

La revocación que resulta del consentimiento manifestado en sentido contrario por las partes contratantes, no produce sus efectos sino para el porvenir, no en el pasado. El pasado no pertenece más a las partes contratantes y no está en su poder suprimir lo que él contiene. Los efectos que el contrato ha producido en el pasado serán, pues, mantenidos; su aniquilamiento podría lesionar los derechos adquiridos por terceros. Por tanto, si yo te vendo mi casa mediante un cierto precio, esta convención te hace inmediatamente propietario; meses después convenimos en que la venta se considerará como no efectuada. ¿Resultará entonces de esta nueva convención que la venta ha de considerarse como si nunca hubiese existido y, por tanto, que debe reputarse que tú jamás has sido propietario de la cosa y que yo no he dejado jamás de tenerla? No, nuestra nueva convención no obrará sino en el porvenir; ella tendrá solamente por resultado retransferir la propiedad que la venta te había transmitido, de modo que en mi derecho de propiedad habrá una solución de continuidad que nuestra voluntad común no puede hacer desaparecer.⁸

El mutuo disenso, como se ha dicho en nota 3, es más generalmente conocido y estudiado por la escuela francesa con el nombre de *resiliación convencional* o *amigable*. Su efecto consiste en liberar al deudor de sus obligaciones todavía existentes (*nondum secuta*), pero ineficaz para obrar sobre las ya realizadas, teniendo, por tanto, simple eficacia *ex nunc*. Con la resiliación convencional se opera un nuevo acto de enajenación que tiene idéntico contenido del acto revocado, pero con efecto inverso. El efecto retroactivo que se produce cuando el acto anterior es anulado o resuelto, no se produce cuando se trata de una resiliación convencional. Frente a la eficacia *ex tunc* de aquéllos, está la eficacia *ex nunc* de ésta. En tratándose de contratos a prestaciones sucesivas, con

⁷ Fadda y Bensa, notas al *Diritto delle pandette* de Windscheid, vol. iv, Torino, 1926, p. 398. En el derecho austríaco el contrato revocatorio (*Aufhebungsvertrag*) tiene efecto retroactivo, de forma que el contrato revocado se considera como que nunca ha existido, que queda completamente extinguido. Si una parte ha cumplido ya su prestación, debe serle restituida con sus frutos, ya que se ha extinguido la causa de la misma. Sin embargo, la retroactividad no se extiende a los derechos reales surgidos en el tiempo intermedio ni a los derechos fiscales ya percibidos. Con respecto a éstos, la retroactividad no se produce, de manera que los impuestos ya percibidos no se restituyen, pagándose los que se causen por el contrato revocatorio. Cfr. Ehrenzweig, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, Wien, 1928, vol. II, p. 355, II.

⁸ Baudry-Lacantinerie y Barde, *Delle obbligazioni*, vol. I, n. 339. Esta es la doctrina generalmente adoptada por los sistemas que siguieron la tradición del derecho común, informados en las fuentes romanas. Cfr. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 5ª Ed., vol. IV, p. 573, para quienes, cuando se trata de contratos traslativos o constitutivos de derechos reales, la disolución del contrato, aunque posible entre las partes, no lo es en verdad en lo que concierne a los terceros, respecto de los cuales ella constituye una retrocesión; Zachariae-Crome, *Manuale del diritto civile francese*, 1907, vol II, § 328.

duración determinada, la resiliación anticipada no hace sino adelantar prácticamente el momento de su expiración.⁹

5. La doctrina italiana clásica sigue las mismas directivas dogmáticas de la escuela francesa. La encontramos claramente resumida por Fulvio Maroi en los siguientes términos:

Tal noción (mutuo disenso) no es aplicable cuando el contrato haya recibido ejecución o por lo menos ésta se ha iniciado. El principio "*quod factum est infectum fieri nequit*" vuelve entonces a aplicarse en toda su extensión y se hace necesario un nuevo contrato obligatorio en dirección inversa al precedentemente concluído; pero en este caso y siempre que se trate de contratos traslativos o constitutivos de derechos reales, la eliminación de las consecuencias ya verificadas no tiene nunca efecto retroactivo: la revocación opera *ex nunc* lo cual tiene especial importancia en relación con los derechos que los terceros hayan podido adquirir *medio tempore* para los cuales la convención extintiva constituye más bien una retrocesión.¹⁰

Esta es también la posición adoptada por nuestros civilistas.

6. Frente a esta respetable enseñanza, la doctrina moderna ha tratado de dar del contrato revocatorio diversas explicaciones que varían en alcance y significación dogmática. Para el profesor Álvaro Pérez Vives, de la Universidad Nacional de Colombia, dada la imprecisión de la terminología usada para denominar el fenómeno que se produce por el mutuo disenso, emplea para calificarlo las expresiones *revocación* y *resiliación*, según que se produzca efecto *ex tunc* o solamente *ex nunc*:

La revocación, dice, sólo puede tener lugar respecto a los actos de ejecución instantánea. En realidad y contrariamente a la opinión dominante, lo que se aniquila no es el acto jurídico que se dice revocado, sino sus efectos. Dicho acto como tal es un hecho cumplido; produjo determinados efectos y ha constituido el título con que las partes amparan los derechos adquiridos en virtud de él. La revocación implica la celebración de un nuevo acto en virtud del cual se extinguen retroactivamente los efectos del primero merced al cumplimiento de los efectos del segundo. Por ello dice el Código que son las obligaciones las que se extinguen; porque las nacidas del acto revocado, si no se han cumplido, desaparecen; y si se han cumplido, las partes van a deshacer lo hecho, mediante los efectos del nuevo contrato. Así, por un contrato una persona dio en venta al otro una cosa; convienen luego las partes en deshacer el negocio, recibiendo nuevamente cada una de ellas lo que dio: el vendedor la cosa y el comprador el precio. Fácil es ver que el contrato original permanece inalterado; sencillamente las partes han convenido en celebrar una

⁹ Planiol, Ripert y Boulanger, *Traité Elementaire de Droit Civil*, 3^a Ed., t. II, p. 171; Zachariae-Crome, *loc. cit.*

¹⁰ Voz "Irrevocabilità", en el *Dizionario Pratico del Diritto Privato*, de Scialoja, vol. III, p. II, p. 444., y la voz "Obbligazione", vol. IV, p. 313 b).

nueva venta, al revés; la parte originariamente vendedora, pasa a ser ahora compradora, y viceversa.¹¹

Para Giorgi el *mutuo disenso* es una especie de condonación o remisión recíprocas que los dos contratantes hacen de las obligaciones nacidas del precedente contrato bilateral; diferenciándose de la remisión propia y verdadera porque no es nunca gratuita y porque produce disolución necesaria del contrato.¹²

7. Ninguna de estas doctrinas corresponde a la realidad del fenómeno estudiado. Su error fundamental consiste en no distinguir ni separar con la necesaria precisión científica entre la causa extintiva de las obligaciones, de una parte, y la del contrato, de la otra. Ya Henrich Siber, en Alemania, había llamado particularmente la atención sobre este punto, al distinguir y aislar cuidadosamente las varias obligaciones que se extinguen con la realización de los correspondientes derechos de crédito quedando, sin embargo, en pie la relación jurídica fundamental de que unos y otros se originan, y esa misma relación jurídica fundante apreciada en su unidad orgánica, teleológica y funcional. Quedaron así plenamente definidas y separadas en el plano teórico y dogmático las relaciones de obligación individualmente consideradas (*Schuldverhältnisse, Einzelforderungen*), de la relación jurídica fundamental de la cual aquéllas se originan (*Rechtsgrundverhältnis*). Este análisis teórico vino a explicar y a esclarecer la naturaleza y estructura del contrato revocatorio. Antes de haberse realizado este deslinde conceptual, la teoría dominante entre pandectistas y civilistas consideraba que el *mutuo disenso* era una modalidad del contrato de remisión unilateral o bilateral, según que se tratase de extinguir obligaciones de tal índole, y no una

¹¹ *Teoría general de las obligaciones*, Bogotá, 1955, segunda parte, n. 578 y ss. En esta enseñanza del jurista colombiano hay mucho de verdad, advirtiéndose en su doctrina una explicación más exacta de la realidad jurídica. Es evidente que el restablecimiento del *statu quo ante* por el acuerdo revocatorio, sólo puede referirse a las consecuencias producidas en el mundo jurídico, jamás en el mundo real de los hechos. No puede pretenderse que lo que ya ha sido realizado por las partes del contrato original en el mundo de la naturaleza se considere como no efectivamente efectuado o cumplido: declaraciones documentadas, entrega material de las prestaciones a que el acto se refiere, protocolización de documentos, percepción de derechos fiscales, etcétera. "El ordenamiento jurídico, dice Helwig, *Grenzen der Rückwirkung*, Giessen, 1907, p. 6, no puede ordenar que el mundo de los hechos sea distinto de como lo ha sido en realidad... Las disposiciones del ordenamiento jurídico sólo producen efectos en el mundo ideal del derecho." El supuesto hipotético ya realizado de una norma, como hecho histórico concreto, escapa a la voluntad soberana del hombre; los eventos y situaciones fácticas realizadas en el tiempo son irreversibles; sólo las consecuencias normativas que surgen de su realización (disposición), pueden ser reguladas y dirigidas a su voluntad. Únicamente la esfera ideal donde se producen las imputaciones del deber ser jurídico caen en el dominio de su liberatd, y ello porque las consecuencias no son hechos que forman parte de los objetos mundanales, sino objetos culturales, juicios lógicos de valoración. Cfr. Recaséns Siches, *Vida humana, sociedad y derecho*, México, 1952, p. 37; García Maynez, *Introducción a la lógica jurídica*, 1951, p. 180; Miguel Reale, *Filosofía do direito*, São Paulo, 1965, n. 82; Carnelutti, *Teoría general del diritto*, 1951, p. 323.

¹² *Teoria delle obbligazioni*, 1927, VII, n. 330.

figura propia y autónoma. A su sagacidad investigadora escapó completamente la relación jurídica fundamental, el contrato que se quería extinguir, que quedó en la sombra, fuera del campo de observación. La doctrina de Siber fue adoptada y seguida por los civilistas posteriores, y estimamos que ella es igualmente válida para nuestro derecho. En conformidad con su enseñanza, el contrato revocatorio constituye una figura especial, distinta y separada del verdadero y propio acuerdo remisorio de obligaciones. Él es bilateral, atípico, no está formado por dos remisiones separadas y distintas de obligaciones. La extinción de derechos y obligaciones no se presenta al espíritu de las partes como motivo y propósito inmediato de sus recíprocas voluntades, sino que su intención y motivación determinante en su ánimo, es el designio común de aniquilar la relación jurídica fundamental; menos todavía está en su intención realizar una operación “al revés”, una “reventa”.¹³

8. El nuevo derrotero así señalado, fue seguido por la gran mayoría de los modernos civilistas. De Page, en Bélgica, enseña: “Debe distinguirse, en primer término, entre causas de extinción de los contratos y causas de extinción de las obligaciones. El Código mismo confunde a menudo obligaciones y contratos. El contrato no es una obligación sino una fuente de obligaciones”.¹⁴

9. La escuela italiana, además de los estudios ya clásicos sobre el mutuo disenso se ha ocupado recientemente de analizar, con especial cuidado, la estructura y naturaleza de esa figura jurídica. Así, para Deiana la expresión “contrario consenso” no sirve para indicar un negocio típico, sino una categoría de negocios caracterizados solamente por el hecho de darles vida para neutralizar los efectos producidos por un precedente contrato, contra el cual ellos se dirigen. Entre esos varios negocios no existe una identidad

¹³ Cfr. Siber, *jährbücher für Dogmatik* (Jherings) 70, p. 278; *Schuldrecht*, Leipzig, 1931, § 46; Oertmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin, 1928, Erste Abteilung, p. 360; von Tuhr, *Allgemeiner Teil*, I, p. 130, 2; Enneccerus — Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, 1958, § 74, 3. Esta doctrina tiene, sin embargo, antecedentes claros y precisos en el derecho romano, en donde el *contrarius consensus* extingüía no sólo las obligaciones surgidas del contrato, sino el contrato mismo, como aparece de los fragmentos D. 18, 1, 6, 2; D. 18, 5, 2, en los cuales Pomponio habla de *abiri a tota emptione* y *discedere a priori emptione*, respectivamente. Mas, dado el penetrante análisis que la construcción de siber tiene dentro de la teoría general del contrato y su significación teórica y dogmática, podría tal vez calificársela de “descubrimiento jurídico”, adoptando la expresión de Hans Dölle (*Juristische Entdeckungen* Tübingen, 1958).

¹⁴ De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 2ª ed. II, n. 752. Enseña que la confusión de cosas y palabras en la materia relativa a la disolución de los contratos son, desgraciadamente, muy frecuentes en la práctica, y agrega: una mala terminología oculta muy a menudo un error en la comprensión jurídica exacta. Ya Ferrini había observado con aguda penetración que en los contratos que crean relaciones permanentes, una cosa es la disolución y cesación de la relación duradera fundamental y otra la extinción de las obligaciones que de ellas se han originado, siendo cosas muy diversas pero que muchos confunden. Para más amplia información y desarrollo de la doctrina del gran romanista, véase la voz “Mutuus Dissensus” en *Enciclopedia Giuridica Italiana*, vol. x, part. III, p. 988.

de contenido sino solamente de función. El *contrarius consensus* implica un transferimiento de propiedad y la obligación de pagar el precio, pero, sin embargo, no es una compraventa, sino un contrato innominado caracterizado por una función típica que es la de destruir la situación concreta del primer negocio y de neutralizar sus efectos. A diferencia de la anulación, el contrario consenso no hace desaparecer el contrato contra el cual se dirige, ni destruye los efectos producidos por éste, que vienen a ser solamente neutralizados. Su función es sólo neutralizarlos en todo o en parte, mas no el de modificarlos.¹⁵

10. Dentro de este mismo espíritu sistemático del profesor de Turín, se mueve Barbero, quien enseña:

El *contrarius consensus* no es tanto la destrucción del contrato precedente como hecho jurídico ya ha producido sus efectos, sino más bien la superación de estos mismos efectos. Él es, como hecho, un nuevo contrato (atípico) con el cual las partes persiguen un *intento contrario* al perseguido con el contrato precedente, al cual sigue un nuevo *precepto legal* de contenido también contrario, es decir, *efecto contrario* al emanado en base al contrato precedente. Esto significa que el fin perseguido por las partes mediante el contrario consenso, esto es, mediante un contrato de contenido —o intento— contrario al precedente, no se consigue retrocediendo sobre la posición *quo ante*, sino progresando a posiciones nuevas, eventualmente iguales pero no necesariamente idénticas a las posiciones precedentes.

De esto deriva, entre otros efectos, que el contrario consenso no tiene *eficacia retroactiva legal* sino solamente voluntaria, esto es, sólo referible al *contenido concreto* del “*contrarius consensus*”, y con base en la apreciación de ese contenido.¹⁶

11. Las teorías de la “neutralización” y de la “superación” de los profesores italianos, con ser sugestivas y penetrantes, no nos parece que den del fenómeno en estudio el sentido de su íntima realidad y naturaleza. Estas deben buscarse en la causa del contrato revocatorio y no *aliunde*. Es el momento funcional unitario del fin objetivo que con su celebración persiguen las partes, el que viene a determinar su estructura y naturaleza; y ese fin objetivo-causal no es otro que el de revocar y extinguir en virtud del mutuo acuerdo de voluntades (consentimiento) de las partes, el contrato anterior considerado no como *hecho*, sino como *relación jurídica fundamental*.

La “neutralización” de los efectos del negocio jurídico, así como la “superación” de los mismos, están afuera de la noción de causa jurídica, *stricto sensu*, constituyen momentos subjetivos del negocio revocatorio, motivos económicamente atendibles, y nada más. El contrato revocatorio figura como

¹⁵ Deiana, “*Contrarius Consensus*”, en *Rivista di Diritto Privato*, vol. ix, 1939, parte prima, pp. 89-163. Estudio fundamental que, además de su importante contenido doctrinal y dogmático, cita amplia bibliografía.

¹⁶ Barbero, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, 3ª Ed., I, n. 290.

un hecho extintivo de la relación jurídica fundamental anterior, con eficacia normalmente *ex nunc*.¹⁷

12. El contrato revocatorio tiene una doble naturaleza y función. Es constitutivo de una relación jurídica nueva entre las partes, y extintivo de una relación jurídica anterior. Esta fisonomía peculiar no se pone generalmente de relieve, llamando sólo la atención el intento empírico práctico de los contratos de poner término y extinguir la relación jurídica precedente. Como contrato constitutivo que es de una relación nueva, deben concurrir en él todos los requisitos objetivos y subjetivos propios de los contratos para su validez y eficacia. El acuerdo revocatorio o consentimiento puede manifestarse de manera tácita, no siendo necesaria una manifestación expresa o explícita de voluntad, con exclusión de la manifestación tácita, desde luego, de los contratos o actos jurídicos solemnes.¹⁸

El contrato revocatorio debe celebrarse necesariamente entre las mismas partes que formaron el contrato revocado o sus sucesores a título universal o quienes les hayan sucedido en fuerza de una cesión o transmisión a título particular del contrato, ya que “es siempre la misma autonomía privada que ahora se desarrolla en sentido contrario destructivo del vínculo que ellos (las partes) habían concurrido a formar.”¹⁹

13. En cuanto a la forma en que debe manifestarse la voluntad revocatoria, *doctores certan*, para algunos el criterio que debe seguirse a este respecto es el de “la identidad o correspondencia del *contrarius actus*, por el cual la disolución o modificación del vínculo que se ha contraído, debe seguir

¹⁷ Cfr. Betti, *op. cit.*, p. 245, para quien la revocación del negocio, entre cuyas especies figura el mutuo disenso, tiene por objeto el precepto de la autonomía privada y no el hecho de la declaración, inmutable como hecho pasado, ni tampoco la sola relación jurídica nacida del negocio. Advierte en nota 10 que esta última visión corresponde a quienes conciben el *dissolvi* por *contrarius consensus* como remisión bilateral de obligaciones nacidas del precedente contrato, sin percatarse de la diferencia ya advertida por Juliano D. 18, 5, 5 pr., 1, entre *discedi a negotio* y *dissolvi*, esto es, la diferencia entre retractación y disolución del contrato.

¹⁸ Oertmann, *op. cit.*, p. 361; von Tuhr, *Partie générale du Code Fédéral des Obligations*, 1934, II, p. 561; Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni*, 1948, vol. III, n. 278 b). Este último autor enseña: “Puede ser suficiente el largo silencio y la actitud pasiva de los contratantes. En tal caso, ante una demanda de cumplimiento o resolución del contrato tardíamente intentada, podría responder el demandado diciendo que el contrato no existe, por haberse extinguido por mutuo disenso tácito”. De conformidad con los principios generales que rigen el sistema probatorio, corresponderá al demandado que alegue la extinción del contrato por mutuo disenso, probar su afirmación, con todos los medios legales que tenga a su disposición, sin ninguna limitación, siendo muy importante a tal propósito la prueba de confesión judicial (posiciones juradas). Cfr. Brugi, *Rivista del Diritto Commerciale*, 1922, II, p. 435; *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1934, p. 841, n. 27. Véase una interesante sentencia de la Corte de Casación francesa (Cam. Civ. 1^a Secc. Civ., 22-11-1960) en *Recueil Dalloz*, 1961, Jurisprudence, p. 89, con nota de G. Holleaux. En ella se trata de la revocación de una convención por disenso tácito de los contratantes, no sujeta a ninguna condición de forma y cuya apreciación corresponde a los jueces del fondo.

¹⁹ Cfr. Genovesi, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, 1949, p. 154 y ss. Betti, *op. cit.*, p. 245. Ya el jurista Paulo enseñaba: *Diximus dissensu solvi societatem: hoc ita est, si omnes dissentium* (D. 17, 2, 65, § 3).

las mismas formas y observarse los mismos requisitos para la creación del negocio que se revoca".²⁰

Para otros autores el contrato revocatorio no está sujeto al cumplimiento de las mismas formalidades y requisitos establecidos para el negocio que se revoca, aplicándose el principio general de la libertad en la elección de los medios de manifestarse la libertad contractual.²¹

Esta última doctrina es la que corresponde al estado actual del derecho positivo venezolano. Excluidos los casos en que la ley requiere como necesidad de forma que el contrato conste por escrito, las partes del contrato revocatorio son libres en la elección de los medios que estimen apropiados para exteriorizar y poner en práctica su voluntad revocatoria del contrato anterior. El acuerdo revocatorio una vez perfeccionado, extingue, en principio, dicho contrato con efectos inmediatos y de futuro. Tales efectos se producen *ipso iure*, con alcance puramente *ex nunc*, de forma que los derechos que fueron constituidos válidamente por el titular del contrato revocado, quedan en vigor.

14. Pero la intención de las partes puede estar dirigida a obtener mediante el contrato revocatorio efectos aún más extensos y profundos de aquellos que se derivan de la mera revocación contractual antes señalada. Puede ser que la simple revocación no satisfaga el propósito práctico que ellas persiguen para la cabal satisfacción de sus intereses. Los contratantes se proponen alcanzar mediante el acuerdo revocatorio el restablecimiento absoluto de la situación jurídica que existía antes de la celebración del negocio que se revoca, a tal punto de considerarse como si nunca se hubiese celebrado. Tal designio sólo podrán conseguirlo atribuyéndole al contrato revocatorio eficacia retroactiva, *ex tunc*. Ahora bien: ¿podrán acordarse válidamente las partes para atribuir a ese acuerdo revocatorio eficacia retroactiva?

La teoría de la retroactividad como parte importante de la doctrina general del derecho sólo se ha desarrollado con especial cuidado y amplitud en el ámbito de validez de la ley en el tiempo y en el de la eficacia de los actos jurídicos legalmente resolubles y condicionales. Una retroactividad con efectos propios y autónomos, *ex post facto*, que pretenda tener causa y vigencia en la sola voluntad negocial de los interesados, sin fundamento directo alguno en una norma positiva que la reconozca, es generalmente desconocida o negada por la gran mayoría de los autores. Es así como vemos que esa retroactividad convencional está rotundamente descartada por von Tuhr y Messineo, para quienes la eficacia retroactiva de un acto jurídico es de carácter excepcional y sólo puede serle conferida por el legislador, estando excluida del dominio de la autonomía privada.²²

²⁰ Cfr. Betti, *op. cit.*, p. 245.

²¹ Genovesi, *op. cit.*, p. 157; Leonhard, *Allgemeines Schuldrecht des BGB.*, 1929, § 125: "La extinción de un negocio jurídico no necesita de la forma prescrita para no constitución."

²² Cfr. Von Tuhr, *op. cit.*, II, p. 28; Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 1957. vol. I, p. 446, 3; Deiana, *op. cit.*, p. 104.

De conformidad con esta enseñanza, el problema práctico que la teoría de la retroactividad pretende resolver, sólo se plantearía a la política legislativa y a la técnica jurídica, no a los particulares quienes únicamente podrían valerse de los medios previstos por la ley, siendo la voluntad de los interesados impotente para crearla. En otros términos: las partes no podrían producir consecuencias jurídicas retroactivas imputables exclusivamente a su acuerdo de voluntad. Sólo el ordenamiento jurídico positivo podría ser la fuente originaria creadora de consecuencias jurídicas, jamás el simple acuerdo de voluntades de los particulares.

15. En un ordenamiento jurídico individualista y liberal como el nuestro no debe existir principio dogmático alguno para que las partes interesadas en la satisfacción de necesidades patrimoniales, obrando dentro del ámbito lícito de la autonomía contractual, puedan estipular válidamente que la revocación de un contrato anteriormente celebrado tenga entre ellas eficacia real y efecto retroactivo, *ex tunc*.²³

La admisión de una *retroactividad convencional* por una parte de la doctrina francesa, ha sido sostenida y analizada por Maurice Gégout en un brillante estudio en el cual parte de la observación que la intención presumida de las partes es tomada en cuenta para determinar la retroactividad admitida por la ley en ciertos actos jurídicos, lo que permitiría explicar que las partes pueden convenir expresamente en que sus acuerdos tengan ciertos efectos en el pasado. A este respecto el profesor de Nancy dice:

Normalmente los efectos del contrato revocado por mutuo disenso cesan para el porvenir; mas, a lo menos si el contrato ha recibido ejecución total o parcial, la destrucción de ese contrato no opera retroactivamente. Ahora bien: las partes pueden tener interés en estipular expresamente esta retroactividad que no aceptan los principios. Es absolutamente cierto que deben quedar reservados los derechos del fisco; pues sería muy fácil a los contratantes usar de este medio para escapar a las exigencias de la ley fiscal. Pero, establecido esto, podría existir interés práctico en un mutuo disentimiento con retroactividad así limitada en sus efectos.²⁴

²³ Entre las consecuencias derivadas del principio de la autonomía de la voluntad está la de que los particulares pueden celebrar entre sí todos los actos jurídicos que tengan a bien, y aun inventar otros por combinaciones inéditas, no teniendo otros límites que el orden público. Los efectos de las obligaciones son aquellos que han sido queridos por las partes, salvo las reservas atinentes al orden público. La manifestación más conspicua de esa autonomía privada es la libertad de contratar, que sólo encuentra en la ley sus limitaciones, ya porque el propósito práctico o empírico a que la voluntad tiende no está permitido, o porque está imperativamente ordenado. Ninguna norma jurídica positiva prohíbe a los particulares celebrar contratos revocatorios con efecto retroactivo, en tratándose de materias patrimoniales que no atañen al orden público y a las buenas costumbres. De ahí que estando esa conducta de las partes jurídicamente permitida, no puede estar al propio tiempo jurídicamente prohibida. *Cfr.* García Maynez, *op. cit.*, p. 166, y especialmente Demogue, *Traité des obligations en general*, I, p. 82.

²⁴ *Cfr.* Gégout, "Essai sur la rétroactivité conventionnelle", *Rev. crit. de leg. et jur.*, 1931, p. 289 y ss.

Con fundamento en las consideraciones expuestas en el curso del presente trabajo, somos de opinión que en el ordenamiento jurídico positivo venezolano existe la figura del contrato revocatorio, *stricto sensu*, y al cual las partes pueden atribuirle eficacia retroactiva, *ex tunc*, en los términos y con las limitaciones que han quedado expuestos, aun con eficacia real entre ellas. Es obvio que tal retroactividad convencional no puede alcanzar e invalidar los derechos que fueron bien adquiridos por terceras personas durante la vigencia del contrato revocado y que en él encuentran el título inmediato de adquisición, que debe respetarse y mantenerse. Cuando el contrato revocatorio se celebra *re adhuc non integra*, se presentan generalmente graves inconvenientes prácticos de difícil solución. En caso de duda sobre si el contrato revocatorio tiene o no efecto retroactivo según la intención de las partes, el intérprete debe acoger y seguir la interpretación normal de atribuir a la declaración de los interesados, efectos meramente extintivos del contrato anterior, con eficacia *ex nunc*.