

## EXPECTATIVA

Por el Dr. Rafael Martínez Sarmiento

Expectativa es la esperanza de un derecho suspensivo condicional, adquirida por un título jurídico ajeno, es decir, proveniente de la ley o de un tercero en un testamento o contrato.

Para entender la expectativa es menester deslindarla de cinco figuras jurídicas colaterales, que dan asa a confusiones: el derecho adquirido, el derecho facultativo, el derecho condicional, el derecho eventual, y el simple derecho.

La expectativa es una esperanza, pero no como la virtud teológica de los católicos ni como la que nos acompaña en el curso del periplo vital, ni tampoco como la que abrigan las partes en los contratos aleatorios, pues en estos últimos casos el álea es precisamente el objeto de la contraprestación.

**DERECHO ADQUIRIDO.**—El criterio clásico de la distinción entre derecho adquirido y expectativa fue expuesto por primera vez en la disertación de Blondeau, publicada por Sirey en 1809. Con frecuencia, anotan Colin y Capitant, es imposible determinar con cierta precisión en qué casos hay simple expectativa y en qué otros derechos adquiridos.

En algunos países el problema de las leyes retroactivas es simplemente judicial, que solo obliga al Juez, pero no al legislador. En Colombia, según la Constitución, no se pueden vulnerar los derechos adquiridos, lo que sirve para explicar la inexequibilidad de las leyes que desconocen situaciones jurídicas concretas, según la expresión de Bonnecase. Ni el legislador ni los Jueces pueden expedir ni aplicar leyes retroactivas, por prohibición constitucional.

El derecho transitorio o intemporal es el destinado a resolver los conflictos sobre el tiempo en la aplicación de las leyes. Estos conflictos dan ocasión al surgimiento de tres clases de leyes: las supervivientes, que son aquellas que conservan su vigor durante el imperio de la ley nueva; las retroactivas, que vulneran derechos adquiridos, o sea derechos

concretos que tienen una manifestación objetiva, respaldada por un título de adquisición, como la propiedad de un edificio, empresa, almacén o periódico y, por último, las retrospectivas, que no se aplican sino a situaciones futuras, para gobernar, sin suprimir, el ejercicio de los derechos adquiridos o para cercenar las expectativas. Son leyes retrospectivas las procesales, probatorias, de orden público o interpretativas, que se aplican inmediatamente.

La teoría de los derechos adquiridos, enunciada primero por Merlin, ha sido combatida desde el siglo pasado hasta el presente por la mayoría de los autores, tanto europeos como americanos, apesar de lo cual sigue vigente en el derecho Universal.

Baudry Lacantinerie y Houques-Fourcade escriben: "Según nosotros, por derecho adquirido es necesario entender las facultades regularmente ejercidas y por expectativas o intereses aquellas que no lo habían sido todavía en el momento del cambio sobreviniente de legislación" (Tomo 1o. Número 134. Ed. 1907).

El doctor Luis Felipe Latorre resume lo dicho así: "Realizado el modo nace el derecho, es decir, se crea ese derecho adquirido, sin mas requisito. El ejercicio de ese derecho es cosa posterior y muy distinta" (Trabajos Jurídicos. Tomo III, pág. 192). Lo mismo que Laurent: "Desde que el derecho sea transmitido (o constituido agregado yo) es adquirido en el sentido estricto de la palabra".

Gierke define: "Deben ser considerados como derechos adquiridos los derechos que pertenecen a sus sujetos en virtud de un título especial de adquisición".

Huc, fiel a la vieja concepción de la acción, consideraba como derecho adquirido toda ventaja cuya conservación o integridad está garantizada a favor del sujeto investido por una acción o por una excepción.

En España e Iberoamérica lo mismo que en Alemania e Italia prevalece la doctrina de la autonomía de la acción, la que no ha contado con la aceptación general en Francia, por lo que no es raro que Bonnecase sostenga: "El derecho, en la teoría de Huc, corresponde a la situación jurídica concreta en la nuestra y el interés a la situación jurídica abstracta".

La acción, en último análisis, no es sino el movimiento del Estado, provocado o espontáneo, tendiente a establecer una relación jurídica concreta por medio de un fallo. Por esto el Juez aspira a la legalidad como el legislador a la justicia, sin que el hecho de no obtenerlas afecte la fuerza de sus providencias; no hay sentencias ilegales ni leyes injustas, después de ejecutoriadas o promulgadas.

Hablando estrictamente es metafísicamente imposible la existencia de leyes retroactivas pues ni Dios mismo, que es omnipotente, puede obrar sobre el pasado. Por tanto, leyes retroactivas, en sentido estricto, son aquellas que lesionen derechos constituidos o adquiridos al amparo de una ley vieja. Y, por consiguiente, afectan situaciones jurídicas concretas supervivientes.

No obstante, en el léxico jurídico cuando se habla de leyes retroactivas se entienden las retrospectivas, que son las que regulan la vida de los derechos antiguos al amparo de las leyes nuevas y, por consiguiente, se refieren exclusivamente a los efectos futuros de relaciones jurídicas surgidas en el pasado. Para entender esta retroactividad de menor grado es menester una noción clara del derecho y de su ejercicio, que son fenómenos distintos tanto en su dinámica como en su tiempo y, además, saber lo que es orden público, contra el cual no puede existir derecho particular alguno.

Los juristas, al estudiar los derechos adquiridos, comienzan con el apunte gramatical de que la expresión es pleonástica, puesto que todo derecho es adquirido o no es derecho. No solo el derecho adquirido ha sido víctima de tal especie de reparos léxicos, pues tampoco se han librado de ellos locuciones forenses tan arraigadas como acto inexistente, abuso del derecho, mera expectativa, contrato condicional, etc. Apuntan que si hay acto, no puede decirse inexistente; si se presenta el abuso no existe el derecho; que lo condicional es la obligación, que es el efecto, pero no el contrato, que es la fuente; que la voz mera redundante antes de expectativa etc. Para corregir estos supuestos deslices idiomáticos se han ideado expresiones sinónimas, como derechos perfectos, constituidos, situaciones jurídicas concretas, derechos patrimoniales actuales. Estas quisicosas son meta o extra jurídicas, de ámbito estrictamente semántico que recojo por simple vía de información.

**DERECHO FACULTATIVO.**—Es derecho facultativo el que ingresa al patrimonio por su simple aceptación. En la estipulación a favor de otro, el tercero beneficiario, si acepta, adquiere derecho a lo estipulado, luego, más que una expectativa, el favorecido cuenta con un derecho facultativo, cuya adquisición pende de su simple voluntad. Otra especie de derecho facultativo es el que tienen los asignatarios para aceptar o repudiar la asignación. Los bienes relictos se adquieren por la delación, que es el instante en que se defieren los derechos hereditarios pero el asignatario es libre para aceptar o no la herencia. Las leyes otorgan una acción subrogatoria a los acreedores del heredero para aceptar en su lugar la herencia deferida, mientras que en el caso de los dere-

chos facultativos otorgados al beneficiario de una estipulación, no se reconoce tal acción subrogatoria a los acreedores del favorecido con la estipulación, que está en mora de aceptarla o que la repudie. Por tanto, hay dos clases de derechos facultativos: aquellos en que preexiste un derecho deferido, como en la hipótesis del asignatario, y aquellos en que no preexiste ningún derecho, sino que éste surge por la simple aceptación.

La expectativa no está en nuestro patrimonio como simple derecho, es decir, facultad sobre una cosa o prestación, ni como derecho adquirido, o fruto del ejercicio de tal facultad. El granjero tiene la potestad de explotar su finca, lo que es un derecho, y derecho adquirido sobre sus sementeras y plantaciones, que son el fruto del derecho de explotación mencionado.

**DERECHO CONDICIONAL.**—El derecho condicional es aquel cuyo nacimiento o extinción está sujeto a una condición, suspensiva, resolutoria o actual, para seguir la novedosa clasificación de Angel Ossorio en su anteproyecto de Código Civil Boliviano (artículo 710). Según este maestro, la condición actual, que se asemeja al cargo del Código Argentino o al modo del Chileno es aquella que gravita sobre las obligaciones desde el primer momento sin esperar a que ocurra ningún suceso para comenzarlas o para terminarlas.

Es menester deslindar las nociones de expectativa y derecho condicional, pues éste pende del cumplimiento de una condición contractual, que obliga a las partes mientras que aquella pende también de una condición, pero extracontractual, de origen legal, como la de los legítimos en las asignaciones forzosas, o provenientes de un tercero, como el testamento en los asignatarios no forzosos o el fideicomisario en la propiedad fiduciaria constituida entre vivos.

El derecho condicional se transmite por causa de muerte mientras que la expectativa se extingue.

Este principio general, lo consagra el proyecto del doctor Angel Ossorio en el siguiente texto: "Mientras esté pendiente la condición, el fideicomisario no tendrá sobre la cosa derecho alguno sino la simple expectativa de adquirirlo". (artículo 496).

He citado a este autor, porque en el artículo 1617 consagra el siguiente principio revolucionario, muy digno de estudio, que separa su Proyecto de los Códigos conocidos: "El heredero o legatario instituido bajo condición, que muere antes de que la condición se cumpla, no transmite derecho a sus herederos si la condición fuese personal suya, pero se le transmite si fuere de otra índole".

En resolución el derecho condicional es transmisible mientras la expectativa es intransferible por causa de muerte; la expectativa es intransferible por acto entre vivos mientras el derecho condicional es negociable. En síntesis, el titular de una expectativa es sujeto meramente pasivo, en quien nace y vive y se extingue esta prerrogativa jurídica sin que tenga otra potestad que la de defenderla por medio de acciones conservatorias.

**DERECHO EVENTUAL.**—Es cierto que en el lenguaje curialesco derecho eventual es sinónimo de derecho condicional, pero estudiando a fondo el punto se concluye que derecho eventual no es sino el de la persona que está por nacer, a quien se nombra curador de bienes y cuya vida protege con especial esmero el legislador. La existencia, para el titular del derecho, no es una condición sino el presupuesto de toda juridicidad, ya que persona, según la clásica definición de Boecio, es el ente racional de naturaleza espiritual, que privativamente puede tener derechos. Ni los ángeles ni los animales pueden ser sujetos de derechos, luego la vida de la persona humana es la plataforma o base de toda juridicidad. Mientras se espera el nacimiento todo es eventual para el sujeto futuro e incierto de los derechos.

**SIMPLE DERECHO.**—La magnífica disertación sobre derechos compuesta por Recasens para esta Enciclopedia, ahorra todo comentario adicional.

**EXPECTATIVA.**—Repito que expectativa es la esperanza de un derecho suspensivo condicional adquirida por un título jurídico ajeno, es decir, proveniente de la ley o de un tercero en un testamento o contrato.

Título jurídico ajeno es el extraño, trascendente o heteronómico. Inmanente es lo propio, lo que nos pertenece y trascendente lo que está fuera de nosotros; autónoma es la ley propia que dictamos y heterónoma la ley ajena que se nos impone, por lo que título ajeno es fuente jurídica que no ha sido creada por su titular, que es un simple beneficiario de una situación jurídica forjada por la ley o por terceros, como la ley sobre legítimas o el contrato sobre fideicomiso.

La ley, por ejemplo, puede señalar requisitos para las adjudicaciones o concesiones, sin que los presuntos concesionarios o adjudicatarios puedan alegar violación de derechos adquiridos por el cambio de requisitos establecidos en la nueva ley o porque ésta suprima las adjudicaciones o concesiones. Se trata, en estos casos, de expectativas de o-

rigen legal, de igual linaje que las de asignatarios mortis causa. Cuando el título jurídico es la ley, ésta puede, como es obvio, cercenar o anular las expectativas, aunque los aspirantes a obtener el derecho hayan realizado gestiones y diligencias tendientes a adquirirlo y, antes de ultimar su labor entre a regir la nueva ley que defrauda sus esperanzas. La expectativa, por esto, no es derecho, sino esperanza de derechos y su titular, es sujeto pasivo tanto de las regulaciones del legislador formal, que es el Estado, como del legislador material, que son los terceros, en la creación vida y muerte de esta figura jurídica.

**BIBLIOGRAFIA.**— Valencia Zea, Rodríguez Piñeres, Champeau y Uribe, Castán Tobeñas, Manresa y Navarro, Salvat, Segovia, Planiol y Ripert, Bonnacase, Ossorio Gallardo, Fiore, Roubier, Ennecerus, Busso y la abundante bibliografía que citan estos autores.

**RAFAEL MARTINEZ SARMIENTO**

□○□