

El acto jurídico según el Código Civil peruano

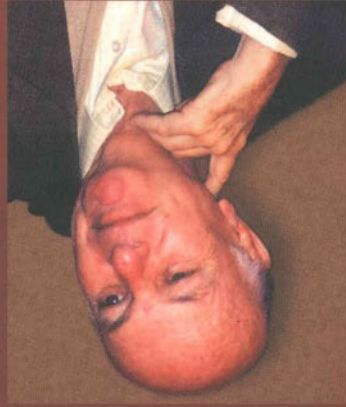
Curso teórico, histórico y comparativo



Francisco Moreyra García Sayán



Pontificia Universidad Católica del Perú
Fondo Editorial 2005



Francisco Moreyra García Sayán

Profesor asociado del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú desde 1964. Docente de diversos cursos de Derecho Civil hasta 1992. La mayor parte de su labor académica se concentró en la preparación y dictado del curso de Acto Jurídico, primero, durante la vigencia del Código Civil de 1936 y, luego, durante la vigencia del Código Civil de 1984. Miembro de la Comisión Reformadora de la Ley General de Sociedades y socio principal del Estudio Aurelio García Sayán Abogados, en el que ha ejercido en los campos del Derecho Civil y Comercial, principalmente.

El acto jurídico según el
Código Civil peruano
Curso teórico, histórico y comparativo

El acto jurídico según el Código Civil peruano

Curso teórico, histórico y comparativo



Francisco Moreyra García Sayán



Pontificia Universidad Católica del Perú
Fondo Editorial 2005

El acto jurídico según el Código Civil peruano. Curso teórico, histórico y comparativo

Primera edición, mayo de 2005

Tiraje, 500 ejemplares

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005

Plaza Francia 1164, Lima 1 - Perú

Teléfonos: (51 1) 330-7410, 330-7411

Fax: (51 1) 330-7405

Correo electrónico: feditor@pucp.edu.pe

Dirección URL: www.pucp.edu.pe/publicaciones/fondo_ed/

Diseño de cubierta: Edgard Thays

Diagramación de interiores: Juan Carlos García M.

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente,
sin permiso expreso de los editores.*

ISBN 9972-42-697-1

Hecho el depósito legal 1501162005-1767 en la Biblioteca Nacional del Perú

Impreso en el Perú – Printed in Peru

Para Araceli

ÍNDICE

Palabras del autor	11
Capítulo I	
Antecedentes históricos	13
Capítulo II	
Antecedentes del derecho civil peruano	35
Capítulo III	
Las normas legales y los hechos jurídicos	43
Capítulo IV	
El acto ilícito y el acto jurídico	47
Capítulo V	
El negocio jurídico	51
Capítulo VI	
Clasificación de los actos jurídicos	69
Capítulo VII	
Efectos del acto jurídico	81
Capítulo VIII	
Elementos del acto jurídico	89
Capítulo IX	
El agente capaz	93
Capítulo X	
La manifestación de voluntad	103
Capítulo XI	
El objeto del acto jurídico	117

Capítulo XII	
El fin lícito	123
Capítulo XIII	
La forma del acto jurídico	139
Capítulo XIV	
La interpretación del acto jurídico	147
Capítulo XV	
La representación	165
Capítulo XVI	
Modalidades del acto jurídico: la condición	197
Capítulo XVII	
Modalidades del acto jurídico: el plazo	219
Capítulo XVIII	
Modalidades del acto jurídico: el cargo	231
Capítulo XIX	
La simulación	241
Capítulo XX	
El fraude civil	259
Capítulo XXI	
El error	275
Capítulo XXII	
El dolo	295
Capítulo XXIII	
La violencia y la intimidación	307
Capítulo XXIV	
La ineficacia y la invalidez de los actos jurídicos	319
Capítulo XXV	
La confirmación	347
Bibliografía	353
Índice general	357

PALABRAS DEL AUTOR

FUE EL DOCTOR RAÚL FERRERO REBAGLIATI, nuestro destacado profesor de Derecho Constitucional, quien, cuando accedió al Decanato de la Facultad de Derecho, me propuso enseñar en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Acepté muy honrado y algo asustado, pues nunca me había imaginado en la labor docente. Entre Ferrero, con quien un grupo de abogados jóvenes recién egresados habíamos hecho buenas migas, y el doctor Xavier Kiéfer Marchand, influyente y recordado Secretario de la Facultad, me asignaron mi primer encargo: profesor auxiliar del doctor José León Barandiarán, quien iba a dictar en el año de 1965 el curso general de Contratos y había pedido que un profesor joven se encargara de dictar las clases a las que él no pudiese asistir.

Visité a León Barandiarán en su estudio de la avenida La Colmena, en el centro de Lima, donde se concentraban por entonces todas las actividades profesionales, académicas y judiciales, para coordinar la índole de mi asistencia. No conocía personalmente a León Barandiarán, quien tenía ganada la bien merecida fama de ser nuestro más ilustrado jurista. Me recibió con mucha amabilidad y, para empezar, me dijo: «A los alumnos hay que darles “papilla”, aludiendo al alimento fácilmente digerible que se da de comer a los bebés. Mostrándome un anaquel de su nutrida biblioteca, hizo un gesto y con la mano señaló una fila de tomos diciéndome: «Esto se ha escrito solo sobre la donación. Figúrese si a los alumnos se les puede dar tanto alimento». A renglón seguido me precisó: «Usted se encarga de tomar los exámenes y calificar a los alumnos. Yo no hago eso porque me angustia y desagrada aplazar a nadie». Con estas dos singulares indicaciones terminó nuestra entrevista.

Más adelante, no recuerdo bien cómo, me asignaron el curso de Acto Jurídico, que servía de introducción al de Obligaciones, tal como estaba desarrollada la materia en el Código de 1936. Como alumno de la Facultad, no puedo decir que recuerde con particular afecto el tema, pues el profesor que debía dictarlo, el doctor Ismael Bielich Flores, un muy buen expositor, se enfermó la mayor parte del tiempo y tuvimos que estudiar el curso prácticamente por nuestra cuenta.

Dicté el curso hasta el año 1992, es decir, casi treinta años, conforme a los Códigos de 1936 y 1984. En los últimos años, había dos profesores asignados a la referida materia, entre quienes los alumnos podían elegir. Me complace recordar que mi clase estaba siempre llena, pese a que me dio por pasar lista de asistencia. Luego me he tropezado en la vida con muchos colegas jóvenes que se acercan a rememorar las clases que les impartí, siempre con una simpatía que les agradezco vivamente.

La intensa práctica profesional a la que me dediqué durante los años en que impartí el curso me hurtó el sosiego necesario para ordenar las cartillas de mis apuntes de las clases con el objetivo de publicar un trabajo sobre el tema del acto jurídico. Otros colegas, con brillo que destaco, lo hicieron. Un serio contratiempo de salud me indujo a desempolvar los apuntes que tenía archivados, ordenarlos y completarlos, y a plantearme como objetivo un libro que sirviera al alumno de Derecho, más que al jurista o al abogado, que cuentan ya con numerosos instrumentos útiles a sus fines, tanto de doctrina nacional como extranjera. Por eso, he llamado al libro que he elaborado con esos apuntes *El acto jurídico según el Código Civil peruano*. Aspira a ser un libro esencialmente didáctico sobre el tema, sin soslayar las complejidades inherentes a las instituciones que en él se analizan. No lo he atiborrado de citas de tratadistas y he preferido, si no «la papilla» que recomendaba León Barandiarán, un texto claro pero que abarque, con suficiente hondura, todas las instituciones que nuestro Código Civil contempla acerca del acto jurídico. Me sentiré bien recompensado si se dice simplemente que la exposición de las materias que contiene está desarrollada con claridad y nitidez.

Debo agradecer profundamente al doctor Manuel de la Puente y Lavalle, el decano de nuestros civilistas, a quien confíé el encargo de que leyese el trabajo y me indicara sus falencias, para procurar remediarlas. Sus generosas palabras de elogio para el trabajo y sus sugerencias me han permitido redondear conceptos y perfilar mejor algunas instituciones. Agradezco también al doctor Jorge Basadre Ayulo, quien me proporcionó gentilmente determinados materiales y al doctor Jorge Avendaño Valdez, viejo amigo y brillante catedrático de la PUCP, quien me brindó valiosa ayuda gestionando su publicación por el Fondo Editorial de nuestra alma mater.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

EL TEMA DEL ACTO JURÍDICO pertenece al campo del Derecho Civil. Partiendo del derecho romano, cuyas normas y máximas aún se invocan en los tratados y comentarios de los más reputados juristas, y cuyas sabias soluciones aún tienen cabida y conservan vigencia en los códigos modernos veintitantos siglos después de que Roma las pariera (hecho prodigioso, probablemente sin parangón en la historia de las ideas), es forzoso comprobar que todo el andamiaje del derecho privado común que ordena la ciencia jurídica en los países de tradición occidental y cristiana, como el Perú, reposa sobre la creación romana del derecho civil. Por ello, ningún comentario acerca del derecho civil moderno debiera obviar siquiera una reseña sumaria, a modo de introducción, de lo que constituyó, en sus caracteres más saltantes, el derecho romano, lecho abrigado en el que descansa la mayoría de las instituciones, y que se convertirá luego, en el curso de esta obra, en el objeto medular del análisis crítico que intentaremos. Procuramos, de esta manera, poner en contacto preliminar al estudiante de Derecho del país con esta disciplina jurídica y despertarle la ilusión por alcanzar cotas más profundas de análisis y comprensión de este apasionante tema del Derecho Privado.

I. EL DERECHO ROMANO

En su origen, el *ius civile* es el conjunto de las normas legales que regía a los ciudadanos libres romanos. Por contraste, el peregrino era el hombre libre que carecía de la ciudadanía romana y que, por ese motivo, era considerado, para todos los efectos, un extranjero, ya estuviera de tránsito en Roma o habitara alguna de los numerosos municipios o colonias fundadas por los romanos y sobre los que la civilización romana ejercía dominio político. Por su parte, el bárbaro era el extranjero que habitaba fuera del límite de la dominación romana y guerreaba constantemente contra sus legiones.

A los peregrinos no se les aplicaba el *ius civile*, que era privativo de los ciudadanos libres de Roma, sino el *ius gentium* (el derecho de las gentes), que se aplicaba a todos los hombres no romanos sin distinción de procedencia y que constituye la semilla de lo que en el siglo XVII formó lo que actualmente se conoce como el derecho internacional

privado. En la época romana, el *ius gentium* estaba constituido por los sistemas o hábitos legales que regían a los naturales de los lugares conquistados por los romanos y que estos últimos no despreciaron sino, más bien, dejaron subsistentes como reglas para las gentes que allí habitaban bajo su dominación.

Es interesante constatar que Roma no usó su sistema de derecho como instrumento sistemático de civilización y de conquista, sino que dejó operando los derechos nativos de los pueblos conquistados y solo lentamente, durante siglos, fue extendiendo a sus pobladores lo que se consideraba el privilegio de la ciudadanía romana. Hasta el siglo III de nuestra era, un griego que se presentaba ante una corte o juez romanos para discutir algún asunto que involucraba a un ciudadano romano era juzgado conforme al derecho romano. Sin embargo, un judío que litigaba con otro judío, en plena dominación romana de Judea, era juzgado conforme a sus propias leyes y por el sanedrín semita.

El esclavo, tanto en Roma como en sus provincias o colonias, simplemente carecía de derechos. Algunas leyes de los finales de la República procuraron eliminar los horrendos excesos que con los esclavos se podía cometer. Por ejemplo, la Lex Cornelia (81 d. C.) calificó de asesinato matar al esclavo ajeno y reservó al emperador, en esa época Claudio, decidir si el amo que mataba a su propio esclavo cometía o no un crimen. Recién el cristianismo, muchos siglos después, comenzó a ejercer una influencia moderadora en el destino infeliz de esta gran masa de individuos que la antigüedad mantuvo huérfana de todo derecho.

El derecho civil, o conjunto de normas ideadas por la civilización romana para resolver los problemas generados por la convivencia entre los ciudadanos romanos, se formó paulatinamente, a lo largo de los siglos, al compás del desarrollo de la civilización romana y de su expansión. En ese sentido, no hay (ni debe hablarse de) un solo derecho romano sino del derecho romano que rigió en cada una de las etapas de la historia de Roma. De esta manera, se suele aludir al derecho romano arcaico, al derecho romano republicano o preclásico, al derecho romano clásico y, finalmente, al derecho romano a secas, que, en verdad, es solo una síntesis depurada de las normas que subsistían vigentes cuando Roma estaba próxima a expirar como civilización, el llamado derecho romano justiniano.

El derecho de Roma, a la par que evolucionaba, se hizo progresivamente accesible a los nuevos pueblos que habitaban los vastos territorios conquistados por los romanos, a los que Roma fue poco a poco, sin prisas, concediendo el privilegio de gozar del estatus de ciudadano romano. Ser o convertirse en ciudadano romano no era una condición vagamente honorífica, ni impreciso o abstracto su significado, sino que consistía, por el contrario, en quedar sujeto a un régimen concreto y estricto de facultades y exenciones, así como de obligaciones y deberes legales: el derecho aplicable al ciudadano romano libre de su tiempo, el *sui iuris*.

La ciudadanía en la época romana y las reglas por las que debían sujetar sus conductas aquellos que gozaban de ese estado no obedecían a un principio de territorialidad,

como sucede actualmente, cuando la ley peruana se aplica a las personas nacidas o domiciliadas en el Perú; la ley brasileña, a los nacidos o domiciliados en el Brasil, y así correlativamente en casos similares. En otras palabras, ser ciudadano romano no dependía del lugar donde se naciera o residiera, sino, realmente, del azar del nacimiento. Y ello porque el nacido asumía, automáticamente, la misma situación jurídica que tenían sus padres, estado que lo acompañaba toda su existencia, cualquiera fuera el lugar donde habitara, salvo que eventualmente, por concesión expresa que recibiera del amo de quien dependía (si no había nacido libre) o de la autoridad (ya sea como premio al individuo o como miembro de una comunidad a la que se otorgaba por decisión regia esa prerrogativa), adquiriera un nuevo estatus jurídico.

El que nacía en Roma, o territorio reconocido como romano, era libre y ciudadano, o era esclavo. Y cada uno portaba esa condición, con todo el bagaje legal inherente al estado que tuviera durante toda su vida. El que nacía de padres esclavos, hombre o mujer, quedaba en esa condición siempre, salvo que su amo lo liberase mediante la *manumissio* y le otorgase el estatus intermedio de *libertini*. Los peregrinos eran también libres o esclavos, según la condición de su nacimiento, porque la esclavitud era un fenómeno social no solo romano sino universalmente admitido como enteramente natural y aplicado por todos los pueblos en la Antigüedad.

Este sistema de escindir radicalmente y agrupar a las personas en clases y discriminar sus atribuciones parece que fue adoptado por Roma de Grecia, que, por razones que no vienen al caso, se organizó políticamente como una confederación de ciudades-estados independientes y no como una nación. En su seno, aunque no había castas a la usanza oriental, había clases de personas, la más baja de las cuales la conformaban individuos privados de toda clase de derechos, a saber, los esclavos.

Roma, que en sus orígenes fue una especie de ciudad-estado, mantuvo esta estructura básica con los derechos de sus habitantes, clasificados rígidamente en distintas categorías: la superior y dominante, conformada por los patricios (los *patre*), con sus propios matrimonios, ritos y derecho privilegiado, y con el monopolio de las funciones sacerdotales, políticas y judiciales; la inferior y dominada, conformada por los plebeyos (la *plebs*), que no podía, en principio, relacionarse con la anterior, ni participaba de sus ritos ni de su derecho, y estaba excluida de la función pública; y, por último, una parte importante de la población que no pertenecía a la ciudad, que no tenía derecho alguno y que, con respecto a los ciudadanos, era un objeto, o sea, los esclavos (*servi*).

Inicialmente, el derecho de Roma abarcó solo la región donde se asentó esta tribu de Italia central, en la región denominada Lacio, de donde proviene el nombre latino con el que se identifica a los habitantes del Lacio y a la lengua hablada por los romanos. Posteriormente, el derecho civil romano se irradia por toda Italia y, más adelante, llega a otros pueblos o tribus conquistados allende los Alpes, como las Galias (Francia) o Hispania (España), o a las numerosas tribus europeas emplazadas al sur del Danubio,

a la antigua Grecia y a los pueblos que habitan la margen africana del Mediterráneo, como los cartagineses y egipcios del Asia Menor o los judíos.

Antes de la llamada época clásica,¹ que fue la que el derecho justiniano se esmeró en revitalizar como paradigma, las fuentes del derecho romano provenían de las leyes aprobadas en los comicios y los plebiscitos. Estas leyes constituían las antiguas reglas formales obligatorias de la República cuando la autoridad legislativa residía únicamente en el pueblo de Roma, que se reunía y votaba de forma separada: los ciudadanos en las *comitia* y, más adelante, luego de cuentas luchas, la plebe en los plebiscitos. Inevitablemente, por su desarrollo y expansión, esta forma primitiva de promulgar leyes, con intervención directa del pueblo romano, se hizo cada vez más esporádica hasta la última ley votada mediante consulta popular (97 d. C.), que se dictó en época del emperador Nerva (Crook 1984: 19).

Luego, a partir del principado de Augusto,² entran a formar parte del derecho las Constituciones de los emperadores, que, aunque técnicamente no eran leyes,³ eran obedecidas de facto como tales. Efectivamente, no eran leyes formales, porque el pueblo no las votaba; sin embargo, tenían fuerza de ley.

Los emperadores dictaban el derecho de varias maneras: mediante decretos, actuando como jueces; por medio de edictos, dirigidos a las autoridades imperiales; o mediante epístolas, un tipo de comunicación que cubría una gran variedad de cuestiones legales, ya sea en respuesta a consultas privadas o por propia iniciativa del emperador. Los autores materiales de estas normas no eran propiamente los emperadores sino un selecto grupo de asesores de su confianza versados en leyes.

Asimismo, formaban parte del derecho romano las resoluciones del Senado, los *Senatus Consulta*, que formalmente tampoco eran leyes, pues el Senado fue siempre un cuerpo deliberativo y consultivo, mas no legislativo. No obstante, sus resoluciones o acuerdos, ya fueran adoptados por iniciativa del emperador (mediante las *orationes*) o de alguno de sus miembros, eran también acatados como si fueran leyes. Su carácter de ley no producía conflictos, porque sus funciones estaban dirigidas, durante la épo-

¹ Época que, en principio, comienza con el principado de Augusto —durante el cual todas las personas libres que vivían en Italia, al sur del río Po, habían adquirido ya la ciudadanía romana— y termina con el asesinato del más grande jurista romano, Ulpiano (223 d. C.) —crimen perpetrado por la guardia pretoriana—. Este evento es ligeramente posterior a la Constitución Antoniana (212 d. C.) del emperador Marcos Aurelius Antoninus, más conocido por su apodo *Caracalla*, que extiende la ciudadanía romana a casi todos los habitantes del Imperio con excepción, naturalmente, de los esclavos.

² Este periodo corresponde al término de las guerras civiles en las que pelearon óptimos y populares por apropiarse del gobierno de Roma, más por sed de poder que por una idea o un programa que supusiese un cambio en las estructuras sociales imperantes.

³ En efecto, no lo eran porque la organización política de Roma, así como su estructura institucional y burocrática, no habían variado con el advenimiento de Augusto.

ca clásica, principalmente a asuntos de política internacional del Estado romano (decidir los asuntos de guerra, aprobar las negociaciones de paz y resolver las situaciones administrativas), que se suscitaban en el gobierno de las provincias y colonias del vasto territorio que conquistó Roma.

Especialmente importantes, como motor del desenvolvimiento del derecho en Roma, fueron los edictos de los magistrados romanos (cónsules, pretores, ediles o cuestores) y de los gobernadores de las provincias. De todos estos, los que ejercieron más influencia en la construcción del derecho fueron los edictos perpetuos de los pretores. Estos últimos, tanto los urbanos como los de peregrinos, recibían por elección popular un mandato que duraba solo un año. Durante ese breve lapso debían publicar un edicto en el que establecían qué acciones y remedios legales se proponían admitir durante su mandato, y eso de manera paralela a las acciones de derecho estricto, proveniente del derecho antiguo quiritaro, que eran naturalmente obligatorias.

Los edictos se convirtieron pronto en instrumentos obligatorios del proceder de los pretores, que quedaron comprometidos formalmente a obedecerlos en la forma en que los habían expresado. La práctica hizo, además, que cada pretor reprodujera, en su propio edicto, el contenido de los edictos de sus predecesores y añadieran otros o nuevos remedios.

El pretor no podía dictar leyes ni era un juez que dictara sentencias o resolviera disputas; se limitaba a otorgar acciones, es decir, a conceder el derecho de discutir cuestiones legales no previstas por el derecho estricto, si le parecían justas o equitativas. Con su consentimiento, pues, comenzaban todos los procedimientos legales. Como el pretor era un político elegido, que aspiraba a postular, más adelante, al codiciado cargo de cónsul (en el que durante la República residía el poder ejecutivo), no era por lo general una persona versada en cuestiones de derecho y recibía, en el ejercicio de su cargo, el consejo de personas entendidas o jurisperitos, que, atendiendo a situaciones no contempladas en el derecho estricto, recomendaban introducir nuevas acciones o perfeccionar las ya admitidas.

De este modo, al lado del derecho estricto, se formó, como resultado de los edictos pretorianos, el *ius honorarium* o *ius praetorium*. Los edictos de los pretores fueron codificados en época del emperador Adriano y se reconoció su trascendencia como fuente vinculante de derecho, principalmente privado.

Asimismo, las opiniones de los jurisconsultos, *iuris consultus*, impregnaron todo el derecho romano. Generalmente producidas en auxilio de los jueces y de los propios litigantes ante preguntas y cuestiones que estos les planteaban, fueron fuente legal de enorme influencia en la formación del derecho romano y constituyeron después, rescatadas en el Digesto, parte medular del derecho de la época justiniana. La aceptación y el peso de las opiniones de los juristas, las llamadas *responsa prudentium*, dependieron de la capacidad y la fama del *iuris consulto* en materias de leyes.

Al principio, la persona que emitía estas opiniones podía ser cualquiera, y su gran autoridad moral se debió a que estaban impedidos de cobrar honorarios, porque en Roma no existía la profesión legal ni quien la impartiera oficialmente. Sin embargo, con el correr de los años, en la época del principado de Augusto, se introdujeron dos reformas importantes: se confirió una mayor autoridad a las opiniones de los entendidos y solo se admitió el parecer en cuestiones jurídicas de aquellos que por su prestigio hubieran obtenido previamente la autorización imperial de pronunciarse en cuestiones jurídicas.

Las opiniones que producían los *iuris consultos* no obligaban ni tenían fuerza de ley, pero, cuando dos juristas distinguidos coincidían en un punto de derecho, los jueces solían basar sus sentencias en ellas, que de este modo pasaban a constituir ley del caso concreto. La jurisprudencia, recogida e infiltrada por las opiniones de los juristas más refinados, aunque tampoco sentaba precedente obligatorio en el sentido del rígido principio del *stare decisis* del actual derecho anglosajón, era tomada en cuenta, pero solo era vinculante cuando emanaba del emperador.

Finalmente, la equidad y la costumbre también contribuyeron a la formación del derecho romano, especialmente en el ámbito del *ius honorarium*.

El derecho civil romano, plasmado de la conjunción de las fuentes arriba enunciadas, experimentó, a lo largo de los siglos, una transformación gradual, fruto de la adaptación a las circunstancias y vicisitudes por las que atravesó el desarrollo del organismo social históricamente conocido como la civilización romana. El punto de partida generalmente aceptado para su estudio es la llamada Ley de las Doce Tablas (450 a. C.), que expresa aún un derecho sin ciencia. La costumbre fue fuente inicial del derecho romano, porque la Ley de las Doce Tablas probablemente fue, en gran medida, costumbre codificada. Se trata de la etapa arcaica del derecho, de un conjunto de normas inspiradas en prácticas inveteradas que imparten órdenes e imponen sanciones sin que ellas obedecieran a un sistema unitario que les otorgue conexión lógica. Las leyes, en esa temprana época, hay que recordarlo, respondían a la necesidad de regular las relaciones de los miembros de una sociedad que era básicamente campesina, primitiva y simple.

Así, el derecho romano se elabora y enriquece a través de los siglos mediante millares de normas emanadas de los comicios y plebiscitos, de las resoluciones del Senado, de las Constituciones imperiales, de los edictos perpetuos de los pretores y de los otros magistrados con poder de dictarlos, así como de las *responsa* de los *iuris consultos*. De este modo, se crea una complejísima y vasta trama de disposiciones aplicables y más o menos obligatorias. El derecho romano se forma, pues, por agregación masiva, porque una de las características más singulares que lo caracteriza reside en el hecho de que los romanos creaban nuevas instituciones, acciones o derechos sin necesariamente derogar los antiguos que se les pudieran oponer, de modo que, en muchos casos, dejaban que estos últimos cayeran gradualmente en desuso u olvido. El *ius honorarium* creó una inmensa franja de derecho sin derogar nada.

Nos interesa establecer, en relación con la materia de este trabajo, cómo nacían las obligaciones contractuales en el derecho romano. La palabra «obligación», para empezar, deriva de «ligare», que quiere decir 'atar', porque las personas que intervenían en la relación obligatoria se suponían ligadas por el vínculo que esta creaba. La antigua expresión es «nexum» y proviene de «nectere», que significa 'atar'. Esta palabra refiere el más antiguo contrato obligatorio romano, un contrato que imponía al deudor un estado de servidumbre física respecto del acreedor. Este tipo de relación contractual fue abolido por la Lex Poetelia, que estableció que, en lo sucesivo, no el cuerpo mismo del deudor sino sus bienes, por medio de convenciones, garantizaban sus deudas o las de otro.

Ya en la época histórica, encontramos obligados con sus bienes a quienes hubiesen contraído una deuda, *debitum*, y su garantía, *obligatio*, sobre el patrimonio del deudor. La palabra *obligatio* no se encuentra en ningún fragmento de la Ley de las Doce Tablas, ya que pertenece a una época posterior. Los elementos del *debitum*, que era la deuda en sí, y de la *obligatio*, que era la responsabilidad que se tenía de ella, que en el antiguo derecho se consideraban como distintos, se confundieron y pasaron a formar un solo vínculo.

Explica José Puig Brutau (1954: 10 y ss.), citando a otros autores, que el derecho romano no llegó a formular una teoría general del contrato sino una lista cerrada de contratos, cada uno con sus propias reglas especiales. Aunque el contrato nace como acto eminentemente formal, fue preciso reconocer la existencia de ciertas situaciones en las que, aunque no existía un acto formal, había intereses tan dignos de tutela como aquellos surgidos de un acto formal. De allí brotó la necesidad de reconocer efectos jurídicos a las situaciones que dieron lugar, más adelante, a los contratos reales. Además, en uso de sus atribuciones, los jueces debieron reconocer la fuerza obligatoria de ciertos intereses resultantes de actuaciones de buena fe que no estaban amparadas por los contratos formales. Estos intereses se cristalizaron en los llamados contratos consensuales, que fueron solo cuatro y se ordenaron en una serie cerrada.

Solo producían acción en juicio los contratos reconocidos por el derecho civil como pertenecientes a una forma típica. El esquema contractual en Roma fue el siguiente: primero nacieron los contratos formales, en que era necesario apelar a la pieza de metal y el peso (*per aes et libram*), forma de contrato antiguo en el que, además de formulas habladas, los metales se pesaban, ya que aún no existía la moneda; luego, se admitió que los contratos formales fuesen verbales o literales. Estos últimos nacieron cuando se introdujo el uso de los registros domésticos de los ciudadanos. En ellos, se anotaba la declaración de que se tenía por pesado y dado el dinero, y se tomó así por verificado el antiguo *per aes et libram*. Se trataba no solo de un medio de prueba sino de una forma civil de obligación literal, de la cual quedan pocas noticias. En cuanto a las obligaciones verbales, estas exigían ciertas expresiones orales celosamente impuestas. Su exponente principal fue la *stipulatio*, uno de los tres actos formales reconocidos

por el derecho romano; las otras dos, la *mancipatio* y la *in iure cesio*, tenían eficacia en el campo de los derechos reales y no eran formas generadoras de obligaciones.

A medida que las conductas se fueron desembarazando de las formas simbólicas, se prescindió del *per aes et libram* (de la balanza y el trozo de metal que eran empleados de modo simbólico) para contraer una obligación. Así nació la obligación verbal, contraída solo mediante la *stipulatio*, que era un acto puramente obligacional en cuya virtud se prometía una prestación.

La *stipulatio* era un contrato verbal en que, mediante una interrogación y una respuesta congruente, quedaba sellado el acuerdo; supone, pues, dos actos paralelos: la pregunta y la respuesta. Su contenido podía ser cualquiera que las partes desearan dentro de la ley, y esta flexibilidad la convirtió en un acto ubicuo, aplicable en todo el ámbito del derecho privado. Esta característica hizo de ella el principal regulador del comercio jurídico.

Los contratos reales, por su parte, comienzan a ser aquella forma de generar una obligación a partir de la entrega y recepción de una cosa, de un desplazamiento patrimonial sin causa que permitiera la retención definitiva de la cosa por su receptor. Fueron, pues, generados por la responsabilidad inherente a la recepción de una cosa sin el derecho de retenerla como propia. El receptor quedaba entonces obligado a devolver lo mismo que había recibido, como en el contrato de mutuo.

Por otro lado, la posibilidad de resolver una controversia, según lo que resulte de la buena fe, dio lugar en Roma a los contratos consensuales: compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato. Se empezó, entonces, a reconocer la eficacia de la voluntad separada de los requisitos formales o reales, pero solo en el caso de las mencionadas figuras típicas.

¿Por qué se les admitió? Una hipótesis consiste en sostener que, antes de constituir un contrato que se perfeccionaba simultáneamente, fue un contrato que se formaba por etapas, para que la recepción de una prestación generase la obligación de cumplir después otra, a semejanza del contrato real. Cuando se dice que la primitiva compraventa era un negocio al contado, se destaca el punto inicial del desenvolvimiento de este contrato. Esta sincronía entre las prestaciones se rompe en algún momento y empieza a formarse un nuevo concepto de contrato, en el cual una de las prestaciones debidas queda diferida. Nace así una relación en la que una de las partes tiene un derecho de crédito contra aquel que ha recibido la primitiva prestación.

La diferencia frente al contrato real era que no tenía que devolverse la misma cosa recibida sino una prestación de valor equivalente. La fuerza del consentimiento reside en aceptar esta equivalencia entre prestación recibida y contraprestación debida, y tolerar que debe transcurrir un lapso de tiempo entre la entrega de la prestación y la devolución de la contraprestación. En los contratos consensuales, ya está el marco del contrato como se le entiende en el derecho moderno. Y lo que en este se aceptaba solo para cuatro contratos tipo se convirtió, más adelante, en la regla general, cuando

la estructura del contrato consensual absorbió los contratos con la forma de la *stipulatio* y el contrato real, en la Edad Media, por la influencia de las ideas del derecho canónico y del derecho natural.

José Puig Brutau (1954) apunta, asimismo, que, desde el punto de vista de la evolución de las ideas, los contratos innominados fueron (no cronológicamente sino lógicamente) el eslabón intermedio entre los contratos reales y los consensuales. Se parecen a los primeros en el hecho de que la entrega de una cosa o la prestación de un servicio generaba una obligación en la otra parte y a los segundos, en que la contraprestación no consistía en devolver lo recibido sino en tener que realizar una prestación diferente.

En la época del derecho romano justiniano, con la aceptación de los llamados contratos innominados, se da el paso hacia el moderno concepto del contrato y se rompe la concepción clásica del contrato romano. Se reconocen, además, como fuentes de obligaciones, algunos hechos perjudiciales, y el pretor daba cierta acción al perjudicado para procurarse una indemnización. Estos hechos eran el robo o *furtum*, el daño o *damnum*, y la injuria, que eran llamados, en conjunto, maleficio o *maleficium*, delitos o *delictum*, o con la antigua expresión «noxa». Y cuando la jurisprudencia reconoció otras causas de obligaciones que no nacían de contratos ni de delitos, pero que por ser análogos fueron asimilados a ellos, de las obligaciones que de ellos nacían se decía que nacían como de un contrato o como de un delito.

En el año 476 d. C. se produce la caída del Imperio Romano de Occidente, con la invasión de Italia por las tribus lombardas. Los emperadores romanos habían abandonado Roma hacía decenas de años y repartido el gobierno del enorme imperio entre uno occidental y otro oriental. A partir de los últimos grandes gobernantes,⁴ el imperio enfrentó retos sin precedentes en los frentes del Norte y del Este. El esfuerzo de contener a los bárbaros había agotado sus recursos y desnaturalizado su estructura política lo que hacía del antiguo y venerable Senado un cuerpo casi inservible, pues los emperadores eran nombrados por el ejército, compartían el poder con otros jefes, peleaban entre sí y gobernaban con el apoyo militar.

En medio de esta etapa de decaimiento y agonía, el derecho romano encuentra, paradójicamente, su forma ordenada, por primera vez, con el enorme esfuerzo que significó la compilación efectuada por las comisiones de juristas formadas por el emperador Justiniano (entre 528 y 534 d. C.), que gobernaba, desde la nueva capital política, Constantinopla (hoy Estambul), los restos del imperio.⁵ Estas comisiones redujeron,

⁴ Desde el emperador Diocleciano, que gobernó entre los años 284 y 305 d. C., no desde Roma sino desde la actual Turquía, hasta Constantino *El Grande*, el primer emperador que abraza al cristianismo y que funda Constantinopla, desde donde gobierna y donde se refugia y muere (337 d. C.).

⁵ Por este motivo, a veces se denomina, al derecho romano, derecho bizantino.

en un prodigio de síntesis, más de tres millones de renglones de normas acerca de ciento cincuenta mil (Boatwright y otros 2004: 419), resumen que más adelante es rescatado y conocido en la Edad Media con su denominación de *Corpus Iuris Civilis*.

En Roma, a partir de la República y ciertamente en la época clásica, el derecho era escrito en papiros, en pergamino o en tablas o planchas de metal recubiertas de cera, en las que el lenguaje se escribía mediante incisiones. Muchos de estos fragmentos, que eran depositados en el *tabularius*, han perdurado durante siglos y han sido descubiertos en hallazgos arqueológicos. Ellos han hecho posible la reconstrucción aproximada de las leyes e instituciones que crearon, y la dinámica de su gradual transformación y perfeccionamiento. Entre la Ley de las Doce Tablas y la compilación de Justiniano transcurre la friolera de mil años.

La compilación de Justiniano, encomendada a un selecto grupo de jurisconsultos, presididos por Triboniano, comprende el llamado Código (que agrupó las Constituciones de los emperadores), el Digesto⁶ (que resume las sentencias, edictos de los pretores y *responsa* u opiniones de los jurisconsultos más destacados, que aconsejaban al pretor y al juez como expertos en el derecho, pero sin tener responsabilidad legislativa ni jurisdiccional) y las Institutas (que resumen el Código y del Digesto, y que se preparó con ánimo académico y como manual de estudiantes). Formaron parte, de este mismo cuerpo legislativo, las llamadas Novelas, que eran las nuevas Constituciones que Justiniano y sus seguidores se vieron obligados a expedir, a partir del 535 d. C. para completar, explicar o enmendar la compilación efectuada.

Cabe advertir que Justiniano otorgó amplia licencia a los compiladores para que pudieran intercalar adiciones, precisiones y enmiendas a los textos originales. Las llamadas interpolaciones han dado abundante materia a los romanistas para discutir si determinados textos recogen las leyes auténticas o si se trata de aportes más modernos, atribuibles al parecer de los compiladores.

Treinta años después, en el año 565 d. C., apenas muerto Justiniano, se produce la desintegración de hecho del Imperio Romano de Oriente, aunque el Imperio Bizantino subsiste hasta mediados del siglo XIV, y su legislación desaparece en Europa Occidental, salvo en las pequeñas zonas de Italia sujetas aún a lo que quedaba del Imperio Bizantino.

En efecto, con el colapso del Imperio Romano de Occidente, los pueblos de Europa Occidental y del Asia Menor se desprenden definitivamente de la égida romana y retoman sus antiguas leyes y costumbres prejustinianas. En Europa, muchos de ellos vuelven a quedar sujetos a la dominación de las tribus nativas, a quienes los romanos denominaban bárbaros, que conservaban sus propias costumbres y leyes ancestrales.

⁶ Se le considera, con las Institutas, la parte más importante de la compilación y la que más influencia ha ejercido sobre la posteridad.

Se produce así una fragmentación de la legislación, que pierde el carácter general que había ido adquiriendo paulatinamente bajo el imperio.

En esta época, continúa el fenómeno llamado de la personalidad de las leyes o del estatuto personal, que permitía a los individuos regular sus relaciones privadas conforme a las leyes diversas que les eran aplicables según las clases a las que pertenecían, aunque estuviesen actuando en lugares distintos. Como en Roma, cada persona era portadora de su propio sistema legal. Aplicaron este principio los germanos, los romanos en España y los árabes en la época de la conquista de la península Ibérica.

2. LA EDAD MEDIA

En la Edad Media, se redescubre el derecho romano clásico que Justiniano había ordenado compilar, el *Corpus Iuris Civilis*. Este periodo, comprendido entre los siglos X y XII, es un momento histórico de caos legal. Sin embargo, en él, la compilación justiniana salió del olvido y ejerció una notable influencia científica, al servir como modelo a los juristas. En ciertas regiones de Europa, concretamente en Francia, fue recibido como la verdadera ley escrita y adquirió carácter imperativo. De este modo, se infiltró en la costumbre y colmó sus lagunas, y dio inicio al llamado fenómeno de la recepción del derecho romano.

Así, se comienza a enseñar e interpretar el *Corpus* en las primeras universidades se formaron en las postrimerías del siglo XI, especialmente en la secular de Bolonia. En esta época, se le identifica con el derecho civil, pese a que contiene numerosos textos que se refieren a lo que hoy llamaríamos derecho público y que caen en el olvido debido a que no había en qué aplicarlos.

Más adelante, el derecho romano recibe la influencia, entonces poderosa, del derecho canónico (el creado para regular las relaciones entre los miembros de la comunidad cristiana organizada en la iglesia católica). Y ello porque mientras el derecho romano se redescubría en distintas zonas, el derecho canónico había tenido un desarrollo propio e ininterrumpido. Cuando el curso de la legislación secular se detuvo, la legislación de la Iglesia continuaba en actividad. De este modo, profundamente influenciada por el derecho romano y el derecho consuetudinario (las diversas reglas no escritas, creadas y observadas por las costumbres y los usos de los pueblos), se transformó en un vasto sistema jurídico, completo y metódico.

Hacia el siglo IX, Carlomagno se propone resucitar el Imperio Romano y crea el Imperio Sacro Romano Germánico, a cuyos intereses, como a los de la Cristiandad, convenía la idea unitaria de un solo derecho.

El llamado derecho de los comentadores o glosadores es el derecho justiniano privado, discutido, analizado y renovado por los llamados glosadores y comentaristas —Baldo de Ubaldo (1327-1400) y Bartolo de Sansoferrato (1314-1357)— entre los

siglos XIII y XIV. Este mismo derecho fue, más adelante, aplicado y utilizado en Europa, en los siglos XVII y XVIII. Recibió el nombre de derecho romano común, *ius commune*, y se identificó con el derecho civil.

Principalmente en Alemania y Francia, los pueblos más importantes de Europa continental, este derecho provocó una literatura jurídica que es la base de la actual ciencia civilista. En Francia, el derecho escrito, puro derecho romano, rigió en las provincias del sur y las costumbres, el derecho germano, rigió en las provincias del norte. Más adelante, cuando las monarquías absolutas inician la consolidación de sus derechos nacionales, aparecen, en Castilla, las Ordenanzas de Montalvo (1484) y la Nueva Recopilación (1567); y se recopilan, en Francia, las antiguas costumbres, reducidas a normas escritas por el ministro de Luis XIV, Colbert; y, en Alemania, el derecho civil prusiano en las llamadas Allgemeine Landrecht.

En las viejas definiciones se sigue llamando derecho civil al derecho romano, para diferenciarlo de los derechos que creaban los soberanos y que constituye el llamado derecho nacional, que se comenta conjuntamente con el derecho romano y cuyo estudio se impone por ser creación de la realeza. De modo insensible, el derecho romano y el derecho real se convertirán, lentamente, en derecho nacional, no obstante sus diferencias de origen.

Hay en este proceso, al mismo tiempo, una distinción que para los romanos no fue fundamental entre el derecho privado y los derechos que adoptan la fisonomía de lo que serán, más adelante, los derechos públicos, como el derecho penal y el derecho de procedimiento. Por otro lado, aparece el derecho mercantil, con fenómenos nuevos, ignorados por el derecho romano, como la letra de cambio, la contabilidad con doble asiento y el derecho marítimo, que surge impelido por el auge del comercio ultramarino.

A partir del siglo XVIII se produce la fusión del derecho romano, el derecho común o germánico y el derecho canónico. Destacaron en esta etapa los tratadistas franceses Jean Domat (1625-1695) y Robert Joseph Pothier (1699-1772), y los alemanes Friederich Karl von Savigny y Puchta. Bajo su influencia surgen, a fines del siglo XVIII, los afanes de codificación de todas las normas jurídicas aún heterogéneas y provenientes de las diversas fuentes antes señaladas. Los códigos son, así, el fruto de la necesidad creada por la unificación de los Estados modernos, que requieren de un derecho homogéneo que puedan aplicar en todo su territorio.

El concepto del código se nutre del racionalismo y las ideas de la Ilustración, que se imponen una tarea más ambiciosa que la simple recopilación. De este modo, los códigos se convierten en mensajeros de ideas políticas e ideológicas, con un sentido integrador y unitario que debía reflejar las nociones imperantes. La Revolución Francesa encuentra, en la idea de un código, el vehículo para plasmar las ambiciones de una vida liberal, en la que la burguesía tomase la antigua posición de la realeza.

En este contexto, los códigos imponen la necesidad de convertir las leyes en normas técnicas, lacónicas, fáciles de entender y aplicar. Los primeros códigos se dictan

en algunos de los numerosos pequeños Estados en que se dividía entonces la Alemania no unificada, como ocurre en Prusia con la promulgación del Derecho Territorial General de los Estados Prusianos (1794) y, más adelante, en Austria (1811), bajo las ideas del derecho natural.

3. DERECHO PRIVADO Y DERECHO PÚBLICO

Se suele hacer la distinción, derivada de la sistematización del derecho, entre derecho privado y derecho público. Las diferencias que separan a estas ramas del derecho positivo residen en la finalidad que orienta sus normas, aunque en determinadas ramas del derecho esta distinción pierde sus perfiles y se tiende a una unificación de los postulados que soportan a ambas ramas, tradicionalmente estudiadas, por la ciencia de los pandectistas, como sistemas jurídicos distintos.

Normas de derecho público y normas de derecho privado coexistían en la recopilación de Justiniano, pues el derecho romano, reconociendo sus diferencias, no las estudió ni disciplinó por separado. La Edad Media tampoco se ocupó de esta distinción. De hecho, su formulación es decimonónica, pues nace con la concepción de Estado moderno.

El derecho privado es impartido por el Estado con con el objetivo de regular las relaciones entre los particulares y está imbuido por las ideas de libertad y del poder que confiere a los individuos la autonomía de la voluntad para autorregular sus propios intereses. Gobierna las relaciones entre sujetos situados en un mismo plano jurídico, teóricamente iguales, aunque también, no obstante su carácter de derecho regido por normas que disciplinan fundamentalmente intereses privados, está penetrado por normas imperativas, de obligatorio acatamiento, porque reflejan un interés general. A estas normas del derecho privado, que expresan un interés de orden público y que son más numerosas de lo que pudiera parecer dada la naturaleza privada del derecho en el que conviven, se les reconoce porque no es admitido pactar en contra de ellas.

El derecho público es aquel que dicta el Estado para normar su propia organización o funcionamiento, o el que ordena las relaciones entre los particulares y el Estado, en una situación de dependencia de aquellos respecto de este. Como el individuo queda en un plano subordinado respecto del Estado, algunos postulan que las relaciones que se crean en el ámbito del derecho público no son propiamente jurídicas sino relaciones de poder o de dominio del Estado sobre sus súbditos o ciudadanos. El Estado, actuando naturalmente a través de las personas que ejercen el poder y lo representan, mediante órdenes unilaterales, llámense leyes, reglamentos o sentencias, crea el derecho y ordena la conducta de los individuos. Así, son de derecho público, las normas del derecho constitucional y del derecho administrativo; las leyes que rigen los procedimientos; así como el derecho penal, el derecho tributario y otros en que el Estado participa como actor que dicta el derecho en su función soberana y en ejercicio

de sus atributos de imperio, dejando solo resquicios a la actuación de la voluntad de los individuos.

Las normas de orden público, aun las que han penetrado en las diversas ramas del derecho privado, se justifican porque expresan preceptos que, según los legisladores, son necesarios para el mantenimiento del orden social. Simplemente se tienen que acatar. No se admite, por el derecho, que las personas tengan la potestad de ignorarlo u oponérsele. Si lo hicieran, sus actos serán condenados por el derecho, que se niega a otorgarles su tutela y, por tanto, no podrán jamás servir a la función para los que las personas los celebraron ni surtir los efectos que se propusieron en el plano jurídico.

4. EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS

El primer código de derecho privado importante es el Código Civil francés, de 1804. Fue llamado, mediante ley de 1807, el Código de Napoleón, pues Napoleón Bonaparte, una vez convertido en emperador, quiso darle su nombre. En 1816, a la caída del imperio, se reestableció su nombre primitivo y, finalmente, en 1852, con Napoleón III en el gobierno, volvió a llamarse Código de Napoleón.

La preparación del proyecto final del *Code* la encomendó Bonaparte, como jefe del Gobierno y en su condición de Primer Cónsul, a una comisión de cinco destacados juristas franceses, abogados y magistrados, entre los que destacaron Tronchet y Portalis. El propio Napoleón participó en algunas de las discusiones de esta comisión (Bonnecase 1945: 82 y ss.).

El código así elaborado se plasmó bajo el influjo de las ideas liberales e individualistas de la Revolución Francesa y con la finalidad de estabilizar sus conquistas y abrogar el aborrecido *ancienne régime*.

El Código de Napoleón fue el resultado de varios proyectos preparatorios, de los que fue autor el célebre jurista Cambaceres, y no fue votado ni puesto en vigencia de una sola vez. Fueron aprobadas, poco a poco, como 36 leyes independientes, que fueron finalmente refundidas en el cuerpo del Código, promulgado en el 4 germinal del año XII, en la nomenclatura del calendario de la Revolución, es decir, el 25 de marzo de 1804, no hace más de doscientos años.

El plan del Código de Napoleón consistió en lo siguiente:

- Título Preliminar: De la Publicación, Efectos y Aplicación de la Leyes en General
- Libro I: De las Personas
- Libro II: De los Bienes y de las Diferentes Modalidades de la Propiedad
- Libro III: De los Diferentes Modos de Adquirir la Propiedad.

Las dos terceras partes del Código, por tanto, estuvieron dedicadas a tratar de la propiedad y de las formas de adquirirla.

Sus ideas-fuerza fueron la libertad personal y contractual, el carácter absoluto del derecho de propiedad y la idea de la responsabilidad basada en la culpa.

La difusión de este Código, que todavía está vigente en Francia, aunque con múltiples enmiendas, fue enorme, y ella se debió a los comentaristas de la llamada Escuela de la Exégesis. Esta línea de pensamiento jurídico, surgida con la generación de juristas franceses formada dentro del *Code* hacia 1830 o 1840, se fundaba en el culto por la ley escrita y en el predominio, en su interpretación y aplicación, de la intención original que tuvo el legislador al dictarla: «Los Códigos —escribe el jurista belga Laurent— no dejan nada al arbitrio del intérprete; este no tiene ya por misión hacer el derecho. El derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el derecho está escrito en textos auténticos».

La doctrina exegética mostró también una tendencia a las construcciones abstractas, consistente en el sumergimiento de toda figura jurídica en categorías preconcebidas que frecuentemente distorsionaban la realidad. Esta manera mecánica de considerar el derecho terminó chocando con las situaciones nuevas, originadas en los avances de la civilización industrial, que trajo consigo el invento y utilización masiva de la máquina. Así surgió en oposición, hacia 1880, la llamada Escuela Científica, que encarnó el jurista francés Francisco Geny (1902), profesor de la Universidad de Dijon.

Esta escuela nació de un sentimiento de disconformidad con la doctrina imperante y se dedicó a rebatir el argumento de que la institución de la Corte de Casación tuvo por objeto fijar la interpretación judicial de la ley positiva, teniendo como único criterio la voluntad del legislador. Luego, atacó la construcción abstracta del sistema, aunque reconoció que, usado con mesura, podía ser de gran utilidad, tal como lo demostraba el hecho de que la dogmática hubiese elaborado, sobre la base de normas dispersas del *Code*, una noción articulada del acto jurídico.

El problema, según esta perspectiva, reside en el abuso del método, que ilustra con varios ejemplos, como el de la imposibilidad de concebir como una figura sui generis el régimen de bienes en el matrimonio, que la doctrina interpretaba bien como un condominio sobre todo el patrimonio o bien como una sociedad con personalidad jurídica distinta a la de sus miembros, sin advertir que las excepciones que se veía obligada a reconocer eran precisamente la demostración de que ninguna de las dos formas interpretaba correctamente esta figura. El error residía en un injustificado prejuicio a favor de las categorías teóricas y en una ceguera ante los elementos reales y las finalidades concretas a que obedece la ley.

Geny (1902) basó su método, en cambio, en el principio de que las reglas de derecho tienen dos fuentes reales: un elemento experimental —las aspiraciones del medio social y de la naturaleza del hombre— y un elemento racional. Esta concepción lo llevó a propugnar que, aun en presencia de una codificación, el elemento experimental continúa ejerciendo su acción sobre la evolución del derecho positivo, para que llene sus lagunas, corrija sus imperfecciones y mantenga al día sus dictados por

medio de la doctrina y la jurisprudencia, porque así se introdujeron, en la vida jurídica, las nociones del abuso del derecho, del enriquecimiento sin causa, de la imprevisión y otras que no estaban escritas en los códigos.

A partir, por ejemplo, de dos o tres artículos del Código de Napoleón que regularon la responsabilidad por acto ilícito, la jurisprudencia, sustentada a menudo en las opiniones de los juristas más destacados, ha creado un formidable sistema legal que se aplica con carácter normativo.

El Código de Napoleón no contiene una definición del hecho jurídico en general, como tampoco expuso una del acto jurídico. En realidad, según sus comentaristas posteriores (Bonnecase 1945), a partir de normas inconexas del *Code* se tuvo la necesidad de reconocer que el hecho jurídico reviste tres formas: el hecho meramente material, el voluntario lícito y el voluntario ilícito. Se entendió, así, por hecho jurídico material, hechos como el nacimiento o la filiación, o acciones más o menos voluntarias que, fundadas en una regla de derecho, generan situaciones o efectos jurídicos, aun cuando el sujeto productor de ese acontecimiento o de esas acciones no haya tenido ni podido tener la intención de colocarse bajo el imperio del derecho.

El acto jurídico, por su parte, no fue objeto de una elaboración teórica original, sino que emergió por obra de la doctrina francesa del estudio del contrato en general. Los elementos constitutivos de los contratos (y, por ende, del acto jurídico) son cuatro: la voluntad, la causa, el objeto y la capacidad.

En cuanto a la voluntad, los problemas que suscita el Código consisten en preguntarse cuál es la función del formalismo en la época moderna y, una vez constituido el acto, si para atribuirle sus alcances e interpretarlo, deben desatenderse los términos planteados por los interesados y tomar en consideración su voluntad interna y psicológica; o si, por el contrario, es necesario atenerse a los términos del acto, so pretexto de que la voluntad que determinó su creación se concreta y traduce en la declaración de la voluntad.

En cuanto al primer problema, los comentaristas del Código distinguen dos conceptos psicológicos: el formalista y el mixto. El primero exige que el acto resida en la voluntad interna, es decir, en la real voluntad del agente, en la cual ha de buscarse sus alcances. En esta perspectiva, se pretende que el acto valga únicamente por su forma, y él mismo es inoperante si no se le expresa en las fórmulas exigidas por la ley. El concepto mixto pretende darle al acto una doble faz: por lo que hace a las partes, vale la voluntad interna, pero, frente a terceros, vale la manifestación de voluntad. Para las partes, el acto se identifica con su voluntad interna; para los terceros, con la manifestación exterior de esa voluntad.

En cuanto al segundo problema, se considera que la voluntad engendra, por su sola fuerza orgánica, los actos jurídicos; en especial, respecto de los contratos, estos son, en principio, consensuales y solemnes por excepción. El objeto del acto, por su parte, consiste en engendrar un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general

o un efecto de derecho limitado que se traduce en la formación, modificación o extinción de una relación de derecho, y debe advertirse que, a diferencia del contrato, el acto jurídico no solo crea obligaciones, sino que origina también derechos de familia y derechos reales basado en la ley.

Varias teorías explican la causa. La clásica la entiende como causa final y la opone al motivo, denominado causa impulsiva, y a la causa eficiente. La causa final es el fin inmediato y directo que se proponen alcanzar las partes; la causa impulsiva, el motivo que insta a cada una de las partes a contratar. Esta última no es un elemento intrínseco y constitutivo de la obligación sino extrínseco a esta; por otro lado, es relativa y personal a cada uno de los contratantes. En tanto que la causa final es siempre la misma en todos los contratos idénticos, la causa impulsiva es esencialmente variable. La causa eficiente, en el derecho romano, era la forma que revestía el acto y estaba constituida por lo que daba existencia a la obligación, su fuente, pero, como el derecho ha dejado de ser formal y la obligación consiste en el contrato del cual emana, ella reside en la intención que presidió a la convención, tal como resulta de su naturaleza y fin.

La capacidad, finalmente, es un atributo de la persona que la hace idónea para crear actos jurídicos. Ella debe relacionarse con la integridad de consentimiento; no basta que la voluntad del capaz intervenga, es necesario que esté íntegra, desprovista de vicios que la falseen o disminuyan.

El *Code*, en sus doscientos años de existencia, ha experimentado, como es de suponer, grandes modificaciones. Acabada la Segunda Guerra Mundial se creó una comisión para revisar totalmente el *Code* y, además, unificar los derechos civil y comercial. Posteriormente, numerosas leyes lo han modificado en temas como la sociedad conyugal, la igualdad de los esposos en el matrimonio, la adopción, la filiación y muchos otros.

5. EL CÓDIGO CIVIL ALEMÁN

En 1900 entra en vigor el Código Civil alemán, primer instrumento jurídico importante que norma el acto jurídico como una categoría conceptual y lógica, que abraza los actos emanados de la voluntad de los particulares y generadores de consecuencias jurídicas.

La teoría del acto jurídico fue elaboración de la dogmática alemana del siglo XIX, cuando, por influencia del pensamiento de Kant, se impone, en la cultura filosófica, la exigencia de plasmar teorías generales para cada rama del saber humano, con el fin de convertirlas en ciencia.

En la experiencia francesa de casi un siglo antes, se había ignorado la estructura racional y lógica que forma la teoría del negocio jurídico, tal como hoy se le conoce y aplica en las naciones de tradición de derecho civil codificado.

La ciencia legal moderna es, fundamentalmente, la creación de juristas alemanes surgidos desde mediados del siglo XIX, y se comienza a desenvolver a partir de las

ideas de Friederich Karl von Savigny (1779-1861). Este jurista sostuvo que la codificación de su país no debía seguir el modelo racionalista y secular del Código de Napoleón. Propugnó que un cuerpo legal para Alemania debía basarse en las costumbres, las creencias populares y los principios legales que históricamente habían regido a ese país y hallado su expresión en la jurisprudencia. En ese sentido, cualquier trabajo codificador debía partir de un estudio de dicho orden legal para identificar y enunciar sus principios y ordenarlos dentro de un sistema coherente.

Como el corazón del derecho privado estaba en el derecho romano, los juristas alemanes, seguidores de los ideales Savigny, se concentraron en estudiar cómo dicho derecho, expresado principalmente en el Digesto (*Pandekten*, en alemán), había sido recibido y adaptado en los pueblos germanos. Por este motivo, se llamó a estos juristas los pandectistas. Sus trabajos, inspirados en la unificación del primer Estado alemán bajo Bismark en 1871, desembocaron en la promulgación en 1896 del Código Civil alemán (BGB). Sus métodos y conceptos dominaron el pensamiento científico de los juristas e influyeron, junto con el Código de Napoleón, en la elaboración de los códigos posteriores y en el pensamiento de los hombres de derecho formados en la tradición del derecho civil escrito.

El concepto de que el derecho es una ciencia reposa en la premisa de que las variadas fuentes legales (leyes, reglamentos, jurisprudencia, costumbres, etcétera) deben ser estudiados de la misma manera en que lo son los fenómenos naturales. Del análisis de esas fuentes, el jurista debe abstraer sus principios generales y relaciones inherentes, tal como se analizan y se descubren las leyes naturales del estudio de los fenómenos que ocurren en la naturaleza. Bajo la influencia de esta concepción, los juristas alemanes, en forma deliberada y consciente, se aplicaron a emular a las ciencias naturales (Merryman 1985: 68 y ss.).

De allí se deriva que, al igual que aquellas, la ciencia jurídica puede ser muy sistemática. Se comienza por abstraer las notas comunes que surgen del estudio de las instituciones legales expresadas en las leyes y, de esa abstracción, surgen determinados principios que se ensamblan con otros. A medida que nuevos principios salen a la luz, ellos deben conectarse e integrarse al sistema. Si no se puede, el sistema debe modificarse para permitir su incorporación coherente o los principios deben adaptarse al sistema. De esta manera, la preservación de los valores que integran el sistema se convierte en elemento crítico cada vez que hay que reformarlo, porque las reformas deben dejar intacto el sistema.

El jurista maneja la ley y, mediante el empleo de procedimientos inductivos, extrae de ella principios cada vez más generales, que a su vez son representación concreta de otros. Así, sucesivamente, se asciende a principios cada vez más elevados y abstractos. La ciencia jurídica que emerge de este proceso tiende a ser pura, es decir, purgada de información extralegal. El llamado derecho natural e, incluso, el desarrollo histórico de las instituciones que conforman esta construcción científica son excluidos, no obstante

que la escuela que forja la ciencia toma el nombre de Escuela Histórica del Derecho.

Este énfasis en la necesidad de crear y mantener el sistema requiere producir clasificaciones y definiciones, y el esfuerzo que se despliega en refinarlas, para que encuentren su ubicación ordenada dentro del sistema, constituye uno de los fines primordiales de los juristas. Una vez obtenido el sistema coherente, el resultado deseado es transmitido y enseñado, sin someterlo mayormente a un nuevo espíritu crítico, ya que se asume que las clasificaciones y definiciones así elaboradas deben expresar la verdad científica del derecho. En este sentido, las definiciones no son percibidas como expresiones convencionales, válidas en la medida de que sean útiles; más bien son adoptadas y aceptadas como verdades, como la encarnación misma de la realidad jurídica.

Como resultado de su alto grado de sistematización, la ley queda dividida en campos nítidamente diferenciados. El derecho privado y el derecho público, por ejemplo, son inherentemente diferentes, claramente distinguibles. Se crea, al mismo tiempo, un vocabulario legal que se requiere aplicar con máxima precisión para reflejar fielmente las definiciones que constituyen las bases del sistema.

El sistema, la metodología empleada, las clasificaciones que requiere, las instituciones que establece, el contenido de las definiciones mismas y el orden así creado constituyen un cuerpo orgánico que aspira a ser general y totalizador. La ciencia del derecho así estructurada es luego explicada y difundida por la enseñanza y acogida en los códigos.

Si los componentes de esta sistemática construcción de la ley, aunque teóricamente ya existentes en ella, no estaban debidamente identificados ni articulados, se desarrollan nuevos conceptos para expresarlos de manera más acabada, poniendo énfasis en su validez dentro del sistema, antes que en su utilidad funcional concreta. Como tal, tienden a expresar valores mayormente abstractos. En síntesis, este es el método que los pandectistas alemanes utilizaron para la conquista que significó la formulación de la nueva ciencia del derecho, una ciencia que se aplica siguiendo los métodos de la lógica formal.

La conquista más destacada de este esfuerzo sistemático de los pandectistas alemanes es la construcción de las bases sobre las que reposa la teoría del negocio jurídico, que despliega sus principios y surte sus efectos en todas las ramas del derecho privado, que quedan así sometidos a sus enunciados básicos. No obstante que el derecho romano ignoró el negocio, esta categoría lógica, que debe su paternidad a los pandectistas germanos, se formó sobre la base de elementos del derecho romano por vía de la abstracción.

El plan del Código Civil alemán (BGB) fue el siguiente:

- Libro Primero: Parte General
- Libro Segundo: Del Derecho de las Relaciones Obligatorias
- Libro Tercero: Del Derecho de Cosas

- Libro Cuarto: Del Derecho de Familia
- Libro Quinto: Del Derecho Sucesorio

El tema concreto del Negocio Jurídico quedó disciplinado en la Sección Tercera del Libro Primero, en seis títulos que versan, respectivamente, sobre la Capacidad Negocial, la Declaración de Voluntad, el Contrato, la Condición y la Determinación del Tiempo (plazo), la Representación (poder) y el Consentimiento y la Ratificación. Adviértase que el tema del negocio jurídico es tratado en la parte introductoria del BGB, en admisión tácita de que su influencia opera en todas las demás ramas del derecho privado.

Se ha dicho, con razón, que, mientras el Código de Napoleón trató de realizar un ideal filosófico y político, el BGB encarna principalmente un ideal científico.

6. LOS CÓDIGOS DERIVADOS

Sobre la base de alguno de estos dos códigos paradigmáticos fueron apareciendo distintas legislaciones derivadas: el Código italiano de 1865, una recepción casi mecánica del *Code*, y su sucesor de 1942, código de gran perfección técnica e influencia, que fuera purgado de sus desviaciones fascistas después de la Segunda Guerra Mundial; el Código español de 1889, reelaborado a partir de 1958; y los códigos latinoamericanos decimonónicos, entre otros.

Los códigos que adoptaron el plan del BGB fueron, en especial, el Código Civil suizo de 1907, que depuró el lenguaje abstracto del BGB, comenzó a regir en 1912 y fue actualizado en 1971; el Código Civil de Austria de 1812, modificado entre 1914 y 1918; el Código de Brasil de 1917; el Código de México de 1932; el Código Civil griego de 1946; el Código Civil de Venezuela de 1942; y el Código Civil de Bolivia de 1976, entre otros.

Mención aparte merece el Código Civil del Japón de 1898, fruto de un largo debate entre los que preconizaban la influencia del *Code* y los que sostenían la mayor pureza científica del BGB, que acabaron predominando. Después de la Segunda Guerra Mundial ha sido sustancialmente adaptado a la nueva realidad social y económica del país.

Francia e Italia, acogiendo una iniciativa del profesor italiano Scialoja, resolvieron redactar un proyecto de código civil conjunto de obligaciones y contratos, que fue aprobado como proyecto en 1927 y que, pese a que ninguno de los países lo adoptó formalmente, fue fuente de gran influencia en el Código italiano de 1942.

Como no podía ser de otra manera, el *Code*, que acaba de cumplir doscientos años, ha experimentado múltiples cambios y el BGB ha sido refundido en un nuevo código en 2002.

7. OTROS SISTEMAS LEGALES

Por otro lado, el proceso de la recepción del derecho romano no llegó a cristalizarse en forma simétrica en todo Occidente. En Inglaterra, por ejemplo, diversos factores geográficos e históricos determinaron que allí se siguiera un sistema legislativo distinto al del resto de Europa. Se trata de un sistema de origen fundamentalmente normativo, que se basa en los precedentes o en la casuística según la doctrina del *stare decisis* —el poder y la obligación de las Cortes de sustentar sus decisiones en decisiones previas— y que, por consiguiente, se rige por la jurisprudencia o los casos resueltos por los jueces y tribunales, basados en la ley y la costumbre, antes que por la legislación escrita. Como se sabe, Inglaterra no posee Constitución escrita ni ningún código de derecho privado. Estados Unidos sí posee una Constitución escrita, pero en lo demás ha seguido el ejemplo inglés, y ha confiado la elaboración del derecho a los tribunales de justicia.

De Inglaterra, este sistema es transplantado a sus colonias durante su periodo imperial y rige actualmente en los países de origen anglosajón como Irlanda, Estados Unidos, la parte inglesa de Canadá, Australia y Nueva Zelanda, principalmente. Este hecho explica por qué el idioma jurídico inglés no ha creado un término que traduzca fielmente la expresión «negocio jurídico» ni elaborado una teoría del acto como la conocemos nosotros. En los Estados Unidos, cuya legislación se rige por el *common law*, heredado de Inglaterra, el único estado que tiene hasta ahora un código civil, dentro de la tradición latina del derecho privado codificado, es el estado de Louisiana, antigua posesión colonial francesa, que se ha mantenido fiel a su legado histórico en materia legislativa.

El jurista alemán Rudolph Sohm explica así la diferencia entre los sistemas legislativos de los países de tradición regida por códigos y los que se basan en el *common law*: «[...] una norma legal puede ser elaborada partiendo de las consecuencias que de ella se derivan, o desarrollando mediante ella los principios más amplios que le sirven de fundamento. El primer sistema es el que se aplica en los países sajones, el segundo en los países de tradición latina» (Merryman 1985: 67).

8. LA UNIÓN EUROPEA

Después de la creación de la Organización de las Naciones Unidas en 1945, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, ningún movimiento centrípeto entre las naciones modernas ha tenido más significación y trascendencia que la creación de la Unión Europea. Esta comunidad se inicia con el Tratado de Roma de 1950, con aspiraciones iniciales limitadas a una comunidad del acero y el carbón, y hoy comprende a veinticinco países europeos, bajo una sola bandera, con una sola moneda y con libre tránsito de mercancías, servicios, personas y capitales en esta vasta área del Antiguo Mundo.

La Unión Europea, cuyo proyecto de primera Constitución está listo y será objeto de un referéndum próximamente, no ha sido ajena a la idea de ensamblar las ramas principales de los derechos civiles que rigen en los distintos países que la integran y, con esta finalidad, ha preparado, por encargo del Parlamento Europeo, un Proyecto de Principios de Derecho Contractual Europeo, llamado en el propio texto *Lex Mercatoria*.

Su aspiración es brindar un sistema neutro —inspirado en los principios comunes que rigen en el derecho civil contractual de las naciones miembros— al que puedan someterse las partes en sus contratos sin tener que escoger, como hasta ahora, el sometimiento a la ley contractual de un determinado país. Se presenta, pues, como una alternativa atractiva a las legislaciones nacionales y tiene la ambición de que sus preceptos se conviertan en un sistema al cual puedan recurrir aquellos que contratan con personas domiciliadas en otros países de la región.

No puede dejar de advertirse la importancia potencial de este proyecto en cuanto constituye el primer intento multipolar de unificación del derecho contractual de casi toda Europa, inclusive de aquellos países miembros que, como Inglaterra e Irlanda, se rigen por un sistema de *common law*, distinto del tradicional derecho codificado de origen latino que se practica en los demás países de Europa continental.

En su versión original en el idioma inglés, los Principios están consignados en los siguientes capítulos:

- Capítulo I: Disposiciones Generales
- Capítulo II: Formación del Contrato
- Capítulo III: Autoridad de los Representantes
- Capítulo IV: Validez del Contrato
- Capítulo V: Interpretación del Contrato
- Capítulo VI: Contenido y Efectos de Contrato
- Capítulo VII: Cumplimiento del Contrato
- Capítulo VIII: Incumplimiento y Remedios Generales
- Capítulo IX: Remedios Específicos en caso de Incumplimiento

Como se aprecia, muchos de los temas que comprende el proyecto rozan o se identifican con temas que nuestro Código Civil disciplina en el Libro II del Acto Jurídico, pues el contrato es el más conspicuo de los actos jurídicos, allí donde sus principios se aplican y sus efectos se sienten con mayor consistencia y vigor.

CAPÍTULO II

ANTECEDENTES DEL DERECHO CIVIL PERUANO

DADA LA BREVE RESEÑA HISTÓRICA acerca de cómo se forma, se recibe y evoluciona el derecho civil dentro de la civilización occidental, debemos decir que, en América del Sur y en el Perú, el derecho civil se origina en el que España transplanta a América con la conquista y que se aplica luego en el virreinato, donde están fusionadas las vertientes romanas, canónicas y germanas (a través de las influencias visigodas).¹

La primera obra de compilación del derecho español que llega a América es la formulada por Alfonso X, El Sabio, denominada *Las Siete Partidas* (1256-1265), que constituyen una enciclopedia de los conocimientos jurídicos de la época. Se le aplicó el nombre de Partidas por el número de libros o partes de que consta, que era siete. Los romanos seguían una antigua doctrina de la filosofía griega que atribuye una virtud oculta al número siete y, por ello, están divididos en siete partes los cincuenta libros del Digesto romano, doctrina que, por motivos religiosos, era seguida en la Edad Media por el carácter mágico que se le atribuía. Reuniendo la primera letra de cada uno de los siete libros en que se divide las Partidas se forma la palabra «Alfonso».

Al terminar la Edad Media, España se orientó a la centralización monárquica y ello produjo la unificación del derecho español, mediante recopilaciones. Entre estas hay que mencionar el *Ordenamiento de Montalvo*, por el jurista a quien se debió la recopilación; las *Leyes de Toro* (1505) dictadas para procurar conciliar la aplicación contradictoria que los jueces hacían de disposiciones anteriores y la necesidad de regular algunas instituciones civiles, como los mayorazgos; y, finalmente, la *Nueva Recopilación*, que data de la época del rey Felipe II (1567) y que reunió un material jurídico sumamente complejo y eliminó algunas normas en desuso. Esta última fue continuamente renovada con las leyes que se dictaron hasta 1777. Posteriormente, se dicta la *Novísima Compilación* (1804), que comprende las cédulas, decretos, órdenes y resoluciones reales expedidas posteriormente y hasta dicho año. Hay también un *derecho*

¹ Con la invasión árabe, se destruyó el Estado visigodo y la principal fuente de su derecho, el llamado *Liber Iudiciorum*, de influencia romana y canónica, compilado en la época de Ervigio, sucesor de Recesvinto (681), que había ordenado las leyes anteriores, y que toma el nombre romanceado de Fuero Juzgo.

indiano, que es el especial que dicta la Corona durante los casi tres siglos del coloniaje para su aplicación en sus virreinos de América, fundamentalmente como un intento de protección de los derechos de los indígenas frente a los abusos de los conquistadores.

I. NUESTROS CÓDIGOS CIVILES

1.1. El Código Civil de 1852

A la *Novísima Compilación* le sucedió, ya en el siglo XIX, el Código Civil boliviano que el general Andrés Santa Cruz dictó para Bolivia y que se aplicó efímeramente en el Perú (1836-1838) durante la Confederación Peruano-Boliviana. Se trataba de una recepción mecánica del *Code*. Finalmente, treinta y un años después de proclamada la Independencia y luego de debates que tomaron tres etapas, el esfuerzo de los juristas peruanos, convocados inicialmente por el presidente Ramón Castilla y su ministro Paz Soldán, culminó en la promulgación —con vigencia a partir del 28 de julio de 1852— del primer Código Civil peruano, bajo la influencia principal del Código de Napoleón y del derecho castellano (Basadre 1984: 323 y ss.). Siguiendo el modelo del *Code*, nuestro primer cuerpo de leyes privadas no legisló acerca del acto jurídico.

El plan del Código Civil de 1852 fue el siguiente:

- Título Preliminar
- Libro Primero: Las Personas y sus Derechos
- Libro Segundo: Las Cosas, del Modo de Adquirirlas y de los Derechos que las Personas tienen sobre ellas
- Libro Tercero: Las Obligaciones y Contratos

Aunque inspirado en el *Code*, se apartó de este en algunas cuestiones fundamentales. Por ejemplo, no aceptó la condena a la muerte civil. Dos años después de su entrada en vigor, el presidente Castilla abolió definitivamente la esclavitud en el Perú.

1.2. El Código Civil de 1936

El Código Civil de 1936, en el que se percibe la influencia del Código suizo de 1911, y de los códigos civiles de Brasil y de Argentina, abordó por primera vez en nuestra patria el tema del acto jurídico en forma orgánica aunque no autónoma, pues formó parte del Libro dedicado al Derecho de las Obligaciones.

El plan del Código de 1936 fue el siguiente:

- Título Preliminar
- Libro Primero: Derecho de las Personas
- Libro Segundo: Derecho de Familia

- Libro Tercero: Derecho de Sucesiones
- Libro Cuarto: Derechos Reales
- Libro Quinto: Derecho de Obligaciones

La Sección Primera de este Libro Quinto trató acerca del acto jurídico. Pese a las imperfecciones que se evidenciaron de su uso por casi cincuenta años —de la que ningún cuerpo legal está, por cierto, inmune—, constituye la fuente más inmediata y el antecedente más valioso del enfoque orgánico del acto jurídico en nuestro medio.

El doctor Manuel Augusto Olaechea fue el ilustre ponente entre los codificadores, a quien tocó sustentar el Libro Quinto, que en sus versiones iniciales consideraba la siguiente definición del acto jurídico: «[...] son actos jurídicos los actos voluntarios y lícitos que tengan por fin crear, modificar, transferir, conservar o extinguir derechos». La citada definición no llegó a incluirse en el Código, porque, aparentemente, triunfó la controversial tesis de que los códigos no deben ofrecer definiciones (De la Puente 1983: 29). En atención a ello, la norma que inauguraba el articulado de la sección correspondiente aludía solo a sus requisitos de validez del acto, con el siguiente texto: «Para la validez del acto jurídico se requiere agente capaz, objeto lícito y observancia de la forma prescrita, o que no este prohibida por la ley» (artículo 1075). El Código argentino que, junto con el brasileño, inspiró al Código de 1936 en esta materia, sí lo había definido, en términos semejantes a la propuesta original del doctor Olaechea, como «los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos». Por su parte el Código del Brasil, había utilizado la siguiente fórmula: «todo o acto lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos se denomina acto jurídico».

Como hemos señalado, el tratamiento legislativo del acto jurídico formaba la primera parte del Libro correspondiente al Derecho de las Obligaciones. El legislador de 1936, inspirado en el Código Civil argentino, pensó también ubicarlo dentro del Libro Quinto del Código, que trató del Derecho de Obligaciones, en la Sección Primera, propiamente como una introducción a las obligaciones y los contratos, pese a que no escapó a su entendimiento que, por tener una aplicación de carácter general, sus preceptos tienen una vigencia que los rebasa y se proyecta, aunque con matices y diferencias, y no en forma homogénea, a toda operación jurídica en que, partiendo de una declaración de voluntad, se produce un efecto de derecho.

1.3. El Código Civil de 1984

Este Código fue finalmente acogido, en un libro autónomo, por el Código que nos rige desde 1984, al que, como es natural, se introdujeron los aportes que la crítica más autorizada hizo al cuerpo legal precedente, y se refinaron conceptos bajo la influencia

de la doctrina que informa el derecho italiano, principalmente. En este caso, la mayoría de los integrantes de la Comisión Reformadora son o fueron eminentes profesores de derecho, de modo que se trata de un código de contenido altamente técnico, que recoge las más modernas corrientes civilistas del derecho comparado.

Nuestro Código Civil vigente se divide de la forma siguiente:

- Título Preliminar
- Libro I: Derecho de las Personas
- Libro II: Acto Jurídico
- Libro III: Derecho de la Familia
- Libro IV: Derecho de las Sucesiones
- Libro V: Derechos Reales
- Libro VI: Las Obligaciones
- Libro VII: Las Fuentes de las Obligaciones
- Libro VIII: La Prescripción y Caducidad
- Libro IX: Los Registros Públicos; y
- Libro X: Derecho Internacional Privado

La normatividad referente a los Registros Públicos y al Derecho Internacional Privado, acogida en los Libros IX y X del Código, no es tema propio del derecho privado, a pesar de que el Código Civil la ha comprendido.

El derecho civil que está recogido en el Código Civil es, por cierto, derecho privado, pero no todo el derecho privado. El derecho civil es el derecho privado general o común, en el sentido de que es el conjunto de normas legales que son aplicables a todas las personas que habitan el territorio del Estado en el que se dicta, tomando en cuenta exclusivamente su condición de tales. Nadie puede sustraerse, por consiguiente, a sus normas en cuanto todos los sujetos de derecho somos personas.

Adicionalmente, existen derechos privados especiales, que son aquellos que regulan las relaciones de ciertas personas en función de su especial situación dentro de la sociedad o de la actividad que realizan en esta: el derecho mercantil se desprende del derecho civil para enfocarse exclusivamente sobre la actividad que desarrollan las personas que practican el comercio; el derecho minero se aplica a las personas en cuanto desarrollan una actividad minera; el derecho canónico sigue rigiendo a las relaciones entre las personas en cuanto miembros de la religión católica, etcétera.

El derecho civil cumple una misión supletoria en los derechos privados especiales, siempre que no sean incompatibles por su naturaleza (artículo IX del Título Preliminar). Por ejemplo, los plazos que establece la Ley General de Sociedades se computan siguiendo las reglas del Código Civil (artículo 45 LGS). Sobre este punto, hay que destacar como uno de los aciertos del nuevo Código la inclusión del artículo 2112 que estatuye la unificación de los contratos civiles y mercantiles. No hay, en adelante, compraventas civiles y compraventas mercantiles, simplemente compraventas, y lo

mismo puede decirse de los contratos de permuta, mutuo, depósito y fianza. Como ya tuvimos ocasión de comentar, la unificación de los derechos civiles y mercantiles referida a los contratos se realizó plenamente en el Código suizo de 1911 y el italiano de 1942. El nuestro es el tercer cuerpo de leyes que conozcamos en que se cristaliza este avance hacia una concepción unitaria del contrato.

Ahora bien, las normas del Código Civil tratan de muy diversas materias, todas ellas encaminadas a regular las actividades que las personas privadas desenvuelven en su vida pública, como miembros del cuerpo social. Los codificadores organizan los códigos con criterio científico y agrupan las normas que disciplinan con criterios y métodos de lógica jurídica, separadamente por materias, para facilitar su ordenamiento legislativo y su manejo. Sin embargo, no hay que perder de vista que el Código Civil —y, por ende, el derecho privado que contiene— constituye una disciplina que aspira a ser orgánica y que persigue el objetivo de que ninguna norma que contiene se oponga o contradiga a otra; por el contrario, estas deben concordar y complementarse las unas a las otras. La esencial y anhelada *coherencia intrínseca* es propia de estos cuerpos de leyes.

Todos los Códigos Civiles, desde luego, no son iguales; pero todos abordan y dan respuesta, desde concepciones filosóficas e ideológicas que varían, a los mismos problemas que surgen de las mismas situaciones reales. Por eso, los Códigos se influyen los unos a los otros según la mayor o menor fortuna de sus soluciones y la experiencia que su aplicación depara. Como la ley es *res pública* y no está protegida por derechos de autor, los países son enteramente libres de copiar normas de otros Códigos y lo hacen continuamente. Todas aspiran a ser útiles a los fines que les son propios y ofrecen soluciones equitativas, técnicamente correctas, a las múltiples situaciones conflictivas que, inevitablemente, producen los individuos al relacionarse.

2. EL ACTO JURÍDICO EN EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE

De la comparación entre el tratamiento que recibió la noción del acto jurídico en el Código de 1936 y el que le dispensa el que nos rige, aparece, en primer término, el carácter definidor del Código, que se advierte sobre todo en la regulación de los contratos, para cada uno de los cuales dicta una definición. A diferencia del precedente, el Código Civil vigente contiene una definición del acto jurídico (artículo 140).

Se aprecia, seguidamente, que del actual Código se han desgajado los temas del acto ilícito y de la prescripción extintiva, que se ubicaban en la sección dedicada al acto jurídico en el Código anterior, y que, con criterio más acorde con su naturaleza de hechos jurídicos, son actualmente tratados en forma independiente de este. Como contrapartida, se han incorporado en el nuevo Código, como parte del Libro II que se dedica al acto jurídico, normas sobre la interpretación del acto y la representación, que habían sido ignoradas en el precedente. En todo lo demás, el Código vigente sigue

la sistemática del anterior y desarrolla, con algunas variantes importantes, las mismas materias. En cuanto a la extensión del articulado dedicado al acto jurídico, el Código de 1936 le dispensaba 95 artículos y el vigente 92.

Como vemos, el tratamiento del acto jurídico, ha merecido en el actual Código Civil una regulación que no tenía en el Código precedente. Igualmente, es de notar que el legislador de 1984, siguiendo en esto la posición sostenida por el doctor Manuel de la Puente (1983: 41), con mayor propiedad sistemática, ha ubicado el tema en el Libro II del Código, a continuación del Libro I dedicado al derecho de las personas, por considerarlo una materia que, lógicamente, debe regularse previamente a las demás ramas del derecho civil, debido a la forma en que la teoría del acto jurídico irradia y se aplica, en sus principios generales, en todas ellas.

En realidad, el proyecto del Código elaborado por la Comisión Reformadora creada por decreto supremo del 1 de marzo de 1965, dedicaba el Libro I a los actos jurídicos, el Libro II a las personas, etcétera. Invocando el artículo de la Constitución entonces vigente, que disponía la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como el fin supremo de la sociedad y el Estado, y reconociendo su primacía, el doctor Carlos Fernández Sessarego, miembro de la Comisión, gestionó y obtuvo que la Comisión Revisora, creada por ley 23403, cambiara el orden de los Libros del Código y legislara, en primer lugar, el Derecho de las Personas, relegando al Libro II el tratamiento del acto jurídico.

El acto jurídico, en efecto, actúa en todas las ramas del Derecho Civil: en las fuentes de obligaciones, donde tiene aplicación más amplia y común, mediante los contratos y las declaraciones unilaterales de voluntad; en los Derechos Reales, donde actúa en las relaciones creadoras de los gravámenes reales, prenda, hipoteca o anticresis; en el Derecho Sucesorio, como es el caso de los testamentos, la aceptación y la renuncia de herencia, en el Derecho de Familia, con el matrimonio, el reconocimiento de hijos, la adopción, la emancipación; y en el Derecho de las Personas, con la creación de asociaciones.

No debe dejar de subrayarse que donde la teoría del acto jurídico encuentra su utilización más completa y uniforme, donde su aplicación sistemática es más fértil y constante, es en los múltiples actos voluntarios con contenido patrimonial, y entre ellos, en los contratos, a los que podría denominárseles los príncipes de los actos jurídicos. De hecho, en la legislación comparada, ni los códigos francés, italiano o español, para citar a los países de los que procede la mayor parte de la literatura sobre el acto jurídico, han dado un tratamiento legislativo autónomo a este; y los tratadistas cuyas opiniones constituyen la más densa, nutrida y esclarecedora doctrina del acto, deben recurrir a las normas de sus códigos que tratan de los contratos, desde las que, tomándolas como paradigma, desenvuelven toda la argumentación lógica en que se apoya la estructura de la abstracción o idea en que consiste el acto jurídico.

Ahora bien, para establecer los conceptos que era necesario fijar en nuestra legislación, el Código Civil optó por legislar sobre el tipo de acto jurídico llamado por la doctrina negocio jurídico, pero continuó denominándolo acto jurídico, siguiendo, según se desprende de la lectura de las actas de la Comisión Revisora, nuestra tradición jurídica, que lo denominaba tal en el Código de 1936. Es necesario pues, hacer una doble aclaración preliminar al respecto: de un lado, el concepto de acto jurídico es distinto y no debe confundirse con el concepto del fenómeno específico que la teoría denomina negocio jurídico. De otro lado, nuestro Código llama acto jurídico a lo que en realidad constituye, según la doctrina, negocio jurídico. Para respetar la terminología acogida por el Código, por razones de tradición jurídica, en adelante llamaremos actos jurídicos a lo que, en puridad, según la doctrina, constituyen negocios jurídicos.

CAPÍTULO III

LAS NORMAS LEGALES Y LOS HECHOS JURÍDICOS

I. LAS NORMAS LEGALES

Las normas jurídicas están concebidas y dictadas para regular las varias situaciones o hechos que se presentan en la vida de relación, en cuanto influyen de algún modo en el orden social, encauzando las iniciativas de las personas. El acontecer de tales situaciones y eventos, constituye el presupuesto indispensable para que las normas legales produzcan los efectos que ellas mismas anticipan o prevén.

El derecho es esencialmente una ciencia normativa imperativa, un imperativo hipotético, pero las órdenes que imparte solo pueden tener resonancia jurídica para que se apliquen sus mandatos cuando las suposiciones en él previstas ocurren en la realidad. Si una ley sanciona el homicidio con una condena determinada, para que la pena pueda aplicarse se requiere que haya, en efecto, un homicidio, es decir, que se produzca en la realidad el presupuesto de hecho que la norma contempla. Asimismo, si otra ley impone la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados por el acto ilícito, para que el imperativo legal se ponga en marcha hace falta que un sujeto cause un daño a otro.

El funcionamiento de las normas jurídicas semeja pues a un silogismo: la premisa mayor es la hipótesis o condición, la premisa menor es la situación de hecho prevista en la premisa mayor, y la conclusión es un efecto jurídico que se aplica a la situación de hecho una vez producida, que bien puede consistir en la imposición de una sanción, la creación de un estado o situación jurídicos, el nacimiento o la extinción de una obligación, la adquisición o suspensión de un derecho, la imputación de una responsabilidad, etcétera. Para que una norma jurídica funcione y cumpla el objetivo para el que ha sido concebida, se necesita que un hecho, situación o conducta, que ella misma ha previsto como hipótesis, suceda en la realidad. Se requiere que una actividad del hombre o un hecho de la naturaleza, se convierta en el presupuesto ya anticipado en la norma preexistente y la ponga en juego, atribuyendo a dicho hecho o actividad los efectos que la norma legal le impone. La norma permanece inerte mientras la actividad prevista en ella no se concreta en un hecho realmente

acontecido. Al presupuesto de hecho alojado en la norma jurídica se le denomina, en la doctrina italiana, *fattispecie*, y *tatbestand* en la doctrina alemana.

Hay que destacar que muchas reglas no prescriben una determinada conducta y se limitan a autorizarla o permitirla, de manera que los individuos, si lo desean, se acogen a la norma. Es derecho voluntario, *ius dispositivum*. Si la norma no sirve a sus fines y las personas simplemente la ignoran, no emana de ello una sanción o consecuencia adversa, porque las leyes de esta especie no constituyen propiamente mandatos.

La iniciativa individual fundada en la necesidad de satisfacer las aspiraciones y necesidades de los particulares es tan variada y rica en posibilidades que ningún código, así sea el más sabiamente elaborado, el más minucioso y exhaustivo, sería capaz de anticipar mediante sus normas las conductas de las personas, para intentar disciplinarlas. No es materialmente factible un derecho positivo que prevea todo el entramado complejo de relaciones que vinculan a las personas cuando actúan en un medio social. Así, el ordenamiento tiene que reconocer, quiéralo o no, la eficacia de la iniciativa individual para ordenar jurídicamente sus propias relaciones. La autonomía de la voluntad o autonomía privada es la teoría que está en el epicentro de esta comprobación experimental, que constituye, además, un imperativo racional. Por su ministerio, el legislador tiene que delegar en los particulares la prerrogativa de regular sus relaciones mediante el otorgamiento de actos privados con relevancia jurídica, pero que el derecho positivo se reserva la potestad de respaldar, si su finalidad es considerada socialmente plausible y de negarles tutela si les atribuye una finalidad perniciosa.

2. LOS HECHOS JURÍDICOS

Para empezar a delinear el concepto del acto jurídico, en su especie de negocio jurídico, es preciso, yendo de lo más amplio a lo más concreto, reconocer que en el mundo organizado en sociedad se producen hechos, acontecimientos, eventos o situaciones de la más diversa naturaleza. Hay, en primer lugar, hechos que no interesan al derecho. Son hechos no jurídicos y no generan consecuencia alguna de derecho; son jurídicamente intrascendentes porque carecen, a juicio del legislador, de resonancia económica o social y, debido a ello, la ley no les asigna efectos. Por ejemplo, la marcha de los astros por el firmamento, la dilatación de los cuerpos por el calor, un saludo, caminar por la calle, leer un libro, tararear una canción. Abstractamente considerados, esta gama de hechos no atrae la atención del derecho y este no considera que deban provocar un efecto legal como respuesta directa a su acontecer mismo. Ocasionalmente, algunos de ellos, en concreto, pudieran tener alguna consecuencia jurídica, si las personas los incluyen para formar parte de la trama de obligaciones y derechos que constituyen el contenido de todo acto, en función del fin que persiguen quienes lo celebran y siempre que le atribuyan algún efecto, por propia determinación.

Hay otros sucesos que, generalmente, sí interesan al derecho, y este hace que produzcan consecuencias jurídicas; por ello, se les denomina hechos jurídicos. Hecho jurídico, en su sentido más amplio, es toda causa o situación de hecho al que la ley hace capaz de generar un efecto de derecho. Así, el derecho positivo atribuye efectos jurídicos a los más variados acontecimientos, tales como el transcurso del tiempo, el nacimiento, el parentesco, la muerte, el matrimonio, el testamento, arreglar un contrato, robar, injuriar, lesionar a una persona, apropiarse de un bien, cazar, sembrar, pescar, construir, inventar, descubrir, etcétera.

Este conglomerado de sucesos, de la más diversa índole, que surten efectos jurídicos porque la ley así lo dispone, se puede clasificar de varias maneras, pero la más significativa para el derecho es la que los separa en eventos que obedecen al impulso de la voluntad de una persona y los que acontecen sin que la persona tenga influencia alguna en su producción, pues ocurren en el mundo de la causalidad. En todo caso, ya sea que se trate de hechos causados por las personas o acaecidos sin que medie su intervención, el destinatario del efecto o de la nueva situación que crean es siempre la persona, como el gran protagonista del derecho. Al hablar de persona estamos, desde luego, refiriéndonos tanto a los seres humanos como, respecto de ciertos actos, a otros sujetos ideales a los que la ley reconoce la posibilidad de ser titulares de derechos: las personas jurídicas.

Así pues, los hechos jurídicos son voluntarios cuando su producción obedece al deseo o intención creativa de una persona o es el resultado de su actividad o comportamiento. El comportamiento que los origina puede ser activo y dinámico, o pasivo y consistir en una abstención. La omisión o negativa del hombre es lo que constituye un hecho negativo. Todos ellos pueden provocar, mediante sus declaraciones o conductas, un efecto jurídico, porque el derecho les atribuye trascendencia para cambiar situaciones preexistentes y configurar nuevas situaciones, a las que corresponden nuevas calificaciones y efectos jurídicos, como anota certeramente Emilio Betti (1959).

Hay otros hechos jurídicos en el que el protagonista no es la persona sino la fuerza de la naturaleza, pero que producen igualmente efectos en las relaciones entre las personas, a pesar de no ser actuadas ni deseadas por ellas. Así sucede con el cambio del cauce de un río que produce el fenómeno de la accesión, o el simple transcurso del tiempo que produce la mayoría edad o el hecho jurídico de la prescripción en sus dos modalidades, adquisitiva de derechos o extintiva de acciones. Algunos de estos hechos naturales, que se presentan de improviso y tienen la particularidad de ser inexorables, pueden configurar eventos catastróficos que inciden de modo importante en las relaciones jurídicas afectando el interés de sus miembros, sea impidiendo la ejecución de sus obligaciones o trastocando el disfrute de sus derechos. Por ello, el derecho configura, a partir de estos eventos naturales, los hechos jurídicos llamados casos fortuitos o de fuerza mayor, en virtud de los cuales quedan momentáneamente suspendidos o extinguidos derechos y obligaciones de las personas (artículo 1315).

Hecho jurídico, dicho simplemente, es el aspecto jurídico de algún hecho material. Por las consideraciones que anteceden, podríamos definirlo como el suceso o acontecimiento, voluntario o involuntario, dotado de ciertos requisitos presupuestos en la ley, que lo hacen idóneo de crear, transmitir, conservar, modificar o extinguir algún derecho subjetivo. El hecho jurídico es un concepto más amplio que el de acto jurídico. El acto jurídico es una clase o un tipo especial de hecho jurídico, ya que los hechos jurídicos, como hemos visto, pueden ser voluntarios o naturales, según sean causados por la voluntad humana o se produzcan por causa independiente de esta. No hay derecho que no provenga de un hecho, involuntario o voluntario.

CAPÍTULO IV

EL ACTO ILÍCITO Y EL ACTO JURÍDICO

AHORA BIEN, los hechos jurídicos involuntarios no son ni pueden ser calificados de lícitos o ilícitos, porque en ellos no interviene la voluntad del hombre y el mundo de la casualidad no puede ser objeto de apreciación valorativa. En cambio, los hechos jurídicos voluntarios sí pueden ser calificados de lícitos o ilícitos porque son el fruto de una conducta.

Lo lícito es la actividad de la persona conforme al derecho positivo y lo ilícito aquel comportamiento que el derecho positivo repudia porque lo estima socialmente nocivo. Ambas son connotaciones axiológicas que solo pueden aplicarse a las consecuencias de la actividad u omisión imputable a un sujeto de derecho. Es una estimación de mérito o de demérito de la actuación de las personas que le compete al derecho.

Así, no cabe considerar lícita o ilícita la muerte, como hecho involuntario natural, o un incendio espontáneamente producido. Pero, cuando la muerte o el incendio son causados por actos voluntarios, ellos sí quedan calificados de ilícitos, porque la ley, fundada en la moral o en la idea de justicia, condena a la muerte provocada o imputa responsabilidad por el daño producido por una persona en el derecho ajeno: es, por tanto, la actividad o el comportamiento de la persona la que se hace merecedora de una calificación por el ordenamiento.

I. EL ACTO ILÍCITO

El acto ilícito es contrario al derecho objetivo. El ordenamiento no lo quiere, lo prohíbe, pero no puede impedir que ocurra; y, cuando ocurre, reacciona en contra de este para atribuirle a su autor generalmente efectos de orden indemnizatorio o punitivo.

Los actos ilícitos no son negocios jurídicos propiamente tales porque, como veremos más adelante, el agente que los comete no persigue ni desea sufrir las consecuencias que la ley le impone, y es connotación indispensable del negocio jurídico que el agente busque conscientemente un determinado efecto que, al coincidir con el ya previsto en la norma, adquiere relevancia jurídica porque la norma lo ordena. Tampoco son actos jurídicos porque no son lícitos y no producen los efectos que estos despiertan.

Los actos ilícitos mediante los cuales una persona causa un daño a otra, deliberadamente con dolo o sin quererlo por culpa, son voluntarios, en el sentido de que el sujeto, por medio de su actividad u omisión, provoca un efecto de hecho. Sin embargo, es característica de estos actos que el autor o responsable se resiste a recibir la consecuencia legal de su actividad u omisión. Con prescindencia de lo querido por el autor del daño, la ley le impone una sanción, en aplicación del principio universalmente admitido, que encuentra acogida en el ordenamiento, de que todo aquel que causa un daño a otro debe indemnizarlo. A veces, el derecho no sanciona al autor material y directo del daño, y en atención a ciertas circunstancias imputa la responsabilidad a otra persona que no ha contribuido directamente a causarlo. Solo excepcionalmente la ley exime de responsabilidad al agente de un evento dañoso.

Se dice, entonces, que ha nacido una responsabilidad extracontractual —no derivada del incumplimiento de obligaciones que anidan en una relación previa nacida de un contrato— a cargo del agente del daño o de un tercero responsable, y que tal responsabilidad tiene por fuente a la ley, opera *ex lege*. La voluntad con la que se condujo el individuo infractor, según el sistema de responsabilidad civil objetiva o subjetiva que el legislador adopte para regular la hipótesis del acto en daño aquiliano, será objeto de evaluación, bien para eximirlo de responsabilidad en ciertos casos especiales, bien para graduar la intensidad de la sanción que la norma ordena.

2. EL ACTO JURÍDICO

El acto lícito es aquel que es conforme al derecho objetivo; el ordenamiento consiente que se realice y le atribuye los efectos que su función reclama según la ley. El acto jurídico es una especie del género de los hechos jurídicos y, a su vez, es un concepto más restringido, o mejor dicho, que se asienta en consideraciones distintas de las que se precisan para que se produzca el negocio jurídico. Abraza todos los actos humanos —y, por tanto, voluntarios—, a los que, por mandato a priori de la ley, se les reconoce como causa de un efecto jurídico.

La distinción entre actos jurídicos y actos ilícitos proviene, más que de la naturaleza de ser voluntarios —porque ambos generalmente lo son—, de la naturaleza de las consecuencias que ambos reciben del ordenamiento. Así, las consecuencias o efectos de los actos suelen llamarse inmediatos cuando suelen ocurrir inmediatamente después del acto. Son llamados mediatos cuando la consecuencia natural y ordinaria se mezcla con un acontecimiento distinto del acto que lo produce.

Hay que recordar que siempre se necesita que una ley contemple como premisa el acontecimiento. Un acontecimiento que la norma no ha previsto es un hecho no jurídico, como ya hemos expresado. Aunque, en general, los actos jurídicos se realizan voluntariamente, no ocurre en todos los casos que el sujeto actúe impulsado por una intención que hace explícita, o sea, exteriorizando su voluntad encaminada a hacer

ostensible su propósito de alcanzar el resultado específico que persigue. Podría decirse que en ellos hay voluntad pero no la intención de perseguir determinados efectos.

De hecho, hay determinados actos voluntarios en los que la actividad de la persona parece estar dirigida a una determinada finalidad práctica, porque nadie actúa racionalmente sin motivos, sin un objetivo o propósito deseado, pero el agente no siente la necesidad de manifestar la intención que lo mueve. La manifestación de voluntad puede darse o no, pero ella no es tomada en cuenta, no es valorada por el derecho, a fin de atribuirle al acto un determinado efecto. En otras palabras, el efecto jurídico se produce independientemente de la ponderación que en otras circunstancias cabría que la ley haga de la voluntad del sujeto autor.

Así, la ocupación, la toma de posesión o la entrega de un bien son actos jurídicos productores de consecuencias en el mundo del derecho, independientemente de que el sujeto, al realizarlos, diga o no que desea poseer o entregar. El control de hecho que el sujeto adquiere sobre un objeto, al apropiarse de él dentro de ciertas circunstancias, constituye el único dato que el derecho necesita para que se realice el presupuesto en ella previsto, y considerar, sin requerir de otro análisis, que la posesión ha comenzado; la tradición real o ficticia es el único dato que el derecho requiere para considerar que la entrega se ha producido. Estos actos voluntarios son propiamente actos jurídicos. En ellos, la declaración de la intención del sujeto es irrelevante; el acto del hombre, considerado en sí mismo como productor de un acontecimiento que la ley estima lícito, es el único presupuesto de hecho que la ley exige para la verificación, en concreto, de los efectos previamente establecidos en la ley en forma rígida. De tal forma que cuando ocurre el acontecimiento, dentro de las circunstancias que la ley establece, solo se pueden producir aquellos efectos y no otros.

Cuando el derecho se desinteresa del contenido de la voluntad del sujeto para otorgar efectos jurídicos a su actividad o abstención, esta variedad de los actos, en los que no hay o no interesa que haya una declaración de voluntad jurídicamente inspirada, son llamados por la doctrina, indistintamente, actos jurídicos propiamente dichos, actos lícitos no negociables, actos reales, comportamientos o actos de voluntad. Solo se requiere, para su existencia y efectos, un despliegue de actividad o una inhibición; el derecho se satisface de que simplemente haya ocurrido el evento voluntario que contempla y que este no ofenda la ley. Por su ministerio, atribuye directamente al acto o a la omisión del sujeto determinados efectos inmediatos de derecho. Por ello, este tipo de actos pueden tener como protagonista a incapaces privados de discernimiento, quienes adquieren, en ciertos casos, el derecho de propiedad sobre los frutos que recogen, los peces que pescan, los animales que cazan, o los hallazgos que encuentran, sin que al derecho le interese que el sujeto actúa sin voluntad jurídica, por encontrarse privado de capacidad. La ley únicamente toma en cuenta el resultado material o el hecho físico de la acción ejecutada, antes que la voluntad subjetiva que lo ha causado o el fin que el agente se propuso al realizarlo.

Casos de actos con consecuencias jurídicas, en los que no se precisa que haya declaración de voluntad (y, por consiguiente, el examen de la voluntad del sujeto es jurídicamente intrascendente) son, por ejemplo, la construcción que hace un operario para sí, tanto como el artífice que elabora un objeto, o el artista que crea una obra de arte. En estos casos, el derecho les atribuye directamente la propiedad de aquello que han construido, producido o creado. El autor se convierte por ministerio de la ley en dueño de la obra realizada. No requiere el operario, el orfebre o el artista expresar públicamente, mediante una declaración, que ese es su deseo, y aun si lo expresa, el resultado jurídico no varía: será siempre dueño o autor del producto de su esfuerzo porque la ley le atribuye esa condición, sin detenerse a indagar acerca de cuál fue su voluntad al ejecutarla; simplemente la presume.

Esta precisión no impide que la obra, en los casos en que preceda al acto realizado, en virtud de un contrato pactado y por el consentimiento que presta quien debe ejecutarla y quien se la encomienda o encarga, pertenezca al comitente. Aquí ya hay un acto urgido de declaraciones que le prestan sentido y, como este es acogido por la ley, los efectos se dan en línea con la función típica que la ley asigna al acto en cuestión. Estamos ya en presencia de un negocio jurídico.

CAPÍTULO V

EL NEGOCIO JURÍDICO

HAY UNA ESPECIE DE LOS ACTOS JURÍDICOS, o un tipo especial de acto jurídico, en el que la estimación que la ley hace de la voluntad del sujeto adquiere importancia decisiva para que el derecho ofrezca su protección al resultado que este se propone. La voluntad que merece el amparo de la ley es la que reúne las cualidades de ser emitida con discernimiento, intención y libertad, como precisa con justeza el Código Civil argentino. Pudo haber escrito, acaso con menos propiedad, con capacidad, conocimiento y autonomía. No basta uno u otro. Los tres requisitos deben darse para que la voluntad sea idónea y esté exenta de defectos que podrían vulnerar el resultado que el agente se propone, restando eficacia al acto. En este tipo de acto, además, se necesita que la voluntad jurídicamente apta sea conocida para lo que se requiere que se exteriorice, o sea, se vuelque del fuero interno del sujeto al mundo exterior mediante una manifestación perceptible por los sentidos. En esta clase de actos, lejos de ser indiferente o secundario que el sujeto exprese cuál es su intención o propósito, es indispensable que ello ocurra. A este tipo especial del acto jurídico la doctrina ha llamado negocio jurídico, para diferenciarlo del acto jurídico, donde no se precisa, como ya indicáramos, que el efecto sea causado o precedido por una manifestación de voluntad conscientemente encaminada a producir determinada consecuencia.

Dados a establecer distinguos: manifestar la voluntad es un concepto más amplio que declararla; esta última se confina a la expresión mediante la utilización del lenguaje, en tanto que la manifestación puede surgir, además, de una conducta, de una actitud o de un comportamiento revelador de la voluntad que anima al agente. Inclusive el silencio, en casos puntuales, importa manifestación del querer. El Código, al definir el acto jurídico, utiliza la expresión más lata: manifestación de voluntad que comprende, desde luego, a la declaración.

Ahora bien, si el negocio que nace de la manifestación de voluntad reúne, además, los otros requisitos que la ley considera indispensables para que surta efectos, es decir, si se llenan los presupuestos legales que la ley estima necesarios para que el acto ejerza la función que el orden legal le asigna en el ámbito económico o social, el negocio será protegido por la ley como un negocio lícito y surtirá efectos como tal. Por el

contrario, si el acto nacido de la voluntad manifestada por el individuo no reúne los demás elementos esenciales que la ley prescribe, vulnera de alguna manera una norma imperativa o es reputado inmoral, no puede producir los efectos legales deseados por el autor, porque la ley no lo admite. El acto que no reúne, además de la exteriorización de la voluntad, los elementos necesarios para su legitimidad, deviene inválido o ineficaz y sus consecuencias legales no responderán a los fines que pretendía el declarante, que era que surtiera efectos coercitivamente amparados por el derecho. El acto, aunque querido por su autor y declarado como tal, no podrá llenar la función jurídica para la cual se le quiso, porque choca con el orden legal. El vehículo legal utilizado por el sujeto tiene carencias irremediables y no va a poder alcanzar el fin que su autor se propuso conseguir mediante él. No puede producir los efectos en cuya expectativa se celebró.

Para que haya un negocio jurídico, es necesario que parta del agente una manifestación, vale decir, una expresión significativa intencional y consciente, que debe proyectarse hacia afuera del declarante, y debe darse a conocer en alguna de las formas de manifestación de la voluntad que la ley reconoce como portadora eficiente de una voluntad jurídica. Esta voluntad, así manifestada, debe tener por objetivo obtener un fin jurídico genérico al cual va dirigida la intención de quien la formula. No es necesario, según la doctrina más extendida y el sentido común, que el sujeto que formula la declaración desee conscientemente todas las consecuencias jurídicas y que estas se den en la medida en la que el sujeto expresamente las quiso y previó. Esta concepción, que responde a la noción racionalista que erigió a la voluntad individual en el supremo creador del derecho, no encontró eco, ni siquiera en el Código de Napoleón, que no pudo dejar de admitir que la ley, por sí propia, tiene la potestad de imponer a la declaración efectos no comprendidos en ella.

A menudo, las consecuencias jurídicas de los actos no son exactamente las que los agentes querían al formular la intención de celebrarlo. Pueden ser mayores o menores que las queridas. El agente pudo no conocer determinados efectos que la ley pone en marcha de todas maneras, porque son efectos obligatorios en cuanto en ellos reside la entraña reglamentaria del tipo de acto del que se trata. En otros casos, los efectos se contemplan con carácter meramente supletorio de la voluntad, dentro del esquema orientado a que el acto cumpla realmente todas las funciones que el derecho le asigna a partir del deseo del sujeto que lo otorga.

El resultado se da cuando el agente persigue, mediante su declaración o conducta expresiva equivalente, una consecuencia jurídica genérica y la ley coincide que ese es el efecto primordial que hay que atribuirle. La ley, por sí sola, se encarga adicionalmente, como complemento del fin jurídico principal que el agente persigue, de imponer otras consecuencias secundarias o accesorias. Ningún acto podría realizarse plenamente si se exigiese al agente del acto que su declaración se dirija a perseguir todos los efectos legales que ella desencadena, ni siquiera el conocimiento anticipado de cuál

sería la solución que la ley preste a las eventuales controversias que suscite la interpretación de la declaración. La ley impone el efecto principal en sintonía con el deseo del agente, y lo complementa con normas consecuentes con la naturaleza de la relación en que el agente declara querer ingresar, ya sean imperativas o supletorias, para colmar las lagunas que la declaración pueda haber dejado, en orden al modelo de acto escogido para conseguir los fines jurídico-económicos que el agente se propone.

Así, por ejemplo, quien celebra un contrato de compraventa busca, como comprador, no solo que se le entregue un bien sino el fin de hacerse propietario de dicho bien, pues su objetivo no es meramente poseer el objeto sino ejercer dominio sobre este, y el efecto que la ley atribuye al contrato de compraventa coincide con la finalidad que el agente persigue. El comprador puede no estar consciente de que la ley asocia a su voluntad de comprar otros efectos, propios del acto típico que ha querido realizar, como es la facultad de reclamar al vendedor el saneamiento del bien en la hipótesis de que surja la evicción. La ley no admitiría que el vendedor pretendiera eximirse de prestar la garantía alegando que no conocía que la ley lo hacía pasible de ella.

Algunos negocios jurídicos se componen de una sola declaración en el sentido expuesto. Otros exigen de una pluralidad de declaraciones que se funden en una sola declaración conjunta: se dice, entonces, que media el consentimiento. Cuando una voluntad se pliega a otra se produce un acuerdo y este acuerdo toma el nombre de consentimiento. Todas las declaraciones que concurren a constituir el consentimiento deben reunir los mismos requisitos.

En ocasiones el derecho exige algo más que la sola declaración o el consentimiento fruto del acuerdo entre dos o más declaraciones, para que el acto se entienda concluido y perfecto: por ejemplo, la entrega de un bien o la publicidad del acto por medio de la inscripción del documento donde constan las declaraciones. En el acto de pago, no basta declarar la intención de pagar, hay que efectivamente hacer entrega de lo debido, cumplir con la prestación para que el deudor quede liberado. Para ciertos actos, el derecho es más exigente y demanda la intervención de un funcionario con poder jurisdiccional que debe intervenir para autorizar el acto: los bienes de los menores no pueden ser enajenados ni gravados sino con autorización judicial, concedida por necesidad y utilidad y con audiencia del consejo de familia (artículo 531). Igual ocurre en el caso de la constitución de un patrimonio familiar, que debe ser aprobada por el juez luego de seguirse un procedimiento especial diseñado para tal efecto (artículo 496).

Hay que destacar que un número de autores muy respetables (Betti, Coviello, Cariota-Ferrara) opinan que, para que exista el acto jurídico, basta que el agente del acto, al formular la declaración de voluntad, persiga tan solo un fin práctico. Estos autores creen que ello es suficiente para cumplir el requisito de que el acto jurídico tienda a una función de significación económica y social lícita. Ponen más baja la valla. Esta posición, en esencia, equipara la naturaleza del acto humano con un

concepto surgido de la técnica jurídica, que es una categoría lógica, una noción: el negocio jurídico. Todo acto humano, en efecto, se encamina a un resultado empírico, que es hacia lo que la voluntad del sujeto intuitivamente se orienta. El hombre, al actuar, se propone conseguir algo que le satisface. Carecería de sentido racional actuar sin una razón de ser. Los móviles son los resortes de la voluntad. De lo contrario, los actos humanos serían simples actos reflejos. Sin embargo, hay una diferencia entre querer simplemente algo práctico y querer algo práctico con intención jurídica, es decir, con la conciencia de que, al querer el resultado empírico, se está invocando la protección del derecho como garante de dicha finalidad. Y cuando el sujeto actúa con intención jurídica, busca que su actividad merezca la protección del derecho. El resultado deseado es un resultado jurídico. El resultado práctico, aspiración primaria propia de los actos humanos, se persigue mediante una operación que se sabe y se quiere jurídica, y entonces el acto humano se convierte en negocio jurídico. El que actúa en el plano jurídico siempre tiende en definitiva a un efecto de derecho. El negocio jurídico es siempre un medio para un fin jurídico. Todos los actos jurídicos no se dirigen meramente a la obtención de los efectos jurídicos, también llenan aspiraciones económicas, sociales y morales, pero no alcanzan su fin vital o no lo alcanzan plenamente cuando no consiguen su fin jurídico.

El negocio jurídico, es la dimensión jurídica del acto humano. Basta revisar la definición que nuestro Código hace del acto (negocio) jurídico para darse cuenta de que está concebido como la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas y que estas no son otra cosa que los efectos jurídicos hacia los cuales la voluntad expresada apunta.

Los actos jurídicos propiamente dichos o actos reales o actos de voluntad, conviene reiterarlo, son aquellos en que solo se requiere una conducta expresiva, no se requiere que el sujeto sea capaz, ni importa que el sujeto desee explícitamente el efecto, es decir, la situación legal en que va a quedar como consecuencia de su actividad, porque el efecto lo impone directamente la ley. En este tipo de actos, como ya explicamos, no hay, como en el negocio jurídico, una voluntad que se exteriorice y que tienda a producir un efecto de derecho. El efecto que se propone el agente es meramente fáctico y empírico, y el ordenamiento se satisface de que así sea: atribuye efectos jurídicos a los fines prácticos implícitos en el comportamiento. En los negocios jurídicos, en cambio, se requiere de una manifestación de voluntad, de la capacidad de quien la emite, de querer producir un resultado jurídico genérico y de la conciencia de que su manifestación habrá de tener consecuencias jurídicas, porque para eso se la emite. Constituye acto jurídico, en el sentido de negocio jurídico, naturalmente, el reconocimiento de un hijo porque el efecto inmediato de tal acto —lo que el agente se propuso al emitir la declaración pertinente—, es establecer la relación de parentesco paterno-filial o realizar el pago, porque mediante este se propone el sujeto extinguir una obligación. Ambos actos se proponen un efecto jurídico, antes que meramente empírico.

Solo concebido de esta manera, pensamos, el objetivo del negocio jurídico, como construcción lógica, se distingue nítidamente del acto jurídico, tal como antes lo hemos explicado. En este último no hay o no hace falta intención jurídica: el efecto se produce *ex lege*; en aquel, por el contrario, hace falta de una voluntad a la que el derecho rodea de requisitos y exigencias —discernimiento, conciencia y libertad— para hacerla jurídica. En virtud de que la voluntad es una voluntad con contenido y aspiración jurídicos, ella produce efectos jurídicos. También, se explica claramente mediante la anotada distinción, la diferencia entre el negocio jurídico y el acto ilícito. En este hay una intención meramente práctica de cometer un acto al cual la ley le atribuye ciertos efectos en virtud del daño ocasionado. En aquel, si la intención no se encauza según las exigencias legales, la sanción principal es que el negocio no va a poder satisfacer su objetivo jurídico, porque la ley se interpone y lo priva de validez.

En todo caso, lo crucial de la fórmula que instala al acto en el epicentro de la autonomía privada es que es suficiente que el agente busque mediante la declaración de voluntad «efectos tutelados por el derecho» o «fines protegidos por el derecho». Luigi Cariota-Ferrara (s. a.: 61-62), luego de subrayar que la voluntad negocial está encaminada a un fin práctico, reduce la importancia del tema pues aclara que, dado que los efectos jurídicos corresponden, por lo general, al resultado práctico, deviene de escasa importancia determinar si se han querido estos o aquellos. En cualquier caso, el agente, al actuar en el plano jurídico, se ve obligado a emplear un medio que es jurídico, y la ley traduce la operación practicada en efectos jurídicos. Los efectos están, en algunos casos, preordenados con carácter inmutable; en otros casos, dispuestos para llenar los vacíos que la declaración pueda haber dejado, con normas supletorias que están pensadas para que el acto llene cabalmente su cometido bajo el amparo del derecho.

La finalidad que una persona desea alcanzar al manifestar su voluntad debe coincidir, fundamentalmente, con el efecto que la ley adjudica a esa declaración. La ley proporciona a los individuos, para este propósito, un catálogo de actos tipo, configurados sobre la base de la experiencia milenaria del derecho, mediante los cuales las personas pueden regular jurídicamente sus intereses personales, familiares y económicos fundamentales. Estos modelos de actos, cuando disciplinan intereses familiares, no son susceptibles de modificación significativa por los individuos, ni la ley permite que su voluntad prevalezca sobre las normas dictadas para regularlos. En estos actos, que expresan un interés de orden público, la autonomía de la voluntad se reduce prácticamente a permitir al individuo decidir si celebra o no celebra el acto. Si elige celebrarlo, los efectos principales están ya determinados por la ley. Así ocurre con el matrimonio, el reconocimiento de la paternidad y la adopción.

En lo que respecta a los actos de contenido patrimonial, también la ley ofrece a los individuos un número de actos tipo que, al ser bilaterales, son llamados contratos nominados. Estos son puestos a su disposición para que sean utilizados, porque están

concebidos y regulados como medios jurídicos idóneos para la obtención de fines económicos básicos. Unilateralmente, también se pueden crear actos tipo patrimoniales, como la promesa de recompensa o los títulos al portador. Pero, en estos casos, la libertad de los individuos no se restringe a permitirle la elección de decidir si celebra tal o cual acto para quedar luego prisionero de los efectos que la ley le impone, sino que el agente goza de mayor latitud para ordenar, según su voluntad, el contenido de los actos y, por ende, los efectos jurídicos. Es lo que se conoce como libertad contractual. Actuando de esta manera, se pueden modificar algunas normas —ya que estas lo permiten, al no ser cogentes— pero sin alejarse del modelo escogido, orientado a que cumpla la función económica que le es inherente. En atención al principio de autonomía privada, la ley va más allá y, en materia contractual, deja al arbitrio del individuo «inventar» contratos, si los modelos que le ofrece ya configurados no satisfacen sus intereses o conveniencias. Es en estos contratos, a los que se llama innominados o atípicos, donde la autonomía de la voluntad despliega su máxima potencia, porque allí encuentra menos restricciones creadas por la ley para autorregular sus intereses. No obstante, la voluntad del individuo ha de amoldarse a los principios generales que gobiernan los actos con los que el innominado guarda mayor afinidad.

Ahora bien, la voluntad que genera un acto jurídico es siempre una voluntad privada que emana de una persona natural o jurídica, que podría ser inclusive el propio Estado, si actúa en su condición de ente privado y no en ejercicio de su poder soberano o de imperio. No es ni podemos considerar acto jurídico, para nuestros propósitos, la situación jurídica originada por una manifestación de voluntad pública. Por tanto, ni la ley ni los actos administrativos ni los actos procesales, en general, por su carácter de normativa de orden público, son actos jurídicos, desde el punto de vista del Derecho Civil.

Por tratarse de un acto que emana de una declaración de voluntad privada, el acto jurídico cae dentro de la esfera del derecho privado y de allí que su estudio constituye tópicamente del Derecho Civil, que es el derecho privado por excelencia.

I. OTRAS DECLARACIONES DE VOLUNTAD

Todavía es posible distinguir un tipo de declaración de voluntad que, sin crear un negocio jurídico, se le parece en cuanto provoca efectos de derecho. Así sucede, por ejemplo, con la declaración que hace el acreedor al requerir al deudor que pague la deuda. La intimación al deudor tiene el propósito de conminarlo para que cumpla la prestación debida, pero si el deudor no cumple, el efecto se aplica *ex lege*, aunque pueda coincidir ocasionalmente con la voluntad accesoria o secundaria del acreedor: constituir en mora al deudor (artículo 1333). Una serie de notificaciones, que la ley supone deben hacer los sujetos, tiene semejantes características: el efecto de descargar en la persona a la que se dirige la advertencia de determinados efectos adversos u

obtener el emisor determinadas ventajas, consolidando o precisando una situación de derecho. La notificación de la cesión de un crédito produce efecto contra el deudor cedido desde que le es comunicada, fehacientemente (artículo 1215), la elección que hace el deudor en las obligaciones de dar bienes determinados solo por su especie y cantidad, con el fin de precisar el bien debido (artículo 1143). Todas estas son expresiones que la ley consiente o demanda y que pertenecen a esta categoría de declaraciones de voluntad que no tienden a crear un acto jurídico, porque este ya existe, sino que contribuyen a regular su función o a modular algunos de sus efectos.

Teniendo en cuenta lo expuesto, tampoco puede en rigor ser considerada acto jurídico la declaración de voluntad que consiste en una simple oferta contractual (ya que esta se propone simplemente provocar una reacción del destinatario) ni tampoco, por sí sola, la declaración de aceptación de la oferta. El acto jurídico surge recién cuando coinciden ambas declaraciones, oferta y aceptación, y de ella surge la común intención de las partes radicada en un solo contenido que representa el interés compartido por ambas, en cuanto satisface la función para la que quisieron relacionarse. Por ello, antes de que se entrecrucen y coincidan la oferta y la aceptación, las partes pueden revocar o retirar su oferta o su aceptación sin que de ello nazca comúnmente consecuencia alguna.

¿Y qué opinar acerca de los sponsales? Este es un acto que nos atrevemos a llamar fronterizo, porque, aunque proviene de declaraciones de voluntad, como todos los negocios jurídicos, es inocuo, pues no produce obligación legal alguna de cumplir con la promesa dada. Los efectos de la promesa recíproca incumplida, como todos los actos jurídicos, operan por mandato de la ley, es decir, son extraños a la presumible intención de los otorgantes (artículo 240). Por su génesis, aparece como un negocio, pero por sus consecuencias es un simple acto jurídico.

2. DECLARACIONES DE CIENCIA

Desde luego, no puede considerarse acto jurídico las declaraciones testimoniales ni la confesión, judicial o extrajudicial, porque mediante estas el testigo o confesante no se propone crear una relación jurídica sino atestiguar sobre un hecho, como en una pericia, en un dictamen, en un informe. A las manifestaciones de esta estirpe, tanto como a las opiniones o pareceres que se emiten sobre alguna de las ramas del saber humano, inclusive sobre cuestiones de derecho, se les considera por la doctrina declaraciones de ciencia, que persiguen un propósito solamente informativo o ilustrativo. En estas declaraciones no hay una expresión de voluntad. Sus efectos no son productores de consecuencias jurídicas directas aunque pueden ser causas remotas de voluntades, en cuanto iluminan con sus razones el curso del proceso mental que concluye con la formación de la voluntad interna que precede a la decisión de exteriorizarla.

3. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Para Francesco Carnelutti (1939: 48) la voluntad es la zona limítrofe entre el pensamiento y la acción, donde el pensamiento alcanza su máxima tensión que se descarga en el mundo exterior. La voluntad es, verdaderamente, la materia prima del derecho, y no hay otra ni más noble ni más misteriosa. El acto jurídico, en su acepción de negocio jurídico, tiene su campo de acción dentro del ámbito de la teoría de la autonomía de la voluntad, a la cual hemos aludido anteriormente varias veces. Es, en realidad, la expresión acaso más importante del poder que la ley ofrece a los particulares, tendiente a delegar en ellos la aptitud jurídica de autorregular sus intereses dentro de los confines en que, según la ley, dicha voluntad debe o puede actuar.

La autonomía privada, tanto como el acto jurídico, que es su manifestación paradigmática, es una concepción cuya paternidad está en la dogmática pandectista germana y puede afirmarse que es uno de los más importantes aportes que la cultura alemana ha hecho al pensamiento jurídico moderno. Es lo que los jurisconsultos alemanes han llamado *Willenstheorie*, que define sencillamente el acto jurídico como «la declaración de voluntad dirigida hacia la creación de un efecto jurídico» o, en la celebre definición de Savigny, aquella «declaración de voluntad que no solo constituye un acto libre, sino que es un acto en el que la voluntad del autor está directamente encaminada a la constitución o disolución de una relación jurídica». Según esta concepción, la voluntad del hombre, respetada por el derecho, hace que el acto jurídico despierte efectos en el mundo del derecho.

La consecuencia más notable del dogma de la voluntad es que el efecto de los negocios jurídicos, aunque depende de la ley, tiene por causa la voluntad de los individuos. El ordenamiento reconoce que los particulares tienen la potestad —actuando según su propia iniciativa y conveniencia—, en primer término, de decidir si celebran o no un determinado acto jurídico, lo que hemos llamado la libertad de contratar. Luego, también reconoce la capacidad de insuflar de contenido el acto que estos han decidido celebrar, dándole los alcances, las condiciones y modalidades para que surtan los efectos deseados por el sujeto, tanto como los que la ley predispone sin necesidad de que el sujeto los contemple, lo que hemos llamado la libertad contractual. El Código peruano expresa esta idea al disponer que las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a una norma legal de carácter imperativo, o sea, siempre que no se oponga al orden público (artículo 1354). Y cuando tal manifestación volitiva se ciñe a alguno de los esquemas que la ley anticipadamente fija y pone a su disposición, y no pretende contradecirlos, ignorarlos ni excederlos, los actos que celebran las personas adquieren, por mandato legal, igual potencia normativa y fuerza vinculante que la propia ley del Estado. La autonomía privada es, pues, la concepción acogida por el derecho según

la cual la voluntad de las personas tiene —cumplidos ciertos requisitos que la propia ley se encarga de señalar— el valor de dar a luz una relación privada obligatoria.

No siempre la expresión «autonomía privada» ha sido plenamente acogida. La literatura jurídica prefirió en un tiempo usar la categoría «autonomía de la voluntad» por entenderse que la potestad, que es el contenido de la autonomía, se refiere a la voluntad humana para que ella sea la que gobierne las relaciones entre las personas que la exteriorizan. Esto es comprensible en cuanto, al ser la autonomía concedida a los particulares el fundamento del acto jurídico durante todo el periodo histórico en el que se consideró el acto jurídico como la expresión de la voluntad de sus otorgantes, resultaba consecuente que se atribuyera a la voluntad el principio rector de las relaciones humanas. Sin embargo, cuando posteriormente surgieron la teoría de la declaración y las teorías de la responsabilidad y de la confianza (que, sin desconocer el papel de la voluntad en la formación del acto jurídico, la privaron de su carácter determinante para tomar en consideración los otros elementos que singularizan a las nuevas teorías), se percibió que el acto jurídico podía ser válido —con la espada de Damocles de la ineficacia— aun cuando no representa la voluntad del otorgante. Se pensó, entonces, con acierto, que la autonomía debía recaer en el elemento que daba lugar a la existencia del acto jurídico, que no era necesariamente la voluntad sino el poderío privado de crear (regular, modificar o extinguir) relaciones jurídicas, cualquiera fuera el criterio que hiciera efectivo ese poderío. Por ello, se consideró más apropiada la expresión «autonomía privada».

Se ha discutido intensamente, como ya adelantamos, cuál es la causa de los efectos de los actos jurídicos: la norma legal o la voluntad del individuo. Lo cierto es que ambos son igualmente necesarios para que el efecto de derecho se produzca. La ley, al considerar que ciertos hechos son merecedores de una respuesta en el mundo del Derecho, crea una serie de causas jurídicas. Si no hubiera norma que así lo disponga, no habría la causa ni, por cierto, el efecto. Luego, hay que reconocer que es la ley la que preordena la causa susceptible de producir el efecto. Pero quien provoca el efecto es la voluntad del individuo en virtud de que la ley lo invita a hacerlo, le reconoce ese poder y finalmente lo tutela con el monopolio de la fuerza coercitiva de la que dispone.

La autonomía privada, claro está, no permite a las personas hacer lo que les viene en gana, sin restricción alguna. Ya vimos que hay campos del Derecho Privado, concretamente en los actos relacionados al derecho de las personas y al derecho de familia, en los que la autonomía de la voluntad se angosta al extremo de que el individuo solo decide si ingresa o no al esquema que la ley ha configurado previamente y debe obedecer los efectos que la ley impone al acto que celebra, sin que tenga mayor autoridad para modificarlos o suprimirlos. Esto ocurre, por ejemplo con el régimen no patrimonial en el matrimonio. En los actos de contenido patrimonial, la autonomía privada se expresa con mayor energía.

Quien decide los límites de la autonomía privada en el derecho positivo es, desde luego, el legislador, o sea el propio Estado, mediante la política legislativa que decide implementar. El Estado abre o cierra, al legislar, el ámbito de poder de los particulares de dar sustancia a sus relaciones jurídicas. A una concepción estatista de la sociedad responde un estrechamiento de la autonomía privada por una hipertrofia de la concepción del orden público y una subordinación de los individuos a la voluntad del Estado; a una concepción social liberal, responde el efecto contrario y se ensancha el ámbito dentro del cual el derecho reconoce a los individuos un mayor arbitrio para autorregularse mediante los actos jurídicos. El Estado, dentro de esta concepción, actúa como garante de la fuerza normativa de la voluntad individual.

Nuestros códigos civiles se han orientado, más bien, hacia una concepción liberal de la sociedad, y han dejado un margen apreciable a la autonomía de la voluntad. Cierto es que el Código vigente refleja, mucho más intensamente que el anterior, una perspectiva social del Derecho Privado, una más acentuada intervención del orden público sobre los intereses económicos privados de los individuos. Lo propio había ocurrido con el Código de 1936 visto desde la perspectiva del Código Civil de 1852. El Código de 1984, como todos los Códigos, es vástago de su tiempo. Y no cabe duda que alteraciones profundas en los fenómenos socioeconómicos y en las ideologías políticas imperantes habían actuado sobre la realidad social del Perú en los casi cincuenta años que separan a ambos cuerpos legales. La realidad social en las últimas décadas del siglo XX constituyó el sustrato inevitable sobre el cual el derecho privado se moldeó. Ambos Códigos obedecieron, además, a Constituciones políticas muy diferentes: el Código de 1936 a la de 1933, de corte netamente liberal, y el Código que nos rige a la de 1979, que instauró en lo económico un régimen ambiguo, que fue el resultado de las tensiones entonces aún no resueltas entre las concepciones económicas capitalistas, basadas en el mercado, y las socialistas que respondían a una planificación económica de origen estatal, que recién se iban a aclarar en cuanto a la primacía como motor del desarrollo económico, con la caída del muro de Berlín, símbolo de tales diferencias, en 1989.

Para apreciar la invasión de concepciones sociales en el Código de 1984, que no eran percibidas como necesarias al dictarse el anterior, solo voy a referirme a tres casos en que el Código ha elevado a rango de orden público institutos de la parte más privada del derecho privado, que es el de las obligaciones y sus fuentes. El Código vigente declara nulos los pactos atinentes a los vicios del consentimiento (artículo 218), los que conciernen a la excesiva generosidad de la prestación (artículo 1444) y los que se ocupan de la acción rescisoria por lesión (artículo 1453). Otros podrían mencionarse, pero ello escapa a la índole específica de este trabajo. Esto no constituye una crítica, porque muy fundadas razones de equidad están detrás de estas decisiones de política legislativa. Se trata de una simple comprobación que refleja una realidad indiscutible de cómo el orden público gana terreno en lo que antes era coto reservado a decisiones exclusivamente privadas.

Los recortes de veras importantes a la autonomía privada, han sido, más bien, la respuesta esporádica de regímenes de corte socialista o estatista que, de cuando en cuando, han accedido al poder en el Perú y han interferido con las normas de nuestros Códigos, mediante leyes especiales dirigidas abiertamente a restringir el campo de la libertad contractual. Estos regímenes dejan en suspenso determinadas normas, congelando arrendamientos, fijando límites a los intereses, impidiendo la contratación en determinadas monedas, etcétera, o lo que es más grave, atentando directamente contra el derecho a la propiedad privada, mediante confiscaciones llamadas, cínicamente, expropiaciones, sin un asomo de interés por asegurar una compensación adecuada al despojado.

Las dos grandes restricciones generales a la autonomía de la voluntad, como fuente normativa privada, están expuestas en el artículo V del Título Preliminar del Código, cuando dispone que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres. La voluntad individual, pese al poder inherente a su reconocida autonomía, está subordinada a las nociones de orden público y de moral social y, allí donde colisionan —allí donde la voluntad privada pretende imponerse a la ley imperativa o a un precepto ético no escrito pero consolidado por la opinión general—, estas priman sobre aquella e impiden que pueda producir consecuencias jurídicas firmes.

4. EL DEBATE SOBRE LOS EFECTOS DEL NEGOCIO

La doctrina se ha interrogado, desde el comienzo, acerca de cuál es el papel de la voluntad y de su declaración y si estas pueden ser fuerzas causantes de los efectos jurídicos del negocio y no solo de efectos empíricos. Dos objeciones centrales se han levantado contra el acto jurídico como categoría conceptual, para pretender negarle validez como productor de efectos jurídicos. Unos autores han destacado que el negocio es lógicamente concebible si se admite que la voluntad prevalece sobre la ley y, por tanto, el negocio, más que ser considerado un hecho que debe ser objeto de valoración por la ley, es en sí mismo un valor (Ferri 2002: 59 y ss.).

El negocio jurídico es una síntesis que consiste en un concepto en el que hay que diferenciar dos planos distintos e inconciliables: un plano interno, que atañe a las relaciones privadas de los individuos de quienes el negocio proviene y que no se propone ser deliberadamente una expresión de cambios de fondo en las relaciones de poder; y un plano externo al negocio, que envuelve la relación entre la voluntad privada y el Estado como voluntad de la ley, y que se concentra en examinar la relación entre la libertad y la autonomía del individuo y la autoridad del Estado expresada en la ley. Ahora bien, la definición del negocio como manifestación de voluntad nace a partir de la teoría del hecho jurídico y no tanto como expresión de particulares tendencias ideológicas, aunque no cabe duda que surgió de una situación cultural en la

que la burguesía se afirmó como clase emergente con aspiraciones de dominio. Hay, para ello, una razón histórica: los juristas alemanes desde mediados del siglo XIX, o cedían terreno ante los pequeños ordenamientos estatales de decenas de provincias alemanas o elaboraban la ciencia jurídica sobre las bases de un derecho aplicable de manera subsidiaria a todos ellos. En países como Francia, que ya contaban con un código, los juristas se habían acostumbrado a considerar el derecho por las reglas ya escritas y aplicables, sin una sed de generalizaciones abstractas, que sí existía en lugares como Alemania, donde el derecho se expresaba en las cátedras, por conceptos. El concepto es la imagen que el jurista se forma de su propio sistema. El *Code* ignoró la figura del negocio jurídico, pero concibió el contrato como máxima expresión de la categoría de los actos jurídicos en los cuales se manifiesta el principio de la autonomía privada.

En general, las teorías sobre el acto jurídico (entendido como negocio jurídico) se resumen en dos: las subjetivas y las objetivas. Las primeras fundan la esencia del negocio, en la voluntad del autor o autores de este, ya sea cuando la voluntad es considerada como elemento predominante sobre la declaración o bien cuando la atención no se concentra en la voluntad psicológica sino en la manifestación misma que la ha exteriorizado. Esta teoría, luego de atribuir preeminencia primitiva al contenido (voluntad interna) sobre el continente (declaración), ha terminado afirmándose en posiciones que, modificando la inicial, ven prevalecer a la declaración sobre la voluntad, como consecuencia del examen de la figura del contrato. Prevalió así el significado objetivo de la declaración, tal cual el destinatario la ha recibido y podido entenderla. El efecto que provenía del negocio pasó a fundarse en la declaración entendida como el único hecho socialmente apreciable. El tema de la voluntad del autor del negocio, como elemento central de los efectos que el negocio producía, se equilibró con las exigencias del tráfico conjugadas en las teorías de la buena fe y la confianza. Este es un proceso que comienza a verificarse en el seno de las teorías subjetivas.

Las varias teorías objetivas, por contraste, parecen basarse en la afirmación de considerar a las instituciones jurídicas en su funcionalidad práctica, como instrumentos de trabajo que permitan resumir las experiencias de la realidad; por esta vía, las instituciones se acercan a la realidad económica y social en la que operan. Unos presentan el negocio como un hecho objeto de valoración, en lugar de ser un hecho productor de efectos. Al desvincular la voluntad negocial de los efectos que el negocio produce, las teorías objetivas concentraron su atención en los efectos, desvinculándolos de la voluntad, para pasar a ser enlazados a la ley: el negocio es el medio que la ley brinda al particular para el fin de la entrada en vigor o extinción de ciertos imperativos previstos en el ordenamiento. Las primeras formulaciones, en este sentido, se limitan a señalar que el negocio constituye un medio para la producción de los efectos, pero sin explicar en qué consisten y cómo actúa dicho medio. Los autores del negocio solo pueden orientarse a efectos empíricos, pero jamás al efecto jurídico que depende solo de la ley.

La voluntad no agota el contenido del negocio; este puede producir efectos no deseados por sus autores, y efectos directamente determinados por la ley. El negocio termina asimilándose a un precepto normativo particular que la ley autoriza a poner en acción por parte de los que lo crearon.

Se contraponen los efectos que el negocio genera, entre efectos empíricos y efectos jurídicos. Si se considera el negocio como un instrumento que los individuos usan para dar reglas a sus propios intereses y expresar una regulación de intereses vinculantes para ellos, el negocio constituye un acto de autonomía privada, un poder susceptible de autorregular intereses privados, que son como entienden el negocio jurídico las actuales teorías dominantes sobre el negocio (Betti, Messineo, etcétera). Para este bando «preceptivo» de las teorías objetivas, que atribuye la juridicidad de los efectos solo a la norma legal, el negocio se distingue de la norma (que es fuente de calificación), y de los hechos jurídicos o de los actos jurídicos en sentido estricto (que son meros presupuestos de efectos). Como acto de autonomía privada, el negocio jurídico plantea y resuelve, en una reglamentación directa y concreta, determinados intereses individuales. Aquí existe una coincidencia entre el interés regulado, el poder y la voluntad reguladora. En conclusión, el precepto que expresa el negocio, no es fuente de derecho objetivo y ni siquiera un *fattispecie*. En otras palabras, el negocio no es un valor, entendido como criterio original de valoración (carácter que tiene en exclusiva la norma legal) y no es un hecho (entendido como mero objeto de valoración, como mero presupuesto de normas): es un valor inferior, puesto que es una regulación de intereses, pero que requiere ser evaluado por otro valor, expresado en la norma legal. El problema consiste en establecer si en la relación entre el valor negocial, que es un objeto de evaluación, y el valor normativo constituido por el ordenamiento, que es la fuente de valoración, el primero está o no subordinado al segundo o si es autónomo con respecto a este último. La teoría enunciada por los tratadistas que se asocian a la posición articulada por Emilio Betti termina afirmando la primacía de la ley sobre el negocio, lo que equivale a sostener que los efectos jurídicos, justamente por ser jurídicos, derivan siempre de la ley.

La doctrina italiana ha intentado superar la perspectiva desde la que Betti concibe el negocio, revalorando las antiguas teorías voluntaristas. Así, se sostiene que al concebir el negocio, la ley reconoce el acto de autonomía privada en su esencia real de brindar un orden vinculante a los intereses de las partes que lo han llevado a cabo. El negocio, a pesar de su propia formalidad jurídica, deriva del reconocimiento que tales es, sin embargo, técnico, realizado por la ley, y constituye en la realidad misma una regla y, por tanto, debe ser apto para producir efectos. Esta regla negocial y los efectos que derivan de ella son reconocidos como tales por la ley que, de esta manera, los vuelve operantes en el plano jurídico. La ley haría una «juridificación» de los efectos empíricos producidos por el acto de autonomía, en la realidad social. Partiendo de la noción de autonomía que, subjetivamente, es la potestad de darse un ordenamiento

jurídico de carácter particular por los propios individuos, en contraste al ordenamiento legal que el Estado ha construido para ellos, se arriba a la conclusión de que la autonomía privada faculta a la autodeterminación dirigida a la creación de ordenamientos privados. Por esta vía, se atribuye al negocio un valor de distinta proveniencia y relevancia, pero, al mismo tiempo, autónomo y original con respecto a la ley.

No existe incompatibilidad entre las dos nociones del negocio, la antigua —como declaración de voluntad— y la más moderna —que lo aprecia como un acto de autonomía privada, es decir, de autorregulación de intereses vinculante para las partes—. El negocio fue concebido como una manifestación de libre determinación en el que la voluntad está destinada, fisiológicamente, a cumplir un papel determinante. El papel de la voluntad y su relación con los efectos del negocio ha terminado siendo el punto crucial, el *punctum dolens* de la teoría del negocio. La objetivación del negocio ha pretendido que, desde que la declaración se exterioriza, termina teniendo una existencia autónoma respecto de sus autores, y es evidente que desde esa perspectiva se produce una marginación sustancial del papel de la voluntad en el negocio.

Para Stolfi, el negocio es el paradigma típico de los actos voluntarios destinados a realizar la intención de las partes. Para Betti, esta posición conduce a desconocer los múltiples límites sociales y jurídicos de la autonomía privada. El sentido del negocio demuestra que él mismo contiene, en primer plano, la regulación de intereses hacia el futuro, mientras que la voluntad está en segundo plano, pues pertenece más bien a la génesis del acto y no al contenido del acto de autonomía como hecho social. Estas son las distintas concepciones ideológicas que encarnan los expresados juristas. Betti acusó a Stolfi de instaurar un nuevo culto del individuo o nuevas formas de atomismo social; Stolfi respondió que el derecho civil tiene sentido ya que se propone la protección del individuo; él no podía concebir cómo escribir sobre el negocio sin considerarlo la más alta expresión de la autonomía de la voluntad humana. Betti parte de una concepción ética del Estado, que es el ente en el que se realiza íntegramente la unidad moral, económica y política de la Nación; Stolfi, parte de una concepción liberal del Estado y, sin negar el papel de la ley en la experiencia jurídica, proclama el primado del individuo, frente al cual la ley está llamada a una función instrumental de garantía. Betti considera que la dimensión jurídica del comportamiento deriva de su reconocimiento por la ley y, en virtud de este, los negocios de la vida privada ascienden a la dignidad de negocios jurídicos y se transforman en instrumentos que el derecho pone a disposición de los particulares. Stolfi, al aceptar que el efecto de la manifestación de voluntad es quedar protegido por el ordenamiento, parece reconocer una suerte de primado del ordenamiento respecto de los demás sistemas normativos que la realidad social expresa de modo espontáneo, y termina atribuyendo a la ley un monopolio de lo jurídico.

Otros juristas han aceptado que la voluntad negocial no es soberana, sino idónea para producir efectos, porque otra voluntad —que sí es soberana y que se expresa en la

ley—, lo autoriza para ello. Un particular no puede crear reglas con el pensamiento. La autonomía comienza cuando el ordenamiento pone a disposición de los particulares procedimientos fáciles y rápidos, con cuya adopción el particular consigue crear reglas. A partir de que maduró la idea del negocio jurídico, comenzó a aflorar la contraposición entre la voluntad y la declaración. Los autores de la teoría de la voluntad jamás han pensado en dar a la voluntad un papel autónomo con respecto de la declaración, de la dimensión social que esta expresa. Que la voluntad no puede tener relevancia jurídica a menos que asuma alguna forma socialmente perceptible es algo que nadie ha negado, y que la declaración como tradicional vehículo social constituye un elemento esencial del negocio es algo que ya afirmaba Savigny. Las teorías objetivas, en cambio, sostienen que la voluntad y la declaración no son un todo inseparable, porque hay declaraciones sin voluntad y voluntad sin declaraciones y, si bien puede hablarse de voluntad de la declaración, no puede hablarse de voluntad de los efectos. Por tanto, los efectos del negocio, por ser jurídicos, no pueden derivar sino de la ley a la que hay que reconocer un monopolio de juridicidad. A los particulares a lo sumo se les puede reconocer la posibilidad de dirigir su propósito hacia efectos prácticos o empíricos.

Estas posiciones parecen intentar una coexistencia entre una dimensión objetiva del negocio (cuya eficacia como *fattispecie* sería atribuible a la ley) y una dimensión subjetiva, donde la voluntad declarada jugaría un papel que no es exclusivo, porque la ley, junto con la voluntad, también cumple el papel de causa de los efectos. El paso de la primitiva teoría de la declaración de voluntad con efectos jurídicos, a la tesis más reciente que habla de autorregulación de intereses, transcurre dentro de un desarrollo coherente. Las teorías voluntaristas ponían más cuidado en la estructura del negocio; las objetivas, en la función que este ejerce y, por lo tanto, en su concreta dimensión dentro de la realidad socioeconómica. Las diferencias se centran pues, modernamente, en la atención concedida al aspecto estructural del negocio o al aspecto funcional que este posee. Ambas coinciden en el carácter vinculante del negocio para las partes, que estaba presupuesto en las teorías que veían en el negocio una declaración de voluntad dirigida a efectos.

Los autores modernos conciben la idea del negocio en la libertad que los particulares tienen para regular sus propios intereses, y así la idea ha sido considerada como expresión de la relación que existe entre la libertad, expresada en la autorregulación interna de intereses en que el negocio consiste, y la autoridad del Estado encarnada en la ley, que es el plano externo del negocio. El dilema libertad-autoridad se debe resolver afirmando la predominancia de la segunda y tomando al negocio como un acto autorizado por la ley.

El negocio ha terminado contraponiéndose al hecho jurídico y, sobre todo, al acto jurídico en sentido estricto, en atención a que este último parece ser un mero presupuesto para la verificación, en concreto, de efectos rígidos previamente establecidos

en la ley. En síntesis, tanto para el acto jurídico en sentido estricto como para el hecho jurídico, se produce una calificación de ciertos acontecimientos, la cual tiene su origen en una iniciativa y decisión meramente unilateral de la ley. El acto y el hecho son meros objetos susceptibles de calificación. En cambio, en el negocio, los efectos no están en manera alguna preordenados; por el contrario, deben vincularse según el caso a la declaración de voluntad, conforme a las doctrinas más antiguas, o con la estructura de intereses establecida en la regla que es expresada en el negocio, según las más modernas.

En cuanto al tema de la dependencia o no de los efectos jurídicos (o solo de los empíricos) de la voluntad, se ha objetado que los efectos solo pueden depender de la ley, única fuente de juridicidad; otros han destacado que si los particulares se orientan, mediante el negocio, hacia la producción de algunos efectos, estos se identificarían con el fin, el resultado práctico y empírico, es decir, sustancialmente económico y no jurídico. El negocio tendrá una relevancia original pero para que adquiera connotaciones jurídicas siempre es necesario el reconocimiento del precepto instalado voluntariamente en el negocio por parte de la ley. La disyuntiva libertad-autoridad nunca se plantea en fórmulas drásticas que impliquen el sacrificio de uno de los términos de la alternativa. Existen, de un lado, actos de particulares que expresan reglas vinculantes entre ellos; y, por otro lado, un ordenamiento del Estado que predispone un conjunto de criterios de valoración. La dificultad surge cuando la libertad del individuo es confrontada con el sistema de valores que expresa el ordenamiento. El fin primario de los autores del negocio es conseguir un resultado que modifica una situación preexistente y que constituye los efectos de su negocio y quiere los efectos jurídicos que se derivan de él, porque los autores han asumido la estructura de intereses que procede del precepto negocial como una estructura vinculante y estable. El Estado, por su parte, ha hecho del ordenamiento la unidad de medida de lo que es jurídicamente lícito o ilícito en una sociedad. Son, por tanto, dos distintos y paralelos sistemas de valores, el expresado en el negocio y el expresado en la ley. Para esta, la compatibilidad entre la voluntad productora de efectos existe o no existe. Si existe, el negocio podrá realizar aquellas finalidades y efectos queridos por sus autores; si no existe, el negocio no podrá acceder al carácter estable que el ordenamiento está en condición de asegurarle. El negocio y la ley, o la libertad y la autoridad que uno y otro encarnan, son valores funcionalmente distintos, pero son valores originales y propios. Y porque el negocio es un acto de autonomía, lo que quieren las partes no es solo un resultado práctico o efectos empíricos, sino también aquellas modificaciones que constituyen efectos que, normalmente, son reservados en forma exclusiva al ordenamiento, con arreglo a una distribución de competencias al interior del fenómeno negocial. Y serán entonces los hechos concretos los que establecerán si lo llevado a cabo por los sujetos es compatible o no con lo predispuesto por el ordenamiento. Un pacto que la ley tacha de nulo puede tranquilamente ser ejecutado y respetado, en concreto, por los

interesados, aun si se encuentran privados de la protección que la ley ofrece. Así, no parece correcta la afirmación de que los efectos jurídicos del negocio compatible con la ley sean queridos por esta. La ley no manifiesta ninguna voluntad que exprese aprobación; a lo sumo, se inhibe de interferir en la regulación de intereses de los particulares que tiene relevancia jurídica, porque esa relevancia opera automáticamente y escapa al ordenamiento mismo.

Los particulares se procuran medios idóneos: los negocios jurídicos mediante los cuales disponen para el futuro una relación vinculante de intereses para cumplir variadas funciones económico-sociales, fuera de la injerencia de ningún ordenamiento positivo. El derecho no hace otra cosa que reconocer, en atención a su función económico-social, el vínculo que se deriva de tales negocios; lo refuerza, lo hace más seguro, al añadirle su propia protección. El negocio, como acto vinculante de regulación privada de intereses, asume relevancia para el ordenamiento cuando los valores de los cuales es portador son compatibles con los valores expresados en el ordenamiento. La relación entre negocio y ordenamiento, entre libertad y autoridad, es la relación entre un sistema de valores específicos y personales y un sistema de valores que expresan una visión totalizadora de la realidad social, en la que el negocio se inserta. Las tareas que se imponen ambos sistemas son diversas y solo ocasionalmente coinciden.

CAPÍTULO VI

CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS

LA DOCTRINA, dentro de los métodos que utiliza para sus propios fines, se ha encargado de clasificar la multiplicidad de actos típicos, para agruparlos en orden a sus notas comunes, ya sea por la índole de la función que están llamados a desempeñar o por los efectos que la ley les asigna.

Del examen de cada acto en particular, se infiere que ciertos actos comparten los mismos elementos específicos o se proponen cometidos análogos. De allí que pertenezcan a una misma categoría, que los distinguen y diferencian de otros actos en los que dichos elementos no se presentan o se presentan de manera distinta y a los que es necesario, por tanto, afiliar a otra categoría. La función que están llamados a ejercer unos y otros, como instrumentos jurídicos de que se valen los individuos, tienden a regular situaciones jurídicas diversas.

Desde luego que un mismo acto jurídico, observado desde diferentes puntos de vista, puede encontrar lugar en más de una clasificación. Los tratados de derecho están llenos de clasificaciones; intentaremos pues la propia, que no pretende ser exhaustiva y se centra en aquellos actos o contratos a que el Código alude o designa por su nombre o clase, sin aclarar qué entiende por ellos.

I. ACTOS JURÍDICOS UNILATERALES Y BILATERALES

La distinción entre los actos jurídicos unilaterales y bilaterales está en el número de declaraciones de voluntad necesarias para la formación del acto jurídico.

Los actos jurídicos unilaterales son aquellos para cuya formación se requiere de una sola declaración de voluntad, como, por ejemplo, el otorgamiento de un testamento, el reconocimiento de la paternidad o la promesa de recompensa. Los actos unilaterales pueden ser complejos o colegiados, cuando nacen de la expresión de una sola voluntad, pero esta es el fruto del previo consenso, al interior del centro de interés, de las voluntades de varias personas. A este tipo de declaración corresponden los acuerdos que adoptan las asambleas, juntas, comités o, en general, los cuerpos colegiados. En este tipo de actos unilaterales complejos, una pluralidad de voluntades

comunes, emanadas de otras tantas personas, se reúne para conformar una única voluntad, que es la que el derecho acoge y reconoce, con la particularidad de que aquellos individuos que han expresado una voluntad distinta quedan obligados, no obstante su disenso, por la voluntad que resulta dominante.

En los actos unilaterales, la teoría distingue las llamadas declaraciones recepticias de las no recepticias. En las primeras, es indispensable que la declaración llegue a conocimiento de una persona determinada, que es su destinatario, para que pueda surtir efecto. Esto ocurre, por ejemplo, en la oferta. Si el oferente no hace conocer el contenido de la declaración que constituye la oferta a quien se la dirige, no podrá saber si ha sido aceptada o rechazada, porque quien debió conocerla nunca lo hizo. Solo en el caso específico que contempla el segundo párrafo del artículo 1388, si el oferente declara inequívocamente que su oferta es obligatoria frente a cualquier persona, o sea que no tiene carácter recepticio, la aceptación de la oferta, por cualquier aceptante, dará lugar a la formación del contrato. En cambio, en las declaraciones no recepticias, no es necesario que alguien las reciba; ellas surten efecto por el hecho de su emisión, aunque la declaración emitida no llegue al conocimiento de alguien en particular, como ocurre en el acto testamentario mediante el cual el testador hace disposiciones de voluntad, que pueden no ser conocidas hasta el evento de su muerte, tiempo después.

Los actos jurídicos bilaterales o multilaterales son aquellos para cuya formación son necesarias las declaraciones de voluntad de una pluralidad de partes, pero no menos de dos, como sucede en las convenciones y los contratos. En estos últimos, los acuerdos a los que arriban las partes están destinados a crear, regular, modificar o extinguir relaciones patrimoniales (artículo 1351). Las convenciones son acuerdos cuya finalidad no es específicamente patrimonial. Ambos son actos jurídicos bilaterales o multilaterales, en cuanto la relación que crean enlaza cuando menos las declaraciones de dos partes. También es bilateral el acto jurídico del matrimonio, en el que se requiere para su perfección el asentimiento de ambos contrayentes. Multilaterales o plurilaterales son los contratos o convenciones en los que participan más de dos partes, en los que cada una de ellas representa un interés propio, distinto a los intereses que exhiben las demás partes, que finalmente se consolidan en la común declaración que se denomina consentimiento o cuando las partes se proponen todos un fin único y común, donde no hay centros de interés en conflicto, como en la formación de una sociedad.

Conviene precisar que, tratándose de los actos jurídicos bilaterales patrimoniales denominados contratos, la expresión legalmente adecuada para referirse a quien formula la declaración es la de *parte*, en vez de *persona*, porque una parte puede estar representada por una o por varias personas, como ocurre, por ejemplo, en el contrato de compraventa en el que los vendedores son varias personas en razón de que poseen en condominio la propiedad del bien que se vende. Sin embargo, para efectos del contrato, todas ellas constituyen una sola parte, la parte vendedora, y las personas que

actúan formando esa parte de la relación tienen un interés común frente a la otra parte, la parte compradora, que también puede estar representada por una sola persona —si el comprador es uno solo— o por varias —en el caso de que adquieren en copropiedad—. En el contrato pues, independientemente del número de personas que participan, cada parte actúa representando un mismo centro de intereses, que es siempre distinto y que, a veces, se contrapone al centro de intereses que anima a la otra parte. Al contrato se llega cuando los distintos intereses se fusionan en el consentimiento, que refleja el interés conciliado de ambas partes y que expresa su común intención.

Los contratos, al ser siempre actos jurídicos bilaterales o multilaterales, pues se forman por las declaraciones de voluntad de dos o más partes encaminadas a regular intereses patrimoniales, pueden ser, a su vez, contratos unilaterales o bilaterales, estos últimos también llamados onerosos o con prestaciones recíprocas. Sin embargo, esta clasificación del contrato no atiende ya al número de partes declarantes que se necesita para su formación sino al hecho de que las prestaciones que deban realizarse como consecuencia del contrato estén a cargo de cada una de las partes (en cuyo caso el contrato es bilateral, oneroso o con prestaciones recíprocas, como en la compraventa, la permuta o el arrendamiento) o estén a cargo de una sola de las partes, que sufre un empobrecimiento, sin que la parte que se beneficia de la prestación que recibe quede obligada a suministrar contraprestación alguna (en cuyo caso es unilateral o gratuito el contrato: gratuito para el que, como consecuencia de la prestación que recibe, se enriquece, como en el caso de la donación, el comodato o el mandato sin remuneración).

Entre el contrato oneroso y el que nuestro Código denomina de prestaciones recíprocas, enseña Manuel de la Puente y Lavalle, hay diferencias derivadas del doble papel que simultáneamente juega este último: en primer lugar, el de crear prestaciones unidas recíprocamente, lo que se alcanza mediante la celebración del contrato; en segundo lugar, el de establecer una reciprocidad en la etapa de la ejecución de las prestaciones, cuya fuente se encuentra en la relación jurídica obligatoria que es el objeto y, a la vez, la consecuencia de este tipo de contrato. Solo en este segundo rol se confunden los efectos del contrato recíproco y los del contrato oneroso, en el sentido de que ambos dan lugar a una reciprocidad de las prestaciones a cargo de las partes y de las correspondientes atribuciones a que ocasionan la ejecución de las prestaciones.

En el primer rol, el contrato con prestaciones recíprocas actúa en un plano al que no llega el contrato oneroso, porque la creación de obligaciones recíprocamente vinculadas es privativa del contrato recíproco, de tal manera que el contrato oneroso es impotente para alcanzar este efecto. Se llega así a la conclusión, según De la Puente y Lavalle, de que no es posible identificar integralmente ambos contratos, aunque existe un área común en ambos que es la relacionada con la ejecución de las prestaciones: área en la cual los efectos de ambos contratos son iguales. Como el área común cubre totalmente el campo de acción del contrato oneroso, resulta inútil y artificioso mantener la

categoría de los contratos onerosos al lado de los contratos con prestaciones recíprocas. Es artificioso porque no corresponde a la realidad, ya que mediante uno u otro de dichos contratos se alcanzan los mismos efectos; e inútil, porque el contrato recíproco, al tener un mayor contenido que el contrato oneroso, cumple cabalmente la finalidad de este.

2. ACTOS JURÍDICOS SOLEMNES Y NO SOLEMNES

Esta distinción depende de la forma que debe asumir la manifestación de voluntad para que pueda dar nacimiento al acto. En principio, todo acto jurídico exige un revestimiento sensible que se llama forma, única manera como la voluntad es reconocible. La ley requiere, en algunos casos, por la importancia del acto de que se trata o para asegurarse de que la voluntad sea realmente idónea, el empleo de una determinada formalidad y, entonces, el acto es denominado solemne, como, por ejemplo, sucede con el testamento. En cualquiera de los varios modos en que el derecho admite que puede otorgarse, el acto testamentario es un acto esencialmente solemne; lo mismo sucede con el contrato de donación de inmuebles, la renta vitalicia que la ley exige se haga por escritura pública (artículo 1625, 1925), el contrato de secuestro o la fianza que la ley exige que deben constar por escrito (artículo 1858 y 1871), etcétera.

En otros casos, la ley deja al arbitrio de las partes que escojan la forma que deseen dar al acto que celebran, en cuyo caso el acto es no solemne. Así sucede con el contrato de compraventa, el contrato de arrendamiento o el contrato de hospedaje.

A los actos solemnes se les conoce como actos con forma obligatoria, porque la ley manda que las declaraciones de voluntad se otorguen ciñéndose a una forma determinada y no a otra. A los actos no solemnes se les conoce como actos de forma libre, por la libertad de que gozan las partes de escoger el modo como deben declarar su voluntad, que la ley acepta anticipadamente.

Las partes pueden convertir un contrato de forma libre en uno solemne, si así lo acuerdan anticipadamente por escrito (artículo 1411). El contrato se convierte en solemne por voluntad de sus otorgantes y la omisión de la forma así convenida provoca la nulidad del contrato. Asimismo, hay contratos que no son constitutivamente solemnes pero para los cuales la ley dispone que el acto debe otorgarse con sujeción a determinada forma, que se convierte en prueba privilegiada del acto, que impera sobre las demás. Si las partes no atienden la recomendación de la ley, el acto es válido y puede probarse por cualquier medio.

La solemnidad no consiste únicamente en la forma que debe adoptar la declaración, el modo en que esta se emite, sino que a veces el ordenamiento exige, adicionalmente a la declaración misma, que concurran al acto otros elementos que le prestan mayor certeza a la declaración, como la presencia de testigos en el matrimonio, o la necesidad

de la publicación de avisos que den cuenta de la celebración del acto o la inscripción del acto en los Registros Públicos. El requisito de la publicidad o de la inscripción registral del acto generalmente es para el conocimiento y en salvaguarda del derecho de terceros.

El interés principal de esta clasificación estriba en que el acto que no reviste la solemnidad prescrita por la ley o por las partes es nulo (artículo 210, inciso 6) y que no es oponible a terceros, o sea no vale frente a estos el acto que no ha sido dado a publicidad.

3. ACTOS JURÍDICOS NOMINADOS E INNOMINADOS

Esta distinción se aplica, fundamentalmente, a los contratos y se funda en que los tipos de actos identificados y tipificados por la ley, que son los contratos nominados, no agotan las maneras mediante las cuales las personas pueden relacionarse. El derecho no limita los contratos que pueden celebrarse a aquellos que el Código disciplina. Nuestro Código regula hoy dieciséis contratos nominados; ha suprimido tres: el contrato de radiodifusión, de adaptación cinematográfica y de representación teatral y el contrato de edición, que han sido absorbidos por el contrato de prestación de servicios. El contrato de sociedad vive hoy en la Ley General de Sociedades. El Código se refiere concretamente a los contratos nominados y los enumera y define en la Sección Segunda del Libro que trata de las Fuentes de las Obligaciones.

Fundado en el poder que al individuo confiere la autonomía privada, como fuente generadora de actos jurídicos, la ley reconoce, en principio, la validez de aquellos contratos para los que ella no ha previsto un esquema o nombre particular, siempre que acaten las exigencias generales que dan validez a todos los contratos. Al lado de los contratos nominados, que son los actos prototipos establecidos, regulados e identificados con nombre en el Código y, en general, en cualquier ley complementaria (como por ejemplo la compraventa, la donación, el mandato y el mutuo, entre otros), pueden existir contratos innominados o atípicos, aquellos que las partes negocian y celebran para cumplir una función que no encaja debidamente entre las modelos contractuales establecidas por la ley, pero que son válidos en la medida en que su contenido no importe una contravención a la ley. Pueden tener nombre, pero la ley no los ha regulado en forma orgánica.

El Derecho Romano, que postuló que la simple voluntad era impotente para crear actos de derecho y que debían complementarse, por lo menos, con la entrega de una prestación, de la que debía nacer una correlativa prestación a cargo de la otra parte, configuró cuatro clases de actos a los que denominó innominados: doy para que des, hago para que hagas, doy para que hagas, hago para que des. El Código de 1936 retuvo dos de estas categorías: doy para que hagas y hago para que des, pero las nominó como arrendamiento de obras. El Código vigente los considera contratos de prestación de

servicios (artículo 1757), con lo cual no puede decirse con propiedad que continúan siendo contratos innominados en nuestro ordenamiento.

El Código alude a los contratos innominados, para expresar que quedan sometidos a las reglas generales aplicables a todos los contratos, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato (artículo 1353). Un ejemplo de contrato innominado en el Código anterior era el contrato de hospedaje, pero que hoy, al haber sido legislado específicamente (artículo 1713 y siguiente), se ha convertido en un contrato típico. El Código dedica quince artículos a regular el contrato de hospedaje, que en el Código anterior no mereció ninguno. Sospechamos que ello obedece, como tantas instituciones del derecho, a exigencias de la realidad social, que ha hecho del turismo interno y externo una actividad de perfiles masivos que urgía regular en el campo de los servicios que dicha actividad principalmente demanda.

Ejemplos de contratos innominados actualmente son el contrato de licencia de uso de marca de fábrica, el contrato de transporte y el contrato de concesión, porque no están disciplinados específicamente en la ley.

Acostumbrados como estamos a la celebración de contratos cuya regulación está prevista en el Código, con normas obligatorias y supletorias, sentimos una cierta desazón ante contratos atípicos, pues para ellos el Código no ha legislado, y muchas veces son el producto de combinar elementos que corresponden a formas típicas, sin que queden insumidos en alguna de ellas. La doctrina se ha ocupado de ellos, para distinguir aquellos contratos que no encajan en ninguna figura típica y que son auténticamente atípicos de aquellos otros que combinan proposiciones o elementos de dos o más contratos típicos. En el primer caso, estamos ante una figura parecida a una laguna legal, y debe establecerse si el ordenamiento que las propias partes han creado es susceptible de establecer una relación en cuanto no se oponga a los principios generales de la contratación. En el segundo caso, estaremos ante un contrato atípico mixto. Los autores han elaborado tres teorías, que son muy abstractas, pero que señalan un derrotero que el intérprete debe seguir: la teoría de absorción, que establece que el contrato debe juzgarse desde las reglas de aquel contrato que parezca el dominante; la teoría de la combinación, que juzga aplicables las reglas de los contratos cuyos elementos se han mezclado; y la teoría de la analogía, que desde las reglas generales de contratación parte para evaluar con qué contrato pueden, por analogía, ser juzgados los intereses que las partes han dejado consignado en su contenido. El régimen al que deben quedar sometidos es, en primer término, el que emana de la voluntad de las partes, es decir, su propio contenido; en segundo término, las normas de los contratos con los que guarden mayor afinidad, siempre que sean apropiadas a su naturaleza y no pugnen con ella; luego, habrá que echar mano a los principios generales de los contratos, que son aplicables a todos, incluso a los atípicos y, finalmente, a los principios generales del derecho.

4. ACTOS DE EJECUCIÓN INSTANTÁNEA O DE EJECUCIÓN SUCESIVA

En principio, los actos de ejecución instantánea son aquellos en que existe simultaneidad en las prestaciones que las partes se intercambian por efecto del contrato. Así sucede en la compraventa con el pago al contado del precio y la entrega simultánea del bien vendido, o en la permuta, en la que las partes intercambian, entre sí, en un solo acto, los bienes que son objeto de dicho contrato. El contrato de ejecución instantánea se agota y sus efectos se acaban cuando las prestaciones han sido ejecutadas, desde que ya cumplió su cometido. Si, por alguna razón, el contrato claudica, los efectos de la invalidez se retrotraen, opera *ex tunc*.

Lopez de Zavalia explica claramente la diferencia existente entre los contratos de ejecución inmediata y diferida, de un lado, y los de ejecución instantánea y de duración, del otro. Al respecto, formula la pregunta: ¿cuándo debe comenzar la ejecución del contrato? Y responde: inmediatamente, si se trata de un contrato de ejecución inmediata; o después, si se trata de un contrato de ejecución diferida. Refiriéndose al contrato de duración o de ejecución sucesiva, afirma que las prestaciones que surgen de él tienen que ejecutarse necesariamente en el discurrir del tiempo, entendiéndose esto como que las prestaciones, por su naturaleza, no son susceptibles de ejecutarse instantáneamente. Se dice, por ello, que en el contrato de duración la esencia del contrato es prolongarse en el tiempo, pues esta prolongación es lo que permite alcanzar su finalidad. En el contrato de duración, el tiempo (entendido como la distribución de la ejecución en un lapso) no sirve para determinar el momento de la ejecución de la prestación, sino que es un elemento por el que se determina la cantidad de la prestación, por lo cual la duración no es tolerada por las partes sino que es querida por ellas como esencial.

El reconocimiento de la paternidad es un acto de ejecución instantánea, porque la relación entre el padre que reconoce y el hijo reconocido surge como consecuencia inmediata de la declaración de aquel.

Los actos de duración o de ejecución sucesiva o continuada son aquellos en que las prestaciones a que las partes se obligan deben cumplirse periódicamente, dentro de plazos sucesivos, como acontece en el contrato de arrendamiento (artículo 1666), el contrato de renta vitalicia (artículo 1923) o el contrato de suministro (artículo 1604). La relación contractual tiene en estos contratos una vigencia duradera. En los contratos de duración continuada que no tienen plazo convencional o legal determinado, cualquiera de las partes puede ponerle fin mediante aviso previo remitido por la vía notarial con una anticipación no menor de treinta días (artículo 1365).

El matrimonio, sin ser considerado un contrato, es también un acto jurídico de ejecución continuada, porque el consentimiento de los contrayentes, reunidos en un solo acto, lo perfecciona, pero sus efectos son indefinidos y están destinados a

proyectarse en el tiempo. Si un acto de esta naturaleza se invalida los efectos operan hacia adelante, *ex nunc*.

Esta clasificación no es, sin embargo, rígida, porque el contrato de compraventa puede estipularse también como un contrato de ejecución sucesiva, si las partes convienen que el precio se pague en armadas o que el objeto se entregue poco a poco. En este caso, el contrato de compraventa no puede conservar su naturaleza de ejecución simultánea y adquirirá la de uno de tracto sucesivo. El arrendamiento, por su parte, puede pactarse para que opere como un contrato de ejecución instantánea, como cuando se alquila una máquina para que haga un trabajo específico que se cancela de inmediato. Entonces, esta clasificación no depende siempre de la diferente naturaleza intrínseca de estos contratos, sino de las modalidades a las cuales las partes los someten.

5. ACTOS CONSTITUTIVOS Y DECLARATIVOS

La distinción entre ambos tipos de actos reside en los efectos que producen unos y otros. El acto constitutivo está destinado a tener eficacia a partir del día de su formación. Produce efectos que se proyectan hacia el futuro. El acto declarativo está destinado a tener eficacia retroactiva pues implica reconocer la existencia de una situación preexistente al reconocimiento. La adopción es un acto constitutivo porque el adoptado se convierte en hijo del adoptante desde que la adopción se perfecciona y la relación rige para adelante (artículo 377). El reconocimiento de la paternidad de hijos extramatrimoniales, en cambio, al ser un acto que declara una realidad (la filiación) anterior a la declaración, surte efectos desde que esa realidad ocurrió, o sea, hacia atrás, desde que el hijo fue concebido y nació (artículo 390).

Los actos jurídicos son generalmente constitutivos de derechos, como el contrato de compraventa, el mutuo, el comodato o la fianza, que producen sus efectos desde su celebración. Los actos declarativos son aquellos que se dirigen a consolidar o regularizar una situación que existe pero está signada por incertidumbres que las partes desean despejar. La transacción, por ejemplo, es un acto mediante el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden algún asunto dudoso o litigioso, y evitan el pleito que podría producirse o finalizan el iniciado. Sus efectos eliminan toda causa de fricción entre las partes.

6. ACTOS JURÍDICOS SIMPLES Y COMPUESTOS

Acto jurídico simple es aquel cuyo contenido respecta a una sola clase de relación jurídica, en la que predominan los intereses de cierto tipo, de forma que él queda comprendido en una sola categoría jurídica. Los contratos, según nuestro Código, producen efectos de constituir obligaciones con contenido patrimonial, es decir, susceptibles de ser valorizadas en dinero.

El acto jurídico compuesto es aquel cuyo contenido está integrado de un conjunto de relaciones jurídicas pertenecientes a diversas categorías. Por ejemplo, en el matrimonio conviven relaciones jurídicas extrapatrimoniales (como el deber de fidelidad que los esposos se deben o el de hacer vida en común) con relaciones jurídicas patrimoniales (como la formación de la sociedad de gananciales o el deber de contribuir al sostenimiento del hogar). En el testamento también pueden alojarse relaciones de contenido patrimonial (como la institución de legados o los actos de disposiciones de la cuota de libre disposición del testador) con relaciones que atañen a asuntos de índole familiar (como el reconocimiento de la paternidad de un hijo extramatrimonial).

7. ACTOS JURÍDICOS PATRIMONIALES Y EXTRAPATRIMONIALES

Los actos jurídicos patrimoniales tienen por contenido exclusivamente intereses de orden económico. Los actos jurídicos extrapatrimoniales regulan intereses fundamentalmente personales o familiares. En principio, todo contrato es un acto patrimonial (artículo 1351), salvo quizá el mandato no remunerado para practicar un acto extrapatrimonial, como el matrimonio (artículo 264).

Son actos extrapatrimoniales los que regulan los derechos personales o de la familia, como los sponsales, la adopción, el nombramiento de tutor, el nombramiento de curador o el reconocimiento de un hijo, entre otros.

Ahora bien, cabe respecto de los contratos la distinción entre:

- Contratos de administración y de disposición
- Contratos onerosos o con prestaciones recíprocas, gratuitos y neutros
- Contratos conmutativos y aleatorios
- Contratos paritarios y estandarizados

7.1. Contratos de administración y de disposición

Los actos de administración son aquellos mediante los cuales se provee a la conservación, cuidado y reparación de bienes o se transmite la posesión o el uso de alguna cosa, sin comprometer su porvenir de manera definitiva, sino en forma transitoria, tal como ocurre con el arrendamiento, el mutuo o el comodato.

El Código no contiene una definición de los actos de disposición, aunque alude a ellos en varias normas para atribuirles efectos precisos. Por intermedio de los actos de disposición, se transmiten derechos subjetivos, como el dominio sobre un bien mediante la compraventa, la donación, la permuta o la dación en pago. Asimismo, mediante ellos se puede renunciar a un derecho existente o adquirido, como en el caso de la condonación o la renuncia a la herencia; o el deudor puede constituir y el acreedor puede adquirir un derecho real sobre bien ajeno, un *ius in re aliena*, o sea, un gravamen

real, como en la prenda, la hipoteca o la anticresis, con lo que un cierto bien individualizado del patrimonio del deudor queda específicamente afectado al cumplimiento de una obligación a su cargo. Ello supone que, potencialmente, el deudor ha dispuesto del bien, porque el acreedor puede hacerse pago enajenando el bien gravado sin necesidad de tener que celebrar otro acto. Y ello porque la facultad de enajenarlo ya está prevista y autorizada desde que el gravamen se constituyó.

Los actos de disposición son, como es fácil apreciar, económicamente más trascendentes porque importan separarse definitivamente o potencialmente de un bien o un derecho, en tanto que mediante los actos de administración tal separación es solamente temporal o interina. De allí que el Código (artículo 156) exija que cuando el acto de disposición o de gravamen se haga por medio de representante, el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, pues basta que el encargo conste en términos generales para celebrar actos de administración (artículo 155). Para ejecutar actos de disposición de bienes de la sociedad conyugal se requiere la intervención conjunta del marido y la mujer, salvo que alguno de ellos tenga poder del otro que lo faculte para hacerlo (artículo 315). El Código reputa la cesión de derechos como un acto de disposición (artículo 1206).

7.2. Contratos onerosos o con prestaciones recíprocas, gratuitos y neutros

El contrato es bilateral u oneroso —llamado en nuestro Código de prestaciones recíprocas—, cuando todas las partes que en él intervienen se obligan a una prestación a cambio de recibir otra: las partes se obligan mutuamente a alguna prestación, de forma que cada una de ellas da y recibe algo. Las partes del contrato oneroso obtienen un beneficio y, a la vez, experimentan un empobrecimiento. La ventaja está dada, para una parte, por la prestación que recibe y la desventaja por la prestación que debe dar en contrapartida. Son onerosos los contratos de compraventa, arrendamiento, permuta, prestación de servicios, suministro, etcétera. Aunque en muchos casos los contratos onerosos y con prestaciones recíprocas se confunden y equiparan, como ya hemos visto, hay una distinción que marca la separación teórica entre ambos: lo que caracteriza a los contratos onerosos es que las ventajas que las partes se intercambian son conmensurables; lo que caracteriza a los contratos con prestaciones recíprocas es que la ejecución de cada prestación depende de la contraprestación, en una relación de reciprocidad.

El acto es gratuito cuando una sola de las partes se beneficia por la prestación que debe recibir de la otra parte, sin que la parte receptora de la prestación deba retribuir con alguna contraprestación. Es el caso del contrato de donación sin cargo, el contrato de comodato o del testamento. Esta clasificación ofrece interés desde varios puntos de vista; así por ejemplo, los actos gratuitos son generalmente *intuito*

personae, es decir, que se pactan por consideración de la persona a quien se quiere beneficiar mediante el acto, lo que no ocurre con los actos onerosos, en que la razón primordial por la que el acto se celebra es la prestación que se habrá de obtener a cambio de la que se cede.

Esta distinción también reviste trascendencia en los casos de fraude civil, en los que los requisitos para que se configure el fraude son distintos según se trate de actos de disposición del deudor a título gratuito u oneroso (véase el capítulo XX). Los actos neutros son aquellos que pueden ser gratuitos u onerosos, según la modalidad que le impriman las partes, a su albedrío. Así, por ejemplo, el contrato de mutuo, que puede pactarse con o sin interés, la donación que puede tener o no un cargo, el mandato que puede ser remunerado o no.

7.3. Contratos conmutativos y aleatorios

Esta es una subdivisión de los actos a título oneroso. El acto oneroso es conmutativo cuando existe una relativa equivalencia en el valor de las contra prestaciones que las partes se intercambian, porque ellas son conocidas desde que el contrato se celebra; es aleatorio cuando existe incertidumbre respecto de una de las prestaciones, sea que se vaya a verificar o acerca de su *quantum*, porque ella depende del azar. La compraventa y la permuta son contratos conmutativos, el contrato de juego y apuesta es aleatorio (artículo 1942).

Los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida pueden llegar a resolverse si se quiebra gravemente el equilibrio contractual de modo que una de las prestaciones llega a ser excesivamente onerosa respecto de la otra, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles (artículo 1440). En los contratos aleatorios también se admite que el contrato pueda rescindirse por lesión, pero solo cuando la desproporción entre las prestaciones se produzca por causas extrañas al riesgo propio de ellos (artículo 1447). Es la llamada teoría de la imprevisión a la que el Código dispensa todo el articulado del Título VIII de la Parte General de los contratos, y la eleva a la categoría de una proposición que expresa un interés de orden público, pues prohíbe que las partes pacten no quedar sujetas a esta cláusula.

7.4. Contratos paritarios y contratos estandarizados o de adhesión

Si el contrato supone un acuerdo de voluntades, parecería lógica la exigencia de que las partes se comuniquen previamente entre ellas para negociar sus términos y condiciones como una manera de asegurarse de que su interés económico quede reflejado en el contenido del contrato. Sin embargo, esta verdad de Perogrullo es actualmente obviada por una cantidad de contratos que se forman sin que haya mediado discusión

alguna entre las partes. Esta forma de contratación impuesta por las complejidades del tráfico y la velocidad vertiginosa que el mundo ha imprimido a la necesidad de relacionarse, ha hecho nacer, cada día con más apremio, la concertación de voluntades con contenido patrimonial. Estas parten de un texto contractual estandarizado, preparado unilateralmente por una de las partes (la de mayor peso económico), al que la otra parte simplemente se adhiere, las más de las veces sin siquiera enterarse cabalmente de su contenido. La aparición del comercio electrónico no ha hecho sino imprimir aún mayor impulso a esta forma de contratación masiva, que puede decirse que es hoy la que predomina en el mundo occidental y acaso también en el Perú urbano.

Atendiendo a lo anterior pueden dividirse los contratos en *paritarios*, en los que en efecto ambas partes, colocadas en un mismo nivel no solo jurídico sino económico, intercambian sus puntos de vista en tratativas que conducen a la celebración del contrato, uno por uno, a la manera tradicional, y en *estandarizados*, en donde los términos de los contratos están predispuestos por una de las partes para que la otra, sin tiempo ni poder para discutirlos, simplemente consienta en celebrarlo adhiriéndose a sus cláusulas a fardo cerrado. Si la adhesión de una parte a la voluntad de la otra basta para formar el contrato, todas las cláusulas que este contiene se deben asumir como deseadas y aceptadas por el adherente, que queda obligado por ellas. Los peligros que encierra la contratación estandarizada, por la tentación de abuso que ofrece a la parte más fuerte, han hecho que la autoridad administrativa en algunos casos exija la potestad de revisarlos y aprobarlos, antes de que puedan ofrecerse en masa para eliminar sus cláusulas leoninas. Hay, pues, contratos estandarizados cuyas cláusulas generales han sido aprobadas administrativamente y los hay que no tienen tal aprobación. Respecto de estos últimos, el Código contiene normas sobre interpretación que son privativas de este tipo de contratos, que no se aplican a la esfera de los contratos paritarios (artículo 1397 y ss.).

CAPÍTULO VII

EFFECTOS DEL ACTO JURÍDICO

COMO SE HA EXPRESADO al tratar sobre el concepto del acto jurídico, este es un fenómeno que se caracteriza por emanar de una manifestación de voluntad que persigue, con intención jurídica, un fin que el derecho considera merecedor de tutela. En tal virtud, le otorga su protección y consolida los efectos jurídicos que el sujeto se propuso conseguir, y que quedan así consagrados por la ley. La nueva situación jurídica, que surge del acto realizado y que la ley dispone, es lo que se denomina el efecto del acto.

El artículo 140 del Código contiene la definición del acto jurídico como la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Así pues, todo acto jurídico es fecundo en producir efectos jurídicos, vale decir, en configurar nuevas situaciones jurídicas, y estas se dan en un doble plano: genéricamente, todos los actos jurídicos, cualquiera que sea su tipo, inciden o atañen a una relación jurídica, en abstracto, ya sea para crearla, regularla, modificarla o extinguirla; específicamente, cada acto jurídico produce efectos propios a su peculiar naturaleza y función, es decir, la relación jurídica que crea está en armonía con su finalidad, de modo distinto a como se regulan las relaciones jurídicas que crean otros actos en cuanto están destinados a satisfacer intereses distintos.

I. LA RELACIÓN JURÍDICA

En términos amplios, la relación jurídica es toda vinculación que se da entre personas, gobernada por normas jurídicas. Es el aspecto jurídico que cobra la vida de relación. Se le describe como el nexo que enlaza a dos o más personas entre sí, en cuya virtud se establece por el derecho un deber de comportamiento entre ellas. Este deber de comportamiento supone atribuir a una persona el poder de exigir a otra una cierta conducta o inhibición y el deber que la otra persona tiene de aceptar esa exigencia y actuar conforme a ella. Fue el jurista Ortolan (1802-1873) el que enunció que todo derecho tiene necesariamente un sujeto activo y uno o varios sujetos pasivos, los cuales no pueden ser sino personas. A esta teoría se le llama de los dos sujetos. Hans Kelsen

(1960: 118 y ss.) y otros, desde diversas perspectivas, comparten este esquema de la relación jurídica.

Desde esta óptica, el concepto de relación jurídica se vincula con el de derecho subjetivo. El derecho subjetivo consiste en el poder que el ordenamiento jurídico otorga a las personas de obrar en satisfacción de sus propios intereses. Según la famosa definición de Rodolfo von Ihering, «[...] los derechos (subjetivos) son intereses jurídicamente protegidos» (1904: 365). El derecho subjetivo confiere a una persona un poder que tiene como correlato el deber que impone a otra u otras personas de aceptar tal potestad y actuar en consonancia. Todo ser dotado de voluntad, es decir, toda persona, tiene un conjunto de derechos y deberes subjetivos que forman su situación o su esfera jurídica. En principio, mediante actos de voluntad, las personas que se relacionan jurídicamente modifican sus situaciones o esferas jurídicas, siempre que no atenten contra la ley. Los actos jurídicos que celebran tienen el efecto de afectar de alguna manera las esferas jurídicas de los sujetos de la relación. La relación jurídica establece de qué manera los derechos subjetivos transitan, pasan de la esfera jurídica de un titular a otro, y de esta manera crean para los sujetos nuevas situaciones jurídicas.

La situación jurídica de una persona es aquella que la relación jurídica en la que interviene le atribuye como efecto. La situación jurídica se nutre de los derechos y deberes que la persona tiene, a raíz de una relación en la que ha intervenido voluntariamente o porque la ley directamente lo prescribe. Así, una persona adquiere la situación jurídica de propietario, voluntariamente, en virtud de la relación jurídica por medio de la que se le transmite ese derecho, llámese compraventa, donación, permuta, dación en pago, etcétera. Por su parte, la incapacidad de ejercicio es una situación jurídica en que la persona se encuentra derivada de la apreciación que el derecho positivo hace de su falta de aptitudes para poder obrar por sí mismo. La relación jurídica puede nacer, por tanto, de la ley o de la voluntad de las personas.

La ley puede establecer, directamente, una relación jurídica al margen de la voluntad de los miembros de la relación. Por disposición de la ley, por ejemplo, se establece una relación jurídica de parentesco entre ciertas personas con lazos consanguíneos o afines, sin que interese para nada la voluntad de las personas a quienes la relación obliga o vincula. Quiéranlo o no, entre primos hermanos, existe una situación jurídica de parentesco consanguíneo que el derecho califica como de cuarto grado (artículo 236). También por mandato legal se crea una relación jurídica de patria potestad mediante la cual se impone a los padres el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores incapaces (artículo 418). Hay, asimismo, por disposición legal, una relación de vecindad y, en virtud de ella, el propietario de un predio puede obligar a sus vecinos al deslinde de las propiedades (artículo 966) y no puede impedir que en su predio se ejecuten actos para el servicio de las propiedades vecinas (artículo 959). Por último, el nuevo Código ha configurado el concubinato estable como una relación legal productora de efectos (artículo 326).

La voluntad de las personas puede establecer relaciones jurídicas mediante simples comportamientos, que no precisan de una declaración de voluntad (actos jurídicos, actos ilícitos) o mediante manifestaciones de voluntad (negocios jurídicos).

Como se explicó anteriormente, no son actos jurídicos, en el sentido de negocios jurídicos, sino actos reales o actos de voluntad, porque no requieren de una expresión de voluntad, por ejemplo, los que crean relaciones jurídicas derivadas de la invención, el hallazgo o la caza, o la ocupación o el abandono de la posesión. En estos casos, la relación jurídica se establece por la ley directamente, a raíz del comportamiento del individuo del cual la ley deduce una voluntad. El mero comportamiento, considerado en sí mismo, atrae efectos *ex lege*, y no es preciso analizar la voluntariedad del agente ni su capacidad. Por eso, un incapaz absoluto no puede válidamente declarar directamente su voluntad de celebrar un negocio jurídico; pero sí puede crear una relación jurídica, mediante actos tales como la invención, el hallazgo, la caza, la asunción o el abandono de la posesión.

También la relación jurídica puede ser creada por medio de actos (negocios) jurídicos, precedidos de una manifestación de la voluntad. Y así tenemos que la relación conyugal nace del acto jurídico llamado matrimonio y provoca en los esposos la situación de casados; la relación obligatoria nace del acto jurídico llamado contrato o de una declaración unilateral de voluntad como la promesa de recompensa (artículo 1956), y provoca que las partes asuman la situación jurídica de acreedor o deudor.

Acerca de la relación que surge del acto jurídico, debe tenerse en cuenta que no toda relación jurídica brota como consecuencia de la declaración de voluntad que emitan todas las personas que integran la relación. Es decir, no solo los actos jurídicos bilaterales, crean una relación jurídica entre las partes. La relación jurídica que conecta a dos partes también puede surgir como consecuencia de la expresión de voluntad de una sola de ellas, mediante los actos jurídicos llamados unilaterales. En este último caso, la declaración obliga al promitente, quien queda vinculado hacia otras personas por su sola voluntad a pesar de que estas no han intervenido en el acto ni declarado su voluntad. Por ejemplo, si una persona reconoce deber a otra, surge de la declaración de voluntad unilateral del deudor una relación obligatoria entre este y el acreedor (artículo 1205). Igual ocurre en el acto testamentario en el que el testador instituye un legado: mediante su declaración unilateral se conforma una relación jurídica entre los causahabientes del testador y el legatario (artículo 756); lo mismo en la promesa de recompensa, que obliga al promitente hacia la persona que cumple la prestación que se promete premiar (artículo 1958). Sin embargo, el efecto vinculante es particularmente notorio y más fácil de apreciar en los actos bilaterales, en que las manifestaciones de voluntad de dos partes concurren a crear la relación jurídica. Los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos (artículo 1363).

El derecho admite también que dos partes puedan estipular una prestación que beneficie a un tercero que no es parte de la relación (artículo 1457). Y si el tercero

accepte la atribución que se le hace, puede actuar, directamente, como acreedor, para exigir su cumplimiento. Es decir, la relación jurídica puede crearse para que surta efectos en un tercero que, sin ser parte de la relación, adquiere la situación de acreedor de determinada prestación que fue prometida por una de las partes, que es un tercero respecto de él. También admite el derecho que una de las partes prometa el hecho que debe efectuar un tercero, que no es parte de la relación (artículo 1470). Pero precisamente por no ser parte de la relación, esta no lo obliga; en atención a ello, si no cumple con la prestación no asume responsabilidad alguna y quedará obligada la parte que ofreció la prestación, es decir, que adquirió la situación de deudor de una prestación ajena.

Las relaciones jurídicas solo existen entre personas, por cuanto considerar relación la que confiere un derecho sobre una cosa, equivaldría a imponerle a la cosa una obligación hacia la persona, lo que constituye un absurdo. El dominio jurídico que una persona tiene sobre una cosa consiste, en realidad, en una relación entre un sujeto y otros sujetos. En este sentido, el poder jurídico que las personas tienen sobre los bienes forzosamente ha de pasar por relaciones entre personas, con quienes, en estos casos, la relación es de carácter excluyente, *erga omnes*, o sea impone a las demás personas, en general, una obligación de abstención. El derecho de propiedad, el derecho de posesión, el derecho al nombre o el derecho a la intimidad, etcétera, imponen en las demás personas una obligación de respeto del derecho ajeno y de no impedir las prerrogativas del titular de derecho subjetivo de disponer de este en armonía con la ley. Esta aseveración conduce a reconocer que todos somos partes pasivas de infinidad de relaciones jurídicas que desconocemos.

No falta, sin embargo, quienes postulan que entre el hombre y las cosas hay una relación con significado jurídico y ponen como ejemplo la propiedad y la posesión. Estas personas fundan su punto de vista en adoptar un concepto mucho más amplio de lo que debe entenderse por relación jurídica, a la que entienden como cualquier relación que se constituye en la realidad, que tiene un fin conforme al derecho objetivo en el que la solidaridad social está directamente interesada y, por tanto, protegida por el orden jurídico.

El jurista socialista Leon Duguit (1912: 104) pone al propósito el ejemplo del famoso legado de los hermanos Goncourt, que dejaron en testamento una importante suma para crear una academia literaria. Una disposición semejante no tendría validez dentro de la teoría de los dos sujetos, porque el legatario final, la academia literaria, no existía al momento del fallecimiento. El sujeto pasivo de la relación era el heredero de Goncourt, pero no había sujeto activo. En realidad, el testamento instituía legatarios a dos personas existentes, con el encargo de vender los bienes y con ellos crear una sociedad literaria. Los herederos demandaron que esas disposiciones fuesen anuladas porque se referían a una persona inexistente por intermedio de personas interpuestas.

El Tribunal de Casación denegó la demanda y sostuvo que «[...] la interposición de personas no es una causa de nulidad, más que cuando la persona llamada a recoger la liberalidad de manos del testador, por intermedio del interpuesto, es incapaz o desconocido; que en el caso los legatarios Daudet y Hennique son los únicos legatarios instituidos [...]». Agregaba luego que «[...] sin duda el deseo del testador es que su fortuna pase a la Sociedad [...], que esta Sociedad, no teniendo todavía existencia a su muerte, es incapaz en el sentido de que no puede recibir de él; pero en el momento en que nazca legalmente, recibirá los bienes, no del testador, sino de los legatarios» (citado en Duguit 1912: 104). Según Duguit la sentencia dictada hace aplicación de la teoría del fin y no la de los dos sujetos, y protege la afectación de una riqueza a un fin lícito, sin que, en manera alguna, pueda encontrarse un sujeto de derecho.

En sentido similar se pronuncia Domenico Barbero (1967: 149 y ss.), pues llama relación jurídica a «una relación entre un determinado sujeto y el ordenamiento jurídico, por medio de una norma jurídica», aunque se apresura a advertir que esta configuración de la relación jurídica no es la común. La relación jurídica, explica, es una relación de hecho, cuyo valor no es una determinada disciplina sino una determinada relevancia a los efectos de la aplicación de una norma jurídica. Es decir, se trata de hechos que determinan una relación jurídica entre cada uno de los sujetos y el orden jurídico que, supuesta aquella relación, regula de un modo determinado la conducta de los sujetos. Si uno de ellos, en una compraventa, está en una situación de deber, ello quiere decir que debe de someterse al ordenamiento jurídico y mantener, con respecto al otro sujeto, el comportamiento impuesto por la norma; y si ese otro se encuentra en una situación de poder, ello quiere decir que el ordenamiento le consiente adoptar otro comportamiento. Pero no hay sujeción de un sujeto a otro, sino porque la norma lo autoriza. Deber y derecho no forman una sola relación jurídica, sino dos relaciones funcionalmente conexas, cada una de las cuales tiene como termino común el ordenamiento.

2. ELEMENTOS DE LA RELACIÓN JURÍDICA

La relación jurídica, nacida de un acto jurídico tiene los siguientes elementos:

2.1. Las personas

Las personas son los agentes que conforman la relación jurídica, ya sea directamente o por efecto de la norma que lo autoriza. Se dice que son sujetos activos los que disfrutan de atribuciones o facultades y pasivos los que soportan obligaciones o deberes. Frecuentemente, los sujetos son, a la vez, activos y pasivos, en cuanto cada uno de ellos tiene derechos y soporta obligaciones. Esto se visualiza perfectamente en los contratos onerosos o con prestaciones recíprocas —como la compraventa—, en los que el comprador

adquiere la situación de deudor del precio y, al mismo tiempo, de acreedor del objeto; y el vendedor de deudor del objeto y de acreedor del precio.

2.2. Contenido de la relación jurídica

El contenido de la relación es aquella parte de la realidad sobre la que recaen los derechos y deberes que los sujetos adquieren por la relación a la que ingresan y, en principio, puede ser todo aquello que sea susceptible de protección jurídica. Objeto de la relación, puede ser por tanto un bien, corporal o incorporal, existente o futuro, o una prestación que se resuelve en una determinada conducta, ya sea en dar, hacer o no hacer algo, o intereses o simples expectativas.

El contenido de la relación está dado por la autorregulación de los intereses de los sujetos que la conforman y responde a lo querido por estos. Algunos la llaman precepto privado, dada su naturaleza obligatoria, que lo asemeja al precepto público, que es la ley, en expresión que adoptan de la dogmática italiana, en la que el término ha hecho fortuna. Naturalmente, el contenido de los actos varía según el tipo de acto jurídico de que se trate y la función típica a la cual sirve, y que explica por qué las partes lo celebran. Así, por ejemplo, el contenido de la relación jurídica que nace del matrimonio es fundamentalmente distinto del contenido de la relación jurídica que nace de una hipoteca y esta, a su vez, es diferente del contenido de la relación jurídica que nace de un contrato de suministro, porque cada uno de estos actos, creados como prototipos por la ley, desempeña una función económica determinada y desemboca en la creación de diversas situaciones jurídicas para los participantes.

Tal como se ha indicado, el Código establece que la declaración de voluntad, típica del acto jurídico, debe estar dirigida a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas (artículo 140).

Se crea una relación cuando, mediante la declaración de voluntad, una o más personas, a menudo sin contacto previo, forjan entre ellas un vínculo legal, en virtud del cual se colocan en la situación jurídica de deber algo o de poder exigir algo, utilizando los modelos que la ley ya ha previsto con ese fin; por ejemplo, adoptando, arrendando, prestando, constituyendo una sociedad, transportando, etcétera.

Se regula una relación cuando se amolda la existencia o depura el contenido de una relación ya creada, por sobrevenir una circunstancia nueva o despertarse un nuevo interés de las partes; por ejemplo, confirmando un acto jurídico en el que se descubre un vicio que lo hace anulable. La expresión «regular un acto jurídico» ha suscitado discusión entre los autores. Algunos precisan que regular es equivalente a modificar. Otros consideran que regular es un concepto más amplio que modificar porque se regula una relación no solo cuando se la modifica sino también cuando se le asegura, cuando se pacta un traslado de la carga de la prueba, cuando se establece la reciprocidad

de la prestación, etcétera. Es concebible que un contrato precise los alcances de la relación jurídica ya creada, interpretándola o bien estableciendo reglas de detalle (procedimiento de ejecución, modalidades del ejercicio de los derechos o plazos para el cumplimiento, entre otros), que sin constituir una modificación de los términos y condiciones pactados, complementen y perfeccionen el modo de ejecución de la relación jurídica original.

Se modifica una relación cuando se altera su contenido, variándolo, con lo que la situación jurídica de las partes también varia. Por ejemplo, las partes deciden prolongar el plazo de un arrendamiento, refinanciar un préstamo disminuyendo el interés o cambiando el objeto de una sociedad para que concentre sus actividades en unas originalmente no previstas.

Finalmente, se extingue una relación jurídica cuando se le pone fin. Por ejemplo, cuando el deudor paga la deuda o el acreedor renuncia a cobrarla. Mediante un acto de voluntad del deudor que satisface la prestación debida o del acreedor que se abstiene de exigirla, la relación jurídica cesa de surtir efectos, se termina, porque ya cumplió la función en cuyo interés las partes la crearon.

3. LAS PARTES Y LOS TERCEROS

A las personas que declaran su voluntad y fundan la relación jurídica se les llama, como sabemos, partes. En principio, los contratos solo producen efecto y solo afectan la situación jurídica de las partes y sus herederos, cuando los derechos y obligaciones son transmisibles (artículo 1363). El Código no contiene norma semejante para todos los actos jurídicos, pero el principio es de aplicación general.

Los efectos son, pues, para quienes han celebrado el acto. Las partes, teniendo como instrumento el acto, buscan y quieren el efecto que los ha de colocar en la situación jurídica para la que el acto sirve. Si los agentes buscan una finalidad plausible, socialmente valiosa, el derecho los premia consagrando con su fuerza imperativa los efectos buscados y consolidando la nueva situación jurídica creada. Si el acto es unilateral, debe reputarse parte no solo al que expresa su voluntad, sino a la persona a favor de quien esta va dirigida, y los efectos legales se van a dar para ambos.

También se estima parte a los sucesores de estas. Las personas se obligan para sí y para sus sucesores, también llamados causahabientes, que pueden ser a título *intervivos* o *mortis causa*: por ello, el comprador es sucesor del vendedor en la propiedad del bien; el donatario es sucesor del donante y el heredero del testador.

Los sucesores de la parte pueden serlo a título universal o singular. Los primeros reciben la totalidad o una alcuota del patrimonio; los segundos reciben un bien o un conjunto de bienes individuales. Los sucesores universales suceden al causante en todos los derechos y obligaciones que por su índole son transmisibles. En tal virtud, el

heredero del vendedor fallecido está obligado a entregar la cosa y el heredero del comprador fallecido, a pagar el precio. Ocupan la misma situación jurídica del causante. Los efectos los alcanzan siempre, sea el acto jurídico bilateral o unilateral. Los sucesores singulares no tienen más vínculo jurídico con el causante que el que se destina al tránsito de ciertos bienes del patrimonio del causante al propio. Pero no son la continuidad de la persona del causante y no experimentan ninguna consecuencia de las demás vicisitudes a que pueda quedar expuesto su patrimonio. No son partes, sino terceros, respecto de los demás actos celebrados por este.

Tercero es todo aquel que es ajeno a la relación jurídica. El que no es parte, es un tercero. La denominación se origina en la suposición de que todo acto tiene dos partes, *primus* y *secundus*, respecto de las cuales cualquier otra persona es *tertius*.

A los terceros llamados absolutos, los actos ajenos ni les obligan ni les confieren derechos, y rige respecto de ellos el principio *res inter alios acta*. A los terceros relativos, el acto concluido sin su intervención puede afectarlos y, en atención a esto, el derecho les reconoce ciertas prerrogativas, destinadas principalmente a evitar que el acto en el que no han participado les ocasione un daño. Así, el acreedor de una de las partes es un tercero relativo frente a los actos de disposición que realiza su deudor, en la medida en que tales actos, ya sean simulados o fraudulentos, pueden perjudicarlos. Igualmente, para que las restricciones de la propiedad establecidas por pacto puedan surtir efecto respecto de terceros, deben inscribirse en el respectivo registro (artículo 926). Para que el pacto de indivisión que puedan celebrar los copropietarios produzca efecto contra terceros, debe inscribirse en el registro correspondiente (artículo 993). La inscripción de estos actos los convierte en oponibles frente a terceros.

4. EFECTO Y OponIBILIDAD

Establecido que el acto jurídico crea relaciones jurídicas con efecto vinculante para las partes que son miembros de la relación, esta no surte efecto para quienes no han intervenido en ella, a quienes el derecho denomina terceros. Los terceros no son partes de la relación. La ley no admite que esta pueda constreñirlos sin su voluntad. La relación jurídica en la que no son partes no los abraza ni los obliga. Sin embargo, como la relación se ha constituido y existe, y los efectos que crea son reconocidos por el derecho y las personas ajenas a la relación, es decir, los terceros, no pueden ignorarla. Deben respetar esa relación, de la que no son partes, en tanto y en cuanto roce una expectativa o interés propio. El derecho no permite pues que se desconozcan por terceros los actos jurídicos y los efectos o situaciones que ellos han creado. A esta característica se le llama *la oponibilidad*. El derecho fuerza el reconocimiento de la relación jurídica constituida sin su intervención, por los terceros, y hace que los actos puedan ser oponibles a estos si pretendieran ignorarlos. El acto, al ser oponible, vale frente a los terceros, y estos carecen de la potestad legal de desconocerlo.

CAPÍTULO VIII

ELEMENTOS DEL ACTO JURÍDICO

SI BIEN EL ACTO JURÍDICO es una categoría lógica, una abstracción creada por la doctrina, esta tiene, dentro de una concepción organicista del acto —que lo entiende como un órgano— una estructura o composición. La doctrina descubre que los actos jurídicos tienen ciertos elementos constantes, por los que debemos entender sus componentes. Del estudio de la función que ejercen dentro de la estructura del negocio, considerado en abstracto, se clasifica a dichos elementos en tres tipos: esenciales, naturales y accidentales.

I. ELEMENTOS ESENCIALES

Son llamados también requisitos, solo porque se les requiere para que el acto surta los efectos que la ley les asigna. Son aquellos sin los cuales el acto no puede llegar a constituirse ni a producir sus efectos típicos. Son elementos indispensables y a la vez suficientes para la viabilidad jurídica del acto. En puridad, son los elementos esenciales los que debieran llenar ciertos requisitos. El elemento del agente del acto, por ejemplo, debe tener el requisito de tener capacidad. El elemento del objeto, el requisito de su posibilidad. El elemento del fin, el requisito de su licitud. Pero la terminología jurídica corriente equipara ambos términos para denotar aquellos que no deben faltar en el acto bajo pena de su invalidez. En suma, hay elementos esenciales a todo acto jurídico y, además, elementos esenciales a cada tipo de acto jurídico, es decir, propios de tal especie de acto.

Los elementos esenciales genéricos de todo negocio jurídico son, según nuestro Código, además de la declaración de voluntad que es consustancial al acto: el agente capaz, el objeto física y jurídicamente posible, el fin lícito y la forma prescrita por la ley. Los elementos esenciales específicos varían según el tipo de acto de que se trate. Por ejemplo, el precio es un elemento esencial del contrato de compraventa, pero es un elemento que no se presenta en el arrendamiento, donde el elemento esencial es el pago de un alquiler o merced conductiva que, a su vez, no es elemento esencial del comodato, donde el uso gratuito del bien es el elemento esencial. Es decir, además de

los elementos esenciales genéricos sin los cuales no hay acto jurídico alguno que sea válido, el examen de cada acto jurídico en particular nos revela la insustituible presencia de otros elementos, que son indispensables a ese tipo de negocio pues concurren a la función intrínseca que les reserva el derecho positivo.

2. ELEMENTOS NATURALES

Son aquellos que la ley, y no la voluntad de las personas, establecen porque están vinculados a la función que ciertos actos deben desempeñar. Están orientados a que satisfagan su finalidad, pero no son esenciales y el acto puede subsistir sin ellos. Las partes pueden, en consecuencia, al celebrar el acto, prescindir de tales elementos o modificar sus alcances sin que deje el acto de cumplir su función central. Así ocurre con el ejemplo clásico de la garantía de saneamiento por evicción, que es un elemento natural en todo contrato en el que se transmite el uso, la posesión o la propiedad de algún bien; o con el derecho a percibir una indemnización que resarza de los perjuicios si alguna parte los experimenta como consecuencia del incumplimiento de una obligación contractual. La remuneración en el contrato de mandato es un elemento natural de este tipo de contrato, pero las partes pueden pactar que el mandato sea gratuito, con lo cual excluyen el elemento de la retribución del mandatario del contenido del negocio sin que este pierda eficacia como consecuencia.

3. ELEMENTOS ACCIDENTALES

También denominados modalidades, son aquellas estipulaciones cuya presencia en el acto obedece exclusivamente a la voluntad de las partes, que las pactan con diferentes fines, bien sea para hacer depender los efectos de los actos de la realización de ciertos eventos que deben producirse para que el acto cobre o pierda eficacia; o para señalar el tiempo durante el cual el acto debe desplegar sus efectos; o para que el acto proporcione a alguna de las partes ciertas ventajas que de otra manera no obtendría. Los elementos accidentales cumplen diversas funciones y no se presumen; pueden no existir, y si existen no modifican el tipo de acto en el que se pactan; solo influyen en sus consecuencias, pues es la voluntad de los interesados la que causa su presencia en el acto, integrando su contenido, para que este pueda producir las consecuencias que las partes persiguen con el acto que celebran. Las tres modalidades que se regulan en el Código, al disciplinar el acto jurídico, son la condición, el plazo y el cargo o modo. No son, por cierto, las únicas modalidades que el derecho reconoce. En el contrato de compraventa, por ejemplo, un elemento accidental es el pacto de retroventa por el cual el vendedor puede adquirir el derecho de resolver unilateralmente el contrato, pero las partes pueden no convenirlo, sin que la compraventa deje, por ello, de llenar

la finalidad que le es inherente. También pueden reputarse elementos accidentales a la cláusula penal y a las arras, porque su presencia en el acto depende de la voluntad de los interesados. Como vemos, las modalidades cumplen funciones diversas dentro del acto que las aloja y su único rasgo común es que su actuación dentro del acto obedece a la voluntad de sus autores.

Hay, sin embargo, actos jurídicos que, por la función que están destinados a llenar, no toleran quedar supeditados a modalidades, por ser estas incompatibles a los fines de tales actos. Son actos necesariamente puros, en los que la presencia de elementos accidentales puede desnaturalizar o limitar sus efectos, desvirtuando la situación jurídica que el acto debe producir. Generalmente, los actos cuya finalidad es regular situaciones personales o familiares, no pueden quedar sujetos a elementos modales como, por ejemplo, el matrimonio, aunque la ley no lo disponga por norma expresa, la adopción (artículo 381), el reconocimiento de la paternidad (artículo 395), la aceptación o la renuncia de la herencia (artículo 677). En los actos destinados a llenar una finalidad de índole patrimonial, las partes tienen, de ordinario, plena libertad para pactar que queden sujetos a modalidades.

Hay que tener en cuenta, también, que ciertos actos están llamados a surtir efectos pasajeros, es decir, crean una situación jurídica temporal. El plazo, en estos casos, no constituye una modalidad que depende de la voluntad de la parte, sino que adquiere la importancia de un requisito inherente a la naturaleza transitoria del acto. En estos casos, la ley fija un plazo máximo durante el cual el acto puede desplegar sus efectos, que las partes pueden modificar para reducirlo pero no para excederlo, como ocurre en los casos del usufructo (artículo 1001), el compromiso de contratar (artículo 1416) o el contrato de opción (artículo 1419).

Excepcionalmente, hay determinados actos cuyos efectos están supeditados —por la ley, y no por la voluntad de las partes—, a que se cumplan determinados acontecimientos cuya realización es dudosa, y entonces la propia ley instala tales acontecimientos como condiciones legales que deben cumplirse para que el acto adquiera eficacia. Esto ocurre en la compraventa a prueba, que se considera hecha bajo condición suspensiva de que el bien tenga las cualidades pactadas (artículo 1572), o en la donación hecha en favor de quien ha sido tutor o curador del donante, que está sujeta a la condición suspensiva de ser aprobadas sus cuentas (artículo 1628), o la donación hecha en razón del matrimonio que está sujeta a la condición de que el acto matrimonial se celebre (artículo 1646).

CAPÍTULO IX

EL AGENTE CAPAZ

EL AGENTE QUE MENCIONA el artículo 140 del Código, utilizando la misma expresión que contenía el artículo 1075 del Código de 1936, es la persona natural o la persona jurídica.

I. LA PERSONA NATURAL

Tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley (artículo 3). No hay, pues, en materia de capacidad de las personas naturales, incapacidades de goce tácitas o presuntas. Como personas naturales, el varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de los derechos civiles (artículo 4). No puede concebirse una regla de derecho o una institución jurídica sin un sujeto de derecho. Todo sujeto de derecho es un ser dotado de voluntad. Al sujeto de derecho se le conoce con el nombre técnico de *persona*.

En cualquier caso, el agente del acto jurídico, sea persona natural o persona jurídica, debe ser capaz. Si el acto requiriese, por su naturaleza, de la declaración de varios agentes, todos ellos deben ser, en principio, capaces, o actuar a través de sus representantes, si no lo fueran.

El agente o sujeto es, desde luego, una persona determinada. Los sujetos deben ser por lo general individualizados porque se requiere saber quién es el titular de la situación jurídica, a favor de quién se debe la prestación y quién debe cumplirla. Pero, en ocasiones, alguno de los sujetos puede no estar individualizado, sino en forma relativa, y su individualización puede depender en cada momento según la relación en que el sujeto se encuentre con el objeto del acto. Así sucede en el contrato de arrendamiento, por ejemplo, en el que la obligación del arrendatario de pagar la renta tiene como sujeto inicialmente determinado al dueño de la cosa cedida, pero la obligación es susceptible de ir cambiando a medida que se transmite la propiedad del bien arrendado. También sucede en el caso del subarriendo, en el que el subarrendatario sustituye al arrendatario en la obligación, según las reglas de la cesión de posición contractual (artículo 1696), aunque en nuestro Código subsiste entre ambos una obligación solidaria frente al dueño (artículo 1693).

A las obligaciones que nacen de este tipo de contratos algunos las llaman ambulatorias, como las que se derivan de la posesión de títulos al portador, en el que el agente es quien en cada momento está en posesión legítima del título. También admite el Código la posibilidad de que las partes se reserven el derecho de nombrar posteriormente a un tercero que asuma los derechos y las obligaciones de cualquiera de los sujetos fundadores de la relación (artículo 1473). Lo que no puede admitirse es la absoluta indeterminación del sujeto titular del derecho.

Hay dos clases de capacidad: la capacidad de derechos, que nuestro Código llama capacidad de goce, y la capacidad de obrar, que nuestro Código llama capacidad de ejercicio.

2. CAPACIDAD DE GOCE

La capacidad de derechos o de goce es un atributo de la persona natural o jurídica que la hace intrínsecamente apta o idónea para ser titular de derechos subjetivos y ser parte de relaciones jurídicas. Es la posibilidad de que un determinado derecho se radique en la órbita jurídica de la persona, sobre cuyo derecho la persona ejerce un poder; y es también la aptitud de que esta se conecte con otras personas y cree relaciones jurídicamente y voluntariamente regladas.

No se concibe, en la actualidad, a una persona natural que no esté dotada, en general, de capacidad de derechos. Esta la recibe, tratándose de seres humanos, desde el nacimiento, o antes, desde la concepción, a condición de que nazca vivo (artículo 1) y termina con la muerte (artículo 61). Así entendida, la capacidad de derechos o de goce no es propiamente un derecho; es, más bien, un presupuesto del derecho o de su ejercicio, es una cualidad jurídica de la que disfrutan los seres humanos, a los que el derecho califica de personas, y solo ellas. Esta cualidad, sustentada a la aptitud singular de entender y razonar, distingue a la persona natural de los otros seres que existen en el reino animal. Algunos los llaman derechos de la personalidad, como el nombre, el domicilio, el estado civil, etcétera. La personalidad es un atributo irreducible de la persona mientras la capacidad admite grados. Se puede ser más o menos capaz; no se puede ser más o menos persona.

Nadie puede ser privado por entero de la capacidad de goce; tal situación equivaldría a negarle la condición jurídica de persona y sería incompatible con los postulados principales de nuestra civilización, que ha desterrado la esclavitud y la muerte civil, estas últimas en el siglo XIX. En la China, la esclavitud fue abolida recién en 1910. Ambos fenómenos excluían la capacidad, aunque por la fuerza de las cosas el estatuto del esclavo, aun en el derecho romano, impedía desconocer de manera absoluta que se trataba de un ser humano (es decir, su personalidad).

El fenómeno de la muerte civil encontró inmerecido refugio en el *Code*, que se expresaba de esta manera:

[...] por la muerte civil, el condenado pierde la propiedad de todos los bienes que posee, se abre su sucesión en provecho de sus herederos, a los cuales son transmitidos sus bienes de la misma manera que si hubiera muerto naturalmente, sin hacer testamento. No puede ni recibir alguna sucesión, ni transmitir los bienes que adquiera posteriormente. No puede disponer de sus bienes, en todo o en parte, por donación o por testamento, ni recibir a este título sino por causa de alimentos. No puede ser nombrado tutor ni concurrir a las operaciones relativas a la tutela. No puede ser testigo en un acto solemne o autentico, ni admitirse su testimonio ante las autoridades jurisdiccionales. No puede comparecer en juicio, como actor o demandado, sino por medio de un curador especial, nombrado por el tribunal ante el cual se ejercite la acción. Es incapaz de contraer matrimonio que produzca efecto civil. El matrimonio que hubiere celebrado con anterioridad se disuelve en cuanto a sus derechos civiles. Su esposa y sus herederos pueden ejercitar, respectivamente, los mismos derechos y acciones que se originarían con su muerte natural.

Por ley de 31 de mayo de 1854, recién se abolió en Francia la muerte civil, pero para que la supresión rigiera en adelante. Más que suprimir la personalidad, la muerte civil despojaba a la persona de sus capacidades.

Pero sí es admisible la privación relativa de la capacidad de goce, es decir, que se niegue a ciertas personas, a propósito de ciertos derechos objetivos concretos, la posibilidad de disfrutar del poder que tal derecho subjetivo otorga. Existen, pues, restricciones impuestas por la ley a la posibilidad de gozar de ciertos derechos concretos, nunca privación general de gozar de derechos, porque ello equivaldría a despojar a la persona natural de su principal atributo jurídico, inherente a su naturaleza. Así, un menor de dieciséis años no tiene capacidad de derechos que le permita casarse ni de testar; no tiene capacidad de derechos para adoptar aquel cuya edad no sea por lo menos igual a la edad del adoptado más dieciocho años; la nacionalidad impide al extranjero ser propietario de inmuebles dentro de una franja de cincuenta kilómetros de nuestras fronteras, etcétera.

Algunos autores distinguen entre estas incapacidades de derechos especiales y las prohibiciones. Las primeras están dadas por circunstancias subjetivas que afectan a la persona y que limitan, por razones psíquicas o físicas, el pleno uso de sus facultades. En cambio, las prohibiciones se fundan en razones de moralidad o conveniencia social, que determinan que la ley impida a una persona capaz, en pleno dominio de sus facultades físicas o psíquicas, celebrar válidamente ciertos actos que otras personas sí pueden celebrar. Se dice, entonces, que el capaz no está legitimado para celebrar el acto, está prohibido de hacerlo, porque por alguna razón de orden público, la ley se lo impide. Le alcanza al capaz de goce una incapacidad particular.

3. CAPACIDAD DE EJERCICIO

La capacidad de obrar o de ejercicio es la facultad propia de las personas naturales de desempeñar, por sí mismas, sin la ayuda que preste la intermediación de otra persona, los derechos de que se es titular. Es la aptitud de adquirir, actuando personalmente, derechos y asumir obligaciones mediante la celebración de actos jurídicos. La capacidad de ejercicio supone, necesariamente, la de goce, porque nadie puede ejercitar un derecho del que no goza.

Esta capacidad no es un atributo de la personalidad, como la capacidad de goce, sino un requisito de validez del acto jurídico. La ley priva de la capacidad de ejercicio a quien tiene la capacidad de goce por determinadas razones, ya sean de índole natural, por no estar en aptitud de entender y querer; o de índole legal, cuando la ley presume que un sujeto está privado de capacidad natural; o por causas estrictamente legales, como la interdicción civil que se aplica como pena. Por ejemplo, el menor de dieciséis años puede ser propietario, pero no le es permitido ejercitar por sí mismo las facultades del dominio, ya sea disponer o reivindicar, ya que carece de la capacidad de ejercicio.

Para que la persona natural incapaz de ejercicio pueda actuar en el tráfico, el derecho inventa y le asigna, sin que el incapaz pueda oponerse, un representante legal. Su derecho tendrá que ejercitarlo por intermedio de esa otra persona, llámese padre en su función de patria potestad, tutor o curador, según sea el caso, a quienes la ley designa para sustituir al incapaz de ejercicio mientras esa situación perviva. El menor sujeto a tutela es incapaz de ejercicio, pero su tutor, que es capaz, no puede comprar para sí los bienes del menor a quien representa, en protección de los intereses de este último (artículo 538). Al tutor le alcanza una prohibición, no una incapacidad especial.

Ahora bien, el Código en el artículo 140 exige como primer requisito de validez del acto que el agente de la declaración de voluntad sea capaz. Giovanni Battista Ferri (2002: 40) opina que este requisito del acto está mal ubicado, del mismo modo como lo está la *capacité de contracter* en el *Code* o la *capacità di contrattare* en el Código Civil italiano de 1942, porque la capacidad del autor del acto no puede ser considerada elemento estructural de este; es más bien, una idoneidad del sujeto que resulta extraña, necesariamente, a la estructura del negocio jurídico. No obstante lo certero de la crítica, el requisito de la capacidad que debe tener el autor del acto ya estaba presente en el Código de 1936, como uno de los requisitos de validez del acto, y el Código no ha hecho sino repetir su ubicación que, técnicamente, adolece del defecto que el maestro italiano ha advertido.

Recogida la salvedad referida, el Código, al requerir que la manifestación de voluntad debe partir de un agente capaz, se está refiriendo a la persona natural capaz y hay que remitirnos al propio Código para averiguar quién es capaz de ejercicio y quien no lo es. A este respecto, el Código nos dice que «[...] son personas capaces de ejercer

los derechos civiles las que han cumplido dieciocho años» (artículo 42). Esta es, pues, la regla: toda persona natural, al cumplir dieciocho años de edad, puede obrar por sí misma, adquiere la capacidad de ejercicio de sus derechos. Se le presume cuerda y en plena posesión de sus naturales atributos de discernimiento y voluntad.

A continuación, el Código (artículos 43 y 44) enumera a las personas naturales que son incapaces de ejercicio, o sea las excepciones al principio de la capacidad de ejercicio previsto en el numeral anterior. Las incapacidades de que tratan tales disposiciones son las de ejercicio y no las de goce. Siendo excepciones a la regla enunciada en el numeral precedente, son de interpretación taxativa y de aplicación estricta. No cabe extenderlas a otros supuestos, aunque sean análogos, si no están previstos expresamente en la ley.

Hay dos grados de excepciones a la regla de la capacidad de ejercicio de las personas naturales: los absolutamente incapaces y los relativamente incapaces.

4. INCAPACIDAD ABSOLUTA

Son incapaces de ejercicio absolutos los menores de dieciséis años, salvo para ciertos actos puntuales expresamente dispuestos por la ley. Se supone que estas personas, por su temprana edad, aún no han adquirido una madurez psíquica o la experiencia debida que les permita discernir las ventajas o desventajas de sus propios actos. La ley juzga que ello es necesario para que puedan prestar un consentimiento jurídicamente eficiente. La incapacidad es un estado que afecta a la persona, durante el cual la ley brinda tutela al incapaz. Es, como todas las causales de incapacidad, una medida de protección al incapaz. Son medidas de amparo a su situación mientras esta dure.

La edad que señala la ley para que la persona natural alcance la capacidad de ejercicio, no deja de ser arbitraria. Esta capacidad solía adquirirse, según el Código de 1936, recién a los veintiún años. Luego, por ley expresa, se redujo la edad para adquirir la minoría a dieciocho años y el Código vigente ha respetado esta última edad. Y aunque pueden darse casos en que un menor de dieciocho años no tenga las carencias que se presumen en un incapaz por minoría, no es una situación que pueda examinarse caso por caso. Las exigencias del tráfico obligan a respetar la determinación general del legislador al respecto. Las incapacidades por minoría son de pleno derecho.

Inclusive tratándose de la incapacidad absoluta por minoría, la regla de la incapacidad admite algunas excepciones: un menor de dieciséis años se puede apersonar ante el juez para impugnar los actos de su tutor, siempre que tenga más de catorce años (artículo 530); puede asistir a las reuniones del Consejo de Familia, en la que se van a resolver asuntos que le atañen, con voz pero sin voto (artículo 646); y puede celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de la vida diaria (artículo 1358) como comprar caramelos en una tienda y comprar entradas para ver un espectáculo.

En el BGB, la incapacidad absoluta de obrar por razón de minoría se detenía a los siete años de edad.

Son también incapaces de ejercicio absolutos las personas naturales que por cualquier causa están privados del discernimiento. La norma está concebida, inteligentemente, en términos generales, es decir, sin precisar la causa que origina la anomalía psíquica, que pueden ser muchas. Los dementes son típicamente incapaces absolutos porque la enfermedad que padecen destruye o vicia su capacidad de raciocinio en que se funda la voluntad. Otras anomalías psíquicas pueden producir la misma limitación y, por ello, el Código no especifica la causa sino la consecuencia, que es lo que en verdad interesa para proteger la integridad de la voluntad.

El asunto cobra aspectos delicados porque es sabido que quien está privado de discernimiento tiene intervalos en los que adquiere lucidez mental. Existe, pues, incertidumbre acerca de qué situación tenía el incapaz cuando celebró el acto y es muy difícil determinarlo retrospectivamente. Para eliminar las dudas, a las personas que se encuentran en esta situación se les nombra curador, previa declaración judicial que los declara interdictos. El procedimiento de interdicción puede iniciarse antes de que el sujeto privado de discernimiento adquiera la mayoría de edad, si la situación lo requiere. Esta es una incapacidad que no opera de pleno derecho, como la minoría, sino que exige pronunciamiento judicial.

Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no saben expresar su voluntad de manera indubitable también son incapaces de ejercicio absolutos. Es un caso que se basa en fundamentos similares, pero que no es igual al anterior. Esta categoría comprende a personas que pueden tener intactas sus facultades mentales, pero su deficiencia de expresión, reflejo de sus limitaciones físicas, hacen incierto que puedan exteriorizar su voluntad de una manera que traduzca fielmente su intención. Hay una suerte de presunción permanente de error que induce a la ley a protegerlos nombrándoles curador que actúe por ellos. Exige, asimismo, pronunciamiento judicial que declare la incapacidad.

5. INCAPACIDAD RELATIVA

Los incapaces relativos de ejercicio son aquellas personas naturales enumeradas en el artículo 44 del Código. Son relativamente incapaces los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho, los retardados mentales, los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad, los pródigos, los malos gestores, los ebrios habituales, los toxicómanos y los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil. Opera de pleno derecho solo en el caso del mayor de dieciséis años pero menor de dieciocho; en los otros supuestos exige previa declaración judicial de incapacidad. No obstante, el Código se ha mostrado flexible y permite a los menores, aunque adolezcan de incapacidad relativa, con capacidad de discernimiento, practicar determinados

actos (artículos 455 y 457). También son imputables por los daños y perjuicios que ocasionen con sus actos (artículo 458).

La capacidad que exige el Código en el agente de la declaración de voluntad, como requisito de validez del acto, es tanto la capacidad de goce como la capacidad de ejercicio. Si la persona estuviera afectada por incapacidad absoluta de goce, el acto sería absolutamente nulo (artículo 219, inciso 7). Por otra parte, también es nulo el acto practicado por quien adolece de incapacidad absoluta de ejercicio (artículo 219, inciso 2). Si la incapacidad de ejercicio que adolece el agente es relativa, el acto que celebrará es solamente anulable (artículo 221, inciso 1).

El problema que salta inmediatamente a la vista es en qué situación quedan los actos celebrados por personas naturales que adolecen de causal de incapacidad de ejercicio, que requiere de un pronunciamiento judicial, antes de que dicho pronunciamiento se emita. El Código, al tratar de la curatela, admite que los actos anteriores a la interdicción del ebrio habitual o del toxicómano pueden ser anulados si la causa de esta existía notoriamente en la época en que se realizaron (artículo 582 y 593, segundo párrafo). Por lo tanto, debe negarse la pretensión de anulación del acto, aun cuando, al ser celebrado, una de las partes fuese incapaz por toxicomanía o alcoholismo, si esta situación no era notoria y la otra parte se condujo de buena fe, es decir, ignorando la situación minusválida de aquel con quien contrataba. La buena fe protege a quien contrata con el incapaz clandestino. Sin embargo, el Código no admite la impugnación respecto de los actos practicados por los pródigos y los malos gestores (artículo 593, primer párrafo), aunque fuera notoria la causal. El disipador, a diferencia del demente, está exento de una afección patológica que le impida administrar sus bienes, pero padece de una filantropía exacerbada que lo impulsa a dilapidar sus bienes, arruinando a sus familias. La solución podría buscarse en la rescisión del acto por lesión, si tal evento pudiera justificarse.

Si se pretende impugnar los actos jurídicos entre vivos después de fallecida la persona incapaz que los celebró, nuestro Código no se pronuncia. El Código Civil argentino exige una prueba calificada: que la incapacidad resulte de los actos mismos, es decir, que ellos estén signados por la locura o que se celebren después de iniciada la acción de interdicción del contratante incapaz. Y agrega que, aunque no se esté frente a ninguna de estas hipótesis, el acto puede ser anulado si la parte que contrató con el supuesto demente obró de mala fe. El contratante que sostiene la validez del acto no puede ampararse en que no se inició la acción de insania, si al contratar conocía la ausencia de discernimiento de la otra parte.

Los actos practicados por incapaces absolutos son absolutamente nulos y los practicados por incapaces relativos, son anulables. Se trata, sin embargo, de incapacidades comprobadas, vale decir, de sujetos cuya interdicción ha sido decretada luego del procedimiento que pone en evidencia la situación que aflige al incapaz. A partir de entonces hay una presunción *de iure* que todos los actos celebrados por el incapaz son inválidos.

Si el incapaz practica el acto antes de que se declare su incapacidad, el acto debe presumirse válido, porque aquel cuya incapacidad no está declarada (excepción hecha en los casos de incapacidad por minoría, que operan *ipso iure*) es, según el Código, capaz. Quien impugna esa situación debe probar, en juicio de conocimiento, que al celebrar el acto el declarante adolecía de causal de incapacidad. La carga de la prueba recae, naturalmente, en el demandante; si prueba su alegación, la sentencia debe declarar nulo el acto por incapacidad del agente, ya sea esta absoluta o relativa.

Es evidente que no es nulo ni anulable el acto jurídico practicado por el representante legal del incapaz, dentro de las limitaciones y con las formalidades que la ley impone. Así, los padres que enajenan los bienes de los hijos menores por causas justificadas de necesidad y utilidad, previa autorización judicial, celebran un acto válido (artículo 447). Lo mismo ocurre con los tutores que, siguiendo las mismas formalidades, arriendan por más de tres años o dan o toman dinero en préstamo a nombre de incapaz sujeto de tutela (artículo 531).

6. LAS PERSONAS JURÍDICAS

Las personas jurídicas, en cuanto el derecho les reconoce personalidad, son también titulares de capacidad de derechos o de goce desde su formación como entes morales y hasta su disolución. Las personas jurídicas son creaciones de la ley. El derecho romano las conoció como *collegia* con personalidad semejante a las personas naturales desde mediados del siglo II. Son entes abstractos que se forman de la reunión de personas naturales que desaparecen jurídicamente en provecho de la entidad que forman para realizar actividades de interés común, y también son consideradas por la ley como sujetos de derechos. Adquieren, por este hecho, una individualidad que los coloca frente a la norma legal en la misma situación que la persona natural. La existencia, capacidad, régimen, derechos, obligaciones y fines de la persona jurídica, se determinan por las disposiciones del Código o de las leyes respectivas (artículo 76). Entre estas, cabe mencionar, por ejemplo, a la Ley General de Sociedades o a la Ley de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros. La persona jurídica de derecho público interno se rige por la ley de su creación (artículo 76).

7. LA CAPACIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA

Finalmente, hay que señalar que la persona jurídica privada tiene capacidad de goce o de derechos, a partir de su existencia, lo que dentro de la ley peruana ocurre con su registro, salvo que la ley disponga distinto (artículo 77). La ley crea a la persona jurídica de derecho público y dispone las reglas a las que ha de sujetar su capacidad.

La persona jurídica tiene capacidad de goce pero dentro de un ámbito mucho más reducido que la persona humana. Solo tiene capacidad de goce de derechos de contenido patrimonial y no los tiene de derechos esenciales y privativos de la persona natural, como son el derecho de familia o de sucesiones. Sin embargo, puede ser parte beneficiaria de actos de atribución patrimonial, como legados o herencias.

La persona jurídica también tiene capacidad de ejercicio. Se dice comúnmente que las personas jurídicas, por su condición de entes ideales, carentes de aptitudes psicofísicas, no tienen capacidad de obrar, puesto que esta supone un poder de entender y de querer, prerrogativa exclusiva de las personas naturales. La observación es exacta, desde un ángulo, pero olvida la realidad, que es otra. Las personas jurídicas, aparte de representantes que actúan al exterior en nombre y por cuenta de la persona jurídica, tienen órganos de acción interna, que no obran en nombre de la persona jurídica sino que son esta misma en acción. Así, expresan la voluntad social que se forma en ellos y es declarada directamente por ellos: son los instrumentos formales a través de los cuales la sociedad se expresa al exterior. La capacidad de obrar de las personas jurídicas es general, como el de las personas naturales, pero su ámbito de acción es más reducido que el de estas. Ejercitan, en última instancia sus derechos por intermedio de representantes, que son personas naturales designadas y facultadas con arreglo a las decisiones de su régimen interno previsto en su estatuto o en la ley de su creación, según sea el caso.

CAPÍTULO X

LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD

PARA QUE HAYA ACTO JURÍDICO, el agente capaz debe manifestar su voluntad. Es un requisito del acto jurídico, y su ausencia produce la inexistencia del acto que nuestro derecho equipara a la nulidad (artículo 219, inciso 1). Pero el acto jurídico no es solo la declaración de voluntad como tal sino el fenómeno mismo en su totalidad que crea un efecto jurídico y que parte de una exteriorización de la voluntad como elemento esencial.

I. CONCEPTO

La voluntad como proceso mental, en cuanto permanece en la interioridad del sujeto, no produce consecuencias jurídicas. No interesan la voluntad subjetiva del hombre ni los motivos íntimos que lo inducen a realizar sus actividades. Cuando la voluntad se descubre de alguna de las maneras como el derecho la admite, recién se convierte en un fenómeno social que concita la atención del derecho. Es preciso que la voluntad se haga aparente y perceptible, y tenga por finalidad inmediata un determinado resultado que el agente quiere con consecuencias jurídicas. Mientras la voluntad no se revela en una declaración o manifestación, el derecho permanece indiferente frente a ella. El pensamiento no es materia jurídica.

De allí que sea indispensable analizar las maneras o formas en las que puede revelarse la voluntad a fin de que sea apta para producir consecuencias jurídicas. La materia está tratada en los artículos 141 y 142 del Código.

2. DECLARACIONES INFORMALES

Antes, debemos referirnos a una clase de manifestación que el derecho no toma en consideración. Es la declaración que carece de una voluntad real que la respalde. El proyecto de la Comisión Reformadora del Código aludía a este tipo de declaración, y disponía que no compromete la declaración que, manifestamente y dadas las circunstancias, no responda a una decisión realmente querida por el agente. Ni el Código de

1936 ni el vigente contienen una norma al respecto, acaso por considerarla de solución evidente y, por tanto, superflua. El BGB sí la consideró digna de tratamiento y dispuso que la declaración de voluntad no pensada seriamente —que es emitida en la esperanza de que la falta de seriedad no será desconocida— es nula. Se trata de declaraciones en las que, obviamente, el agente no desea el efecto que normalmente se produciría si la declaración tuviera una intención jurídica. A esta clase pertenecen las declaraciones que se hacen por jactancia o con ánimo de juego, por pura broma, *jocandi causa*. En todos estos casos, no hay propósito serio de producir un efecto jurídico y la expresión de voluntad tampoco es seria, lo que normalmente se reconoce por el contexto dentro del cual se le emite, de manera que nadie debería razonablemente alegar engaño acerca del propósito informal que anima al agente al formularla. Esto ocurre también con expresiones que se emiten por convencionalismos sociales o fórmulas de cortesía que algunas personas emiten en presencia de otras y que, dadas las circunstancias, no conllevan intención jurídica alguna: «estas en tu casa», «es tuyo», en respuesta a comentarios amables que reciben, etcétera.

Empero, si una manifestación de esta clase, que carece de intención de resultado por parte del emisor, fuera recibida de buena fe como si en efecto expresase una intención seria, porque objetivamente pudiera parecerlo, habrá que determinar quién es imputable en los casos en que el emisor se niegue a atribuirle efectos. Si la declaración, por sus términos y por las circunstancias en que se hizo, debe considerarse como hecha en broma y sin seriedad, la declaración será nula y no vinculante para su emisor. Si, por el contrario, la declaración se hizo en términos que convierten en dudosa la seriedad de quien la emitió, por aplicación del principio de responsabilidad el declarante debe experimentar las consecuencias. Estas pueden ser, desde reputarse válida la declaración y que el declarante cargue con todos sus efectos, hasta considerarla nula e imponer a su emisor una indemnización por los perjuicios que pudiera haber ocasionado en quien confió en la seriedad de su intención. Esta indemnización se regiría ya sea por los principios de la responsabilidad civil extracontractual o por los principios de la *culpa in contrahendo*.

En general, cuando una declaración sea nula por su manifiesta discrepancia con la voluntad del declarante, este debe responder frente a la otra parte por los daños que pueda haber padecido como consecuencia. A esta pretensión de resarcimiento se le llama *interés negativo* y se basa en los daños que experimenta el accionante por haber considerado válido el negocio surgido de la declaración que se invalida y que, por tanto, no habría experimentado de no haber existido deficiencias en la declaración que recibía. La indemnización no debería exceder del daño que se ocasiona como consecuencia del interés frustrado en la conclusión del negocio, con lo que se mantiene indemne al destinatario frente a la invalidez del negocio en el que confiaba. Cualquier resarcimiento mayor constituiría una penalidad, y no hay en nuestro derecho disposición legal que la justifique. Sin embargo, siguiendo el criterio del BGB, no

habrá lugar a la indemnización si el perjudicado conocía la causa de la nulidad o no la conocía por su negligencia.

Las manifestaciones de voluntad que se emiten en representaciones teatrales no solo no son serias, sino que no son declaraciones de voluntad y tampoco cabe asignárselas a quien las emite, porque el actor no habla por sí sino por el personaje ficticio que encarna y representa. Igual situación acontece en las declaraciones que los profesores utilizan en sus clases para aclarar determinadas proposiciones con ejemplos.

3. LA RESERVA MENTAL

La llamada declaración bajo reserva mental es distinta de la declaración en broma o informal. Ni el Código vigente ni su antecedente la contemplan o regulan, pero la doctrina se ocupa de ella y le presta un tratamiento unánime. El BGB dejó sentado que una declaración de voluntad no es nula por la circunstancia de que el declarante se reserve en su interior no querer lo declarado. Este tipo de declaración consiste en revelar una voluntad aparentemente seria que no coincide con la voluntad íntima. Quien declara bajo reserva mental hace creer al destinatario de la declaración que está obligándose seriamente, mientras en su fuero interno carece del propósito de obligarse, o de obligarse como lo declara. El engaño es susceptible de presentarse en las declaraciones unilaterales de voluntad recepticias, como en las no recepticias. La doctrina expresa que la reserva mental es legalmente irrelevante; no afecta la validez de la voluntad declarada. El declarante no puede escudarse en que no quería lo que declaró para intentar desvincularse de los efectos que su declaración produce. La teoría de la buena fe o de la confianza lo impide. Hay, además, obvias razones de seguridad jurídica, en interés de los destinatarios de la declaración y de los terceros de buena fe, que determinan que las intenciones ocultas de las personas no puedan prevalecer sobre sus declaraciones aparentemente serias. También cae dentro de este ámbito la llamada broma dolosa, en la que la declaración *jocandi causa* se hace para que no se advierta su falta de seriedad; cualquiera sea la intención del declarante el efecto será el mismo: el engaño del destinatario.

La doctrina se plantea qué ocurriría si la voluntad que el emisor quiere mantener oculta llegara de alguna manera a ser conocida por el destinatario. El secreto de la reserva desaparece y, con ella, la confianza que la declaración inspiraba. En este supuesto, el destinatario no podría ampararse en la creencia de la idoneidad de la declaración que recibe. El acto no puede subsistir sobre la base de una declaración que ambas partes saben inconsecuente con la voluntad real. Esta es la solución que impuso el BGB: la declaración es nula si ha de emitirse frente a otro y este conoce la reserva.

En las precitadas formas de declaración de voluntad —las no serias y las que se manifiestan con reserva mental—, hay un desacuerdo intencional y deliberado entre la voluntad interna y la voluntad declarada.

4. DECLARACIONES INCONSCIENTES

Cabe imaginar situaciones en que la declaración se produce sin que su agente tenga la voluntad ni la conciencia de declarar. Hay, pues, una declaración, pero sin que el agente lo desee. El Anteproyecto Sustitutorio definía la situación en estos términos: no hay declaración de voluntad cuando el agente no tiene conciencia del acto externo que realiza o del valor de tal acto como declaración de voluntad. Sustentando la norma propuesta, sus autores expusieron que la declaración de voluntad supone dos voluntades distintas: la voluntad que se manifiesta mediante la declaración, que es la voluntad declarada; y la voluntad de efectuar la declaración, que es conocida como la voluntad de declarar, que, a su vez, supone la voluntad de la conducta exterior y el conocimiento de que esa conducta constituye una declaración de voluntad. Si falta alguno de estos elementos, la declaración no llega a tener realmente el carácter de tal, y se produce solo una farsa o apariencia de declaración.

Dentro de esta óptica, si una persona entrega a otra un proyecto de oferta para que la estudie y le preste su opinión, y el sujeto malentende el pedido y la remite a su destinatario final como si fuera la oferta definitiva, lo que se reciba no será una declaración, pero tendrá los visos de tal. Una persona va a un remate público y alza la mano para saludar a un amigo, sin saber que este es un ademán que, según la costumbre, implica la voluntad de hacer una oferta y el martillero la toma como tal y le adjudica el bien. Hay una conducta expresiva que se entiende objetivamente como una declaración, aunque quien la haga no ha tenido intención de manifestar voluntad alguna. Similares casos de falta de conciencia de declarar son aquellas que se emiten en situaciones transitorias de obnubilación de la conciencia por causa de embriaguez, efectos de drogas alucinógenas, hipnosis y otras. No parece discutible, por tanto, que a las declaraciones de voluntad que se emiten en tales circunstancias deba negárseles toda validez y eficacia.

Realmente, será difícil que en las circunstancias descritas el receptor de la declaración no se dé cuenta de la falta de conciencia de quien declara, si está presente cuando la declaración se emite y puede apreciar la situación de la persona y el contexto en que se le comunica. Sin embargo, podría no tener conocimiento de las circunstancias anómalas en que la declaración se hace si está ausente y la declaración llega a su conocimiento sin que esté en situación de percibirlo con diligencia normal. Estos casos exigen una respuesta jurídica. En el plano jurídico, la declaración es nula, pues propiamente no existe como expresión de voluntad idónea (artículo 219, inciso 1). En cuanto a la responsabilidad de quien la emite, la solución descansa en la aplicación de las teorías de la responsabilidad y de la confianza, que estudiaremos más adelante. La conducta de quien hizo llegar una declaración a su destinatario sin ánimo de formularla debe ser evaluada según la teoría de la responsabilidad y, como tal, el aparente

declarante es susceptible de quedar obligado a responder por los daños y perjuicios que su falta de diligencia al declarar pueda haber originado en el receptor de la declaración, siempre que este, a su vez, haya obrado en la confianza de que la declaración que recibía era seria.

Pero pueden darse otros casos en los que el agente quiso hacer la declaración pero no quiso atribuirle el sentido que de ella resulta. Así, se produce en el acto de declarar la voluntad un desacuerdo no intencional, inconsciente, entre la voluntad interna y su manifestación externa. Ello obedece a una falla en la declaración que hace que esta pueda interpretarse como si respondiese a una voluntad distinta de aquella que el agente se propone. El agente quiere hacer la declaración pero yerra al hacerlo. O se encomienda a otra persona que transmita su voluntad y esta se equivoca y la declaración que transmite no refleja con fidelidad aquella que se le confió transmitir. Este error, que generalmente obedece a un defecto de expresión, debido a la falta de diligencia, también podría deberse a la actitud maliciosa del intermediario o nuncio, pero, en cualquier caso, la declaración infiel crea un conflicto con lo que se quiso declarar, es decir, la verdadera intención. Para resolverlo se han formulado las teorías que revisaremos al tratar de la interpretación del sentido de la declaración de voluntad contenida en el acto jurídico.

5. LA DECLARACIÓN EXPRESA

La forma más perfecta de declaración de voluntad es la declaración expresa o directa. A ella alude en primer lugar el Código (artículo 141). El Código anterior la denominaba «expresión positiva», en término que se prestaba a confusión porque podría creerse que la «expresión negativa» no era voluntad expresa, cuando esta puede ser tanto afirmativa como negativa. El Código la define como aquella que se formula oralmente, por escrito o por cualquier otro medio directo. La definición es inapropiada para cumplir con su finalidad, que es poner claramente de manifiesto el verdadero sentido de la declaración. El hecho de que la declaración se formule oralmente, por escrito o por cualquier otro medio directo garantiza su procedencia, pero no su fidelidad. Podría haberse establecido que una manifestación de voluntad es expresa cuando no hay duda de que se refiere al hecho que es materia de ella.

La voluntad se manifiesta en forma expresa cuando los medios empleados para revelarla tienen por finalidad directa e inmediata dar a conocer su contenido, de manera que el destinatario solo necesita recibirla para enterarse de cuál es su sentido. No es preciso referir la declaración a otro dato, anterior o posterior, para saber lo que el agente quiere. A la declaración expresa, cuando está bien hecha, se le entiende por sí misma. Cuando no es clara, hay que apelar a las reglas de la interpretación para establecer su recto sentido.

La voluntad expresa puede ser revelada en forma oral o por medio de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo capaz de portar el lenguaje escrito. La declaración escrita puede ser hecha del puño y letra del declarante o mediante la utilización de un medio mecánico como una máquina de escribir, el telégrafo, el telex, u otros medios electrónicos similares, siempre que conste quién es su autor, y para ello se requiere que el agente responsable de la declaración estampe su firma o de otra manera indubitable se le reconozca y pruebe como autor del escrito y que este contenga tanto su voluntad de declarar como su declaración propiamente dicha.

La palabra impresa o escrita a máquina o por otros medios análogos, tanto como la dictada a otra persona y transcrita, son formas idóneas de expresión de voluntad, pero para que puedan ser medios de prueba cabal de dicha voluntad requieren, por lo general, de la firma de quien la emite o de otra evidencia concluyente e inequívoca de su autoría. Esta evidencia, según el artículo 141-A del Código, puede ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo. Un escrito, aunque sea de puño y letra del declarante, si carece de su firma, puede atribuirse a una voluntad no definitiva y simplemente preparatoria.

Desde la Edad Media, dice Savigny, la declaración escrita se hace poniendo el nombre propio debajo del documento y la firma establece que el acto expresa el pensamiento y la voluntad de aquel que lo firma. La firma, por tanto, perfecciona la declaración escrita. La voluntad expresada adquiere carácter cierto y vinculante cuando el instrumento que la contiene está suscrito por el declarante. La firma se consigna generalmente al final de la declaración y cierra su texto. Lo que se pueda añadir después de la firma no vale, porque no consta el reconocimiento que la firma le depara. En el Perú, se ha dado la práctica de requerir en ocasiones que la firma, o al menos la rúbrica, de los declarantes conste en cada una de las páginas del documento que consigna el contenido de la declaración o del acto. Ello ocurre en los documentos privados. La ausencia de firma o rúbrica en cada página no detrae a la declaración de su autenticidad ni disminuye su eficacia y constituye un exceso de precaución. Basta que la firma cierre la declaración. A veces, la firma del declarante se consigna en la copia que se da a la otra parte y la de esta consta en la copia que se recibe. Queda a la acción de la parte que retiene el documento completarlo con su propia firma.

También es aceptable la declaración expresa que se hace oralmente, mediante la palabra hablada; no solamente la pronunciada mediante palabras o fonemas, sino también la que se revela por el lenguaje de la mímica, es decir, mediante gestos o ademanes, como pueden ser movimientos de manos o de la cabeza que, en las circunstancias en que se emplean, pueden tener tanta certeza expresiva como la propia declaración oralmente transmitida. El defecto de la declaración oralmente transmitida como forma expresa radica en su fugacidad y en el hecho de que, para que opere, la persona debe estar presente en el acto de la declaración o conectada por teléfono u otro instrumento de comunicación capaz de transmitir la manifestación oral de forma que llegue

de inmediato al oído del receptor. Esta característica de la declaración expresa oralmente transmitida se refleja en la precariedad de la prueba, que obviamente es más difícil, si no imposible, cuando no hay testigos confiables de ella.

Son numerosos los artículos del Código que ordenan que la manifestación de voluntad debe emitirse expresamente para que sea válida: 1772, 1792, 1873, 1883, etcétera. A veces, la ley utiliza la manifestación expresa en el sentido que sea indubitable y no como medio obligatorio de revelar la voluntad.

Se admite, finalmente, la expresión directa a través de medios manuales, mecánicos, electrónicos u otros análogos, según reza la fórmula modificada del artículo 141 del Código, que se ha puesto a tono con los avances tecnológicos en el dominio de la comunicación. Esta regla debe entenderse en sentido genérico. La utilización de la computadora es hoy tan difundida como lo fue la máquina de escribir no hace muchos años, con la enorme ventaja que, mediante su uso, una persona se pone en contacto inmediato con cualquier otra en los rincones más apartados del mundo, encogiendo los espacios y eliminando virtualmente el tiempo. Naturalmente, este avance tecnológico masivo, verdaderamente revolucionario —como lo fue en el siglo XIX la utilización de la máquina a vapor en vez de los animales de tiro o en el siglo XX el empleo del teléfono—, abre rutas insospechadas para el comercio y constituye una plataforma que multiplica las posibilidades de celebración de todo tipo de contratos, con una rapidez de ejecución hace pocos años impensada. No es cuestión de ofrecer estadísticas, porque aquellas impresionantes que se puedan mostrar hoy, y que reflejan el volumen de contratación que actualmente se realiza mediante el comercio electrónico, van a quedar minúsculas frente a las proyecciones que se vislumbran hacia el futuro.

Puede describirse el comercio electrónico como el conjunto de contratos que se celebran a través de la red de comunicaciones que se conoce como Internet. Utilizando estas avenidas informáticas, operando una computadora y a la distancia, se pueden transar toda clase de productos, servicios y bienes, desde un libro hasta una casa, hacer gran número de operaciones bancarias y financieras, y suministrar todo tipo de servicios, todo en condiciones de seguridad razonables. Sabemos, de otra parte, que hay contratos típicos, que son los que la ley se ha encargado de disciplinar y que tienen un nombre y una regulación en el derecho positivo, al lado de los cuales existe la posibilidad de celebrar contratos atípicos, mediante los cuales las partes moldean, a sus propias necesidades e intereses, la voluntad negocial. Estos contratos son igualmente válidos y exigibles, en la medida en que se ciñan a las normas legales imperativas, no vayan contra el orden público y no atenten contra las buenas costumbres. El tema viene a colación, porque un sector de la doctrina más avanzada ha reconocido como vinculantes los contratos a los que denomina «informáticos», como una modalidad de contratación típica, en cuanto su nota distintiva es realizarse a través del comercio electrónico.

Esta posición es inadmisibles dentro de nuestro ordenamiento, en el que el contrato es definido como el acuerdo de voluntades destinado a configurar una relación jurídica obligatoria de carácter patrimonial, y no un acuerdo al que se llega en función del medio que se utiliza para plasmarlo ni de la naturaleza de los bienes que constituyen su objeto. Lo que sí cabe dentro de la ley peruana es que, para aquellos contratos no solemnes, las partes puedan valerse de la Internet como conducto de la expresión de sus voluntades. Así, es perfectamente lícito celebrar contratos de compraventa, de permuta, de arrendamiento, de suministro, de prestación de servicios por Internet, porque son, en nuestro Código, contratos consensuales y, por tanto, no solemnes. Basta que la voluntad se declare de alguna de las maneras como el derecho reconoce, para que el contrato deba entenderse formado, supeditado a las mismas exigencias que la ley impone para todos los contratos, en orden a otorgarles su protección.

Ahora bien, el consentimiento expresado entre dos partes que están conectadas mediante la Internet es un contrato de comunicación inmediata (artículo 1385). Un contrato es de comunicación inmediata cuando una declaración es recibida por la contraparte en forma coetánea a cuando se la emite; y no lo será cuando las comunicaciones toman un tiempo en intercambiarse. En el primer caso, no hay problema, porque el contrato se forma cuando la aceptación se produce apenas conocida la oferta. Cuando esto no sucede, nuestro Código ha adoptado la teoría del conocimiento, según la cual el contrato se forma cuando el oferente toma conocimiento de la aceptación y se presume que ello ocurre cuando esta llega a la dirección del destinatario, salvo prueba en contrario. La fórmula del Código bajo análisis no hace sino precisar que una de las formas como puede darse la manifestación de voluntad es a través de medios electrónicos, entre los cuales el más frecuente es la Internet, los correos electrónicos, las teleconferencias, el conocido télex, el teléfono u otros que se puedan inventar en el futuro. El Código, a diferencia del precedente, ni siquiera menciona la contratación por teléfono, que era considerada anteriormente un contrato entre presentes.

Lo que resta averiguar es cómo se prueba la declaración emitida por estos medios, para lo cual cada mecanismo ha ideado su forma de atestiguar la llegada al destinatario de los mensajes cursados. Así, se han inventado procedimientos que ofrecen seguridad acerca de la integridad y autenticidad de los mensajes remitidos por comercio electrónico y de «acuse de recibo» que es, hasta lo que sabemos, la prueba de que la comunicación llegó a su destino. La asiduidad con que se recurre actualmente a estos medios de transmisión de la voluntad permite confiar que el sistema funciona, sobre la base de la buena fe de los que se valen de él.

6. LA DECLARACIÓN TÁCITA

La declaración tácita o indirecta es la que se infiere indubitablemente de «hechos concluyentes», es decir, de la actitud, conducta o circunstancias de comportamiento,

que revelan su existencia, según reza la definición que el Código emplea para explicarla (artículo 141). Reposo la manifestación de voluntad tácita en la aplicación racional del principio de contradicción, según el cual no cabe que una cosa sea y no sea al mismo tiempo. Esta voluntad no está dirigida a dar a conocer directamente la voluntad interna; ella se debe descubrir del cotejo o comparación de una cierta declaración o conducta expresiva con otros datos que, generalmente, consisten en otras manifestaciones inequívocas del propio declarante. De ello surge que ambas no pueden racionalmente coexistir, por ser incompatibles. De este análisis, y de las circunstancias que la rodean, aparece el sentido que debe darse a una determinada declaración o hecho expresivo. Por ejemplo, el Código dispone que hay condonación de la deuda cuando el acreedor entrega al deudor el documento original en que consta aquella (artículo 1297). Sería contradictorio que el agente mantenga su posición de acreedor si devuelve al deudor el título que le permite cobrarla. Asimismo, si un testador instituye un legado de un bien pero luego vende el bien, el legado caduca (artículo 772, inciso 3). Su voluntad de revocar el legado es tácita, y ello aflora comparando el acto constitutivo del legado con el acto de disposición posterior del bien que se había legado: ambos resultan incompatibles racionalmente. El principio de la contradicción impone elegir entre ambos: prevalece la voluntad que se infiere de su última expresión. Cuando un heredero vende determinados bienes de la sucesión en presencia de sus coherederos y estos reciben la porción del precio que les corresponde, se juzga que ellos han vendido tácitamente sus participaciones en dichos bienes. En ocasiones, la ley se encarga de describir el comportamiento del que se deduce la voluntad tácita. En el pago por consignación, por ejemplo, la negativa del acreedor a recibir el pago puede ser tácita, y se entiende que esta existe en los casos de respuestas evasivas, de inconcurrencia al lugar pactado en el día y hora señalados para el cumplimiento, cuando se rehúsa a entregar recibo o conductas análogas (artículo 1251, inciso 2). Para que la voluntad tácita sea reconocida por el derecho, debe ser inequívoca y concluyente. Otros casos de voluntad implícita que el Código acepta son las previstas en los artículos 151, 231, 1779, 1808 y 1991 del Código.

El Código de 1936 se refería a la «ejecución de un hecho material», como una manera autónoma de expresar la voluntad. El Código actual la ha suprimido, pues la considera insumida dentro de la manifestación de voluntad tácita, de la que constituye una modalidad o clase. El Código contiene varias normas que contemplan hechos materiales como comportamientos de los que se deduce el contenido de la voluntad. Por ejemplo, en los contratos ofrecidos con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa, el consumo del bien o la utilización del servicio genera, de pleno derecho, la obligación de pago a cargo del cliente, aun cuando no haya formalizado el contrato (artículo 1396). La devolución voluntaria de la prenda determina su condonación, pero no la de la deuda (artículo 1299). El testamento cerrado queda revocado si el testador lo retira de la custodia del notario (artículo

802). El testamento ológrafo queda revocado si el testador lo rompe, destruye o inutiliza de cualquier otra manera (artículo 804).

El Código veta la voluntad tácita cuando la ley requiere una voluntad expresa. Así, por ejemplo, no hay hipotecas tácitas ni matrimonios, adopciones o reconocimientos de paternidad que provengan de una manifestación de voluntad tácita. Tampoco será posible alegar voluntad tácita si el agente formula reserva o hace declaración en contrario, mediante una protesta formal, de que su conducta no significa admitir lo que se deduciría racionalmente de ella, si el agente no hubiera efectuado la reserva. El agente hace presente, en este caso, mediante una declaración expresa, emitida simultáneamente, que no debe atribuirse a su comportamiento la voluntad que normalmente esta revelaría. En el caso del acreedor, a quien se cita para efectuar el pago en un lugar, fecha y hora determinados, la inconcurrencia no podrá entenderse como negativa tácita a recibir el pago, para efectos de su constitución en mora, si este hace declaración expresa de las razones que le impiden concurrir. Es un caso en el que la voluntad expresa priva de relevancia a la voluntad indirecta, pues ambas son contradictorias. Sin embargo, si el acto no permite ninguna otra interpretación que aquella que emana de la declaración, la protesta es inservible para excluirla.

Hay casos en que la ley presume una determinada voluntad en el agente. La voluntad presunta estaba admitida como una forma expresiva en el artículo 1076 del Código de 1936. El Código vigente la ha suprimido como enunciado genérico, pero sigue utilizando presunciones acerca del sentido que debe darse a una cierta voluntad no expresada, cuando ello es preciso para resolver normativamente situaciones que quedarían sin solución adecuada de otra manera. La ley opta por atribuir directamente al agente una determinada voluntad o conducta, frente a la ausencia de tal voluntad. Las presunciones llenan lagunas; cuando hay que suplir la voluntad no manifestada, la ley indica cuál es la voluntad que hay que atribuir a quien no la ha manifestado. En estos casos, las consecuencias surgen *ex lege* y no *ex voluntate*, porque esta última no existe para el derecho.

Tratándose de voluntad presumida por la ley, es necesario distinguir si la presunción legal opera de iure o de facto, vale decir, si no admite o admite prueba en contrario. Así, por ejemplo, «[...] se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento, parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor» (artículo 1329). Esta presunción es de hecho, porque el Código admite que el perjudicado con la inejecución pruebe lo contrario (artículo 1330). También se da el caso en que la prenda se encuentre en poder del deudor, lo que hace presumir su devolución voluntaria, salvo prueba en contrario (artículo 1298). Otros casos de presunciones legales se alojan en los artículos 912, 913, 914 y 915 del Código, como comportamientos a los que se atribuye un cierto significado.

Las presunciones de iure, o sea las que se imponen por la ley sin admitir prueba distinta, son en realidad meras normas legales a cuyo componente dispositivo el legislador

llama presunciones. Puede reputarse como presunción de derecho la que considera que el dependiente, que realiza actos habituales en un establecimiento abierto al público, tiene el poder del dueño y que, por tanto, sus declaraciones de voluntad lo obligan (artículo 165); o la que, en materia de saneamiento por evicción, dispone que si no se indica, expresa o tácitamente, la finalidad de la adquisición, se presume que la voluntad de las partes es dar al bien el destino normal de acuerdo a sus características, oportunidad de adquisición y las costumbres del lugar (artículo 1486). En este supuesto, el legislador ha optado por recoger una fórmula que atribuye supletoriamente al agente una voluntad determinada, en ausencia de alguna otra forma de declaración, pero esa voluntad supletoria es incontestable. Asimismo, el Código sentencia que se presume, sin admitir prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones en el registro (artículo 2012). No obstante, como para demostrar que en derecho toda regla admite excepciones, el Código, al tratar del derecho de retracto que la ley confiere a ciertas personas para subrogarse en el derecho del comprador de bienes, limita el lapso durante el cual rige la presunción del conocimiento de las inscripciones, al plazo de un año, para oponerla al tercero (artículo 1597).

7. EL SILENCIO

El significado jurídico del silencio ha preocupado a la legislación y a la doctrina. Las Partidas de Alfonso X ya contenían al respecto la siguiente expresión: «[...] aquel que calla no se entiende que siempre otorga lo que dicen, maguer non responda; mas esto es verdad que no niega lo que oye». Una antigua teoría consideraba que el silencio importa manifestación de voluntad solo cuando el que calla podía y debía explicarse. Esta teoría es la que nuestra legislación civil de 1936 acogió siguiendo al Código Civil argentino, y que consiste en sostener que el silencio, como regla general, no es manifestación de la voluntad, pero por excepción se le considera legalmente manifestación positiva o afirmativa de la voluntad cuando una persona tiene la obligación de responder. El artículo 1077 decía textualmente: «El silencio opuesto a actos, o a una interrogación, no se considerará como una manifestación de voluntad conforme al acto o a la interrogación, sino en los casos en que exista obligación de explicarse». Reprodujo casi textualmente la fórmula que había utilizado el artículo 919 del Código argentino.

La redacción de la norma contiene conceptos susceptibles de equívocos: a qué tipo de obligación se refería, obligación moral u obligación jurídica; obligación que deriva de la disposición de la ley o de la voluntad de las partes; a una obligación genérica, que afecta a toda una categoría de personas, o a una obligación específica con respecto a una persona determinada.

La respuesta a las interrogantes que planteaba la fórmula imprecisa empleada por nuestro Código pasado la resolvió el doctor José León Barandiarán (1954: 66) al comentar la norma en la forma siguiente: de obligación moral no puede hablarse ya

que esta no produce consecuencias jurídicas; tampoco de obligación genérica, con respecto a todos; será pues una obligación jurídica específica, es decir, dirigida hacia una sola persona determinada. En presencia de ella, si el agente que debía expresarse mantenía silencio, se reputaba legalmente que asentía.

De otro lado, acerca de cuál podía ser la fuente de esa obligación de expresarse, cabe decir que ella puede ser la propia ley, que puede darle al silencio la significación que mejor se acomode a la norma que lo contenga como presupuesto, lo que parece obvio; o también puede ser el convenio. En este último supuesto, si dos personas acuerdan que el silencio guardado por cierto tiempo debe interpretarse de manera afirmativa o negativa, el silencio, por disposición contractual, adopta la naturaleza equivalente a una manifestación expresa. Puede pactarse que el silencio, en ciertas circunstancias, represente una afirmación o una negativa. Así, por ejemplo, en el contrato de opción que se concede a una persona para adquirir un bien por cierto plazo, si al vencimiento del plazo el beneficiario de la opción ha permanecido en silencio, se tendrá su voluntad expresada en sentido negativo. Permanecer callado, inhibirse de manifestar su voluntad adquiere, por estipulación contractual, un sentido inequívocamente negativo, significa que el titular de la opción no desea ejercitar el derecho de adquirir. Se puede plantear el ejemplo en sentido contrario, y estipular que si una parte, dentro de cierto plazo, no manifiesta su deseo o voluntad de dar término a un contrato cualquiera, debe entenderse que desea continuar vinculado, es decir, su silencio significará, en esta hipótesis, una afirmación o aceptación de la prórroga del convenio.

Resulta entonces que el silencio, en sí mismo, solo traduce una manifestación de voluntad cuando existe obligación legal o contractual de explicarse. Esta es, actualmente, la fórmula que nuestro Código Civil acoge y que otorga al silencio los efectos que le son propios (artículo 142).

El ejemplo clásico del silencio como afirmación es el que se daba en el derecho procesal en la prueba de la confesión. Pero en este supuesto, la ley —y no la voluntad de la persona— determina el sentido de la voluntad. El artículo 218 del Código Procesal Civil se pronuncia de esta manera: las respuestas deben ser categóricas, sin perjuicio de las precisiones que fueran indispensables. Si el interrogado se niega a declarar o responder evasivamente, el juez lo requerirá para que cumpla con su deber. De persistir en su conducta, el juez verá al momento de resolver la conducta del obligado. No hay, pues, del silencio del confesante, según el Código Procesal vigente, una declaración categórica, legalmente impuesta.

Pueden mencionarse otras hipótesis en que la ley asimila el silencio a un consentimiento. En la prórroga del arrendamiento, desde el punto de vista del arrendador, su silencio importa su voluntad de no poner fin al contrato al término del este (artículo 1700). Desde el punto de vista del arrendatario o conductor, su permanencia en el uso y posesión de la cosa importa una expresión de voluntad de continuar el contrato. El silencio del conductor y del locador configuran las circunstancias necesarias para que

se produzca la continuación del arrendamiento, hasta que el arrendador, rompiendo su silencio, expresa su decisión de concluirlo. En el contrato de prestación de servicios, informado el comitente del apartamiento de las instrucciones por el prestador de servicios, el silencio de aquel por un tiempo superior al que tenía para pronunciarse importa la aprobación del encargo (artículo 1761). En el contrato de hospedaje, el huésped está obligado a comunicar al hospedante la sustracción, pérdida o deterioro de los bienes introducidos en el establecimiento, tan pronto tenga conocimiento de ello. De no hacerlo (si guarda silencio), quedará excluida la responsabilidad del hospedante (artículo 1723). Así, en los casos citados arriba, y otros semejantes, el silencio adquiere un cierto significado porque la ley directamente se lo otorga.

Por el contrario, la doctrina es unánime en considerar que las ofertas hechas por una persona que manifiesta que, si no llega respuesta dentro de cierto plazo, se tendrá por celebrado el contrato, poseen una indicación insuficiente para constituir la obligación de contestar del destinatario. Es frecuente que lleguen avisos de suscripción a publicaciones o de venta de productos en las que se advierte que se tendrá por consentida la oferta si no se contesta dentro de cierto plazo, en forma negativa. El silencio, en este caso, no importa una manifestación de voluntad porque es evidente que no existe obligación legal ni contractual de explicarse. Nadie tiene el derecho, unilateralmente, de forzar a otro a una contradicción.

De manera que la máxima «quien calla otorga» carece de toda significación jurídica. El Código precedente solo admitía significado afirmativo al silencio, cuando quien callaba estaba legalmente o contractualmente obligado a declarar. Nuestro actual Código, perfecciona la fórmula al declarar que el silencio solo tiene significado cuando la ley o el convenio se lo atribuyen. Y en estos casos, no hay una voluntad efectiva sino una voluntad que la ley presume en quien se abstiene de declarar pese a estar obligado a hacerlo.

El silencio, como antes hemos expresado, puede consistir en una afirmación tanto como en una negativa, según sea el caso que la ley o el convenio le otorguen uno u otro significado. El silencio, estimado en sí mismo, no es ni afirmación ni negación. No es expresión de voluntad alguna; es ausencia de manifestación. Salvo en los supuestos indicados en el artículo 142, el mero silencio no es manifestación de voluntad ni positiva ni negativa. Nadie, ni siquiera el juez civil, puede atribuirle algún significado si la ley o el convenio no lo autorizan.

CAPÍTULO XI

EL OBJETO DEL ACTO JURÍDICO

DECÍA EL ARTÍCULO 1075 del Código Civil de 1936 que todo acto jurídico requería de un objeto lícito. Dice el Código vigente, que todo acto jurídico requiere de un objeto física y jurídicamente posible (artículo 140, inciso 2). Nuestro Código hace un esfuerzo por aclarar el concepto de objeto del acto que tenía un sentido oscuro en el Código anterior.

En efecto, los objetos o cosas inanimadas, en sí mismas consideradas, escapan a toda calificación jurídica; es el destino que las personas les dan y los actos que sobre ellas realizan los que pueden ser estimados lícitos o ilícitos. De allí que la expresión «objeto lícito» que empleaba nuestro anterior cuerpo legal fuese inexacta. Se decía, por ello, para salvar el *impasse* que planteaba la expresión equívoca del Código anterior, que el objeto del acto debía ser entendido de dos maneras:

- Objeto como cosa material que se regula por el acto.
- Objeto como el fin u objetivo que todo acto jurídico se propone realizar. Solo en esta segunda acepción cabía reputar al objeto como lícito o ilícito.

El Código Civil actual ha concretado esta distinción y, al tratar del objeto del acto, dice que este debe ser física y jurídicamente posible, desligándolo del concepto de fin lícito, pues este último constituye un elemento independiente de aquel, enumerado a continuación en el mismo artículo del Código, como otro elemento esencial para la validez del acto. A su vez, al tratar del contrato —que es un acto jurídico— el Código, en su artículo 1402 y siguientes, norma el objeto de los contratos y concretamente dice que consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones. También afirma que la obligación que es objeto del contrato debe ser lícita y que la prestación en que consiste la obligación y el bien que es el objeto de ella deben ser posibles.

Hay, por consiguiente, objeto del acto, objeto del contrato y objeto de la obligación. El objeto del acto es, genéricamente comprendido, la intención del agente de participar en la regulación jurídica de relaciones sociales. Específicamente, el objeto de cada acto son los efectos que produce, bien sea en razón de la voluntad que los quiere o bien por ministerio de la ley. El objeto del contrato es la obligación que este crea. El objeto de la obligación es la prestación que el deudor debe al acreedor.

I. CONCEPTO

El Código exige como elemento esencial de todo acto jurídico que este tenga un objeto, y señala sus requisitos o características. Ahora bien, ¿cómo debe ser entendido el concepto del objeto? Como es natural, esto no ha sido explicado por los legisladores. Toca a la doctrina acercarse al concepto. Al sostener que el objeto de cada acto es su contenido jurídico, estamos dándole una acepción que pretende señalar a los bienes, utilidades, intereses o relaciones sobre los que recae la voluntad negocial o, si se quiere, que se regulan por el negocio, como afirma Manuel Albaladejo (1961: 379). En la misma línea se encuentra el autor Alberto Bueres (1986) que, por su parte, después de analizar las teorías amplias, intermedias y restringidas del objeto, llega a la conclusión de que el objeto de los actos jurídicos está constituido por su materia, es decir, por los hechos (positivos o negativos) y los bienes (corporales y derechos).

El objeto, en efecto, debe ser entendido en la forma más amplia posible y con ánimo comprensivo porque, como Albaladejo aclara, si se tratara de establecer cuál es el objeto de los actos jurídicos bilaterales patrimoniales solamente, el objeto consistiría en las obligaciones que este crea, y estas últimas, a su vez, tendrían por objeto las prestaciones en que consisten las obligaciones creadas por el contrato. Se debe estirar el concepto de objeto si se le quiere hacer entendible en relación con todo tipo de acto jurídico, inclusive de los no patrimoniales o familiares, y no exclusivamente de los que tienen carácter contractual. En estos últimos, el objeto atañe a una obligación (artículo 1402) y esta consiste en la prestación a que el deudor se obliga (artículo 1403), que se resuelve, como sabemos, tanto en dar algo, ya sea un bien material o inmaterial, como en hacer un servicio o abstenerse de determinada actividad física o intelectual.

El objeto del acto debe ser física y jurídicamente posible. Además, debe ser determinado o determinable. Ahora bien, un solo acto puede tener varios objetos. Se pueden vender varios bienes y/o arrendar una pluralidad de cosas en un solo acto. En aquellos actos que se prestan para reglar simultáneamente intereses heterogéneos —es decir, intereses patrimoniales y, al mismo tiempo, familiares—, como ocurre en el testamento, el testador puede instituir un legado, cuyo objeto viene a ser el bien que se transmite al legatario, y reconocer la paternidad de un hijo extramatrimonial, cuyo objeto es confirmar una relación de parentesco paterno-filial. En el acto matrimonial también pueden convivir la regulación de intereses patrimoniales (como optar los esposos por casarse bajo el sistema de la sociedad de gananciales, para crear una comunidad de bienes entre ellos), con intereses extrapatrimoniales (como los deberes de fidelidad y asistencia que se deben los cónyuges entre sí, o el deber de educar a los hijos, prestaciones de hacer cuyo objeto es en este caso difícilmente cuantificable en dinero). ¿Qué valor tiene la fidelidad matrimonial? ¿Cómo se mide el cumplimiento del deber de asistencia? No es fácil precisarlo, porque el valor dependerá de la manera en que se entienda que deben cumplirse los deberes aludidos y de la importancia que

los propios interesados atribuyan a su cumplimiento. Por eso, el Código, al referirse a ellos, no los llama obligaciones sino simplemente deberes.

Tomando como ejemplo el contrato de mutuo, su objeto son los bienes consumibles y fungibles que el mutuante se obliga a entregar al mutuuario, y que este queda obligado a devolver. En el contrato de prórroga de mutuo, el objeto es alargar el plazo para la restitución de los bienes prestados. En el acto de pago del mutuo, el objeto es extinguir la obligación. Aunque estos tres actos se refieren a una misma relación jurídica, la que nace del contrato de mutuo, tienen objetos específicos distintos: la relación jurídica de cada uno de ellos tiene un contenido diferente.

2. POSIBILIDAD FÍSICA

La parte de la realidad que constituye el objeto específico de cada acto jurídico debe ser, en primer término, físicamente posible. La validez de los actos jurídicos depende de la existencia real o potencial del bien, de las prestaciones, de los intereses o de las expectativas que mediante él se regulan. No significa que, para la validez del acto, las cosas (en su sentido más amplio) deban existir, en el momento en que el acto nace. Basta que sean posibles, es decir, que puedan darse en lo venidero, sin perjuicio de que los efectos del acto, en tal supuesto, se paralicen hasta que se materialice la existencia de su objeto. Nadie puede obligarse jurídicamente a una conducta imposible, a entregar una cosa inexistente. La posibilidad consiste en estar conforme a las leyes de la naturaleza, y la imposibilidad en contrariarlas. No se obliga quien se obliga a lo imposible, porque lo imposible no existe. Sería físicamente imposible, por ejemplo, el acto cuyo objeto sea la venta de un dinosaurio, que es una especie desaparecida, o de un centauro que es una especie mítica; o que consista en que una persona camine sobre las aguas o vuele sin el auxilio de elementos mecánicos. Este tipo de acto cae dentro de la categoría conceptual de acto inexistente.

La imposibilidad física puede ser absoluta o relativa. La imposibilidad a la que alude el Código es la absoluta, en el sentido que debe ser una que afecte a todo el mundo, *erga omnes*, absolutamente insuperable para todos y no una imposibilidad subjetiva, que afecte solo al promitente. La mera imposibilidad relativa, el hecho de que el bien, prestación o interés, siendo objetivamente posible, no pueda cumplirse por el deudor por circunstancias que a él solo afectan, no impide el nacimiento del acto. Si, por ejemplo, un abogado celebra un contrato de obra y se compromete a construir un edificio, puede cumplir la obligación encargando a un ingeniero que, bajo su responsabilidad, cumpla con la prestación debida y satisfaga así el objeto del acto. La imposibilidad relativa incide en la fase del cumplimiento o ejecución de aquello que constituye el objeto del acto, pero no en su validez. Si la obligación consiste en una prestación personalísima y el obligado no puede cumplirla, se produce simplemente la inejecución o incumplimiento de la obligación con su natural secuela indemnizatoria.

La posibilidad del objeto, entendido como cosa o como actividad, no requiere que exista en el momento de celebrarse el acto. Por eso, el Código no exige que el objeto del acto exista cuando se le celebra sino solamente que tenga la posibilidad de existir. Puede el objeto referirse a prestaciones futuras, a condición de que lleguen a poder materializarse en la época estipulada. Es un pacto sujeto a una *condictio iuris* tácita: que la existencia del bien futuro se concrete. El objeto puede también estar constituido por una esperanza incierta (artículo 1409 y 1410). La realidad de que habrá de concretarse el objeto puede depender del azar. El ejemplo clásico es el de la venta de los peces o aves que yo cace o pesque en las faenas de la próxima semana (artículo 1532). Se trata, en ese evento, de un pacto puro, no sujeto a condición porque el objeto es en sí mismo azaroso. En general, puede contratarse sobre cosas existentes o que puedan existir o sobre servicios que puedan suministrarse.

La posibilidad del objeto es un requisito que debe existir cuando el acto se celebra. La imposibilidad que —siendo absoluta— impide la validez del acto, ha de ser originaria. Un acto cuyo objeto es posible pero al cual le sobreviene una imposibilidad, no es inválido. Generalmente, la imposibilidad sobreviniente despierta efectos posteriores, como extinguir la relación o modificar su contenido, como sucede con la obligación facultativa que se convierte en simple si la prestación accesoria resulta imposible de cumplir (artículo 1170). En general, cuando la imposibilidad es imputable a alguna de las partes, el efecto consiste en obligarla al resarcimiento de los perjuicios ocasionados. El objeto puede simplemente desaparecer, como cuando se promete un servicio personalísimo y fallece la persona que estaba obligada a cumplirlo; o cuando la cosa prometida se destruye por causa no imputable al deudor (artículo 1316). En estos casos la relación jurídica se extingue. Es un caso que también cabe dentro de la categoría conceptual de acto inexistente.

3. POSIBILIDAD JURÍDICA

En segundo término, el objeto del acto debe ser jurídicamente posible, es decir, el acto debe constituir un medio legalmente idóneo para surtir los efectos que, como fin, se propone el agente del acto.

A este respecto, cabe formular una distinción entre las normas jurídicas preceptivas, que se dirigen a la voluntad de las personas, y que pueden ser imperativas, según ordenen ejecutar algo, o prohibitivas, si impiden una actividad; y las normas declarativas, que suelen ser meramente explicativas o autoritativas y se dirigen a la inteligencia de las personas.

El acto jurídico que se da fuera del marco de las leyes de naturaleza declarativa, es imposible desde un punto de vista jurídico. Las normas declarativas no pueden ser violadas porque, en estos casos, la consecuencia que la persona se propone es un efecto jurídico distinto al que la ley prevé para el acto del que se trata y, por tanto, no pueden

llegar nunca a producir el resultado jurídico al que se encaminaba su autor. El sujeto utiliza un medio jurídico que no es el legalmente idóneo al fin que persigue.

El que se propone usar un nombre distinto al que le corresponde o matar a una persona, puede realizar su objetivo, violando la ley, que reacciona para calificar el acto de ilícito. Por el contrario, no es ilícito sino jurídicamente imposible pretender comprar, es decir, adquirir el dominio, celebrando un contrato de arrendamiento; o hacer disposición de última voluntad celebrando un contrato; o pagar el precio mediante la entrega de cosas, cuando este consiste legalmente en dinero.

Aunque son conceptos distintos, los efectos de la imposibilidad jurídica y de la ilicitud son los mismos: invalidar el acto, porque ambos son maneras intolerables de enfrentarse al ordenamiento.

4. DETERMINACIÓN DEL OBJETO

Aunque el Código no lo mencione de modo directo, también el objeto debe ser determinado, es decir, estar identificado; o ser determinable y establecer en el propio acto cómo puede llegar a identificarse. El acto cuyo objeto sea indeterminable —es decir, que de la declaración de voluntad no puede llegar a saberse en qué consiste la realidad reglada que constituye su objeto— es nulo (artículo 219, inciso 2). La determinación supone que el interés, prestación, cosa o expectativa que deba darse, intercambiarse o regularse según el acto jurídico esté debidamente precisado en la declaración en cuanto a su naturaleza y cantidad. Tratándose del contrato, el Código indica cómo debe determinarse su objeto (artículo 1407 y 1408).

Sería un objeto indeterminado el que consista en bienes o prestaciones solo precisados por su especie —entregar dinero (sin decir cuánto)—, por su cantidad —entregar tres animales (sin precisar la especie)— o por el individuo —cuando se acepta la paternidad de alguien, sin precisar debidamente de quién se trata—. ¹ Por su parte, el Código requiere que los bienes inciertos deben indicarse, cuando menos, por su especie y cantidad (artículo 1142).

La parte de la realidad en que el objeto consista debe ser susceptible de identificación para que el acreedor pueda exigir su cumplimiento. El objeto que no ha quedado determinado al formarse el acto debe ser, cuando menos, determinable. El acto jurídico debe establecer cómo y quién debe determinarlo, sin necesidad de tener que recurrir a un nuevo acto jurídico. Este es el *quid*. Tratándose del contrato de compraventa, el Código permite que los bienes que constituyen su objeto existen o puedan existir, siempre que

¹ Por ejemplo, cuando se reconoce ser padre de un niño, cuya madre tiene cuatro hijos, dado que la ley ordena que se tenga por no puesta la mención del nombre de la madre, si quien reconoce es el padre (artículo 392).

sean determinados o susceptibles de determinación (artículo 1532). Tratándose del precio, también precisa el Código que es válida la compraventa cuando se confía la determinación del precio a un tercero designado en el contrato o que se designará posteriormente. Asimismo, en la venta habitual de bienes, si las partes no han determinado el precio ni han convenido el modo de determinarlo, rige el precio normalmente establecido por el vendedor (artículo 1548). También es válida la referencia al precio que tuviera el bien en una bolsa de comercio, en un determinado lugar y día. Es decir, no se establece el precio directamente, pero sí el índice de referencia que permite establecerlo (artículo 1545). La mayoría de las ventas de petróleo, minerales, granos, y otros *commodities*, o sea productos o materias primas estandarizadas cuya transacción se produce diariamente en bolsas internacionales, se hace de esta manera, sin señalar un precio pero indicando que tendrá, por ejemplo, el precio promedio de la cotización del *commodity* de que se trata durante el mes siguiente a su embarque o entrega. Lo único que se prohíbe expresamente es que se autorice a una de las partes a establecer el precio, porque, entonces, este queda a su solo arbitrio y ello lo hace intrínsecamente indeterminado y se desnaturaliza el carácter conmutativo del acto (artículo 1543).

Por lo general, pues, existen diversos supuestos de indeterminación del objeto admitidos por la doctrina y el derecho positivo, cuya indeterminación cesa unas veces apelando a criterios subjetivos y otras a criterios objetivos, que excluyen la necesidad de que las partes tengan que recurrir a un nuevo acto para establecerlo. Las partes pueden recurrir de mutuo acuerdo a celebrar un nuevo acto siempre, como una manera de curar un defecto o aclarar una imprecisión, pero entonces hay que encontrar la determinación en el nuevo acto y su interpretación tendrá que hacerse coordinando ambas declaraciones de voluntad, lo que también es legalmente factible.

CAPÍTULO XII

EL FIN LÍCITO

TODO ACTO DE VOLUNTAD persigue un propósito, se encamina a producir determinados efectos y colocar al agente en una cierta situación regulada por la ley. Nadie que se dirija a una finalidad con efectos en el mundo del derecho actúa porque sí, sin el aliento de una razón o motivo que lo mueva a crear, modificar, regular o extinguir una relación jurídica.

Ahora bien, la ley exige que la finalidad que persigue el agente que, mediante su declaración da vida al acto, debe ser lícita, es decir, conforme al ordenamiento, para que el acto pueda ser válido, y perdurable el efecto jurídico que produce. Así, uno de los requisitos de validez del acto jurídico que el Código exige es que ostente un fin lícito (artículo 140, inciso 3), y reafirma más adelante su necesidad, al sancionar con nulidad al acto jurídico cuando el fin del acto es ilícito (artículo 219, inciso 4). Finalmente, el Código, al tratar del contrato, expresa que la obligación que es objeto del contrato debe ser lícita (artículo 1403).

El proyecto preparado por la comisión encargada del estudio y revisión del Código, consideró igualmente al fin lícito como uno de los requisitos de validez del acto. El Anteproyecto Sustitutorio, preparado por los doctores Manuel de la Puente y Lavalle y Susana Zusman, planteó la idea de innovar la técnica legislativa empleada en el Código de 1936 que consistía, primero, en enumerar los elementos esenciales del acto y repetirlos después, en sentido negativo, al tratar de la invalidez del acto, y así reafirman que el acto era nulo cuando carecía de alguno de los elementos esenciales previamente enunciados. En su propuesta, que no fue admitida, el Anteproyecto Sustitutorio no se refirió a los elementos esenciales del acto, sino que, directamente, calificó de nulo al acto «cuyo efecto es ilícito», con lo que pretendió invertir la carga de la prueba y hacer que quienes impugnaran la validez del acto probaran la causal de invalidez que alegaban.

Los citados proponentes (Zusman y De la Puente 1980: 68), al criticar la expresión «objeto lícito» que contenía el Código en revisión, explicaron que los conceptos de licitud o ilicitud debían ser aplicados a la finalidad del acto y no a su objeto, y agregaron que concebían la finalidad del acto como «su causa subjetiva o motivo

determinante, esto es, la razón o consideración que impulsa a la voluntad a celebrar el acto». Pero luego expusieron que

[...] luego de madura reflexión se piensa que al menos tratándose de actos jurídicos unilaterales, la finalidad, al igual que el motivo, es un hecho psicológico de carácter eminentemente subjetivo y, por ello, difícil de ser apreciada externamente, por lo cual no resulta conveniente establecer que la finalidad lícita es requisito necesario para la validez de acto jurídico. En cambio, si se tiene en cuenta que el acto jurídico, para serlo, debe estar orientado a alcanzar efectos amparados por el derecho, esto es, efectos lícitos, resulta más adecuado que se incorpore este concepto entre los elementos esenciales para que el acto sea eficaz, dado que puede ser conocido objetivamente.

Sabemos que esta ponencia no fue finalmente admitida, pero revela claramente el concepto que tenían los proponentes acerca del elemento de la finalidad del acto, como equivalente a la noción de la causa subjetivamente apreciada.

I. CONCEPTO

La finalidad que el agente persigue al celebrar el acto es producir efectos, y estos son la consecuencia de aquella; decir que el acto debe tener finalidad lícita o que debe producir efectos lícitos equivale a sostener, en buena cuenta, lo mismo. El Código nuevo mantuvo el método de legislar el acto jurídico usado por el Código de 1936 consistente en enunciar, primero, cuáles son sus elementos esenciales y luego advertir que la inexistencia de tales elementos produce la nulidad del acto. Entre los elementos esenciales del acto, el Código expresa que su finalidad debe ser lícita.

Si la fuerza obligatoria de los contratos se hiciera reposar exclusivamente en la voluntad, la idea de la causa o de la finalidad podría ser inútil, porque bastaría el acto volitivo formalmente emitido para justificar la obligación: todos los contratos serían abstractos, es decir, desligados de la finalidad a la que se dirigen. Pero la protección jurídica no se brinda por el ordenamiento a toda voluntad, por el solo hecho de expresarse formalmente, sino por aquella que tiene un contenido económico o social valioso. Este se propone, desde la óptica del derecho, una función económico-social plausible. Es este fin, y los efectos que en él consisten, el que justifica su tutela.

El acto jurídico no debe ser entendido como un fin en sí mismo sino un medio o instrumento técnico-jurídico que se endereza a conseguir un efecto: forjar una cierta relación entre personas que es jurídicamente tutelada. El derecho presta al partícipe de la relación su fuerza coercitiva para asegurar el disfrute de los derechos subjetivos que el acto celebrado le confiere. Este queda regulado en virtud del acto de autonomía privada y de las consecuencias que el ordenamiento le atribuye en sintonía con la voluntad del agente o agentes.

Todo aquel que interviene voluntariamente en establecer una relación jurídica lo hace para procurarse una satisfacción, que puede ser una finalidad primordial práctica; pero, al mismo tiempo, debe estar consciente que ella, por el medio que se emplea para conseguirla —que es jurídico—, tendrá resonancia jurídica. Así, el acto de voluntad que engendra derechos puede encaminarse a un resultado fáctico, pero no puede obviar hacerlo con una intención jurídica. Por ello, la voluntad debe estar orientada a un objetivo que el derecho estime digno de protección. La voluntad expresada debe armonizar con el derecho positivo que, a su vez, refleja la concepción que tuvo el legislador de la idea de justicia aplicada a la situación que la ley dictada regula. La finalidad jurídica que se desea alcanzar mediante el acto debe ser lícita, porque el derecho no puede admitir que el acto jurídico sea el medio para realizar algo que el propio derecho desdén.

2. EL FIN Y LA CAUSA

Nuestro actual Código, tal como nosotros lo entendemos, considera a la causa como requisito de validez de los actos jurídicos, aunque no la haya llamado de este manera, sino que la denomina el fin del acto. Es cuestión de terminología o semántica, antes que de sustancia. Pudo haber hecho referencia a la causa pero se inhibió de hacerlo y prefirió aludir a la finalidad del acto, para utilizar un término que no tiene un sentido tan plurivalente y conflictivo en la doctrina, como ocurre con la causa, que según muchos autores es elemento privativo de los actos jurídicos bilaterales patrimoniales. El vocablo «fin», al significar básicamente lo mismo, aspira a ser aplicable a todo tipo de actos jurídicos (y no solo a los de contenido patrimonial, de acuerdo a la particular función que el derecho asigna a cada especie o prototipo negocial) e incluso a aquellos que, careciendo de una especie típica preordenada, se admiten por el derecho en respeto a la fuerza de la autonomía privada. La finalidad de todo acto debe ser lícita. La obligación que nace del acto jurídico contractual también.

Dentro del concepto de finalidad del acto, es necesario referirnos a la teoría de la causa, por la afinidad que existe entre ambos conceptos. También se debe dilucidar a cuál de las diversas concepciones de la causa, como razón de ser del acto, hay que asociar la idea de la finalidad. Los legisladores no nos han hecho llegar su punto de vista al respecto, fuera de la mención antes citada de los autores del Anteproyecto Sustitutorio, de la que conocemos que comparten la idea de que el fin del acto es la causa de este, su razón determinante, subjetivamente entendida.

Un repaso somero de la noción de la causa en el derecho civil obliga a remontarnos al Código Civil francés, para el cual las obligaciones patrimoniales que tienen por fuente la voluntad de los individuos, concretamente los contratos, deben contar, como uno de los requisitos para su validez, de una causa justa —ni falsa ni ilícita— para obligarse. De manera que, si falta la causa, el acto deviene ineficaz. Desde entonces, el

tema de la causa, como elemento esencial e individualizado de los contratos, distinto del objeto, del consentimiento y del motivo, es uno de los que ha apasionado más a la doctrina civilista, que ha discutido en torno a la certeza de la causa, principalmente, como elemento indispensable de los actos jurídicos bilaterales con contenido patrimonial, es decir, de los contratos. Unos la han defendido y otros la consideran una construcción artificiosa e inútil, que no agrega nada a la comprensión de la estructura jurídica de tales actos y a su vitalidad. No todos los Códigos consideran la causa como elemento indispensable del acto o del contrato, lo que demuestra la falta de consenso en la legislación comparada acerca de su necesidad. Para la doctrina clásica francesa, por ejemplo, la causa es la razón de ser del contrato, el fin inmediato que las partes persiguen al celebrarlo.

En los contratos bilaterales u onerosos, la causa o razón de ser de la obligación contraída por una de las partes es la recíproca obligación contraída por la otra. Por ello, en el contrato de compraventa la obligación de pagar el precio, a cargo del comprador, tiene por causa la obligación de entregar la cosa, a cargo del vendedor y, recíprocamente, esta tiene por causa a aquella. En el contrato de permuta, la causa del objeto que se da está en el objeto que se recibe. En el contrato de arrendamiento, la causa de ceder el uso de alguna cosa está en el monto del alquiler que se recibe a cambio. En los contratos denominados reales, aquellos que se perfeccionan con la entrega o tradición de un bien (clasificación que nuestro Código ha desterrado, como sabemos), la obligación a cargo de solo una de las partes tiene por causa la prestación ya cumplida por la otra. De esta manera, la obligación de devolver la cosa dada en mutuo o depósito tiene por causa la entrega de ella verificada anteriormente por el prestador o depositante. Finalmente, en los contratos de beneficencia o a título gratuito, la causa es la intención de liberalidad que tiene el autor de esta. En una donación, la causa de la obligación del donante se encuentra en el sentimiento altruista que lo anima; es su *animus donandi*.

En síntesis, la causa de la obligación contraída responde al propósito de satisfacer el interés de quien se obliga, y obtener, a cambio, aquello que la otra parte debe cumplir o ha cumplido. Dentro de esta línea de pensamiento, la causa sostiene al acto, pues justifica por qué o para qué se le celebra. El acto que no tenga causa legítima carece de razón de ser y el derecho no puede ampararlo. La causa alude a la finalidad para la cual se celebra el acto, es decir, a la operación que subyace y que le presta su típico sentido económico, la función a la que sirve, jurídicamente encauzada.

La construcción antes expuesta ha sido tachada de falsa e inútil, entre otros, por juristas tan eminentes como Laurant, Planiol y Dabin. Este último dedica todo un tratado (Dabin 1929) a impugnarla. Afirman sus detractores que la causa se confunde, ya sea con el objeto, con el motivo o con el consentimiento. Refutando la teoría de la causa, sostienen que, en los contratos bilaterales o sinalagmáticos, la dependencia que existe entre las dos obligaciones recíprocas es la naturaleza misma del contrato,

absolutamente distinta de una relación de causalidad. Hay una imposibilidad lógica de que exista esta relación de causa a efecto porque las obligaciones nacen simultáneamente en este tipo de actos. La causa no es un elemento del contrato sino su estructura.

En los contratos reales, la llamada causa final es un simple expediente dialéctico porque en ellos la ausencia o falta de causa equivale a la ausencia del contrato mismo. Si la causa de la obligación es la prestación ya realizada por una de las partes y el contrato solo se perfecciona con la entrega de esa prestación, entonces, si ella no se ha producido, no falta la causa sino el contrato todo.

En las liberalidades, el fin o la causa se identifica con el motivo, es decir, con la causa impulsiva o inmediata del contrato. Ello importa, en realidad, una tautología, esto es, la repetición de un mismo pensamiento expresado de distinta manera. Sostener que la donación tiene por causa la voluntad de donar es, sin duda, el motivo psicológico que anima al autor de la liberalidad.

El Código Civil de 1852, fiel a su modelo causalista para la validez de los contratos, exigía causa justa para obligarse. Decretaba la nulidad del contrato celebrado sin haber causa, o con una causa falsa o ilícita y declaraba que es ilícita la causa que se opone a las leyes o a las buenas costumbres. Por el contrario, nuestro Código Civil de 1936 suprimió la causa como elemento esencial del acto o del contrato. En ninguna parte la menciona.

José León Barandiarán (1954: 42 y ss.), entre nosotros, ha sido el principal defensor de la teoría de la causa, desde sus comentarios sobre el Código de 1936, pese a que este no consideraba a la causa como elemento esencial del acto jurídico ni de los contratos. El referido jurista sostiene que hay algo racional en ella que la defiende, y que es más fuerte que toda argumentación crítica.

Es, en principio, distinta del objeto que es el elemento material de la obligación. La pregunta «¿qué se debe?» se responde indicando el objeto; la pregunta «¿por qué se debe?» se contesta con la causa. El objeto del acto de voluntad es aquello que se quiere. Yo quiero, por ejemplo, que A llegue a ser deudor de una cosa cierta o de una cierta prestación: he ahí el objeto del acto. El fin es la razón por la cual se quiere; la razón por la cual yo quiero que tal obligación nazca, que tal situación jurídica se produzca; la razón por la cual yo quiero que A llegue a ser deudor de una cierta prestación. El insigne jurista alemán Von Ihering, para distinguir el objeto del fin o causa, presentaba el siguiente ejemplo: Yo quiero beber un vaso de vino. El objeto es beber un vaso de vino. Para emborracharme o para apagar mi sed: he ahí el fin.

La causa también es distinta del motivo impulsivo, psicológico y subjetivo, que no tiene relevancia jurídica. Los motivos que se tienen para celebrar el acto difieren del fin inmutable que todo acto persigue; cambian de persona a persona y no integran el contenido del acto. Pero la función económica que el acto está llamado a desempeñar es constante, siempre es el mismo para cada especie de acto. En un contrato de compraventa de trigo, la causa final de la obligación que asume el comprador es siempre la misma:

obtener la entrega del trigo; y para el vendedor será siempre cobrar su precio. Los motivos cambian, son fluctuantes o contingentes; para el comprador, el motivo de comprar el trigo puede ser revenderlo o hacer pan o fabricar fideos o donarlo a la beneficencia; para el vendedor el motivo puede ser el precio atractivo que cobra, la necesidad de cobrar el precio para atender una deuda o comprar determinada maquinaria. Los motivos, pues, en cuanto no integran el contenido de la declaración, no influyen en la vida del acto, son irrelevantes.

La tesis anticausalista está hoy en desprestigio, aunque haya sido acogida en los Códigos alemán, suizo y brasileño y en el peruano de 1936. Entre quienes aceptan la necesidad de la causa como elemento esencial del acto, hay básicamente dos corrientes: la que entiende la causa con sentido objetivo y la que reconoce su trascendencia mediante la aplicación de criterios subjetivos. No se crea por esto que los autores que se afilian a una u otra corriente piensan lo mismo. En general, difieren en los matices de sus formulaciones pero, en lo esencial, se adhieren a considerar la causa como un elemento del acto, ya sea a partir de un criterio objetivo y constante según la especie de acto de que se trate, ya sea, subjetivamente, como la finalidad que el acto en concreto se propone.

La concepción objetiva de la causa ve en ella la razón constante económico-jurídica que la justifica. La causa objetiva, dentro de su concepción clásica, es la razón primordial a la cual necesariamente obedece la voluntad de las personas que celebran un negocio patrimonial típico. Cada especie contractual tiene su propia causa y no hay contrato válido de esa especie que carezca de esa causa, que es típica e invariable de acuerdo a la función que ese contrato tiene, y que no es igual a la causa de otro contrato que, a su vez, tiene siempre su propia e inmutable causa. Como cada contrato está concebido para cumplir una función específica, cada uno tiene su propia razón de ser, que es intrínseca a la función para la que se le celebra. La causa (apreciada objetivamente) de todo contrato de compraventa está en el fin económico-jurídico para el que sirve la compraventa, es decir (para el comprador) recibir la propiedad de la cosa y (para el vendedor) percibir el precio: es un instrumento jurídico apto a priori para la función legal que ejerce. La sola celebración del contrato de compraventa, el intercambio de prestaciones que constituye su estructura como acto oneroso, automáticamente lo proveería de una causa lícita, en la medida en que no falte el trasiego de cosa y precio. La causa del contrato de compraventa es distinta de la causa típica del contrato de permuta, cuya función no es ser vehículo legal para el intercambio de cosa por precio sino para el trueque de cosa por cosa. Si faltara este trueque, no habría permuta. A su vez, la causa del contrato de arrendamiento, su función típica, es la cesión del uso de una cosa mediante el cobro de una renta o alquiler. Todo contrato de arrendamiento se propone esa función y no otra, y ella constituye su causa objetiva. Así, sucesivamente, cada contrato tipo tiene su propia causa, que siempre apunta a su principal cometido económico. Dentro de esta línea de pensamiento no hay diferencia,

en cuanto a la causa así entendida, entre comprar un caballo para pasear o comprar droga para revenderla. Ambos contratos procuran a las partes el mismo efecto, ambos ejercen la misma función última: el intercambio de cosa y precio, que es para lo que la compraventa, como especie negocial típica, sirve. Solo si por alguna razón faltara el precio o no se transmitiera la cosa, el contrato de compraventa claudicaría por faltarle su causa, dejaría entonces de tener razón de ser, no cumpliría la función que le es inherente.

A la llamada causa objetiva se le opone otra concepción, que se denomina subjetiva, según la cual la causa son los motivos concretos que las personas tienen para actuar, el elemento psicológico que anima a las partes a celebrar el acto; pero no se trata de cualquier motivo sino de un motivo que es revelado de alguna manera en la proposición que contiene la declaración, y por eso es conocible. Según esta manera de apreciar la causa, ella no es un fin abstracto e invariable según cada tipo de acto jurídico sino la finalidad concreta perseguida por las partes en cada acto que celebran, porque está incorporada expresa o implícitamente en el contenido de dicho acto, en cuyo contenido vive la autorregulación de intereses en que el acto consiste. En el contrato de compraventa de un caballo para pasear o de una droga para revenderla, la causa objetivamente considerada es la misma, pero la finalidad de ambos actos no lo es. El derecho se encarga de sopesar si el resultado jurídico que se proponen quienes celebran el acto es social y económicamente plausible, en cuyo caso su finalidad será lícita, e ilícita si ocurre lo contrario.

A nuestro parecer, si la causa es la razón de ser del acto, porque nadie actúa sin una razón, debemos entenderla como la finalidad. El fin y la causa vienen a ser, así, conceptos equiparables en nuestro Código. Ahora bien, no basta que el agente del acto se proponga, al celebrarlo, un fin y que tal acto tenga una causa típica e invariable, sino que esta debe ser lícita, es decir, conforme a las leyes imperativas —aquellas que reflejan un contenido de orden público— y a las buenas costumbres o moral social.

Se sabe que la licitud o ilicitud es una connotación que solo puede darse mediante un juicio de valor que se refiere a la conducta humana en cuanto es vista por el derecho. Considerada la causa como la razón de ser o finalidad concreta y específica para la cual se celebra cada acto, sí cabe que pueda ser apreciada desde una vertiente axiológica. Es indispensable que el derecho tome en cuenta el fin que se propone el agente y para el cual reclama la protección del derecho. Este fin no es el motivo impulsivo o psicológico que, por no formar parte del contenido del acto, no influye sobre su naturaleza o destino. El fin que el acto persigue debe desprenderse de la declaración, si estamos en presencia de un acto unilateral, o ser de conocimiento de ambas partes, ser materia del consentimiento, si estamos en presencia de un acto bilateral.

Es preciso, pues, distinguir el motivo subjetivo e íntimo, jurídicamente irrelevante, del motivo determinante o razón de ser en concreto, de algún modo expresado y reconocible, que permite, por ello, tomar conocimiento de la finalidad que lo inspira.

El derecho, de acuerdo a cómo el acto incide en la realidad social, lo califica de lícito o ilícito. El motivo determinante, incorporado al acto y apreciado en su conjunto, califica la validez o invalidez del acto, dependiendo de si se enfrenta a normas legales imperativas u ofende la moral social.

Lo que no está en el acto, lo que no ha sido expresado por las partes al declarar o no está implícito en dicha declaración, no puede considerarse su razón de ser determinante, y quedará relegado a la categoría jurídicamente intrascendente de los motivos íntimos, inaprehensibles, contingentes.

Ahora bien, cierto es que cada especie de acto cumple una determinada función económica y que esta es la misma cada vez que un acto de esta especie se realiza: no hay comodato sin cesión temporal gratuita del uso de algún bien; todo comodato tiene esa causa porque el comodato es una figura jurídica típica, creada desde muy antiguo, que se propone precisamente esa función. Pero como los actos jurídicos no actúan en un vacío, porque los sujetos que los celebran están inmersos en una realidad social, las personas no se echan a celebrar comodatos sin una razón específica que, en cada caso, los impulse a ello: celebran el comodato para satisfacer una finalidad concreta. El derecho aspira a que, más allá de la causa objetiva que todo comodato, abstractamente comprendido, tiene en cuanto cumple su cometido económico típico, cada comodato que se celebra y la situación jurídica nueva que constituye su efecto, ponderada en concreto, no ofendan o contradigan el juicio de valor que el derecho se forma de cada acto de voluntad. Y ello, ya sea para reconocerlo y atribuirle efectos, en caso de que lo conceptúe lícito, o para negarle efectos, esto es, invalidarlo, en caso de que lo reputa un acto cuya finalidad es indigna de su protección.

De la explicación que antecede, aparece que las concepciones objetiva y subjetiva de la causa no son antitéticas, sino complementarias. Y si bien todo acto jurídico tiene una causa objetiva inherente a la función para la cual tal especie de acto sirve de instrumento —y, en ese sentido, su causa es inmutable cada vez que un acto de esa especie se celebra—, tiene, también, una connotación adicional, subjetivamente apreciada, según la finalidad del acto en concreto. En efecto, en toda celebración de un comodato, para usar un ejemplo, hay la cesión gratuita temporal del uso de un bien; en ello reside su causa objetiva. Si mediante un comodato se propusiera alguien transferir el dominio de un bien en vez de simplemente su uso, tal acto podrá denominarse por las partes comodato, pero no será en realidad comodato, porque carece de la causa típica de tal contrato, que no es transferir el dominio de un bien sino simplemente su uso o disfrute gratuitos. Pero el derecho no se contenta con que cada acto tenga la causa típica que le es inherente según su peculiar estructura y función. Como es un medio o instrumento de que se valen las partes para regular sus intereses económicos y, eventualmente, los de terceros, tiene una proyección en el mundo de la realidad social de la cual el derecho, lejos de desentenderse, se esmera en escudriñar, para atribuirle un juicio de valor. Su resultado será que esté justificada o

no justificada la tutela jurídica que tal acto reclama, porque el acto se propone producir unos efectos cuya permanencia solo el derecho puede garantizarle, mediante su fuerza coercitiva. Así, el acto, para ser válido, debe tener no solo una causa objetiva, sin cuya causa el acto no tendría justificación racional ni jurídica como tal, sino que la finalidad particular que se persigue al celebrarlo debe ser conforme al derecho, es decir, lícita. Y solo si pasa el *test* de la licitud de su finalidad social, una vez que haya sido calificado por la ley como conforme, lo estimará válido, con toda la carga que ello significa para asegurar su futuro. Entonces, el acto habrá justificado la razón para la cual se lo celebró: desde el punto de vista de quién lo celebró, o sea la parte o las partes, y desde el punto de vista del ordenamiento que lo acoge y lo va a defender si la parte invoca el derecho con tal fin. De esta manera, creemos, deben entenderse conjugadas las nociones de causa objetiva y subjetiva para que el acto produzca las consecuencias que le son propias.

El acto jurídico tiene una finalidad lícita cuando no es contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

3. EL ORDEN PÚBLICO

Constituye el conjunto de normas de derecho que el Estado considera de ineludible cumplimiento por todos. La voluntad de las personas es impotente para desconocerlas o derogarlas. El artículo V del Título Preliminar del Código enuncia que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público. Otros ejemplos de normas del Código que citan o invocan el orden público son los artículos 6, 13, 96, 104, 219, 689, 1328, 1354, 1357, 1681, 1697, 2060, 2104 de dicho cuerpo legal.

Son de orden público las normas legales llamadas imperativas o cogentes, aquellas que se dirigen a reglar la voluntad de las personas. Se subdividen en normas preceptivas, que imponen una determinada conducta o crean una cierta situación jurídica, y normas prohibitivas, que excluyen la posibilidad de realizar válidamente aquello que está vedado.

Por ejemplo, en el contrato de arrendamiento, el arrendador está obligado a mantener al arrendatario en el uso del bien durante el plazo del contrato (artículo 1680). Esta es una norma preceptiva. De otro lado, el arrendatario está obligado a no subarrendar el bien total o parcialmente sin asentimiento escrito del arrendador (artículo 1681). Esta es una norma prohibitiva. En el acto testamentario, los ciegos pueden testar solo por escritura pública, y los mudos y sordomudos solo por testamento cerrado u ológrafo (artículo 693 y 694). Esta es una norma preceptiva que impone una determinada conducta positiva a los sujetos para quienes se legisla. Por el contrario, no hay aceptación ni renuncia de herencia futura (artículo 678). Esta es una norma prohibitiva, que impone una abstención de realizar aquello que se condena. La prohibición se refiere al pacto que celebre quien espera recibir derechos hereditarios de otra persona. Un padre

sí puede anticipar al hijo un bien, a cuenta de lo que le corresponderá legítimamente cuando muera.

Hay otras normas legales que no tienen el carácter de ser imperativas y a las que se denominan normas dispositivas o declarativas porque se dirigen al entendimiento de las personas y están destinadas a fijar los alcances de una determinada institución o acto jurídico. Las normas dispositivas o declarativas no son imperativas y su inobservancia generalmente no pone en peligro al orden público. Simplemente, hacen del acto que las desprecia uno que adolece de imposibilidad jurídica. Por ejemplo, el varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de los derechos civiles (artículo 4). Esta es una norma declarativa que establecen la igualdad jurídica del hombre y la mujer. Notifica a las personas acerca de su situación sin imponerles determinada acción u omisión. Si pretendieran, no obstante, establecer, aunque fuera de mutuo acuerdo, una diferencia entre ambos, mediante un acto jurídico, el intento no será jurídicamente apto para surtir consecuencias, por imposibilidad jurídica. El matrimonio, dispone el Código, es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones del Código, a fin de hacer vida en común (artículo 234). Esta definición que el Código hace del matrimonio constituye una norma declarativa. Si dos personas del mismo sexo pretendieran casarse, el acto sería uno que adolecería de imposibilidad jurídica y, por consiguiente, no tendría efectos jurídicos.

Hay otras normas cuya finalidad es permitir una determinada conducta o coadyuvar a que el acto cumpla la función que el derecho le asigna o a suplir el contenido de la voluntad cuando esta no se ha manifestado en un cierto sentido. Estas se dictan con el propósito de expresar una autorización, o ser integradoras o supletorias de la voluntad no expresada, pero no son esenciales y las relaciones que los actos crean pueden subsistir si no se les observa. Por ejemplo, la ley permite la representación entre cónyuges (artículo 146) con lo que la ley abre a los esposos esta posibilidad, que ellos pueden o no utilizar libremente. La ley dispone que la condición no opera retroactivamente salvo pacto en contrario (artículo 177). Esta norma, de carácter dispositivo, solo actúa en ausencia de una declaración de voluntad distinta; tiene el carácter de integradora o supletoria de la voluntad no manifestada.

El concepto de orden público puede concebirse, así, como un cierto orden que el Estado persigue, una cierta disciplina normativa indispensable para el buen funcionamiento de la sociedad. De este concepto, necesariamente amplio, aparece, en primer lugar, que todas las disposiciones que integran la esfera del derecho público, en sus diversas ramas, son de orden público por su carácter imperativo. Así sucede, por ejemplo, con el derecho constitucional que señala el basamento legal de todo Estado y contra el cual ninguna disposición puede pactar; el derecho administrativo que reglamenta la organización y funcionamiento de los organismos del Estado y su relación con los particulares; el derecho penal que es la legislación en su función represiva y

ordena el derecho de castigar tal como pertenece a la sociedad; el derecho tributario que trata de los tributos mediante los cuales el Estado recauda de los particulares los ingresos que necesita para el desarrollo de sus actividades; el derecho procesal que presta las garantías para la administración de justicia; etcétera.

Todas las normas pertenecientes a las disciplinas antes citadas son normas de orden público. Ningún acto jurídico válido puede alterarlas o desconocerlas, porque el fin del acto sería entonces ilícito por proponerse subvertir una situación inmutable, que el derecho ha reglado por consideraciones que responden a un interés social general.

Sin embargo, además de las normas que integran las diversas ramas del llamado derecho público, en la legislación privada que se encarna en el Código Civil —cuya función principal es normar las relaciones y derechos de los individuos, como hemos visto—, se encuentran numerosas normas tocantes al orden público porque son necesarias para el mantenimiento de la seguridad particular, para propiciar una relación pacífica y ordenada entre las personas, para asegurar cierta equidad en sus relaciones económicas. Son normas que trascienden el interés meramente individual y expresan un mandato de interés general que afecta al orden público. No puede depender de la voluntad privada negarles su aplicación. La autonomía privada es impotente para privarlas de efectos.

El derecho clásico sostuvo que los derechos de la personalidad son inaccesibles a los actos jurídicos en forma de convenciones. Se ha dicho que el objeto de un acto jurídico no puede ser la persona humana, sea porque el objeto de las convenciones tiene que estar en el comercio de los hombres —y la persona humana no lo está—, bien porque se les considere ilícitos por opuestos al orden público y las buenas costumbres. Este concepto hermético ha sido revisado.

En el hecho, continuamente se ofrecen convenciones que interesan a la persona física misma o una de sus partes; así sucede, por ejemplo, con las operaciones quirúrgicas, los tratamientos que alteran o amputan partes del cuerpo humano, los contratos que tienen por objeto la venta de leche por una nodriza, la cesión de órganos del cuerpo para su trasplante, el alquiler del seno materno para la gestación de un ser que ha sido concebido por otra madre, la venta de sangre para las transfusiones, etcétera. El Código ha legislado sobre la materia, para, en primer término, prohibir los actos de disposición del propio cuerpo cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando, de alguna manera, sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres; en segundo término, prohibir la donación de partes del cuerpo o de órganos o tejidos que no se regeneran, cuando ello ocasiona perjuicio grave a la salud o reduce sensiblemente el tiempo de vida del donante; en tercer término, que las donaciones deben estar sujetas al consentimiento expreso y escrito del donante, lo que excluye que el acto pueda hacerse por representación; y finalmente, para reputar válidos los actos de disposición del propio cuerpo, si su exigencia responde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios (artículos 6 y 7).

Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos se rigen por decreto supremo 014-88-SA.

4. LAS BUENAS COSTUMBRES

El segundo concepto que permite discernir la calidad del fin que se propone el acto jurídico es el concepto de buenas costumbres, también instalado en el artículo V del Título Preliminar del Código.

Esto equivale a sostener que no es válido el acto jurídico inmoral. No se trata, necesariamente, de actos cuya finalidad ofende a la moral religiosa o filosófica sino a las buenas costumbres, a la moral tal cual se le entiende en la sociedad peruana en el momento actual. Podría definírsele como el conjunto de reglas y creencias prácticas, modos de sentir colectivos, de convicciones acerca de las cuales la opinión se muestra favorable. Es la moral social que es adoptada por el derecho para garantizar el contenido ético a las relaciones jurídicas. Adquiere, así, categoría jurídica de un patrón o estándar de conducta necesario para legitimar la voluntad creadora de los actos jurídicos. No consiste en convertir en jurídicas las reglas morales. Las buenas costumbres son normas no escritas que deben respetarse y viven en la conciencia colectiva. La voluntad de los individuos no puede conspirar contra ellas, pues expresan la opinión dominante de la sociedad, lo que está bien y lo que está mal; califica las conductas desde una vertiente axiológica. Cuando la valuación de los deseos y la opinión acerca de las acciones es común a toda la sociedad, tenemos la moral social, cuya transgresión convoca la desaprobación general. La norma legal nunca puede adecuarse a tiempo al contenido espiritual del medio. Por ello, se remite al concepto general de las buenas costumbres. El acto cuya finalidad tiende a violarlas es socialmente indeseable y el derecho no le presta su aval.

Estando integrado el concepto de buenas costumbres de elementos objetivos y subjetivos, el criterio para juzgar al acto inmoral es relativo. La costumbre se forma primero por la repetición de hechos y su bondad se adquiere por la convicción de su conveniencia. Cuando esta conveniencia se convierte en necesidad, la regla moral se convierte en jurídica.

Son los jueces los encargados de definir, en los casos concretos que les toca juzgar, cuándo el acto jurídico ofende a una costumbre arraigada y reconocida como buena. No es posible, dada la variedad de los actos jurídicos sujetos a la calificación, que por su finalidad son todos, elaborar nociones absolutas aplicables a priori. No influye en la calificación de acto atentatorio de las buenas costumbres la opinión que las partes que celebran el acto tengan acerca de este. No se requiere, pues, que actúen con conciencia de la inmoralidad que acompaña al acto. Bien pudieran considerarlo un acto neutro o aun encomiable y no abrigar un propósito socialmente nocivo al realizarlo.

El acto ofensivo a la moral es juzgado en sí mismo, por la finalidad que persigue y que, de alguna manera, ha de ser compartida por quienes lo dan a luz, y formar parte del contenido del acto para que sea posible apreciarla en su dimensión axiológica. Los motivos inmorales que una de las partes pueda tener, en cuanto permanecen ocultos en la psiquis de esta, no tienen trascendencia en el mundo del derecho, que no puede llegar a conocerlos ni, por consiguiente, a calificarlos. Se requiere, pues, que la finalidad socialmente perniciosa para la cual el acto se celebra forme parte del contenido de este, o se pueda descubrir de otras conductas que así lo revelan.

Ahora bien, un acto es contrario a las buenas costumbres, y por consiguiente ilícito, no solo cuando constituye un uso más o menos frecuente pero rechazado por la opinión pública como inmoral sino aún cuando, no siendo un uso sino un acto aislado, provoca repudio al verificarse y es merecedor del reproche de la opinión pública. Resulta, a la inversa, que un acto no es inmoral si está conforme con un uso no condenado por la conciencia pública, o sea que ha sido asimilado por la conciencia o sensibilidad colectivas, aunque en sí pueda ser digno de rechazo y desaprobación. Tales son los casos, en nuestro medio, del toreo, las peleas de gallos y otros espectáculos de raigambre cultural ancestral, en que se infringe sufrimiento a los animales, pero que forman parte de una tradición que, aunque objetivamente cruel, no hiere la conciencia colectiva ni produce escándalo, porque la conciencia colectiva los ha asimilado y no los rechaza, y forman parte de la cultura del pueblo donde se le admite.

El boxeo, el corretaje matrimonial y el toreo son ejemplos de algunos casos de prácticas admitidas en unos países y rechazadas en otros, lo que es indicativo de cómo varía la sensibilidad ética de las diferentes colectividades, aun en la misma época, porque ella es el espejo de culturas que se nutren de valores distintos. Con el toreo, que como sabemos es herencia cultural hispana, va a ocurrir un fenómeno interesante, pues, al formar España parte de la Unión Europea, ha de quedar sujeta a convenciones que involucran a numerosos Estados donde tal práctica es aborrecida. ¿Podrá un contrato que involucre relaciones cuyo objeto sea la práctica de la tauromaquia ser aceptado como válido por las Cortes de países distintos de España, miembros como ella de la Comunidad Europea, o será tildado de inválido por inmoralidad?

En general, se reputan inmorales:

- Los actos cuya finalidad persigue la realización de una actividad inmoral, juzgada en sí misma: la prostitución, el lenocinio, la corrupción de funcionarios públicos.
- Los actos que, siendo en sí mismos lícitos, se realizan por un motivo vituperable, que integra el contenido del acto, o con ánimo de lucro cuando, según la conciencia pública, deberían realizarse en forma libre de consideraciones pecuniarias: será inmoral el acto jurídico mediante el cual una persona promete (i) casarse por dinero; (ii) obligarse a dar a su hijo en adopción por dinero; (iii) o

dejar un legado condicionado a que el legatario se divorcie o cambie de religión; (iv) el acto mediante el cual una persona se obliga a no revocar un testamento que ha otorgado; y (v) el reconocimiento de la paternidad solo para heredar al hijo reconocido (artículo 398). Por el contrario, Ennecerus juzga que sería válido el legado de un viejo ejemplar del Talmud, reliquia familiar, que un israelita hiciera a uno de sus hijos, bajo la condición de que no cambie de religión. La jurisprudencia francesa ha reputado invariablemente inmoral el préstamo efectuado en una casa de juego, con el propósito de que el prestatario juegue. Antiguamente, en Francia, el préstamo a interés era considerado una operación inmoral y el seguro de vida una combinación tan peligrosa como odiosa. Estas concesiones han evolucionado con el tiempo, como lo reconoce Louis Josserand (1950: 134).

- Los actos que importan una restricción voluntaria a la libertad individual no son necesariamente inmorales pero pueden revestir este carácter si la restricción de la libertad recae sobre derechos fundamentales de la persona y con carácter absoluto. Es, pues, cuestión que debe atender a los alcances y duración de la limitación pactada: (i) no es reputado inmoral obligarse a no contraer matrimonio por el plazo que dure cierto empleo, pero sí sería inmoral obligarse a nunca contraer matrimonio; (ii) sería inmoral obligarse a residir siempre en un solo lugar y no solo durante el lapso en que dure cierto empleo; (iii) escoger nacionalidad a cambio de una prestación pecuniaria, pero no si el empleo depende de la nacionalidad que se adopte.
- Los actos mediante los cuales se pretende obtener una ganancia por el cumplimiento de un deber o por abstenerse de cometer un acto ilícito: comprometerse a pagar dinero como rescate de una persona secuestrada; prometer dinero para que alguien no cometa un delito o para que lo cometa, o para que efectúe una declaración falsa o no denuncie al autor de un delito a quien conoce.

Se pregunta la doctrina si puede considerarse inmoral el acto jurídico cuya finalidad no es ilícita en sí misma, pero se practica por un motivo inmoral que no consta en la declaración de voluntad. Si los motivos inmorales no forman parte del contenido del acto, no son reconocibles; la regla obliga a admitir que el acto es válido porque la consideración a los motivos subjetivos no influyen en la eficacia de los actos jurídicos.

Por la misma naturaleza del concepto de buenas costumbres, cuya valoración es eminentemente una cuestión de hecho apreciable en cada caso, vale decir, en concreto, serán ilícitos los actos jurídicos que contraríen a las buenas costumbres aunque estas no hayan sido recogidas como reglas de derecho. El Código se refiere a los actos inmorales o atentatorios contra las buenas costumbres, en alguno artículos, además de la regla general contenida en el citado artículo V del Título Preliminar. Así sucede, por ejemplo, en el artículo 1275.

Cabe anotar, finalmente, que las buenas costumbres refieren un concepto distinguible pero vinculado estrechamente al de orden público. No hay orden público si no se respetan las buenas costumbres, aunque el orden público sea un concepto más amplio que el que informa el contenido de los actos que atentan contra la moral social. Hay normas de orden público que lo son sin consideración directa a la moral social, tales como la mayoría de edad y los plazos de prescripción o caducidad.

Es conocida, sobre este último caso, la ejecutoria que dice: «[...] la cláusula de un contrato por la cual un abogado se obliga a hacer durar un juicio, un tiempo dado, es opuesta a la moral pública y profesional y, por lo tanto, nula *ipso iure* y sin valor legal» (*Anales judiciales* de 1908, p. 209) Asimismo, la Corte ha considerado inexigible el convenio por el cual una persona renuncia a ejercer su profesión u oficio, derecho amparado por la Constitución (*Revista de los tribunales*, año 1935, p. 243).

CAPÍTULO XIII

LA FORMA DEL ACTO JURÍDICO

EN LOS PAÍSES POCO ADELANTADOS, el derecho está sujeto a un formalismo rígido y la voluntad de los particulares debe expresarse y afirmarse conforme a reglas estrictas, como ocurría en el Derecho Romano. En Roma, existía el sistema de *numerus clausus* en materia de forma. Solo podían celebrarse ciertos actos formalmente preestablecidos. No había autonomía de la voluntad en materia de forma: fuera de la *mancipatio*, *in iure cesio* y la *stipulatio* (que se iniciaba con las palabras rituales «Spondes-ne?», o sea, '¿prometes?'; y se respondía: «Spondeo», o sea, 'prometo'), los demás no eran reconocidos como válidos y requerían que el pretor actuara para exigir su cumplimiento. De esta manera, el derecho reviste el máximo de certidumbre y se evitan las sorpresas. Este régimen fue posible en una época en que la instrucción era privilegio de unos pocos y en el que el formalismo no entrañaba un obstáculo al desenvolvimiento de una sociedad simple y campesina como la romana, donde el comercio era aún poco activo.

Más adelante, cuando la instrucción se difunde y el derecho pierde su carácter hermético inicial y se hace accesible a grupos humanos más amplios, los inconvenientes de un formalismo rígido aparecen a la vista; el formalismo traba la creciente rapidez del comercio y obra como un freno en la vida económica. Ya en la época clásica del derecho romano, se hizo sentir la necesidad de nuevos tipos contractuales, paralelos a los que el viejo derecho quirritario había creado siglos antes. Así, aparecieron los contratos reales, en que se exigía la entrega de la cosa; los contratos innominados, que requerían de una prestación; y, finalmente, los contratos consensuales. Pero el derecho romano nunca perdió su carácter formalista. El derecho germano, que lo reemplazó en algunas zonas del continente, también era rigurosamente formalista. En él, la forma ordinaria de obligarse era entregando al acreedor una varilla, *festuca*, u otra cosa de poco valor, como seña, *wadia*. Es recién bajo el influjo del derecho canónico que se fue moderando el formalismo antiguo. Surge entonces la tendencia espiritualista, destinada a desembarazar progresivamente el derecho de este aparato protector incómodo y a prestar validez a la declaración de voluntad desnuda. Nace la concepción de la autonomía de la voluntad en materia de forma, dentro de la cual las personas pueden dar a sus actos la forma que ellos quieran. Es un sistema de derecho antiformalista.

Frente a estas dos corrientes doctrinarias e históricas; la primera de las cuales tuvo su expresión en el Derecho Romano en el cual, en famosa frase de Von Ihering, «la forma es para los actos jurídicos lo que la marca para la moneda», con lo que quiso expresar que el acto que se ceñía a la forma prescrita era, sin más, válido; y la segunda está expresada por el Código de Napoleón que, dentro de su concepción individualista y racionalista, se sujetó en materia de forma al principio expuesto en el artículo 1156, según el cual «en las convenciones se debe investigar cuál ha sido la intención común de las partes antes que detenerse en el sentido literal de los términos». Formulando el principio de que la voluntad, en sí misma, produce el efecto de derecho, las legislaciones modernas buscan una posición intermedia que, partiendo del principio de la autonomía de la voluntad, la atemperan con excepciones. Las excepciones son tan numerosas, empero, que es dable constatar, sobre todo en los contratos paritarios, un retorno al formalismo, no así en el vasto campo de los contratos estandarizados donde la forma obligatoria, hasta ahora, cede terreno ante las exigencias de la rapidez y masificación en la contratación.

I. CONCEPTO

No hay acto jurídico sin forma. Toda voluntad que se proponga crear un acto debe manifestarse mediante un revestimiento sensible que se denomina forma, que sirve primordialmente para conocer cuál es la voluntad y, más adelante, lo que puede ser no menos importante, para probarla. Sin forma, no habría acto jurídico pues no tendríamos cómo enterarnos del contenido de la voluntad. La forma es, pues, el modo en el que la declaración se hace perceptible por los demás. No es un elemento autónomo del acto, distinto a la manifestación de voluntad, aunque el Código le da ese tratamiento para destacar su esencialidad respecto de ciertos actos.

Nuestro Código de 1984 adopta una posición, que la Exposición de Motivos llama «neoformalismo», basada en que la importancia económica o social de ciertos actos jurídicos justifica la imposición de una forma específica. La publicidad que se exige para ciertos actos, en adición o complemento de la forma que se ordena, es principalmente en atención al interés de terceros, para que estén en aptitud de tomar conocimiento de los actos que pueden afectar a sus derechos.

La forma también guarda relación con la prueba del acto, desde que es el medio que sirve para reconocer la declaración y el acto que resulta de ella, en un tiempo posterior. A mayor formalidad más fácil será la prueba de la existencia del acto y de su contenido. Hay que tener presente que un acto que no puede probarse es como si no hubiera existido. Es decir, el acto puede haberse formado porque las partes usaron una forma admitida para el tipo de acto celebrado, como por ejemplo, la forma oral para un contrato de permuta o de compraventa, pero si alguna cuestión controvertida se suscitara después, que requiriese la prueba de la existencia del acto o de sus alcances, y

si solo existe el dicho de las partes, los jueces podrían declarar que no existió tal acto, o se le podría atribuir un contenido que realmente no tuvo. Son así, técnicamente, cuestiones distintas la celebración del acto y su prueba: la primera es materia del derecho civil, que es derecho privado; la segunda pertenece al campo del derecho procesal, que es derecho público, pero es fácil advertir que hay una relación práctica que los vincula inexorablemente.

2. ACTOS SOLEMNES CONSTITUTIVOS

En el derecho contemporáneo, hay dos órdenes de excepciones al principio de la autonomía de la voluntad en materia de forma: en primer lugar, existen algunos actos jurídicos importantes para los cuales la ley prescribe una forma determinada, bajo pena de nulidad. Son formas necesarias para la manifestación de la voluntad. Estos actos jurídicos que requieren que la manifestación de voluntad adopte una fisonomía específica, prescrita bajo pena de nulidad, se denominan actos solemnes o de forma obligatoria y, en ellos, la forma se impone como elemento constitutivo del acto, *ad substantiam*. El Código contiene dispersos numerosos ejemplos de actos solemnes. Así, en el derecho de las personas, la fundación solo puede establecerse por escritura pública o por testamento (artículo 100); en el derecho de la familia, el matrimonio debe celebrarse ante el funcionario competente, en presencia de testigos (artículos 248 y ss.); en el derecho de sucesiones, los testamentos pueden otorgarse mediante varias formas posibles, pero solo esas: cerrado, ológrafo, por escritura pública, militar y marítimo; en los derechos reales, la hipoteca se constituye por escritura pública (artículo 1098); en el derecho de obligaciones, la transacción debe hacerse por escrito (artículo 1304); en los contratos, la donación de muebles de valor o de bienes inmuebles debe hacerse por escritura pública (artículo 1625).

Aunque de los ejemplos propuestos, aparece que hay actos solemnes en todos los campos del derecho civil, es en la órbita de los actos jurídicos familiares donde la exigencia de una forma determinada adquiere carácter general. Virtualmente, todos los actos que atañen a las relaciones de familia, comenzando por el matrimonio, son actos solemnes, con forma necesaria bajo sanción de nulidad. Muchas veces la forma prescrita para el acto, además de la voluntad expresada de una cierta manera, requiere de la intervención de la autoridad jurisdiccional. Esta exigencia formal deriva de la proclamación que la ley nacional hace de la importancia de regular a la consolidación y fortalecimiento de la familia en armonía con la función tutelar que le asigna la Constitución Política (artículo 233). Esto explica la naturaleza cuasi pública de la institución, y de allí que los actos que la involucran de alguna manera no puedan quedar librados al arbitrio de los particulares en la forma como deben expresarse quienes lo constituyen. Lo mismo ocurre, por similares razones, con los actos jurídicos en los que el Estado interviene como parte, en su condición de ente soberano.

Existen también actos jurídicos solemnes para los cuales la ley, además de una forma determinada, impone la obligación de darles publicidad, normalmente para hacerlos accesibles al conocimiento de terceros y convertirlos en oponibles a estos (artículos 329, 330, 1128, etcétera). El conocimiento del acto por terceros se consigue de ordinario, pues la ley dispone la necesidad de su inscripción registral y establece una presunción de conocimiento de tal inscripción. En efecto, «se presume sin admitir prueba en contrario que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones» (artículo 2012) y estas se presumen —de hecho— ciertas (artículo 2013). En este orden de ideas, la hipoteca, que es un acto solemne, debe establecerse por escritura pública, pero su rango de preferencia entre los varios posibles acreedores hipotecarios se establece en función de la fecha de su inscripción en los Registros Públicos. La primera hipoteca inscrita es la que se reputa más antigua. Con el producto de su ejecución, se reembolsa al primer acreedor hipotecario; si queda un saldo, luego de cubierto el primer crédito garantizado inscrito, este toca al segundo acreedor hipotecario (que es un tercero respecto del primer acreedor hipotecario) y así sucesivamente (artículo 1112). Empero, hay actos para los que la inscripción, que se ordena siempre en vista del interés de los terceros, es un requisito adicional expresamente constitutivo de la eficacia del acto. Tal es el caso del convenio de separación de patrimonios en el matrimonio, que debe formalizarse por escritura pública, pero para que surta efecto debe inscribirse en el registro personal (artículo 295) o el acto de constitución de patrimonio familiar (artículo 496, inciso 6) o la constitución de prenda de bienes muebles inscritos (artículo 1059).

3. ACTOS SOLEMNES PROBATORIOS

Hay también, en segundo término, actos jurídicos solemnes, pero para los cuales la forma no está impuesta bajo pena de nulidad sino solo para los fines de la prueba, *ad probationem tantum*. De este modo, si no se sigue la forma señalada el acto es válido y puede, por regla general, acreditarse mediante otros medios probatorios; pero si se ha utilizado la forma recomendada por la ley, esta constituirá la prueba dominante, que desplaza, en caso de duda o discrepancia, cualquier otra prueba. En estos actos, por tanto, la ley inviste a la forma del carácter de prueba privilegiada, que prevalece en juicio sobre cualquier otra que pueda presentarse. Por ejemplo, el contrato de suministro puede probarse por cualquiera de los medios que permite la ley; pero si se hubiera celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios (artículo 1605). Idéntico carácter formal probatorio tienen los contratos de mutuo (artículo 1649) y de depósito (artículo 1816) con forma escrita.

4. ACTOS NO SOLEMNES

Existen, finalmente, actos no solemnes o con forma libre que no requieren de una forma determinada y para los cuales las partes pueden manifestar su voluntad usando la forma que más les convenga, siempre que la voluntad se manifieste de alguna manera idónea. Los interesados escogerán alguna entre las varias maneras como la ley admite expresar el consentimiento. Son los actos que se perfeccionan por el simple acuerdo, ya sea directamente, expresado por lenguaje escrito, oral o mediante ademanes; o, indirectamente, en forma tácita, o mediante la ejecución de un hecho material. Esto ocurre, generalmente, en la esfera de los contratos llamados consensuales, o sea, los que se perfeccionan mediante la simple emisión del consentimiento recíproco de las partes, sin precisar de ningún otro requisito ulterior. Ellos están gobernados por el principio de la autonomía de la voluntad en materia de forma.

El Código establece, como último requisito de validez del acto jurídico, la observancia de la forma prescrita por la ley bajo sanción de nulidad (artículo 140, inciso 4). No parecen haber advertido nuestros legisladores que la forma es indesligable de la manifestación de voluntad y la contempla como un elemento esencial, independiente de esta. Concordante con esta norma, de aplicación genérica a todos los actos jurídicos, en las disposiciones generales de los contratos, el Código preceptúa que estos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad (artículo 1352). En estos casos, pues, la omisión de la forma impuesta obligatoriamente acarrea la nulidad del contrato por su carácter solemne.

El artículo 143 del Código, que pertenece al Título II del Libro, bajo el epígrafe de «Forma del Acto Jurídico», repitiendo una norma ya contenida en el Código Civil derogado, establece que cuando la ley no designa una forma específica, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente. Esta disposición encierra dos conceptos: el primero para reiterar, *contrario sensu*, que cuando la ley impone una forma determinada, solo esa forma puede ser usada por el agente como medio para producir un efecto jurídico válido. Se trata de los actos solemnes *ad substantiam*, para los cuales si no se emplea la forma prescrita, el acto deviene nulo (artículo 219, inciso 6). Desde luego, no es posible concebir, en estos casos, manifestación tácita de voluntad. El segundo concepto es que los agentes pueden manifestar su voluntad de cualquier forma, siempre que la ley no obligue a una determinada. Se consagra así el principio de libertad en materia de forma como regla, que admite solo la excepción de los actos con forma obligatoria. Así, por ejemplo, según el Código, los analfabetos (porque no saben escribir) y los ciegos (porque no pueden leer) solo pueden testar por escritura pública; mientras que los mudos y sordomudos (porque no pueden expresarse por la palabra hablada) solo pueden otorgar testamento cerrado u ológrafo (artículos 692, 693 y 694). Al expresar la ley que el testamento cerrado u ológrafo son las únicas formas

mediante las cuales el mudo y sordomudo pueden testar, implícitamente les prohíbe testar de otra manera.

El Código dispone que, cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye solo un medio de prueba de la existencia del acto (artículo 144). Esta norma, de tipo declarativo, explica la distinción entre los actos solemnes *ad substantiam* y *ad probationem*: para los primeros, la omisión de la forma determina que la voluntad no se declara de un modo que el acto pueda surtir efecto; para los segundos, la ausencia de la forma, que la ley prefiere pero que no impone, no invalida al acto, sino produce efecto en los medios procesales para probarlo. Si se usa la forma que la ley señala, esta se convierte en prueba privilegiada del acto; si no se usa esa forma, cualquier medio de prueba es válido, porque la forma indicada en la ley no es, en estos casos, esencial para la subsistencia del acto.

En cuanto a la forma, los actos jurídicos solemnes suelen ser aquellos para los cuales se requiere una declaración de voluntad expresa, manifestada mediante documentos escritos. Los documentos en los que debe estar recogido el contenido de la declaración de voluntad pueden ser privados a públicos. Los primeros se redactan y firman directamente por el declarante o declarantes, sin el concurso de otro requisito. Algunas veces, el Código consiente que la manifestación de voluntad conste de escrito privado, pero agrega que este que debe ser de fecha cierta (artículos 198, 1061, 1063, 1136, etcétera). En otras, es más exigente y explícito, y requiere que el documento privado cuente con firmas notarialmente legalizadas (artículo 853). La legalización de las firmas estampadas en un documento por notario público cumple una doble función: certifica que las firmas que aparecen en el documento privado es la auténtica de los otorgantes y establece la fecha en que el documento le ha sido presentado para su autenticación. La certificación nunca alude al contenido del documento, sobre el cual el notario no emite pronunciamiento alguno.

Los documentos públicos son los que firman las partes ante notario público, que está premunido de la autoridad de dar fe de que la declaración que contiene el instrumento que transcribe en su registro le ha sido entregada por los otorgantes, con lo que tácitamente les atribuye su autoría o cuando menos su conformidad con el texto que han suscrito.

Nuestro legislador ha creído necesario dictar normas relativas a la forma del contrato que, como sabemos, es una especie del género de los actos jurídicos, y llena así un vacío en el Código de 1936. Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad (artículo 1352). En los contratos solemnes, el consentimiento debe expresarse a través de la solemnidad y no como elementos aislados. En otras palabras, el consentimiento en este tipo de contratos debe volcarse mediante la solemnidad, de tal manera que solo existe consentimiento en la medida que se exprese

en la forma solemne que la ley impone. Por ejemplo, si la solemnidad exigida por la ley consiste en una escritura pública, el consentimiento expresado en la minuta es insuficiente y representa solo la intención de contratar; el contrato se forma solo cuando la minuta es elevada a escritura pública en el registro del notario y ese instrumento es vuelto a firmar por las partes que habían firmado la minuta.

Las partes, contractualmente, pueden también pactar y exigirse determinada forma para un contrato que, según la ley, puede formalizarse de cualquier manera, por ser de forma libre. Un contrato que según la ley es no solemne se convierte en solemne merced a la voluntad de sus otorgantes y la solemnidad es aquella que estos pactan como debe declararse la voluntad. Los contratantes adoptan, en estos casos, una posición más severa que la propia ley, pero el acuerdo al que llegan es legítimo y vinculante.

Se presume que la forma que las partes convinieron adoptar anticipadamente y por escrito es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad (artículo 1411). El Código impone pues una presunción *iuris tantum* de que los convenios preliminares formales, porque deben constar por escrito, acerca de la forma como se celebrará un futuro contrato definitivo, obligan a las partes a celebrarlo siguiendo la forma así pactada. En este caso, el valor jurídico de la forma debe seguir la intención de las partes al convenirla: si las partes acordaron ceñirse a cierta forma para celebrar el acto, la omisión constituye un incumplimiento contractual, que el Código sanciona con la nulidad del acto. Salvo, naturalmente, que se acredite que el acuerdo acerca de la forma solo se dirigía a establecer un medio de prueba del acto. La prueba acerca de este hecho corresponde a quien alega que la solemnidad no se pactó con carácter constitutivo y esencial, para contrarrestar la presunción legal de que la forma contractualmente pactada tiene carácter *ad solemnitatem*.

Las modificaciones de los contratos originales deben efectuarse en la misma forma prescrita para dichos contratos (artículo 1413). La norma está predicada para los contratos solemnes. Así, por ejemplo, si las partes celebraron un contrato de donación de un bien inmueble por escritura pública, que es la solemnidad que la ley exige para el acto en cuestión, para modificar dicho contrato no pueden escoger una forma distinta y deberán hacerlo, también, por escritura pública. Esta norma es imperativa y, por consiguiente, de carácter forzoso, bajo pena de nulidad.

Finalmente, el Código regula la hipótesis de que las partes o la ley hayan dispuesto que determinado acto jurídico se efectúe mediante una solemnidad que no reviste el carácter de *ad substantiam* (sea porque la ley no la prescribe o porque el convenio no lo establece) sino únicamente para efectos probatorios (artículo 1412). En este caso, las partes pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida. Si A vende a B un inmueble, por declaración oralmente emitida (lo que es válido dada la naturaleza no solemne del contrato de compraventa), cualquiera de las partes podrá exigir a la otra judicialmente cumplir con la formalidad de que ratifique el acto mediante

escritura pública, para lograr un título que permita su inscripción en el registro de la propiedad inmueble. Es obligación de las partes perfeccionar la transferencia otorgando los actos necesarios para tal efecto (artículo 1549).

En cambio, si A promete, mediante un contrato preparatorio, donarle a B un inmueble, por tratarse la donación de inmuebles de un acto solemne, tanto el contrato preparatorio (artículo 1415) como luego el definitivo (artículo 1625) debe, necesariamente, hacerse constar por escritura pública. Si el donante no cumple con otorgar la escritura pública de donación, ello equivale a que no expresa de manera cabal su voluntad de donar y no puede el donatario prometido pretender exigirle el cumplimiento de esa formalidad, porque ello equivaldría a obligarlo a donar.

La facultad de compelerse recíprocamente para llenar la formalidad acordada solo rige, en consecuencia, para los actos solemnes *ad probationem* y nunca en el caso de la solemnidad prescrita como requisito de validez.

CAPÍTULO XIV

LA INTERPRETACIÓN DEL ACTO JURÍDICO

EL TRATAMIENTO DE ESTE TEMA llena un vacío sentido en la aplicación del Código de 1936 que difirió la materia a los criterios que al respecto fijara la jurisprudencia. Sin embargo, su regulación en el Código ha resultado demasiado escueta y apretada, respecto del articulado más comprensivo y ambicioso que se propuso tanto en el proyecto de la Comisión Reformadora (diez artículos) como en el llamado Anteproyecto Sustitutorio (cinco artículos).

Se ha discutido si las normas de interpretación que contienen los Códigos son verdaderas normas jurídicas y tienen el carácter obligatorio que les es propio; o si, por el contrario, son reglas cuya utilización por el intérprete es simplemente facultativa y permite apelar a otros criterios de interpretación, que la doctrina aconseja, aunque no hayan sido recogidos por el derecho positivo. Después de todo, se dice, la finalidad de la interpretación debiera dar, a quien se enfrenta a esta delicada tarea, las más amplias facultades y todas las herramientas necesarias en orden al objetivo que se propone.

Los autores franceses que han interpretado las reglas del *Code* avanzaron el criterio de que las normas interpretativas que este contenía eran consejos que el legislador da a los jueces y no preceptos rigurosos; sostenían que al reproducir las reglas que Pothier tomó del derecho romano, los autores del *Code* realizaron obras de doctrina más que de legislación. La doctrina dominante, no obstante, descarta en la actualidad las tentativas de equiparar las normas de interpretación a simples consejos o recomendaciones y dictamina que ellas son normas jurídicas de obligatorio acatamiento. El Código, al formular las reglas sobre interpretación que contiene, no deja margen a la duda de su carácter imperativo.

I. CONCEPTO

El Código, al establecer los criterios de cómo deben interpretarse los actos jurídicos no hace distinción entre los actos *inter vivos* y los *mortis causa* que, según la doctrina, reclaman criterios de interpretación distintos: subjetiva en las declaraciones *mortis causa* y objetiva en las demás. Las reglas pertinentes, más abajo comentadas, son de

aplicación general, cualquiera sea el acto sobre el que recae la operación interpretativa, porque nuestro ordenamiento así lo ha dispuesto. Apenas cabe hacer excepción en los contratos que se pactan por adhesión o mediante cláusulas generales de contratación, para los que el Código incorpora dos normas de interpretación específica para ese caso (artículos 1400 y 1401).

La interpretación puede entenderse como una operación intelectual destinada a atribuir al contenido del acto el significado que las partes supuestamente quisieron darle —y entonces se le conoce como subjetiva o en concreto—; o a reconstruir el acto teniendo en consideración que su contenido debe responder a las fuerzas del medio social y circunstancias en el que la declaración se emitió —y entonces se le llama objetivo o en abstracto—. La primera tiene por finalidad descubrir aquello que las partes realmente quisieron al celebrar el acto, cuál fue su intención. La segunda persigue establecer lo querido a partir de insertar el acto, apreciándolo dentro del contexto social en el que fue concebido.

Interpretar la expresión de voluntad es encontrar su verdadero sentido y alcances jurídicos. La fijación de ese sentido es el objeto de la interpretación. No basta la mera voluntad para que aparezca el acto jurídico; cuando se habla de voluntad, quiere significarse, claro está, lo querido por la voluntad. La voluntad como factor interno no trasciende al exterior; solo puede exteriorizarse lo querido por ella. Este querer exteriorizado constituye la declaración de voluntad o, más ampliamente, su manifestación.

Hay, para comenzar, una presunción de coincidencia entre la voluntad interna y su manifestación externa. Hay que confiar en que detrás de la declaración está aquella voluntad que corresponde a lo declarado, que cuando el declarante dice «a» no piensa en «b». Cuando no es posible mantener la presunción porque la declaración de voluntad es equívoca o confusa, o hay error en el declarante o hay ausencia de declaración sobre una parte del contenido apreciable, hay que interpretar la declaración y, a través de esta, leer la intención. En la estimación de las declaraciones de voluntad no se toma en cuenta solamente al declarante, sino también a las personas a las que la declaración afecta. Así como el declarante puede equivocarse en la expresión, también puede entender mal el que la escucha. Estas consideraciones obligan a practicar la operación siguiendo un cierto procedimiento que la doctrina expone más o menos en el siguiente orden: primero, comenzar por establecer las circunstancias y el ambiente dentro del cual la declaración defectuosa se emitió, que es una cuestión de hecho; segundo, una vez esclarecido lo primero, utilizar los procedimientos y criterios lógicos que conduzcan a penetrar en el sentido del contenido de la declaración, a partir de las palabras y demás conductas expresivas utilizadas para ello, como paso previo a determinar, como tercera fase, la calificación del acto y los efectos que debe atribuírsele, cuestión esta última que es asunto de derecho.

Desarrollando las ideas arriba expuestas, debemos empezar por comprobar que todo sujeto que desea actuar en el mundo del derecho se sirve de un cierto lenguaje o

conducta expresiva para exteriorizar su real voluntad, de la cual la manifestación así emitida es portadora. En ese sentido, toda manifestación, aun la que se declara y expresa con la mayor propiedad, debe ser entendida —interpretada—, para reconocer, mediante el concepto que encierra el lenguaje o signos de que se valió el declarante, qué es lo que quiso expresar en la declaración, cuál fue su voluntad. La voluntad interna del declarante que, mientras permanece sepultada, no cuenta para el derecho, debe hacerse patente por medio de la declaración o del comportamiento del declarante, desde que estos constituyen el vehículo que le sirve al sujeto para exteriorizarla. Nadie tiene derecho a dudar, *prima facie*, que lo que se declara querer es aquello que realmente se quiere. Esto es lo normal.

Por principio, las reglas de interpretación en los actos bilaterales, concretamente en los contratos, deben ser utilizadas, en primer término, por los propios declarantes para saber cómo deben ejecutar el contenido del acto que celebraron, el precepto de voluntad que expresa. A las partes, en el negocio jurídico, les es necesario interpretar la manifestación de voluntad que es el contenido del negocio, porque es su deber regirse por ella. Todos los textos y no solo los oscuros deben interpretarse, y esta es una labor cotidiana y sencilla cuando la declaración es suficientemente clara y precisos los conceptos que de ella se desprenden. Aquí habrá que interpretar el acto atendiendo al significado literal de las palabras que se usaron para ello. Solo cuando, eventualmente, surge alguna duda entre las partes sobre aquello que constituye el cuerpo de su voluntad, o sea la declaración que supuestamente la contiene; y no se ponen de acuerdo acerca de lo que la declaración que emitieron significa respecto de su intención; y, además, no están dispuestos o no pueden formular una declaración aclaratoria que precise las incertidumbres que su lectura despierta, deben entrar a tallar los jueces o árbitros, para resolver, aplicando las normas legales dictadas al efecto, la discrepancia que queda así sometida a su juzgamiento.

Las reglas aplicables son, básicamente, las que obligan a una lectura del contenido de la declaración, dentro de su contexto, es decir, interpretando las cláusulas las unas por las otras, dando a cada una el sentido que resulte del acto entero (artículo 1161). Según esta regla, se debe interrogar al conjunto del contrato y a cada cláusula como parte de ese conjunto y establecer las relaciones que unen a las cláusulas entre sí y cada cláusula con el todo, a lo que se llama interpretación interdependiente. La regla obliga a no tomar en consideración palabras o frases aisladas, sino la totalidad de la declaración. Esta es norma aplicable en el derecho comparado, porque la mayoría de las legislaciones la contienen: el *Code*, en el que se origina, tomó la regla del Digesto de Justiniano, que el gran tratadista Pothier copió. De allí saltó a los Códigos inspirados por el *Code* y hoy es precepto de aplicación generalizada en el tema de la interpretación del acto. Seguidamente, hay que someterse al dictado de lo que se conoce como el principio de la productividad jurídica, que ordena ante una expresión que puede tomarse en dos sentidos, darle el sentido según el cual la expresión deba producir

algún efecto, antes que ninguno (artículo 1157). La razón de esta regla descansa en la utilidad social que reclama una interpretación que favorezca la validez del acto con desprecio de aquella que se dirija a su invalidez. Esta regla es también de aplicación casi unánime en la legislación comparada y tiene el mismo origen antes explicado, al que debe su ubicación en el *Code*. Seguidamente, hay que dar a una expresión que puede entenderse en dos sentidos aquel que conviene mejor a la materia del contrato, por su razonabilidad (artículo 1158). Esta también es regla de general buen sentido que la gran mayoría de los Códigos incorporan.

En el proceso interpretativo, cuando la declaración no es suficientemente clara luego de aplicados los criterios antes enunciados, por el lenguaje equivoco u oscuro que en ella se aloja, es decir, cuando no se le puede develar mediante una interpretación literal de sus términos y demás recursos que la ley dicta, instrumentados de la manera antes expuesta, es menester acudir complementariamente a las circunstancias extrínsecas en que la declaración se produjo. Ello conduce a averiguar el comportamiento cabal del declarante o declarantes, es decir, los hechos en los que participó —las circunstancias en que se produjo la declaración—, tanto anteriores, como coetáneos e inclusive posteriores a la manifestación de su voluntad. Ellos ayudan a explicar el clima dentro del cual la declaración se emitió y a establecer su probable sentido, que la literal acepción de las palabras mal empleadas no permite. La interpretación efectuada así, en concreto, se debe valer de los datos que ofrecen las circunstancias en que la declaración se desprendió de su emisor para, a través de esos mensajes, entender mejor su contenido volitivo. La declaración de voluntad no debe ser juzgada separada de los concretos objetivos, fines e intenciones de las partes. No es necesario ni aconsejable concentrar la atención en la declaración en sí misma y excluir las circunstancias que la envuelven. Un intérprete acucioso no puede contentarse con esta estrecha operación. Porque, a menudo, la voluntad se hace patente en la declaración en cuanto se le coteja, asocia o conecta con la conducta observada por el declarante o declarantes y de las circunstancias que la promovieron. Así, ayuda a descubrir qué fue aquello que inicialmente se entendió que la declaración contenía o expresaba, así no fuera por las palabras, porque estas pecan de confusas u equívocas, de lo que se llama su espíritu, es decir, la intención que se buscó plasmar en ellas.

Es perfectamente lícito, pues, que el intérprete eche mano de otros datos circundantes, particularmente emanados de las mismas partes, que aunque no son la declaración en sí misma, tienden a explicarla. Estamos pensando en el valor indiciario que tienen ciertos documentos, como comunicaciones intercambiadas, proyectos propuestos durante las tratativas, otras declaraciones emitidas a propósito y, finalmente, la propia ejecución del acuerdo apenas cerrado, que revela con la frescura de la inmediatez y la ausencia de premeditación, cómo entendieron las partes el contenido de la declaración, más allá del significado literal de las palabras que utilizaron para ello. Todo este proceso es una cuestión de apreciar, en su integridad, los hechos que rodearon a la

emisión de la declaración como una forma de hurgar en la intención que la animó, a modo de interpretación auténtica.

Es fácil advertir cómo esta operación, que es propia de la interpretación del acto de voluntad, sería extraña e inconducente si la materia que se debe interpretar fuera una ley o una sentencia judicial, donde la operación interpretativa es circunscrita; o sea, basta concentrar la atención en el propio texto normativo, en el significado de las palabras como la manera correcta de establecer su recto sentido, con arreglo a las reglas de la lógica y a otros instrumentos que la apoyan, como el gramatical, el histórico y el sistemático. La analogía, que es un método admitido en la interpretación de los textos legales, no lo es en la interpretación del acto de voluntad. La interpretación de la ley es objetiva; la del contrato, además de ello, se dirige a aclarar cuál es la voluntad concreta de las partes, lo que a veces no fluye de la declaración sino de un comportamiento o conducta expresiva, del conjunto de circunstancias que revelan la voluntad, cosa que jamás ocurre en la interpretación del texto legal. La declaración de voluntad negocial es, así, única e irreducible: vale por la voluntad que se desprende de la declaración, apreciada dentro de su contexto, que no puede asimilarse o explicarse por el contenido de otros actos, aunque pertenezcan a su mismo tipo negocial y hayan sido fraguados en el mismo medio social.

A continuación, hay que apelar a las normas legales supletorias, cuando las previas operaciones hayan sido ejecutadas, normas que pueden estar en la ley o, a falta de estas, en las costumbres. Por último, cabe apelar a la equidad, que recomienda que, en caso de duda, habrá de estar contra el estipulante y a favor del que ha contraído la obligación, el deudor. Esto último se explica porque, en general, es el acreedor quien está en posición más firme de dictar el régimen, pues el deudor es, de ordinario, la parte más débil de la relación de obligación.

La operación conduce, una vez establecidos los hechos, a precisar el sentido de la declaración, es decir, cuál es la voluntad que razonablemente esta expresa. A la voluntad o intención se le descubre por medio de la declaración, desde que esta última es el medio usado para exteriorizarla.

Explicado el presumible sentido integral de lo declarado, finalmente, debe fluir de él sus alcances legales, vale decir, el tipo de acto al cual corresponde la declaración: qué es aquella operación que las partes se propusieron. Surge entonces la necesidad de asignar una calificación jurídica a la declaración, adscribirla al prototipo de acto que mejor calza con el contenido que a la declaración le corresponde, previa comprobación de que reúne todos los elementos esenciales al tipo negocial en el que se inscribe. Así se sabrá, por ejemplo, si el acto celebrado es, en realidad, un arrendamiento o un usufructo, un depósito o un comodato, independientemente de como lo llamaron las partes; si es un acto sujeto a modalidades, ya sea a condición o a plazo y a qué tipo de modalidad y cómo esta influye sobre las obligaciones que contiene; en suma, establecer su verdadera naturaleza jurídica, porque en orden a ella tendrá el intérprete que

aplicar la reglamentación legal que corresponde al modelo del acto celebrado, reglamentación que la ley ya contiene y que sirve, además, para llenar los vacíos que la declaración haya dejado sin colmar, para lo cual existen en el ordenamiento normas destinadas a suplirla en aquellos aspectos que la declaración no abarcó.

Desde luego, no cabe integrar los efectos del acto mediante la aplicación de normas supletorias cuando la voluntad expresada en la declaración ya se ocupó de ello. Las normas legales no desplazan a las estipulaciones voluntarias sino cuando son imperativas y la estipulación se les enfrenta. Esta etapa de la calificación jurídica, en que desemboca el proceso interpretativo descrito, sirve también para decidir si el acto reúne sus elementos constitutivos esenciales, en cuyo caso será lícito y surtirá los efectos que el pacto se propone y la ley le atribuye; o no los reúne, en cuyo caso será ilícito e impotente para producirlos.

En cuanto a la interpretación de la voluntad, es necesario delimitar el concepto de lo que se conoce en la doctrina como interpretación integradora. Dentro de una concepción subjetiva de la interpretación, como la antes descrita, que se propone reconstruir la voluntad en su expresión concreta, esta se desprende de las circunstancias especiales en las que se le emitió. De este análisis debe brotar cuál es la voluntad contenida en la declaración. La integración se da cuando, en la declaración, falta un aspecto acerca del cual la voluntad debió pronunciarse. Para eso existen las normas supletorias que la ley tiene formuladas con el propósito de que el acto no quede inconcluso en sus efectos, es decir, que cuaje debidamente la situación jurídica que está destinado a crear. Las normas supletorias actúan llenando las lagunas e integrándose a la declaración que queda así redondeada y completa, susceptible de producir las consecuencias legales que le son típicas. Pero el intérprete no debe ir más allá. No debe, bajo el pretexto de integrar la declaración para completarla, según el esquema ideal objetivo que se haya formado de ella, suponer, asumir o presumir que el agente debió formular otras declaraciones o incidir en otros aspectos que atañen al contenido del acto, porque ellas pueden aparecer como congruentes o implícitos en el fin práctico que, según su criterio, cabe asignarle. Se corre el peligro de que el intérprete se pueda convertir —en práctica que debe condenarse, porque distorsiona y extralimita su función—, en coautor del acto, para integrar al contenido de la declaración que interpreta proposiciones extraídas de las canteras de su propia iniciativa, que no existieron en la voluntad del autor ni están previstos en la reglamentación supletoria que la ley provee para ello.

Al tratar el tema de la manifestación de voluntad, expresamos que existen situaciones en que entre la voluntad interna del sujeto y la manifestación externa de esa voluntad se produce un conflicto, de modo que la manifestación no refleja la voluntad subjetiva de aquel que la emite. Ello ocurre de modo inconsciente o no deliberado, lo que distingue este supuesto de toda la gama de declaraciones no serias de la voluntad o de la reserva mental o de la simulación, en las que la disconformidad entre la voluntad y su manifestación es intencional.

Hay que partir del supuesto de que toda declaración de voluntad coincide con la voluntad del sujeto que la emite. Ocasionalmente, empero, alguna circunstancia no querida hace que se quiebre esta coincidencia y que, como consecuencia, lo declarado difiera de lo que se quiso declarar, lo que produce una situación de inconsistencia entre ambas. Ello ha preocupado y dividido hondamente a la doctrina civilista, que se ha esforzado, en primer lugar, en aportar argumentos para destacar la primacía de la voluntad o de la declaración o de una sobre la otra y, más adelante, en buscar fórmulas de entendimiento para conciliar criterios y conseguir una racional elucidación del problema. Superado el criterio romano de apego sistemático a la forma, aceptadas las tendencias que bogaban por la espiritualización del derecho, se tropezó con el arduo problema, que el Derecho Romano antiguo había evitado, de casos en que la voluntad interna del sujeto, que debía exteriorizarse para que fuera conocida, por la dificultad inherente al medio de plasmar en palabras exactas el pensamiento que la animaba, producía una desacuerdo entre ambas, o sea entre la voluntad pensada y querida y la declaración mediante la cual se le hacía socialmente conocida. Para resolver el conflicto que se suscitaba entre lo que se quiso declarar (la voluntad que subyace en toda declaración) y lo que se terminó declarando (la declaración ya desprendida de sus autores y objetivada), se han propuesto diversas teorías, todas las cuales constituyen patrones más o menos unilaterales que pretendieron imponerse como criterio rector en el proceso de interpretación de lo que debe constituir la voluntad jurídicamente relevante.

2. TEORÍA DE LA VOLUNTAD

Fue difundida por los juristas franceses y por el *Code* y recibió la acogida, al menos en su expresión literal, del Código Civil alemán de 1900. Numerosos códigos la han proclamado y tiene el favor mayoritario de la legislación comprada, aunque con atenuaciones. Consiste en sostener que la voluntad interna y subjetiva es la real y debe prevalecer sobre la voluntad declarada cuando existe discrepancia inconsciente entre ambas. La declaración, sin el soporte de una voluntad correspondiente, no es más que una máscara, un cuerpo sin alma. La declaración es un mero instrumento al servicio de la voluntad. Por consiguiente, hay que penetrar en la intención para encontrar el verdadero sentido de lo que se quiso; si falta la voluntad efectiva de la persona o esta ha sido distorsionada por la declaración, el acto jurídico es nulo, igual que si hubiera faltado la voluntad misma porque la declaración en verdad no la contiene. Cuenta esta teoría con la firme e inveterada tradición latina, que ve en ella el triunfo del pensamiento espiritualista en el derecho occidental, contra el formalismo romano; fue la idea que determinó la aparición de los contratos consensuales y de los pactos pretorianos, que liberó a la voluntad privada de la hegemonía de las solemnidades; fue la idea que inspiró la necesidad de penetrar en las condiciones físico-psíquicas de los agentes y de

sus procesos volitivos y dio lugar a las incapacidades y a los vicios de la voluntad, como elementos perturbadores de los resultados jurídicos. La afirmación del predominio de la voluntad real sobre su expresión material deriva directamente del postulado de la autonomía de la voluntad y de su trascendencia en los efectos que los actos jurídicos están llamados a realizar como fuente y sustancia de relaciones jurídicas. Los corolarios de la teoría surgen naturalmente: no hay acto jurídico sin una voluntad real que lo sostenga. La declaración que no refleja la voluntad debe ser descartada, por aplicación de los diversos esquemas que defienden a la voluntad, frente a procesos que la desvirtúan o aniquilan, como los vicios del consentimiento. En suma, siempre que quede establecida la discrepancia entre el tenor literal de la declaración y la real intención de los agentes, esta última debe ser preferida por el intérprete.

3. TEORÍA DE LA DECLARACIÓN

De elaboración más moderna, basada en las enseñanzas del jurista alemán Danz en el siglo XIX, la teoría de la declaración sostiene lo opuesto. La voluntad interna, por sí misma, no tiene significación jurídica. Por lo tanto, el derecho debe tener en cuenta exclusivamente la voluntad que se infiere de su manifestación, que es un fenómeno del mundo exterior. El jurista Leon Duguit (1912: 83 y ss.) critica la teoría de la voluntad en estos términos:

[Aunque] seguramente representa un progreso con relación al formalismo del derecho romano, y los autores del *Code*, absolutamente impregnados de individualismo, se hallaban de tal modo penetrados de la importancia del principio que cometieron el grave error de admitirlo, aun en la transmisión de la propiedad, para la creación de los derechos reales y de no establecer la publicidad de esos actos como condición de su validez. Todo el derecho moderno, por el contrario, se revuelve contra el principio así comprendido. Para la transmisión de la propiedad y la constitución de derechos reales, en todas partes se organiza un sabio sistema que hace de ellos actos verdaderamente sociales. El derecho moderno tiende ahora a admitir cada vez más que, lo que produce el efecto de derecho, no es, no puede ser el acto interno de la voluntad, sino la manifestación exterior de la voluntad, su declaración. Es esta también una consecuencia directa de la socialización del derecho. Mientras no se ha visto en el derecho objetivo más que la protección del sujeto de voluntad que supone cada individuo humano, el acto jurídico era esencialmente el acto de voluntad interna del sujeto de derecho y ese acto de voluntad interna era lo que el derecho protegía. Pero, desde el momento que se admite que la situación de derecho no tiene valor más que cuando corresponde a un fin social, que toda la fuerza del derecho no tiene sentido sino en la medida de que tiene un fundamento social, no puede nacer más que de un acto que por sí mismo tenga carácter social; no puede, pues, resultar más que de un acto de voluntad externa, porque, en tanto la voluntad no se haya manifestado al exterior, es de orden puramente individual; no llega a ser un acto social más que por su manifestación. He ahí por qué el derecho

moderno tiende cada vez más a proteger solo la voluntad declarada. No exige que se manifieste de una forma determinada, verbal o por escrito. Exige solamente que haya sido expresada, y en una forma cualquiera. No sería exacto decir que tiende a no exigir más que la declaración, sin exigir detrás una voluntad real. Es preciso un acto de voluntad; no hay acto jurídico si no hay realmente voluntad. Pero a veces es más bien tácita que explícita; y el efecto de derecho parece referirse a un acto exterior más que a una volición interna. Supongamos que, en efecto, la voluntad real no coincide con la voluntad declarada; la parte en la cual existe una falta de coincidencia, ¿podrá obtener que el efecto de derecho producido sea aquel que realmente ha querido y no aquel que ha declarado querer? En el sistema tradicional y clásico esta prueba es posible. En el nuevo sistema de la declaración de voluntad, la parte no puede ofrecer esta prueba. Puede probar que no ha habido un acto de voluntad; pero no puede obtener el reconocimiento de los efectos que no ha declarado querer, aun cuando en realidad los haya querido. El Código alemán, parece llegar aún más lejos. Parece decidir que el declarante no puede intentar probar que en realidad no ha querido ciertas cosas comprendidas en su declaración, y que en principio la declaración entera producirá sus efectos. Esta solución parece desprenderse del artículo 116 que dice que la declaración no es nula por el solo hecho de que el declarante se reserva secretamente el no querer lo declarado (reserva mental). El fundamento del acto jurídico, lo que preside su nacimiento y da la medida de su alcance, es la declaración del agente y no la voluntad que esta declaración deba traducir. No se tiene en cuenta la voluntad sino en tanto que se manifiesta al exterior bajo la apariencia de una declaración; de esta declaración es lógico deducir siempre la existencia de voluntad y darle los mismos efectos que la voluntad que ella debe cubrir, existan o no realmente. El juez debe dedicarse a descubrir no lo que el declarante ha querido en su fuero interno sino lo que la declaración autoriza a creer que ha querido. Con esta noción, la teoría clásica del error y de sus consecuencias desaparece; sin duda, el error podrá tener consecuencias pero se aprecian de muy diferente manera. Dereux dice con razón: en lo que se declara no hay que distinguir lo que es la causa, cualidad substancial, motivo; todas estas distinciones, que descansan en sutiles análisis de la voluntad han sido suprimidas; desde el momento en que el error recae en un hecho declarado y es bastante importante para haber determinado el consentimiento, el acto es anulable. Y Saleilles añade: el criterio que permite saber si el error será tomado en consideración, no se infiere de la voluntad interna que precede al acto de declaración sino del hecho exteriormente perceptible de la declaración; así, el índice de la importancia del error está substraído al mundo oscuro de los pensamientos íntimos de aquel que se ha equivocado y se manifiesta a la clara luz del mundo exterior y sensible. Y Meynial ha podido decir: lo que domina en las tentativas a que se ha hecho alusión, es que tienen por fin y por resultado restringir en una medida más o menos grande la autonomía del individuo.

Ambas teorías, como se colige, persiguen cautelar intereses jurídicos distintos. La teoría de la voluntad busca subrayar la libre determinación del individuo y proteger su decisión volitiva, en que se funda la relevancia jurídica del acto. Privilegia al emisor de la declaración contradictoria. Es una teoría individualista o, si se quiere, voluntarista. La

teoría de la declaración, en cambio, hace predominar el principio de la seguridad del tráfico, la certeza en las relaciones jurídicas, el respeto por la palabra empeñada. Prefiere tutelar el interés del receptor de la declaración contradictoria. Es una teoría en la que predomina la idea de la función social del derecho.

El carácter absoluto y el extremo irreconciliable de las posiciones expuestas ha originado que la doctrina y la jurisprudencia se esfuercen en buscar fórmulas que atenuen sus dogmas respectivos e inclusive que las conjuguen articulándolas.

4. TEORÍAS DE LA RESPONSABILIDAD Y DE LA CONFIANZA

La teoría de la voluntad es moderada mediante la teoría de la responsabilidad, formulada por Von Ihering a partir de la teoría de la culpa *in contrahendo*. Esta última proponía que, en un contrato nulo por culpa atribuible a uno de los contratantes, este era responsable frente al otro por el interés contractual negativo, o sea, aquellos daños que no hubiera sufrido de haber sabido que el acto sería nulo. Fue desarrollada por Windscheid. Según la teoría de la responsabilidad, el emisor de una declaración discrepante de su voluntad es el único responsable de esta discrepancia. Si por causa de la deficiente expresión empleada, la declaración no refleja la intención, se debe atener, según unos, a lo que la declaración expresa, como sanción por haber actuado el declarante con culpa al formularla o anular la declaración; y, según otros, con el consiguiente resarcimiento de los daños y perjuicios a cargo del declarante culpable.

De otro lado, la teoría de la declaración es atemperada por la teoría de la confianza o de la buena fe, que admite la preeminencia de la declaración aunque esta resulte disconforme de la voluntad real del emisor, pero solo cuando haya motivos para suponer que coincide con la voluntad interna y el receptor de la declaración actuó en la confianza de que la declaración reflejaba fielmente la intención, es decir, contrató en la buena fe o en la ignorancia de que alguna desinteligencia existía en quien la emitió y cifró en ella una legítima expectativa. De lo contrario, si conoció o debió conocer, actuando con diligencia, que la declaración que recibía discrepaba de la intención de quien la formulaba, actuó con culpa al no percatarse, y el acto deviene ineficaz.

Emilio Betti (1959: 253) explica que no es admisible situar a ambos componentes —voluntad y declaración— en una relación de oposición antitética sin establecer la diferencia de planos en que actúan, la voluntad en el plano subjetivo de los sujetos y la declaración en el plano social.

El método dominante en la práctica, que busca su expresión en los ordenamientos legales, muestra el concepto de la declaración de voluntad, como la síntesis de la voluntad y la declaración; en la declaración opera la voluntad. Si la supuesta voluntad interior puede ser fijada razonablemente en la declaración, con ello se obtienen, al mismo tiempo, el contenido y el sentido de la declaración, que determinan los efectos jurídicos. La voluntad real interior no puede operar si no es ubicable también en la declaración.

Las exigencias de superar las diferencias anotadas, que reposan en valores distintos pero respetables y necesarios, y que sus sostenedores, respectivamente, reputan preeminentes, requieren un esfuerzo de coordinación entre las teorías de la responsabilidad y de la confianza, para procurar una síntesis conciliadora que puede conducir a una formulación teórica. Esta formulación debe sostener que, en principio, el acto es válido si coinciden la voluntad real con la declarada; y también es válido, aunque haya discrepancia entre lo declarado y lo querido, sobre la base de lo declarado, si la declaración inexacta fue el producto del dolo o la culpa del declarante (su responsabilidad) y, además, el receptor de la declaración creyó de buena fe que la discrepancia no existía (su confianza) y la discrepancia, de admitirse, lo perjudicaría. Solo si se demuestra que el receptor de la declaración conocía o debió conocer que la voluntad estaba en desacuerdo con aquella, el acto debe ser condenado, porque no se le puede justificar en una declaración que ambos contratantes sabían discrepante de la voluntad real. El tratadista español Manuel Albaladejo (1961: 425) es el que propugna con mayor lucidez, entre los que hemos consultado, esta posición integradora. Esta posición no tiene por qué ser de aplicación uniforme a todos los actos, como lo sostenía León Barandiarán, que preconizaba la interpretación subjetiva para los actos *mortis causa* y la objetiva para los actos *inter vivos*.

Hay que tener presente que el declarante es quien persigue desvincularse de la relación establecida por la declaración que emitió, alegando que ella no recoge su verdadera voluntad. Es evidente que, de concretarse su aspiración, el otro contratante puede ver desvanecerse una relación con la que contaba, con los perjuicios consiguientes. Muy raro sería que no experimente ninguno, porque entonces no se entiende para qué celebró el acto.

Lo cierto es que tanto la voluntad, que es el nervio del negocio jurídico, como la declaración, que es su expresión social, son necesarias para que el acto produzca los efectos debidos.

5. LA INTERPRETACIÓN EN NUESTRO CÓDIGO

Nuestro Código del año 1852 legislaba sobre la interpretación contractual en el artículo 1277, que prescribía que «[...] para la mejor inteligencia o interpretación de las cláusulas dudosas de un contrato, debe investigarse cuál fue la intención de las partes al celebrarlo. Concurren al conocimiento de esta intención el sentido de las demás cláusulas del contrato, o de otros contratos semejantes celebrados por la misma persona; las costumbres del lugar, y todas las demás circunstancias que contribuyan al mismo fin». El Código de 1936, como ya advertimos, no contempló directamente el problema. En el artículo 1328, sobre disposiciones generales del contrato, sostenía que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos y que deben ejecutarse conforme a las reglas de la buena fe y común intención de las partes. La

Exposición de Motivos declara, paladinamente, que omitía fijar reglas para la interpretación porque las normas preconstituidas conducirían, en muchos casos, a aplicaciones contrarias a la justicia. Remitió el asunto a la jurisprudencia. Se ha dicho, por ello, que nuestro pasado Código adoptó una solución ecléctica, intermedia, pero equívoca y ambivalente. Por un lado, validaba la declaración y, por el otro, la intención. Frente al vacío que deliberadamente dejó en orden a la interpretación de los contratos —sobre los actos jurídicos no dijo palabra—, León Barandiarán intentó una explicación: en las relaciones entre las partes, debe prevalecer la voluntad sobre la declaración; si entran en juego derechos de terceros, estos deben interpretarse con arreglo a sus términos y no a la alegada intención real discrepante (1961: 17). Esto significa auspiciar, en buen romance, que una misma declaración de voluntad es susceptible de tener dos significados distintos dependiendo de la persona a la que se dirige, lo que no parece ortodoxo.

Sin embargo, los trabajos preparatorios del Código de 1936 no ignoraron el problema. Antes bien, le dieron la debida atención. El doctor Manuel Augusto Olaechea, ponente del Libro de Obligaciones y Contratos, presentó en el primer anteproyecto el artículo 13 que expresaba «en las declaraciones de la voluntad se atenderá más a su intención que al sentido literal del lenguaje». La ponencia expresaba, al fundamentar el texto, que, a imitación del artículo 85 del Código de Brasil, la formula es algo más que una regla de interpretación, porque confirma el principio espiritualista de que lo esencial de todo acto jurídico es la voluntad humana. El doctor Pedro Oliveira, miembro de la Comisión, acotó que «[...] la sabiduría de la formula brasileña no la negamos, por cierto. Ya las leyes romanas prescribían atender más a la intención de los contratantes que a las palabras en las que se había establecido», y añadía «que era evidente que aquella formula, dada su amplitud, se prestaría entre nosotros a toda suerte de abusos». El doctor Olaechea replicó en la siguiente sesión: «[...] permítaseme decir que la observación del doctor Oliveira al art. 13 del Anteproyecto carece de interés jurídico; algo más todavía: no la percibo. El art. 1156 del Código de Napoleón, como el art. 133 del BGB alemán y el art. 1156 del Código Federal de las Obligaciones de Suiza, emiten exactamente la misma regla de interpretación que consigna el anteproyecto». Aunque el doctor Oliveira reiteró su coincidencia con la formula del artículo 13, consideró que esta se manejaba con prudencia en el extranjero, pero que, entre nosotros, se podría prestar a abusos. El texto se mantuvo como artículo 10 en el segundo anteproyecto. Sin embargo, el proyectado artículo 10 fue eliminado de la versión final del Código, sin que quedara constancia de la razón de su supresión. Un enigma sin solución conocida, pero queda patente del debate que suscitó cuál era la orientación de que estaban imbuidos sus autores, aunque no pudieron desprenderse de ciertos temores acerca de cómo se aplicaría la regla por los jueces nativos.

En lo que respecta a la génesis del artículo 1328, sobre interpretación de los contratos, el doctor Olaechea sostuvo que los códigos más perfectos, como el alemán,

suizo, portugués y brasileño no incluyen en su articulado reglas sobre esta materia, sino que se entregan por entero al arbitrio judicial, que debe ser eminentemente objetivo y acomodado a las circunstancias y se reitera, en síntesis, que la regla sobre interpretación aprobada para los actos jurídicos bastaba. Ya sabemos que esta fue, a la postre, suprimida. La intención final fue no legislar y derivar el asunto a la jurisprudencia. El doctor Jorge Muñiz (1975) presentó una tesis sobre la interpretación de los contratos civiles en nuestro país en la que, a partir de varios ejemplos de jurisprudencia, muestra la informalidad, subjetivismo y falta de coherencia con la que los jueces del Perú hicieron uso del encargo que los legisladores les confiaron.

Nuestro actual Código establece que el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe (artículo 168). Al tratar de los contratos, que son una especie del acto jurídico, el Código reafirma que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarlo (artículo 1361). Si quien disputa la presunción, sosteniendo que la declaración discrepa de la voluntad, es exitoso en probarlo, debe entenderse que la declaración, en efecto, no refleja la intención. Si no la sostiene, el acto devendría en ineficaz.

El Código de 1984 se afilia, resueltamente, a la teoría objetiva en materia de interpretación, es decir, a un criterio mediante el cual se debe descubrir el significado de la voluntad del contenido de la declaración, asumiendo que esta constituye el reflejo fiel de la intención.

Es curioso que el Código haya optado por la teoría objetiva de la declaración, porque tanto el proyecto de la Comisión Reformadora como el llamado Anteproyecto Sustitutorio plantearon la solución contraria que, por otro lado, es la más reputada y difundida a nivel del derecho comparado. En línea con esta tendencia, que es la tradicional, la Comisión Reformadora de nuestro Código, instalada el 31 de mayo de 1965, propuso en 1975 (a sugerencia del doctor José León Barandiarán, a quien se encargó la redacción de esta parte del proyecto), el siguiente texto: «Si los términos de un acto jurídico son claros y no dejan dudas sobre la intención del agente, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente del agente, prevalecerá ésta sobre aquellas. Para determinar la intención del agente se deberá apreciar su comportamiento total, aun posterior a la conclusión del acto» (artículo 9). El mismo texto subsistía en el Proyecto de la Comisión publicado el primero de octubre de 1981.

El Anteproyecto Sustitutorio propugnó una solución similar, planteando que «Si las expresiones de un acto jurídico son claras y no dejan duda sobre la voluntad evidenciada del agente, se estará al sentido literal de ellas. Si se estableciera que las expresiones son contrarias a la voluntad evidenciada del agente, prevalecerá esta sobre aquellas. La prueba de la divergencia corresponde a quien la afirma. Para determinar la

voluntad evidenciada del agente se debe apreciar principalmente su personalidad y su comportamiento total, anterior, coetáneo y posterior a la celebración del acto» (artículo 19). Al fundamentar el texto presentado, sus autores expresaban, entre otras consideraciones, que «[...] la voluntad real del agente es principalmente la que resulta de los términos literales de la declaración, si ellos expresan con claridad el propósito del acto, pero dando preferencia a la voluntad real cuando las palabras sean contrarias a la voluntad que reflejan y ésta puede ser considerada como exteriorizada de algún modo en la declaración, principio que es esencial en el proceso interpretativo». Y añaden «Debe atenderse primeramente entonces, a la declaración pura, en la convicción de que constituye expresión del pensamiento. Si se acreditara que la formulación, en cambio, no se hizo en forma clara y precisa, prevalecerá la voluntad».

Finalmente, el proyecto de la Comisión Revisora de 1983 propuso el siguiente texto: «Los actos jurídicos deben ser interpretados en cuanto se haya expresado en ellos y se ejecutarán según las reglas de la buena fe y la intención de quienes lo celebraron» (artículo 23). La redacción fue ligeramente modificada y quedó con el texto definitivo siguiente: «El acto jurídico debe ser interpretado en cuanto se haya expresado en él y se ejecutará según las reglas de la buena fe y la intención de quienes lo celebraron».

Los proyectos de la Comisión Reformadora y el llamado proyecto sustitutorio, antes citados, expresan una adhesión, en principio, a la teoría de la voluntad, en caso de duda acerca del tenor literal de las palabras. En cambio, el proyecto de la Comisión Revisora, que presidió el doctor Javier Alva Orlandini, dio un giro sensible y se pronunció, sin medias tintas, por la interpretación objetiva, a base de la preeminencia de lo expresado en el acto, que prevalece sobre la intención. El Código, a tenor de los citados artículos 168 y 1361, opta por el predominio de lo expresado, vale decir, de la declaración, sobre lo querido, y establece inclusive una presunción de que lo declarado es lo querido, descargando en quien lo niegue la tarea de probar lo contrario.

De las fórmulas que utilizan los códigos civiles arriba citados, aparece una predisposición por la intención, en el eterno dilema entre voluntad real y declaración. Nuestro Código Civil, en cambio, opta por una neta posición objetiva, vale decir, en la confrontación ha de atenderse a lo expresado sobre la intención. Hay plena concordancia al respecto, entre el artículo 168 sobre acto jurídico, que expresa el género, y el artículo 1361 sobre los contratos, que es la especie. Pero el Código, como no podía ser de otra manera, atempera la rigidez del enunciado, introduciendo el elemento moderador de la confianza, porque no otro propósito puede tener la mención expresa del principio de la buena fe como calificador de la voluntad expresada. Se parte, pues, de la presunción de una declaración recibida en la creencia de su idoneidad como portadora de la voluntad real del declarante. A quien niegue la coincidencia, incumbe, además, la carga de la prueba en contrario: solo si tal prueba se produce, es decir, si el impugnante (la parte que puso la declaración en entredicho) demuestra que la discrepancia existe,

que no se debió a su culpa y que, además, el destinatario estuvo en aptitud de saberlo, este último no puede refugiarse en el principio de la confianza. Al carecer, por tanto, de buena fe, la declaración incongruente no se sostiene, es decir, el acto se convierte en ineficaz. De lo contrario, según nuestro ordenamiento, la declaración manda.

6. LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Los dos códigos civiles más influyentes acogieron la solución inversa. El *Code* con estas palabras: «En las convenciones se debe investigar cuál ha sido la intención común de las partes contratantes, más bien que atenerse al sentido literal de sus términos» (artículo 1156). El BGB, un siglo después, sostuvo que «Para interpretar una declaración de voluntad ha de investigarse la voluntad real y no limitarse al sentido literal de la expresión» (artículo 133).

La solución que propugnan otros códigos está en la misma línea. Así, el Código Civil de Italia de 1942: «Al interpretar el contrato se deberá indagar cuál ha sido la intención común de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras. Para determinar la intención común de las partes se deberá apreciar su comportamiento total, aun posterior a la conclusión del contrato» (artículo 1362). El Código Civil de España: «Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas» (artículo 1281). El Código Civil del Brasil: «En las declaraciones de voluntad se atenderá más a su intención que al sentido literal del lenguaje» (artículo 85). El Código Civil de Argentina, con la reforma de 1968: «Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión» (artículo 1198). El Código Civil de Chile: «Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras» (artículo 1560). El Código Civil suizo: «Para apreciar la forma y las cláusulas de un contrato hay que buscar la real y común intención de las partes, sin detenerse en las expresiones o denominaciones inexactas, de las cuales se han podido servir, sea por error sea por disfrazar la naturaleza verdadera de la convención» (artículo 18). El Código Civil de México: «Si los términos son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas» (artículo 1851). El Código Civil de Colombia: «Conocida claramente la intención de los contratantes debe estarse a ella más que a la literal de las palabras». El proyecto de su reforma de 1980: «En la interpretación del contrato se deben tener en cuenta la intención real de las partes antes que el sentido literal de las palabras. Para determinar la intención real de las partes se deberá apreciar su comportamiento total, aun el posterior a la conclusión

del contrato» (artículo 476). El Código Civil boliviano: «I) En la interpretación de los casos de los contratos se debe averiguar cuál ha sido la intención común de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras. II) En la determinación de la intención común de los contratantes, se deberá apreciar el comportamiento total de estos y las circunstancias del contrato» (artículo 510). El Código Civil de Cuba: «Cuando los términos de una manifestación de voluntad no son suficientemente claros, deben ser interpretados teniendo en cuenta la voluntad presumible del que la emitió, la significación generalmente aceptada de las palabras y las de más circunstancias concurrentes» (artículo 52). El Código Civil de Paraguay de 1988: «Al interpretar el contrato se deberá indagar cuál ha sido la intención común de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras» (artículo 708).

El Código expresa, además de la regla matriz antes comentada, el principio de que «[...] las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas» (artículo 169). Esta es una de las pocas normas sobre el tema bajo análisis que se encontraban en ambos textos preparatorios, el de la Comisión Revisora y el llamado Anteproyecto Sustitutorio, y que sobrevivió a la *razzia* de la Comisión Revisora. Así, su fundamento es muy sólido e inveterado, pues, como ya se explicó, emana del Digesto de Justiniano del siglo VI y de allí ha brincado a todos los códigos modernos que la utilizan por su indudable mérito.

El acto debe interpretarse como una unidad conceptual, aunque ella consista en una cadena de estipulaciones que conducen a esa unidad. Así pues, cuando el intérprete se enfrenta a su tarea, debe procurar establecer la unidad esencial, la finalidad central del acto, y de allí partir para dilucidar sus diferentes componentes orientados a la consecución del fin unitario atribuido al conjunto. Se estará, así, en una manera de interpretación denominada interdependiente, que excluye como irrazonable que un acto contenga estipulaciones contradictorias entre sí, porque ello no puede haber sido querido por los sujetos del acto.

La práctica nos enfrenta a veces a actos jurídicos complejos, en especial contratos, que en un mismo instrumento reúnen la solución o reglamentación privada de asuntos de índole muy diversa, aunque una finalidad esencial las integra. La transacción, por ejemplo, puede reunir, en un solo acto, las declaraciones de voluntad de varias partes cuyo objetivo es la terminación de controversias pendientes, la renuncia de iniciar nuevas, la determinación de indemnizaciones a pagar, la transferencia de bienes, la constitución de gravámenes, el otorgamiento de poderes, etcétera. Mediante ellos, se crean, regulan, modifican o extinguen relaciones diversas de aquellas que han constituido la materia controvertida, y el Código expresamente lo admite (artículo 1302). No deja, por ello, de ser, en esencia, un acto destinado a resolver todas las cuestiones de derecho que separan o enfrentan a las partes y la unidad del acto. Las nuevas relaciones que se crean, modifican o regulan por su virtud, deberían tener un

tratamiento acorde con su naturaleza por el intérprete. Al hablar de una unidad esencial, no se está despreciando actos que reúnan varias unidades esenciales, que bien pudieran regularse por separado, pero cada cuestión deberá recibir el trato acorde con la finalidad plural del acto realizado.

Si el examen del acto descubriera la existencia de alguna cláusula dudosa respecto del conjunto, es decir, que pueda ser interpretada en más de un sentido, se le deberá entender en el sentido más acorde con dicha unidad o inclusive despreciándola, en última instancia, si ello resulta racionalmente imposible. En síntesis, la regla postula el principio de que el todo prima sobre las partes y estas están subordinadas en su acepción a aquella que sea la más conforme con el todo.

Finalmente, el Código señala que: «las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto» (artículo 170). El vocablo «objeto» mencionado en la norma debe entenderse como equivalente a la finalidad del acto. Partiendo de la base de que el acto debe interpretarse según lo expresado en él, si las palabras empleadas tienen diversas acepciones o envuelven conceptos disímiles, debe atribuírsele el concepto o acepción que permita insertarla dentro del acto, según su naturaleza y finalidad. La norma, también inveterada y de uso generalizado, tiene el objeto de permitir al intérprete corregir, solo para efectos de interpretación, la redacción defectuosa o el impropio o poco certero uso del idioma.

El resto de las normas propuestas por la Comisión Revisora sobre la interpretación del acto fueron finalmente suprimidas y no constituyen, no obstante su bondad, reglas en las que el intérprete pueda basar su tarea, aunque no por ello haya que ignorarlas, pues son expresión de máximas que la doctrina ha decantado de una larga experiencia hermenéutica. Son pues instrumentos útiles al intérprete pero no pueden usarse como preceptos de aplicación necesaria.

CAPÍTULO XV

LA REPRESENTACIÓN

EL DERECHO PRIVADO MODERNO admite la representación directa en amplia medida. Hay quien ha sostenido que sobre la base de las nociones de la persona jurídica y de la representación se ha construido la prosperidad de las economías capitalistas contemporáneas.

Tan indispensable instrumento, que multiplica las posibilidades de obrar en la vida de relación, no fue conocido en el derecho romano antiguo, acaso porque no hubo necesidad práctica de inventarlo. En Roma, la regla era que quien actuaba experimentaba personalmente los efectos de sus propios actos. Lo contrario se estimaba una ficción inaceptable. Solo se suplía parcialmente la función que la representación hoy desempeña en virtud de la relación legal de subordinación que unía al padre, como soberano de la familia romana, con sus hijos y con sus esclavos. Estos no tenían peculio propio y todos sus actos repercutían directamente en el patrimonio del *pater*, que concentraba de inmediato, en su persona, los efectos de los actos practicados por sus *flii* o sus *servi* (primero solo los que podían beneficiarlo y luego, también, los que podían perjudicarlo).

Cuando el comercio cobra impulso y Roma ensancha sus dominios, la relación antedicha se muestra insuficiente, y late la necesidad de encontrar la manera de que alguien, que no sea hijo ni esclavo del principal o patrón, pueda obrar comprometiendo con su voluntad a este, que no tiene que estar presente cuando el acto se celebra. Se crea así la figura del *institor*, ciudadano libre que actuaba como un gestor de negocios ajenos y que, dentro del campo de sus atribuciones, podía obligar al *dominus negoti*, por cuya cuenta actuaba.

Ya en el derecho justinianeo, actuar por intermedio de otro, *per extraneam personae*, era admitido, bien a título de curador o tutor, o bien como *procurator*, nombrado por acto del principal para tal efecto, con amplias facultades, o para practicar un negocio singular. Pero el acto del procurador lo obligaba a él personalmente, aunque el principal tenía acción para reclamarle subsiguientemente el beneficio ganado, para lo que era necesario concertar otro acto que atribuyera los efectos del acto celebrado por el procurador al *dominus negoti*.

En la Edad Media, el derecho canónico sienta la regla contraria a la que regía en Roma, y surgen, derivados de la aplicación de los contratos a favor de tercero, textos canónicos que admiten el matrimonio por poder. Finalmente, los pandectistas, con Savigny a la cabeza, fusionan las reglas romanas bizantinas y el derecho consuetudinario germano, y plasman por primer vez en el BGB, con carácter de fenómeno singular, la idea de la representación y las vigas maestras sobre las cuales hoy se le conoce y disciplina.

I. CONCEPTO

La representación es un concepto jurídico-formal, que abarca toda forma de actuación en nombre de otro, cualquiera sea el fin y el interés en virtud del cual tenga lugar. Obrar en nombre y por cuenta de otro implica siempre practicar un acto cuyos efectos se van a dar en el círculo de un derecho ajeno. Quien declara su voluntad frente al tercero, y obliga de esta manera a su representado, se llama genéricamente representante. Precisa el representante, por tanto, de un elemento que haga aparecer justificada su intervención, de modo que el efecto inmediato de su declaración no va a ser absorbido por el propio declarante, como sería lo natural, sino que va a recaer en un patrimonio ajeno, el de la persona del representado. Solo en el caso de que se dé ese elemento jurídico justificante, que subyace como relación causal determinante del fenómeno de la representación, vista desde su lado interno, tiene el representante poder en sentido amplio y sus declaraciones encaminadas a vincularse con un tercero van a afectar directamente al representado.

Constituyen hechos causales sobre los cuales se basa la representación ciertas formas de administración de bienes en el orden familiar o por disposición legal, a las cuales el fenómeno está ligado, sin que medie un acto de voluntad privada que otorgue al representante poder de representar al dueño del patrimonio. A esta naturaleza corresponde la patria potestad, la tutela, la curatela, la administración del patrimonio de un quebrado, la representación del ausente, la representación que ejercen los socios colectivos en la sociedad comanditaria por acciones y los liquidadores de sociedades. Se trata, en general, de formas de representación judicial de los bienes comunes, todos las cuales reciben su autoridad de la ley. Los que la ejercen son, pues, representantes legales que la ley impone a ciertos incapaces o para cautelar los intereses económicos de las partes involucradas. A una categoría *sui generis* pertenece la gestión de negocios, en que la iniciativa de actuar en provecho de otro reside en el gestor, que está desprovisto de facultades de representación.

Una característica común de todas estas relaciones es que, en ellas, el poder para representar emana, de manera inmediata, de la ley, de allí que se hable de poder legal de representación en contraposición al poder voluntario de representación, resultado de un acto deliberado del representado. La representación, vista desde afuera, debe estar unida a una facultad interna de gestión de derecho material, que puede ser legal o voluntaria.

En el caso de la representación voluntaria, la voluntad del representado se manifiesta en el acto de apoderamiento. La doctrina lo considera como la faz interna de la representación, que une o vincula al representado con el representante por acto unilateral o en virtud de una relación contractual.

La declaración de voluntad del representante, premunido de poder, constituye el negocio principal representativo que celebra con un tercero y sus efectos se van a dar en la esfera jurídica del representado. A ella se la aprecia como la cara externa de la representación.

Ambos, el acto de apoderamiento y el negocio principal representativo (la cara interna y la cara externa del fenómeno), son actos jurídicos distintos e independientes, con sujetos distintos y un fondo volitivo también diferente. Sin embargo, se hallan estrechamente relacionados, por cuanto solo ambos reunidos pueden originar el efecto jurídico perseguido por el acto representativo.

La diferencia entre las dos clases de representación, legal y voluntaria, radica en la causa del poder de representación, que es importante en relación con los efectos del negocio principal representativo pero que en nada afecta a la naturaleza de la representación misma.

Antes del siglo XVII se consideraba a la representación desde el punto de vista de las relaciones causales que le sirven de base. De manera general y para evitar confusiones, llamaremos, a estas relaciones, actos de apoderamiento. En otras palabras, consideraremos la representación enfocando nuestra atención en su cara interna, de cuya relación nace el poder que liga al representado con el representante, quien se sometía, sencillamente, a las normas del acto encargado de regir esas relaciones. El negocio principal representativo (la actuación del representante con el tercero) aparece como la faz externa de la relación jurídica de la que surge. La extensión y duración del poder de representación que se ejercita por el representante para vincularse con un tercero viene a coincidir con el ámbito y la duración de la facultad interna de gestión que contiene el acto de apoderamiento.

La confusión provino de que, entre las diversas relaciones apropiadas para dar motivo a la representación, se eligió solo al mandato, y se encerró así a la representación voluntaria en el molde jurídico de dicho contrato. Obligación del mandatario proveniente del mandato y representación venían a ser elementos indispensables de toda relación de mandato, la primera como su cara interna y la segunda como su cara externa. Acto de apoderamiento y relación de mandato, representante y mandatario, eran en esa doctrina conceptos iguales; para ella, todo mandato implica una autorización para la representación, es decir, el poder se fundaba siempre y, de un modo esencial, en el mandato, y nacía y terminaba con él.

El Código prusiano dio a entender, por primera vez, que el mandato no constituye la única relación causal capaz de dar lugar a un acto de apoderamiento y al poder que de él nace. El primero que incidió en este concepto fue el ilustre Von Ihering, cuando

afirmó que la coexistencia del contrato de mandato, es decir, la relación causal que anida al acto de apoderamiento, y la representación, vista desde su lado externo, es algo puramente casual, habiendo mandatarios que no son representantes y, por el contrario, representantes que no tienen mandato alguno. Pero, al señalar como ejemplos de la última clase al tutor y al gestor de negocios, parecía que también él intuía que la causa legítima de la representación voluntaria era el mandato.

La necesidad de romper con este esquema surge del Código de Comercio alemán, que proclama una amplia independencia del poder respecto de las relaciones de gestión que le sirven de base. La doctrina comenzó a ver que no era posible considerar la representación simplemente desde su lado interno, que une al representante con el representado, ni el poder de representación que autoriza al representante a actuar con terceros como un efecto exterior del contrato de gestión. Más bien, uno y otro —negocio principal representativo o mediante representación, como *faz externa* que constituye su función última, y poder de representación, como relación interna justificante— constituyen los elementos de una relación jurídica especial, que podríamos calificar de triangular, porque, de alguna manera, liga a tres partes, y que está dotada de base propia y de peculiares efectos.

Se debe al jurista Laband hacer,¹ por primera vez, la distinción conceptual entre mandato (usado este concepto, en sentido amplio, como contrato de gestión, mandato propiamente dicho, arrendamiento de servicios, locación de obra, sociedad, etcétera) y acto de apoderamiento que configura un poder. Pueden coexistir, afirma, pero ello es algo accidental y no necesario, porque, por un lado, pueden concertarse mandatos que no faculten al mandatario para una representación propia, como sucede en los casos típicos del comisionista o agente, y, por el otro, pueden haber poderes surgidos de actos de apoderamiento que son independientes de la existencia de un mandato, como sucede en los poderes delimitados por la ley al socio con responsabilidad personal o al director (gerente) de una sociedad anónima. De lo anterior se deduce que el contrato de mandato y el poder de representación que emana de un acto de apoderamiento que no es un mandato no son una misma relación jurídica sino dos relaciones jurídicas diversas entre sí. Ellos se basan en supuestos diferentes y tienen contenido y efectos diversos, que únicamente coinciden de hecho en muchos casos.

Windscheid y Laband² opinan que el mandato es un contrato productor de obligaciones y derechos, lo que significa que mandante y mandatario deben o están obligados a hacer algo, mientras que el poder puede nacer de un acto unilateral y supone que un sujeto, el representante, recibe la potestad o autorización para hacer algo, pero

¹ Lo hizo en una monografía publicada en 1966.

² Citados en Diez-Picazo 1979, que, conjuntamente con Hupka 1930, son obras de consulta indispensable acerca del tema tratado.

no necesariamente la obligación de hacerlo. El mandato es un contrato que crea una relación obligatoria entre mandante y mandatario, mientras que el poder designa la posición jurídica del representante contemplada desde las facultades de que está investido, que le permite relacionarse jurídicamente con los terceros que contratan con él. Finalmente, cabe un mandato sin poder —como cuando el mandatario actúa en su propio nombre— y un poder sin mandato, cuando el acto de apoderamiento no fluye del antedicho contrato. Mientras el mandato expresa una obligación del mandatario y constituye para este una necesidad de obrar, el acto de apoderamiento no es otra cosa que el consentimiento antelado que presta el representado para que la representación que ejerce el representante surta efecto en aquel.

El mandato no es, pues, necesario para la facultad de representación. Lo decisivo es el poder, que se confiere por un acto de apoderamiento que puede nacer de un acto unilateral tanto como de un contrato consensual y cuya revocación puede ser también unilateral en un caso y consensual en otro.

Los efectos de la concepción moderna de la representación no son solo una emanación de la relación jurídica interna del acto de apoderamiento, ni se fundan en el hecho de que el negocio principal representativo con el tercero se haya realizado por cuenta del representado, sino en el hecho de que, con voluntad suya, expresada en el poder, se ha realizado por el representante, en su nombre e interés. Por el contrario, si el representado ha dado a conocer que no quiere entrar en relación jurídica con el tercero mediante el negocio encomendado a su representante, no puede atribuirse al mandatario poder de representación. Laband declara que donde hay un mandato para celebrar negocios en nombre del mandante ni siquiera puede hablarse de mandato calificado o de mandato con facultad de representación sino, solamente, de concurrencia de un mandato con un poder. Por tanto, en ningún caso refiere el poder de representación al mandato sino, siempre, al acto de apoderamiento, que en su teoría aparece como algo esencialmente distinto. Se fundamenta, de esta manera, la separación conceptual entre facultad interna de gestión o acto de apoderamiento y poder externo de representación, que se manifiesta en el acto representativo.

Los actos de disposición referidos a una esfera de derecho ajena requieren siempre de una autorización de parte del titular, del representado, salvo en los casos en que se le atribuya al representante esta facultad por el derecho. Los actos que práctica el representante con terceros son realizados en nombre propio o en nombre de este. Solo cuando la actuación es de esta última clase, tenemos una representación en sentido técnico: acto que debe estar basado en un acto de apoderamiento que contiene el poder necesario para que el representante ejerza una representación eficaz. Concebido en este sentido, la representación no se identifica con el mandato como creía la antigua teoría, ni la diferencia que lo separa de él es solo una diferencia de grado: mandato y representación no son términos sinónimos ni opuestos sino las denominaciones de dos relaciones diferentes entre sí.

Si advertimos que la representación externa puede darse causada por las más diversas relaciones contractuales, no solo por el mandato sino por el arrendamiento de obras, la prestación de servicios y el contrato de sociedad, entre otras relaciones; que, además, su ámbito excede a veces de la medida y condiciones de la facultad interna del representante, creada por el contrato; que, asimismo, puede sobrevivir a la relación contractual y, a la inversa, puede extinguirse subsistiendo esta; y que, finalmente, puede nacer sin estar unido a relación contractual alguna, el concepto del poder y su referencia a un acto de representación conceptualmente autónomo se presentan como una necesidad ineludible.

El BGB fue el primero en separar el poder de las distintas relaciones de gestión, especialmente del mandato, dando al poder la colocación que le corresponde, es decir, ubicándolo en la figura autónoma de la representación, en la Parte General del Código.

Nunca son la misma cosa, la voluntad de apoderar, contenida en el acto de apoderamiento del cual emana el poder, y la voluntad contractual, declarada hacia afuera, por el representante premunido del poder que cuaja en el negocio principal que se pacta con el tercero. Mientras la voluntad contractual manifestada por el representante en nombre del representado va encaminada a la creación de un negocio principal, del cual es efecto la realización inmediata de una concreta modificación de derechos de este último, el poder en sí no contiene disposición inmediata alguna del poderdante sino, solamente, el consentimiento para los actos jurídicos que después haya de realizar el representante en su nombre.

Si yo autorizo a alguien a contratar en mi nombre, no soy yo quien va a formular la oferta o emitir la aceptación, sino que declaro que estaré conforme con la voluntad de concertar el negocio principal que emita mi representante; y esta es la función final de la representación en el ámbito social. Querer que un contrato se celebre y celebrar un contrato son cosas completamente diferentes. Solo cuando doy a otro el encargo de comunicar ante el tercero, formulada por mí y determinada de antemano, una declaración constitutiva del acto, soy yo mismo quien concluye el acto por intermediario, al que no cabe calificar de representante. La representación, por el contrario, es consentimiento para que otro, el representante, por su declaración contractual, cree para mí derechos y obligaciones. En el primer caso, soy yo el sujeto de la actuación personal; en el segundo, mero receptor de sus efectos, es decir, parte.

No es necesario que la voluntad del representado al otorgar el poder esté dirigida a la conclusión inmediata de un acto concreto. El acto de apoderamiento o poder no es ni la voluntad acabada, ni la declaración contractual principal en potencia; es un acto jurídico con propio contenido volitivo y distinto, esencialmente, del negocio principal representativo que se celebrará, generalmente más adelante, por el representante con un tercero. Solo el representante tiene la potestad de ligarse legalmente al tercero, y el representado no hace sino dar su consentimiento anticipado a los actos del representante que le afectan. Hay una diferencia intrínseca que separa la voluntad del acto

de apoderamiento y del poder que de él surge de la voluntad del representante determinante del acto jurídico principal que celebra con el tercero. El representante, y solo él, formula y declara la voluntad de realizar el acto jurídico con el tercero. Y cuando lo hace en nombre de su representado, surge de inmediato el vínculo entre el representado y el tercero, y el representante, cumplida su función, ejercido el poder dentro de sus atribuciones, desaparece de la escena.

El acto de apoderamiento no tiene que contener, con arreglo a lo dicho, la voluntad determinante del acto jurídico principal. La voluntad de dar nacimiento al acto principal existe siempre, en última instancia, en el representante; el poder es solamente la condición y el límite para la eficacia de esa voluntad. De este modo, los efectos del acto principal o representativo se hallan bajo el imperio de dos voluntades, pero estas no se reúnen en un acto de voluntad unitario, sino que se producen de dos actos jurídicamente independientes. Es el representante quien concluye el acto principal o representativo cuando se trata de la representación directa o propia; el acto de apoderamiento es un acto independiente, generalmente previo, situado fuera del acto principal.

La representación exige capacidad natural en el representante, la que le permite deliberar y decidir la celebración del acto principal. La capacidad jurídica del representado, por su parte, es condición previa de todo otorgamiento válido de poder y, a través de él, requisito para la eficacia del acto principal. La capacidad de ser titular de los efectos perseguidos con el acto principal es solo necesaria en el representado, toda vez que dichos efectos han de darse en la esfera jurídica de este y no en la del representante.

Expuestas estas consideraciones preliminares acerca de la naturaleza jurídica de la representación, como fenómeno que enlaza al acto interno de apoderamiento con el externo, mediante el cual el representante, en ejercicio del poder recibido, concluye el acto principal con el tercero, al actuar en nombre de su representado, hay que decir que, entre las novedades del Código que nos rige, está el haber legislado sobre la representación en el Título III del Libro correspondiente al acto jurídico.

El Código Civil de 1852 enunció el principio de la representación al tratar de los contratos, manifestando que el consentimiento puede también expresarse por medio de una persona autorizada por el contratante o por un gestor de negocios que se haya encargado, bajo su responsabilidad, de los asuntos de aquel (artículo 1245). El Código de 1936 lo trató absorbido dentro del contrato de mandato, a continuación del cual trato la gestión de negocios, «por su palpante afinidad con éste y por haberse suprimido la inexacta categoría de los cuasi contratos». El Código vigente dedica 23 artículos al tema, es decir, casi la cuarta parte de las normas que se incluyen dentro del respectivo libro. Ello revela la importancia que se ha atribuido a este asunto, que no fue objeto de un tratamiento orgánico dentro del Código anterior, en el que se le trató de modo disperso y fragmentario, como derivación de figuras de representación legal,

como la patria potestad, la tutela o la curatela, por ejemplo, o con ocasión de la representación voluntaria, con el contrato de mandato, el albaceazgo y la muy especial de la gestión de negocios.

Cabe anotar que tanto el mandato como la gestión de negocios estaban legislados como contratos en el Código anterior. El actual, con mayor propiedad, aloja a estas dos formas de representación voluntaria en el libro del Código Civil que trata de las Fuentes de las Obligaciones, pero en forma y secciones distintas, porque mientras al mandato se le considera como una de las modalidades del contrato de prestación de servicios, la gestión de negocios no es propiamente un contrato sino uno que nace de la voluntad unilateral del representante y está tratada en una sección autónoma de este libro. Al disciplinar el contrato de mandato, el Código distingue las modalidades en que puede darse la relación entre mandante y mandatario (sin representación o con representación).

Al mandato con representación, le son aplicables, por remisión, las normas del Título III (artículo 1806), por tratarse de materias comunes.

Cabe precisar que la representación que el Código legisla en el libro que dedica al tratamiento del acto jurídico es la representación voluntaria para practicar actos *inter vivos* de la persona natural o jurídica dotada de capacidad de ejercicio.

La persona jurídica ejerce sus atribuciones a través de sus órganos. La persona jurídica no carece de capacidad de ejercicio, como un párvulo o un demente. Actúa por medio de sus órganos de gobierno corporativo, como la persona natural se expresa a través de los suyos. La decisión que adoptan los órganos de la persona jurídica constituye la decisión de dicha persona jurídica. La ejecución material de la decisión adoptada se hace mediante representante, que en definitiva es una persona natural. La persona jurídica también puede actuar por medio de representación, otorgando a personas distintas el poder correspondiente, si para ello se encuentra facultada.

La representación voluntaria para ejecutar las disposiciones testamentarias, el albaceazgo, es tratada por el Código en el Derecho de Sucesiones (artículo 778).

El acto jurídico nace con la declaración de voluntad de un agente capaz, sobre un objeto de contenido posible, con una finalidad lícita y guardando las formas que la ley exige o no prohíbe. Sin embargo, la existencia y reconocimiento de actos jurídicos en los que el agente capaz no actúa personalmente, sino que un representante lo hace por él, tienen el particular resultado de que, no obstante que la declaración de voluntad no la hace el agente sino otra persona, llamada genéricamente representante, los efectos de dicha declaración de voluntad se producen directa e inmediatamente en la esfera de los derechos del representado, como si él hubiese intervenido.

La representación es un capítulo de la teoría del acto jurídico que se dedica a instrumentar las diversas formas en que se puede realizar un acto mediante la actuación de persona ajena. Pero la representación como fenómeno jurídico trasciende el derecho privado y tiene un contenido mucho más amplio, pues pertenece a la teoría general del derecho y tiene diversa y vasta aplicación en el derecho público, en el que

nos tropezamos con ella en el derecho constitucional, en el derecho administrativo, en el derecho laboral, en el derecho concursal y en los derechos procesales, para citar los más caracterizados.

Nuestro Código Civil, como le corresponde, trata a la representación como se le entiende y aplica en el derecho privado, y principalmente en su versión de emanar de un acto voluntario de una persona capaz que opta por actuar a través de otra persona, cuando puede hacerlo directamente.

El efecto característico de la representación es, en consecuencia, admitir la validez de actos jurídicos en los que existe una distinción entre el sujeto que hace la declaración de voluntad, llamado representante, y el sujeto sobre quien recaen los efectos del acto surgido de la declaración de voluntad del representante, llamado representado. A esta figura alude el Código cuando dispone que el acto jurídico, celebrado por el representante, dentro de los límites de las facultades que se le hayan conferido, produce efecto directamente respecto del representado (artículo 160).

Nicolas Coviello (1938: 431) define la figura en los términos siguientes: la representación importa la substitución de una voluntad a otra en la conclusión de los negocios jurídicos, de modo que los efectos del negocio se verifican inmediatamente en favor o en contra no del que lo ha efectuado sino de aquel en cuyo nombre e interés se ha celebrado. Entre nosotros, Susana Zusman y Manuel de la Puente (1980: 50) lo definen de este modo: «[...] es la substitución que la ley faculta, de la voluntad de una persona llamada representado, por la voluntad del otro llamado representante, por la cual los efectos de la declaración del representante o la recepción de voluntad ajena no recaen en la esfera jurídica del representante sino del representado». Nótese que en ambas definiciones, separadas entre sí por cincuenta años, se emplea el término «substitución», que está inscrito en la teoría sobre la cual los aludidos autores sustentan su interpretación del fenómeno de la representación.

Por excepción, la representación no funciona respecto de ciertos actos jurídicos que el ordenamiento reputa personalísimos y que no admite que sean concluidos por persona ajena, como el testamento (artículo 690) y, naturalmente, su revocación. En nuestra opinión, también cabe incluir, dentro de esta categoría, la donación de partes u órganos del propio cuerpo (artículo 7), opinión que se ve confirmada por el decreto supremo 014-88-SA, y el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, aunque respecto de este acto no existe norma expresa en el Código que prohíba la representación o que le acepte, por lo que el asunto podría reputarse dudoso si no fuera porque el Código le otorga indiscutiblemente el mismo carácter de acto personalísimo que al testamento. Pero estos casos pueden considerarse salvedades frente a la regla, aplicable a los demás actos jurídicos, en que si cabe que el agente actúe representado por otro agente, figura cuya difusión se justifica en su enorme utilidad práctica.

Así como el Código niega la posibilidad de que ciertos actos se concierten median- te poder, acepta expresamente, en otros casos, acudir a la representación en procura de

satisfacer los intereses de las partes. Autoriza expresamente, el Código, la representación voluntaria entre cónyuges (artículo 146) y vuelve, con otras palabras, a expresar esa autorización en el Libro del Derecho de Familia (artículo 292), al tratar de la representación legal de la sociedad conyugal en el matrimonio, que es ejercida conjuntamente por los cónyuges, aunque cualquiera de ellos puede otorgar poder al otro para que ejerza dicha representación de manera total o parcial. Se trata de una excepción al principio de que los cónyuges no pueden celebrar contratos entre sí respecto de los bienes de la sociedad de gananciales (artículo 312).

Para explicar la institución de la representación se han ideado diversas teorías.

2. TEORÍAS QUE PRETENDEN EXPLICARLA

La teoría de la ficción, propugnada por Pothier, Georgi, Windscheid y Troplong, es la antigua noción que sostiene que la representación es una ficción en cuya virtud se considera que el representado manifiesta su voluntad por intermedio del representante, que se limita a tomar la personalidad y llevar la voluntad del representado. El representante no es, de esta manera, sino el vehículo o conducto de la voluntad del representado. La teoría de la ficción es insuficiente, porque no explica los casos en los que el poder del representante emana de la ley para suplir a la voluntad de un incapaz absoluto. En este caso, es imposible pretender que el incapaz representado ha manifestado su voluntad por boca del representante, ya que la naturaleza de la incapacidad es, precisamente, privarlo de ella.

La teoría de la sustitución ha sido sostenida, entre otros, por Coviello, Ruggiero y Planiol. De acuerdo con esta teoría, la representación se explica como la sustitución real y completa de la personalidad del representante que reemplaza al representado. En consecuencia, la voluntad del representante participa directamente en la formación del contrato, que produce sus efectos en la persona del representado, ya sea porque la ley así lo dispone o porque la voluntad del representado lo ha determinado. La separación entre el interesado y el autor del acto es la que sirve de fundamento a la idea de la sustitución.

La teoría de la legitimación, muy próxima a la anterior, afirma que realizar con eficacia un acto jurídico deriva de la posibilidad de una relación existente entre el sujeto agente y el objeto del acto mismo. Se admiten como subespecies la legitimación directa, que corresponde siempre al titular del derecho que se ejercita, y la indirecta, que se da cuando esa posibilidad de actuar se confiere a una persona distinta del titular del derecho o interés. A esta clase corresponde la representación que consiste en una concesión de un poder de legitimación a una determinada persona, para que obre en interés y por cuenta de otra. Muy próxima a esta teoría está la llamada «de la competencia», para la que la representación es una conducta que el representante realiza dentro del círculo de competencia del representado. Algunos autores como Betti y Messineo definen la

legitimación como competencia. La legitimación es la competencia para alcanzar o soportar los efectos jurídicos de la reglamentación de intereses a que se ha aspirado.

La teoría de la cooperación, sustentada por Ferrari, propone que la naturaleza jurídica de la representación es ser instrumento típico de la cooperación en el hecho jurídico ajeno. En ese sentido, se funda en la gestión de asuntos ajenos y es una forma de cooperación específica y concreta, pues en la base de toda situación representativa hay siempre una relación de gestión.

Si se observa el desenvolvimiento histórico de la institución, se verifica que su nacimiento ha obedecido a la necesidad de permitir el acceso al comercio a las personas que carecen de capacidad de obrar y a las que, siendo hábiles para ello, no pueden hacerlo personalmente en razón de circunstancias que los priva de poder estar presentes en el acto, concluyéndolo personalmente. Este hecho da origen a la teoría del órgano, en la que la representación ha venido a llenar el papel de órgano de expresión jurídica de los incapaces, y el mandatario con poder de representación está facultado por el derecho, conjuntamente con su propio mandante, para actuar con terceros. Los efectos del acto jurídico radican en la cabeza del representado, porque es este el que actúa como órgano de voluntad. El representante no recibe las consecuencias del acto, porque su intervención no es para sí sino como órgano de voluntad ajena. Los poderes del órgano varían según su origen y el fin que persigue el representado. Si se trata de representante legal, los poderes los ordena la ley; si se trata de representante voluntario, su campo de acción está delimitado por los alcances del poder que recibe del poderdante según sus intereses y conveniencias, y su actuación queda de esta manera sometida mediatamente a la voluntad del representado.

3. LAS PARTES DEL ACTO REPRESENTATIVO

Las partes o sujetos que intervienen en un acto representativo son tres: el representado, el representante y el tercero.

Al representado se le trata también de mandante, principal, poderdante o, con el latinazgo, de *dominus negoti*, y es quien al final recibirá los efectos de la gestión del representante, convirtiéndose en parte del negocio principal o representativo.

Al representante se le denomina también mandatario, gestor o apoderado, y es quien con su voluntad actúa frente o con el tercero, en vez del representado, quien lo ha facultado debidamente para ello. Debe ser, en principio, una persona natural.

El tercero es la parte con quien el representante concluye el negocio representativo, y que en virtud de la representación quedará vinculado con el representado. A su vez, puede actuar mediante representante y, entonces, el negocio se cierra entre los dos representantes, el del representado y el del tercero.

Es necesario distinguir al representante del nuncio o mensajero, aunque el Código no entra a dilucidar este problema que convoca, sin embargo, la atención de la doctrina.

El nuncio se limita a transmitir la voluntad ajena, sin aportar nada propio a la conclusión del acto con el tercero. Su voluntad para nada participa, porque no está justificada en un acto de apoderamiento. El nuncio carece, pues, de poder en sentido legal, o, si lo tiene, no lo ejerce ni se comporta como representante. Es la voluntad del *dominus negoti*, transmitida por el portavoz que da forma al acto. El simple emisario o nuncio, que solo transmite o recibe la voluntad de otro, no decide nada. En este caso, el contrato debe estimarse celebrado entre las partes que actúan directamente. Si la declaración fue transmitida por el nuncio en forma inexacta y es material, es posible impugnar el acto a título de error obstativo. El nuncio, al transmitir la voluntad ajena, no concluye el negocio, por lo que no se requiere que tenga capacidad de obrar y basta su capacidad natural de poder servir de mensajero. El representante que actúa por uno de los contrayentes en el acto del matrimonio está en el lindero mismo que separa la figura del representante de la del nuncio, porque su actuación está preordenada en todo detalle y solo queda a su arbitrio dar el «sí» de rigor.

De la persona interpuesta se distingue el representante, porque aquel actúa en nombre propio y asume las consecuencias del acto, de modo que se requiere de un nuevo acto para que los efectos recaigan, finalmente, en su destinatario final, el representado. Se le llama también representación indirecta, impropia u oculta, porque el representante no revela que actúa por cuenta de otro. Es representación en sentido económico más que jurídico.

También debe separarse la representación de los casos en que se contrata a favor de una persona por designar, a la que posteriormente se atribuyen las obligaciones y los derechos que emergen del acto, porque mientras tal designación no se produce el contratante adquiere para sí (artículos 1473 y ss.). Según el artículo 1421, «[...] es igualmente válido el pacto conforme al cual el optante se reserva el derecho de designar la persona con la que se establecerá el vínculo definitivo». Tiene el optante un derecho alternativo: o se queda como parte o designa dentro del plazo al tercero para que asuma esa posición.

A la representación directa o propia, distinguible de la representación por interpósita persona, llamada impropia, indirecta u oculta, a la que antes nos hemos referido, cabe clasificarla en representación legal o voluntaria y activa o pasiva.

4. REPRESENTACIÓN LEGAL O VOLUNTARIA

La representación es legal cuando emana de la ley y es voluntaria cuando la confiere el sujeto. La fuente que origina la representación distingue a ambas, que están contempladas, como enunciado, en el Código cuando dice: «[...] la facultad de representación la otorga el interesado o la confiere la ley» (artículo 145). La representación judicial no está mencionada, pero hay que reputar que está implícita y su regulación está en los derechos de procedimiento.

La regulación que contiene el Código sobre representación se concentra en dictar reglas sobre la modalidad voluntaria de la representación. A la representación legal, única forma como el incapaz de ejercicio puede actuar en derecho, le reserva solo una norma expresa en el Título III del Libro sobre el Acto Jurídico (artículo 167), aparte de las que aparecen desperdigadas a lo largo del Código, como las que consigna al tratar de cada caso de representación legal concreta, tales como la representación de incapaces (artículo 45), en sus distintas variantes de patria potestad, tutela y curatela; la representación del desaparecido (artículo 54); la representación de personas jurídicas (artículo 77, segundo párrafo); la representación derivada de la situación de comunidad de bienes (artículo 973); y las que surgen de las diversas modalidades del contrato de prestación de servicios (artículo 1755), entre los cuales figura el mandato con representación ya mencionado (artículo 1806) y la peculiar de la gestión de negocios (artículo 1950).

La norma sobre representación legal antes aludida (artículo 167) abarca todo acto de representación legal y se debe aplicar, por añadidura o en suplencia, a las particulares de cada situación concreta de representación de incapacitados que el Código consigna. Por su imperio, todos los representantes legales requieren autorización expresa para realizar los siguientes actos sobre bienes del representado: disponer de ellos o gravarlos; celebrar transacciones; celebrar compromisos arbitrales; y celebrar los demás actos para los que la ley o el acto jurídico exigen autorización especial. La voluntad tácita queda vetada en estos casos. ¿Quién debe prestar la autorización expresa que la norma reclama? La ley. Si no hay norma autoritativa, el representante no puede celebrar los actos que el citado artículo enumera, para lo cual, por añadidura, debe cumplir con los requisitos de procedimiento que la ley establece.

La representación legal se da cuando, por mandato de la ley, las personas físicas incapaces de obrar por sí mismas son representadas por otra persona. También en otros casos, sin que medie incapacidad, la ley arbitra la necesidad de que existe representación para resolver problemas de concurso de competencias en el derecho de propiedad. La ley establece el procedimiento mediante el cual se designa al representante del incapaz y obliga a que haya uno, porque en estos casos falta en el representado la libertad de decidir si actúa por sí mismo o mediante representante. La representación legal es forzosa, pues el incapaz no puede actuar por sí mismo. Si no tuviera representante legal, permanecería como *capitis diminutio*.

Los padres o tutores, en ejercicio de la patria potestad o de la tutela, están también obligados a practicar, en nombre del menor, los actos de administración y disposición que la ley los autoriza (artículos 447 y 448). Lo mismo ocurre con el curador en la curatela (artículo 602).

Las personas jurídicas son capaces de ejercicio per se; sus decisiones emanan de sus órganos de gobierno. Para plasmarlas necesitan siempre de un representante, a quien se encomienda ejecutar lo previamente decidido. La ley no les designa uno, solo reclama

que se provean de un representante con poderes suficientes para ejecutar la decisión previamente adoptada por la persona jurídica a través de sus órganos. Es un representante, porque la ley fuerza su designación, al exigir que la decisión o acuerdo quede consignado en un documento que alguien debe firmar; y es, al mismo tiempo, un representante voluntario, en el sentido de que la persona jurídica lo escoge y le otorga los poderes que requiere. Puede también revocar el poder y nombrar otros representantes. En el caso de personas jurídicas, nuestro Código prevé, sin demasiada claridad, quién es el representante y cómo se le designa, en las asociaciones (artículo 93), en las fundaciones (artículos 101 y 107) y en los comités (artículo 113).

5. REPRESENTACIÓN ACTIVA O PASIVA

La representación es activa cuando el representante celebra por otro, mediante la emisión de su voluntad, un acto jurídico. Es pasiva cuando el representante recibe la declaración de voluntad de un tercero. La misión del representante consiste ora en emitir una declaración ora en recibir la declaración que le dirige el tercero. En el curso de la negociación del acto principal o representativo, lo común es que el representante emita y reciba declaraciones de voluntad hasta forjar el consentimiento mutuo que fragua el acto con el tercero. Aunque la función medular del representante, considerada en abstracto, es la realización de uno o varios actos jurídicos para su representado, no se agota allí su misión. Dependiendo de la largueza del poder que haya recibido, puede ejercitar otros actos y facultades que no configuran propiamente un acto jurídico, tales como notificar al deudor para que cumpla con su obligación, con la secuela legalmente impuesta de constituirlo en mora, o ejecutar, en la fase de cumplimiento, actos ya celebrados, como hacer y recibir pagos debidos.

De igual modo como hemos distinguido al representante del nuncio (el primero que declara una voluntad propia en virtud de un poder y en nombre de su representado, y el segundo que obra sin requerir de un poder y transmitiendo una voluntad ajena), hay que distinguir si la declaración del tercero se dirige a un representante o a un nuncio. En el primer caso, la declaración se dirige al representante, porque este tiene poder para aceptarla o rechazarla en nombre de su poderdante. La declaración que se dirige al nuncio, que carece de poder de decisión, debe entenderse dirigida al principal por conducto del nuncio, que no está legitimado para actuar respecto de ella, solo a transmitirla.

6. REQUISITOS DE LA REPRESENTACIÓN

Tres son las condiciones fundamentales de la representación voluntaria o legal, para que sea eficaz:

- Precisa que el representante manifieste una voluntad propia.
- Precisa que el representante indique que procede en nombre de su representado.
- Precisa que el representante esté premunido del poder necesario para celebrar el acto.

6.1. Manifestación de voluntad propia

Nuestro Código parte del supuesto de que la persona capaz, interesada en celebrar un acto y recibir sus efectos, no concurra directamente a cerrar la operación jurídica, bien por imposibilidad física o jurídica, bien por simple conveniencia. La representación voluntaria es un acto de autonomía privada que faculta a las personas que gozan de capacidad decidir si conciertan un acto jurídico por sí mismos o si se valen de otra persona que ejecuta materialmente la declaración de voluntad que lo liga con el tercero. La elección del representante y el otorgamiento de los respectivos poderes depende, además, del interesado. El acto jurídico puede ser realizado por agente capaz mediante representante, salvo disposición contraria de la ley (artículo 145). La representación que el Código consigna es para realizar operaciones jurídicas.

En materia de actos ilícitos, no hay norma que prescriba que la actuación ilícita del representante deba ser siempre asumida por el representado, quien sería el sujeto imputable de las consecuencias reparatorias del ilícito. Ello podría ocurrir si el representante es un dependiente del representado, que lo tiene bajo sus órdenes y el ilícito se realizó con motivo del servicio que en esta condición presta (artículo 1981). Pero el representante no es siempre un dependiente. La doctrina admite, en general, la responsabilidad del representado por los daños contractuales originados por el representante; el *dominus* asume este riesgo y debe hacer frente a él. Fuera de estos casos, la responsabilidad por los actos ilícitos del representante es cuestión personal que le incumbe. Los actos materiales, que carecen de eficacia jurídica, no están incluidos en la norma.

Es requisito legal de la representación voluntaria propia o directa, que la declaración que dará lugar al acto principal o representativo provenga del representante, porque precisamente para eso se le designa, pero la eficacia se radica en el representado, como si este hubiera obrado personalmente. Así, este se convierte en titular de los derechos y obligaciones que surgen del acto principal en virtud de la declaración de voluntad de su representante. El vínculo jurídico se configura entre el representado y las personas con quienes el representante ha concluido el negocio principal o representativo, mientras que la órbita jurídica del representante permanece a salvo, indiferente, hecho que se justifica en que este no ha obrado para sí sino para su representado.

Si se admite que un incapaz de ejercicio puede ser representante y que en ejercicio del poder puede vincular al representado con el tercero, sin ser él propiamente parte del negocio principal, hay que tener presente que la impugnación de ese negocio

principal por causa de la incapacidad del representante solo podría hacerla el propio representante, por virtud de la regla según la cual la incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en su propio beneficio. Ni el tercero ni el representado tendrán acción para atacar el acto convenido por el representante incapaz, basados en su incapacidad. Tampoco el representante incapaz de ejercicio podría atacar el acto en el que intervino en nombre de otro, pues no es parte de este. Estas son dificultades procesales que pueden presentarse si el representante es un incapaz de ejercicio, ya que basta solo la capacidad natural de discernimiento para desempeñar el encargo que se le confía. La teoría tradicional de la representación enseña que el error, el dolo o la intimidación ejercida sobre el representante hacen anulable el acto jurídico principal y lo hacen anulable como una consecuencia de la idea fundamental de que la voluntad determinante del acto jurídico principal es la voluntad del representante. De ello no debe deducirse que solo cabe hablar del vicio de la voluntad del representante, ni que semejante vicio del representante opera en todas las circunstancias, lo mismo que el vicio de la persona que actúa en nombre propio, ni que el vicio de la voluntad del representado es siempre indiferente.

En efecto, no se debe olvidar que el representado, por su parte, no solo es receptor de los efectos del negocio principal sino, también, poderdante y que, por tanto, si al otorgar el poder ha incurrido en error, sea espontáneo o provocado, sobre algún punto esencial del acto principal que se celebrará, ese error puede contaminar el poder, como vicio que afecta al contenido de este y, por ello, invalidar el acto principal. Así, si el representado ha dado poderes para la compra de una cosa determinada y ha incurrido en error en relación con la esencia o con alguna cualidad esencial de la referida cosa, ese error no puede ser indiferente, sino que, por el contrario, anula el acto realizado por el representante, aunque este no haya participado del error. Ello se funda en el carácter defectuoso de la voluntad determinante del acto de apoderamiento, que ha preordenado la actuación del representante, y puede producir la anulación del poder.

El error esencial del representado sobre un punto del negocio principal que este haya predeterminado puede, en efecto, enervar el poder y repercutir en el negocio principal concertado por el representante con el tercero, ya que aquel ha ejercido un poder fruto de un acto en el que la voluntad del poderdante estuvo viciada. Del mismo modo, cuando el vicio ataca al representante, el conocimiento de la verdadera situación por parte del representado no siempre carece de importancia; el interés racional y lícito del representado, su conocimiento de los hechos que son materia del acto principal, constituye siempre la condición y el límite para la importancia del vicio del representante. La ratificación potestativa del acto por el representado constituye una expresión de este interés. Con el mismo criterio ha de tratarse la representación influida por intimidación o dolo.

6.2. Manifestación de que se procede en nombre del representado

Para que la representación surta los efectos que le son propios, no basta que el representante abrigue el propósito de obrar por cuenta ajena; debe, además, expresar una voluntad propia y, al hacerlo, declarar que celebra el acto en nombre de su representado. Si el representante obra en su propio nombre, aunque por cuenta y riesgo ajenos, lo que es perfectamente lícito, pues nuestro Código admite expresamente el mandato sin representación (artículo 1809), el papel del mandatario no es el de un representante sino el de un simple intermediario de que se vale el mandante, por cuya cuenta y riesgo actúa. En esta hipótesis, los efectos del acto representativo o principal que practicará recaen directamente sobre su propio patrimonio, o sea, adquiere los derechos y asume las obligaciones derivadas del acto que celebra, ocultando que actúa por cuenta del mandante. Queda, sin embargo, obligado a transferir luego al mandante, por otro acto, los bienes o derechos adquiridos o las obligaciones que se le impusieron (artículo 1810), quien, a su vez, está obligado a asumirlos (artículo 1811).

En suma, la representación exige que el representante no solo declare su voluntad de concluir el acto principal, sino que, además, exprese que obra en nombre ajeno y no en el suyo propio. Nuestro Código no deja librado a la apreciación de las circunstancias este hecho concreto. El representante está obligado a expresar, en todos los actos que celebre, que procede a nombre de su representado y, si fuera requerido, a acreditar sus facultades (artículo 164). Las reglas del mandato con representación no son menos terminantes (artículo 1806, *in fine*). Al exigir que el representante declare que obra en nombre del representado, el Código no parece haber querido dejar dudas de que debe designarlo por su nombre. Se aparta así, en nuestro concepto, de otros cuerpos legales en los que la mención expresa del nombre por quien se actúa no se reputa indispensable, sino que bastan las circunstancias que inequívocamente así lo establezcan. Se satisfacen algunos autores de que el representante exprese que actúa en nombre de otro, sin que sea necesario identificarlo nombrándolo. A este actuar en nombre de otro y declararlo se conoce con el nombre técnico de *contemplatio domini*. El representante debe actuar «contemplando» a su representado, por cuya cuenta actúa. La única excepción al principio antes enunciado en nuestro Código está en la presunción de iure de que los actos del dependiente que actúa en establecimientos abiertos al público los celebra con poder de representación de su principal, si los actos son de aquellos que ordinariamente se realizan en ellos (artículo 165). No hace falta que el dependiente exprese que actúa a nombre del principal y con poder de este, porque la ley lo presume.

La regla general que impone al representante la obligación de dejar constancia de que actúa en nombre de otro e identifique de que otro se trata obedece al propósito de proteger al tercero que contrata con el representante, ya que le permite conocer la

verdadera identidad de su contraparte y de satisfacerse de que el representante cuenta con las atribuciones requeridas para vincular legalmente a su representado. El representante y el tercero deben contratar en la común inteligencia de que el acto producirá sus efectos en el representado. Se ha dicho, gráficamente, que el representante se presenta en el acto jurídico como un punto de tránsito o puente, pero que el destinatario final de los efectos es el representado. Esta intención de que las consecuencias del acto recaigan en el representado se presume satisfecha cuando el representante expresa que procede en nombre de dicho representado. Si no lo hiciere, violando la obligación antes aludida, el tercero quedaría ligado personalmente al representante. Para remediar su incumplimiento tendría que celebrar un nuevo acto jurídico para atribuir a su representado los efectos que su omisión hizo recaer en su persona, siempre que el tercero consienta. El representado tendría acción para exigir al representante los daños y perjuicios que el incumplimiento de su obligación origine (artículo 1321).

6.3. Poder necesario para celebrar el acto

La actuación de una persona en nombre de otra supone que aquel tenga poder suficiente para obrar en nombre de esta. El acto de apoderamiento que precisa para ello es definido por la doctrina como aquel por virtud del cual una persona concede voluntariamente a otra un poder de representación. Nuestro Código omite mencionar cuáles son las notas esenciales de este acto jurídico, al que ni siquiera designa con este nombre. En ese sentido, el acto de apoderamiento es un acto atípico en nuestro ordenamiento. Es un acto unilateral, porque para su formación se requiere únicamente la voluntad del representado, de quien deriva su fuerza, que consiste en que el poderdante acepta que la voluntad de otro lo obligue personalmente.

El representante no tiene que concurrir al acto de apoderamiento, porque de este no se derivan obligaciones ni derechos; falta entonces una razón que haga necesaria su intervención o su aceptación posterior del poder que se le confiere. Si, no obstante, acepta la representación, por otro acto unilateral subsiguiente, para cuyo acto requiere ser capaz de ejercicio, indica su disposición a actuar en consecuencia y adquiere una obligación frente al representado, que tiene que confiar que cuenta ya con un representante. Pero esto no es necesario. El acto de apoderamiento no crea de inmediato una relación de derecho ni con respecto al representante ni con respecto al tercero. Si el representante no acepta formalmente la representación, igualmente puede actuar ejerciendo el poder que se le ha conferido o abstenerse de hacerlo. El acto de apoderamiento, además de unilateral, es recepticio, porque sus destinatarios, tanto el representante como el tercero, deben tomar conocimiento de la representación para poder actuar en consonancia con los poderes conferidos y conociendo que los efectos del acto que se celebrará se imputarán al representado. Si la declaración de apoderamiento

se dirige solo al representante, este hecho afecta la relación interna que lo une al representado. Si, además, llega al conocimiento del tercero, se afecta la relación externa, al acto principal que se concluirá mediante representación. La cuestión se resuelve en términos prácticos con la inscripción registral del poder, si consta por escrito, hecho que lo hace de conocimiento público.

Ahora bien, quien otorga poder a otra persona no renuncia, por ello, a desempeñar directamente los actos para los cuales ha otorgado el poder. El apoderado mantiene intactos sus derechos y los puede hacer valer en la forma que crea conveniente. La representación que ha conferido no significa, pues, restricción alguna a su actuación personal ni a su poder jurídico de ejercer las facultades, para las cuales ha dado poder a otra persona, ni para otorgar otros poderes a personas distintas.

Nuestro Código se refiere únicamente al poder, que es el efecto del acto de apoderamiento, en cuya virtud se permite al representante celebrar actos cuyas consecuencias se darán en la esfera jurídica del poderdante. Una vez que el representante acepta el apoderamiento, ya sea en forma expresa o tácita, se crea entre representado y representante una relación jurídica cuyo efecto consiste en legitimar al representante para que concluya actos que obligarán al representado. El poder es el instrumento que necesita el representado para actuar jurídicamente por medio de otra persona y, a su vez, el que necesita el representante, para que los actos que celebra con terceros sean eficaces y vinculen a su representado.

7. TIPOS DE PODER

El Código alude a dos tipos de poderes: el poder general y el poder especial. El poder general solo comprende los actos de administración, en tanto que el especial comprende los actos para los cuales ha sido conferido (artículo 155).

La fórmula que el Código utiliza para calificar el poder general es oscura e imprecisa. ¿Qué se entiende por poder general? Si el representado desea dar a su acto de apoderamiento un carácter general, incluyendo en este facultades precisas de disposición, no hay razón atendible para coactar su voluntad. En la práctica, hay numerosos poderes generales que dan potestad al representante para realizar una multiplicidad de actos de administración y, además, para practicar actos de disposición o gravamen de los bienes del apoderado. Basta que el poder se otorgue con la solemnidad de la escritura pública y que esas facultades consten de modo expreso para que el poder sea perfecto en cuanto expresa la voluntad del poderdante. Solo será aplicable la regla, en consecuencia, si el poderdante no especifica en el poder el tipo de actos que el apoderado queda autorizado a celebrar y se limita a expresar que concede representación general. Se plantea enseguida el problema de definir qué debe entenderse por actos de administración, esclarecimiento que el Código elude.

En doctrina, los actos llamados de administración se contraponen a los actos de disposición, pero muchos autores admiten, a propósito de estos, dos categorías: actos de administración ordinaria y actos de administración extraordinaria. Los primeros son aquellos que no importan disposición ni gravamen de los bienes del representado, que no comprometen de modo permanente su futuro, tales como actos de defensa y conservación de bienes o de producción de renta como el arrendamiento, el mutuo y el depósito, entre otros; los segundos están más próximos a los actos de disposición y no hay una línea clara e indubitable que permita con certeza su separación. ¿A qué especie pertenecerán, por ejemplo, los actos que el representante efectúa invirtiendo en la bolsa recursos del representado? La interpretación de los poderes, tratándose de una excepción al principio de que la persona es responsable de sus propios actos, debe ser escrita y restrictiva, y la convicción teórica acerca del particular se refuerza en la práctica si la ley utiliza criterios que ponen en riesgo la claridad de las potestades de que el representante disfruta, haciendo incierto el destino del acto principal.

En cuanto al poder especial, para apoderar debe contener la expresa indicación del acto o actos para los que faculta al representado.

Como todo acto jurídico, el acto de apoderamiento requiere capacidad en quien lo otorga. Si el poder es otorgado por persona incapaz, es un acto nulo o anulable, según el grado de incapacidad de que adolezca el otorgante. La impugnación del acto de apoderamiento otorgado por un incapaz corresponde a su representante legal o al propio incapaz, cuando adquiere la capacidad. Afectado el poder de nulidad o de anulabilidad, dado que el poderdante es un incapacitado legal, y hecha valer la impugnación, el acto principal que concierte el representante sobre la base de aquel adolecerá del defecto de ser ineficaz para el representado, como si el representante hubiera obrado sin poder. Aunque la seguridad del tráfico recomienda relevar al tercero de la tarea de examinar la validez de las relaciones internas que unen al representado con su representante, el Código mantiene silencio sobre aspecto tan delicado y no contiene regla que proteja al tercero de buena fe, que actúa confiando en la validez del poder del representado. En nuestro derecho positivo, la inscripción del poder en el Registro no lo libra de sus defectos de fondo y no es la protección que el tercero de buena fe debiera tener para otorgar la debida seguridad al tráfico.

En la Ley General de Sociedades, se incluye una norma que está dirigida a resolver adecuadamente este problema, cuando expresa que la sociedad (el representado) está obligada hacia aquellos con quienes ha contratado y frente a terceros de buena fe por los actos de sus representantes celebrados dentro de los límites de las facultades que les haya conferido, aunque tales actos comprometan a la sociedad a negocios u operaciones no comprendidos dentro de su objeto social (artículo 12). El poder de representación que una sociedad otorga debe ejercerse con sujeción a dos límites: el primero es que deben ser actos comprendidos en las actividades que constituyen el objeto social,

únicos que la sociedad puede lícitamente realizar; el segundo, que deben darse dentro de los límites de las atribuciones que el poder concreto les confiera (artículo 13 de la LGS, *contrario sensu*). Si, respetando la segunda obligación, el representado ignora la primera, el acto debería ser nulo. Sin embargo, la seguridad del tráfico alienta a reconocer la validez del acto frente al tercero de buena fe, o sea, aquel que ignora cuál es el objeto social de la sociedad que con él contrata. La defensa del interés del tercero de buena fe es tan intensa que la norma dispone que la buena fe del tercero no se perjudica por la inscripción del pacto social, o sea, se presume su buena fe aun contra la presunción de conocimiento del contenido de las inscripciones.

8. EL ACTO DE APODERAMIENTO

El acto de apoderamiento es un negocio de forma libre. No es solemne porque el ordenamiento no prescribe que la voluntad que le da nacimiento deba expresarse de algún modo determinado. El mandato con representación, por su parte, es un contrato consensual. Pero, en los hechos, la facultad que tiene el tercero de exigir que el representante le demuestre que cuenta con las facultades necesarias para comprometer a su representado (artículo 164) hace indirectamente necesaria, para efectos de prueba, la forma escrita, que es el medio regular como el representante pueda satisfacer esta legítima exigencia. La forma escrita no es un requisito constitutivo del acto de apoderamiento y sirve solo para efectos de que el representante esté en aptitud de probar la existencia del poder y las facultades que contiene. En consecuencia, bien cabe dentro del Código que el representado otorgue poder expreso, mediante forma oral o escrita, o mediante manifestación tácita de voluntad.

Por otra parte, el Código no requiere que el acto de apoderamiento se perfeccione siguiendo la misma forma que se exige para el negocio representativo. En esta perspectiva, un apoderado cuyo poder ha sido conferido en forma oral puede celebrar válidamente, en nombre de su representado, un contrato que exige para su formación forma escrita, como otorgar una fianza. Esta es la solución que impuso el BGB al independizar el poder de representación del acto que se celebra en ejercicio de este, aunque no es solución que cuente con respaldo unánime en el derecho comparado.

Excepcionalmente, el Código exige, para que el representante pueda disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, que el poder conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad (artículo 156). El acto de apoderamiento para los fines indicados se convierte, entonces, en solemne. Para saber cuál es la naturaleza de los actos llamados de disposiciones, nos remitimos a la explicación que hicimos de ellos para distinguirlos de los actos de administración, porque el Código alude a ellos en muchas partes, pero en ninguna los define. En general, trátase de todo acto que importe la enajenación de algún bien, a título oneroso o gratuito, así como de la renuncia de algún derecho.

También es solemne el poder que requiere el representante para contraer matrimonio en nombre de su representado. Se hace necesaria, además, la actuación personal del otro contrayente, entre otros requisitos puntuales (artículo 264).

Los poderes para pleitos exigen la forma que para ellos prescribe el ordenamiento procesal.

Es condición de la representación que el representante deba tener poder suficiente. No cabe la representación sin poder. Así lo exige también expresamente el Código (artículo 145, *in fine*), que, de paso, indica cuáles son las fuentes del poder: la voluntad del interesado o la ley. Si la representación es legal, la ley se encarga de fijar los poderes, sus límites, la forma del nombramiento del representante y cómo deben ser ejercidas las atribuciones. Si la representación es voluntaria, habrá que buscar los poderes del representante en el acto jurídico de apoderamiento, que surge del negocio subyacente, llámese mandato o testamento.

Hay que tener presente que los actos ejecutados a nombre de otro sin poder o con extralimitación del poder comprometen la responsabilidad personal del representante a favor de quien con él contrata, y ello puede ocurrir en tres eventos: si el representante promete que una tercera persona, de quien no es representante, habrá de dar, hacer o no hacer algo, y esta tercera persona no ratifica el acto (artículo 161, *in fine*); si no tiene poder o se extralimita en el ejercicio del que tiene (artículo 161); y si ha asumido la obligación personalmente, omitiendo designar a la persona por quien actúa (artículo 164, *contrario sensu*).

¿Qué ocurrirá si, aun actuando dentro de los límites de su poder, obra de modo que el representado considera en daño de sus intereses?

La relación jurídica que surge del acto de apoderamiento entre el representado y el representante impone a ambas partes, una vez aceptado su ejercicio, determinadas obligaciones y deberes. La omisión de dichas obligaciones produce responsabilidad en el incumplido. La obligación fundamental, pero no la única, del representante es desempeñar personalmente el encargo (artículo 157), a no ser que se le haya facultado expresamente la sustitución. El acto de apoderamiento es uno basado en la confianza recíproca del representado para con su representante y de este para con aquel. Si el representante en el curso de su actuación infringe los deberes que la relación representativa le impone, queda expuesto a la acción indemnizatoria que haga valer en su contra el representado, si de ellos se ha derivado algún perjuicio para este. Y, viceversa, si el representado incumple sus propios deberes, el representante puede sujetarlo a una responsabilidad. Pero estas acciones, derivadas de la relación que surge del acto de apoderamiento, no afectan de ordinario al tercero, que es ajena a ellas. Dado el caso, es evidente que el representado no podrá invocar el hecho del incumplimiento de las obligaciones que tocan a su representante frente a él, aunque sean ciertas, para intentar desligarse del vínculo establecido con tercero de buena fe: el acto realizado por el representante con los requisitos antes examinados

continuará siendo válido entre ambos, el representado y el tercero. El representado tendrá expedita acción para exigir la reparación que le corresponda recibir de su representante, por el acto pernicioso a sus intereses que haya celebrado, bajo las reglas de indemnización por daños y perjuicios ocasionados de culpa contractual (artículos 1314 y ss.). Los tutores (artículo 529) y los mandatarios (artículo 1794) responden, igualmente, de sus actos por culpa.

La falta o insuficiencia del poder impide, en principio, que la representación funcione y sea eficaz el acto jurídico principal celebrado entre el representante y el tercero, tanto en el caso de que el representante carezca por entero de poder como si lo tiene, pero se ha extralimitado al ejercerlo, es decir, celebra un acto jurídico con el tercero para el cual no cuenta con la facultad correspondiente, porque el poder no la contiene. En ambos casos, el acto que celebre el representante con el tercero, sin poder suficiente, será ineficaz frente al presunto representado, es decir, no lo compromete (artículo 161). El representante es, por añadidura, pasible de responsabilidad por daños y perjuicios originados de sus actos, tanto frente al representado como frente al tercero.

9. LA RATIFICACIÓN

Nuestro Código admite, en forma expresa, que la ineficacia que produce la falta o insuficiencia del poder puede curarse cuando la persona a cuyo nombre se ha actuado, invocando un poder inexistente o diminuto, lo ratifica. La ratificación es una declaración de voluntad unilateral mediante la cual el representado aprueba, posteriormente, la actuación de su representante y asume los efectos del acto celebrado con defecto de poder. La ratificación opera retroactivamente, suple la falta o deficiencia del poder *ab initio*, y elimina la ineficacia que viciaba al acto principal (artículo 162). Estando pendiente de su ratificación, el Código permite, asimismo, que el representante y el tercero acuerden resolver el acto ineficaz practicado sin poder suficiente, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda. No deja de ser paradójico que se permita resolver un acto que la ley tacha de ineficaz, pues la resolución consiste en despojar de eficacia al acto que la tiene.

La ratificación es un acto unilateral que incumbe al representado y debe hacerse observando la formalidad prescrita para la celebración del acto principal que se ratifica. En otras palabras, si el acto principal, defectuoso por deficiencia de poder, es solemne, la ratificación habrá de hacerla el representado mediante la misma solemnidad. Si no se trata de un acto solemne, la ratificación puede asumir cualquier formalidad e inclusive manifestarse de manera tácita. La ratificación tácita de un acto principal no solemne es un comportamiento del representado que implica la aceptación de la gestión del representante y que es contradictorio con una voluntad de impugnarlo. Por ejemplo, el representado ejecuta, sin más, las obligaciones que le impuso el acto que adolecía de ineficacia.

La retroactividad de la ratificación no obsta al derecho del tercero, sino que es inoponible a este. Así, por ejemplo, si una persona vende a otra un predio y ratifica después un acto de disposición efectuado por su representante con un tercero sobre parte del mismo predio, con defecto de poder, tal ratificación no puede ser opuesta ni valer para anular el acto de disposición efectuado anteriormente a la ratificación.

El representado que ratifica un acto debe naturalmente comunicarlo a su representante y al tercero, para que tomen conocimiento de la decisión que ha adoptado, y ello es consecuencia de su naturaleza de acto unilateral pero recepticio. Si el representado ratifica los actos de su representante, el acto resulta siendo eficaz respecto de él. Se requiere que el representado que ratifica el acto de su representante tenga poder de ejercicio para poder constituirse en parte del acto ratificado. Si ha devenido falta de capacidad, la ratificación corresponderá a su representante legal. El tercero queda, por la ratificación, libre de toda amenaza acerca de la eficacia del acto pasado al que concurrió.

La ratificación es una opción del representado y procede en cualquier momento, aun después de revocada la representación o que el representante haya fallecido o devenido incapaz. Pero por la fuerza de las circunstancias, si la ratificación se produce a destiempo, carecerá de eficacia, ya que el acto que se pretende sanar no podrá ya ser válidamente realizado cuando la ratificación se produce.

La facultad de ratificación se transmite a los herederos del representado. El acto ratificatorio es irrevocable. Debería ser puro y simple, y abrazar la totalidad del acto principal que se ratifica, pero no hay inconveniente en una ratificación sujeta a condición o a plazo, o parcial. Su virtualidad será, entonces, dependiente de que se cumpla la modalidad a la cual se le ha subordinado. Una ratificación parcial habrá que considerarla como una nueva oferta de contrato, posibilidad que el tercero es libre de aceptar o no, pero no surtirá los efectos que le son propios de hacer automáticamente eficaz el acto ratificado.

La ratificación valida el acto ineficaz desde que originalmente se concluyó, salvo el derecho del tercero. Mientras ello no ocurra, el acto no será eficaz frente al representado, dado que no cuenta con su consentimiento y el del representante es insuficiente. La ratificación viene a ser un remedio legal parecido a la confirmación del acto anulable, en cuanto ambos son instrumentos jurídicos destinados a subsanar defectos de actos originalmente imperfectos con efectos retroactivos. Su diferencia estriba en la naturaleza del defecto que vicia el acto y la persona llamada a curarlo: mediante la ratificación, el que interviene para subsanar el acto ineficaz es el representado, persona distinta de aquella que lo celebró; en la confirmación, es la misma persona que celebró el acto anulable y pudo impugnarlo, el que opta por subsanarlo. En el primer caso, el acto es ineficaz simplemente; en el segundo, es anulable.

Nuestra Ley General de Sociedades presenta un caso específico de ratificación, aquella para los actos celebrados en nombre de una sociedad antes de su inscripción en el Registro y, por tanto inexistente, cuya validez está condicionada a la ratificación del acto por la sociedad dentro de los tres meses siguientes (artículo 7 LGS).

10. CAPACIDAD DEL REPRESENTADO Y DEL REPRESENTANTE

Sobre el problema de la capacidad con que deben actuar el representado y el representante, el Código no se pronuncia. En teoría, ambos, si los liga un contrato de mandato, deben tener capacidad de ejercicio, porque, de otra manera, el mandato claudicaría por falta de agente capaz.

El acto de apoderamiento, en cambio, es un acto jurídico unilateral recepticio, que nace de la declaración de voluntad del representado, que debe tener capacidad, tanto de derechos como de obrar. Así, por ejemplo, en el caso de la adopción por poder, la diferencia de años que debe existir entre adoptante y adoptado concierne al representado que adoptará, sin que tal requisito tenga porqué cumplirse en la persona del representante. La teoría más acreditada solo exige, al representante, capacidad natural de entender y querer, porque los efectos del acto que con su declaración de voluntad han de aparecer no se darán en su esfera jurídica sino en la del representado. Tampoco es necesario que tenga la capacidad del derecho subjetivo que nacerá del acto que celebra, pues los efectos de dicho acto no le son imputables. Naturalmente, no es válido el acto jurídico que se celebra mediante representante si este está prohibido de hacerlo.

Como el representado recibe los efectos del acto principal, la capacidad necesaria para celebrarlo debe apreciarse respecto de él. Para conferir poder, el representado debe tener, igualmente, la misma capacidad que para contratar directamente el acto principal.

Por el contrario, como el representante permanece indemne, no necesita capacidad legal para obligarse, sino basta que tenga discernimiento suficiente y capacidad natural para cumplir el encargo que se le confía. De este modo, los actos que concluye el mandatario menor relativo son válidos respecto de los terceros, en cuanto obliguen a estos y al mandante. Este hecho tiene importancia para determinar la influencia que tienen los vicios de voluntad en el acto celebrado mediante representación. Así, si el simple mensajero, que nada aporta, sufre de error, dolo o intimidación, estos vicios de su voluntad no serán tomados en cuenta para calificar la validez del acto, porque su voluntad no ha concurrido a la celebración de este. En cambio, como en la celebración del acto principal el representante es quien adopta la decisión acerca de si realiza o no el acto, y si opta por realizarlo, en qué términos y condiciones, es natural que para determinar el perfeccionamiento y validez del acto, se atienda a las circunstancias

en que el representante ha actuado. Así, los vicios de la voluntad que afectan al representante vician el acto y lo convierten en anulable (artículo 163).

Por excepción, sin embargo, el derecho toma en cuenta solamente la pureza del consentimiento del representado cuando este ha participado en fijar, total o parcialmente, el contenido del acto y, por lo tanto, ha sufrido un vicio de la voluntad. En esta hipótesis, cuando el contenido del acto jurídico principal fue total o parcialmente determinado de modo previo por el representado, el acto es anulable si la voluntad de este estuvo viciada respecto de dicho contenido. Al otorgar el poder, el representado, ya sea mediante acto unilateral o contrato de mandato con representación, puede hacer que el poder sea más o menos amplio en las atribuciones que delega. Si el poder es amplio y general, de ordinario la declaración del representante es decisiva en forjar el acto principal, y su voluntad es la que ha de estar libre de vicios para que los efectos del acto sean válidos. Pero si el poder ha sido prestado para que el apoderado realice un acto que ya está total o parcialmente preordenado por el representado, porque este ya determinó, de modo previo, cuáles son los términos y condiciones del negocio, es evidente que su voluntad ha contribuido, juntamente con la del representante, en perfeccionar el acto, y también debe apreciarse su actuación para considerar si ha experimentado algún vicio que afecte el contenido de su voluntad.

Ni el dolo ni el fraude pauliano cometidos por el mandante desaparecen bajo pretexto de haber utilizado este a un mandatario que celebre el acto impugnado. Otro tanto puede decirse de la representación legal, en cuanto sea pertinente. Por ejemplo, el dolo cometido por el menor vicia el consentimiento de la persona que contrata con sus padres o tutor, solo que, como, en la representación legal, las funciones del representante se fundan directamente en las autorizaciones que la ley le confiere, el representante tiene mayor libertad para imponer su criterio, en contra inclusive de su representado, y las ocasiones serán más raras. La redacción del artículo del Código que imputa el vicio del consentimiento al representado, en la hipótesis arriba enunciada, libera al representante, en tal supuesto, de alegar vicio del consentimiento, porque afirma que la anulabilidad se produce «solamente» si la voluntad del representado fuera viciada respecto de dicho contenido. Abstracción hecha de la salvedad que contiene el numeral, entendemos que, si el contenido del acto principal se formó con el concurso de las voluntades del representado y del representante, los vicios de voluntad que afecten indistintamente a ambos anulan el acto.

Como modalidad del contrato de presentación de servicios, el mandato está sujeto a las disposiciones generales de los contratos. Mención especial se debe hacer, a este respecto, al numeral del Código que establece que, si los servicios implican la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, solo se responde por daños y perjuicios en caso de dolo —quien deliberadamente no ejecuta la obligación— o culpa inexcusable —quien por negligencia grave incumple— (artículo

1762). En otras palabras, el apoderado que debe desarrollar una actividad especializada (abogados y auditores, entre otros) no responden por los daños que el ejercicio de la representación pueda haber ocasionado al representado por culpa leve.

II. SUSTITUCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN

La representación se asienta en la confianza que el representante inspira en el representado. Es un acto típicamente *intuitu personae*. La confianza que está en la base del acto de apoderamiento es recíproca. Por un lado, el representado otorga poder solo a persona que entiende, en mérito a sus aptitudes e idoneidad personales, lo ejecutará debidamente. Por otro lado, el representante solo admitirá recibir poderes de quien espera una actuación honesta, digna de su aprobación. La naturaleza personalísima del acto de apoderamiento obliga al representante, en primer lugar, a desempeñar personalmente el encargo recibido (artículo 157). Puede, sin embargo, facultársele expresamente a que sustituya el poder en otra persona. La facultad de sustitución la dispone naturalmente el representado y puede ser específica o genérica.

Si es específica, el representado indica la o las personas en las que el representante puede delegar sus atribuciones. El representante no tiene, en este caso, libertad de elección, porque esta ha sido ya decidida y, por eso, queda exento de toda responsabilidad por la conducta del representante sustituto. Si la facultad de sustitución es genérica (o sea, no se señaló a la persona del sustituto), el representante autorizado para ello puede elegirlo y es responsable por la conducta del sustituto, cuando el representante incurre en culpa inexcusable al elegir, es decir, cuando lo hace con negligencia grave. El representado, en caso de haber experimentado daño como consecuencia de la actuación del representante sustituto, puede accionar contra su representante, si eligió mal, y también directamente contra el sustituto o contra ambos.

Sin embargo, el representante responde, en todo caso, por las instrucciones que imparte al sustituto si su resultado es en daño del representado.

El representante que ha sustituido su poder en otra persona, facultado para ello, no retiene las atribuciones que se le confirieron durante el periodo que dure la sustitución, o sea, que, al sustituir el poder, se desprende de las prerrogativas que este le otorgaba, que pasan al representante sustituto. Solo puede reasumir sus poderes cuando revoca la sustitución que hizo (artículo 159). Naturalmente, cabe que las partes (en este caso, representado, representante y representante sustituto) acuerden una manera distinta de utilización del poder. Es posible pactar que, al sustituir el poder en otra persona, retenga el representante original las facultades que recibió, en cuyo caso el representado tendrá dos apoderados con iguales facultades, pero este acuerdo debería constar de modo inequívoco. El Código no exige en este supuesto voluntad expresa.

12. DEBERES DEL REPRESENTANTE

El representante, aparte del deber que la ley le impone de desempeñar personalmente el encargo que el poder le confía, tiene otras responsabilidades y obligaciones que la doctrina se encarga de describir. El Código permanece en silencio sobre el particular, pero apunta algunas al tratar del contrato de mandato. Someramente expuestas, las obligaciones del representante consisten, en primer lugar, en un deber de fidelidad hacia la persona del representado, que implica llevar adelante la gestión representativa personalmente y en interés del representado, inclusive sacrificando el suyo si alguna oposición pudiera presentarse, actuando de buena fe; en segundo lugar, en un deber de ejecutar el encargo para el cual se le apodera, lo que implica acometer la prestación de hacer en que este consiste (el representante no asegura el éxito de la gestión y no tiene, por consiguiente, un deber de resultado sino de medios); en tercer lugar, el representante debe conducirse en el ejercicio del poder con arreglo a los criterios que le imparte el representado (artículo 1793, inciso 1) y pesa sobre él un deber de información que lo obliga a mantener al representado al tanto del resultado y progreso de su gestión (artículo 1793, inciso 2); en cuarto lugar, si se le confían bienes, tiene el deber de cuidarlos y conservarlos como depositario; y, finalmente, tiene el deber de rendir cuenta de su actuación en la oportunidad fijada o cuando lo exija el mandante (artículo 1793, inciso 3).

Las obligaciones correlativas del representado, referidas al mandante, están consignadas en la parte respectiva del Código (artículo 1796).

13. TERMINACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN

La muerte del representado o del representante extingue la representación por terminar la personalidad de una de las partes y tratarse de un acto personalísimo, que no se transmite a los herederos. La incapacidad natural viniente en el representante, también puede acabar el poder, si lo incapacita para cumplir la prestación de hacer en que consiste la representación, hipótesis ambas que nuestro Código no señala expresamente como causas de extinción de la representación, el poder puede ser revocado en cualquier momento (artículo 149). Esta es una consecuencia directa del acto de confianza que importa el acto de apoderamiento. Si el poder emana de un contrato de mandato con representación voluntaria, la revocación del mandante o la renuncia del mandatario también extinguen el mandato por idéntica razón (artículo 1808).

La incapacidad sobreviniente en el representado capaz no deja automáticamente sin efecto el poder, pues no hay norma que así lo disponga. El poder continua porque el representado incapaz no puede revocarlo mientras se nombre a su representante legal. Evidentemente, si el acto representativo que se dará en la esfera jurídica del representado exige su capacidad, el acto devendrá ineficaz si, al celebrarlo, el representado

había dejado de ser capaz. Nombrado el representante legal, puede este decidir continuar el poder otorgado por el representado mientras fue capaz o revocarlo y asumirlo directamente.

La revocación del poder puede ser expresa (es decir, exteriorizada mediante la manifestación directa de la voluntad del representado) o tácita (artículo 151). Esta última opera si el representado designa nuevo representante para ejecutar el mismo acto para el cual se tenía designado anterior representante o si el representado decide ejecutar el acto directamente, prescindiendo del representante. Como en toda expresión indirecta de voluntad, aquí también actúa el principio de contradicción: entre mantener al representante y nombrar uno nuevo, y actuar directamente hay una incompatibilidad manifiesta, a la que la ley le presta un sentido. Comparada la previa expresión de voluntad de la que consta el poder otorgado y estos dos nuevos actos que racionalmente no se concilian con su continuación, salvo reserva o indicación en contrario, hay que optar, y la ley lo hace en el sentido de que importan la voluntad de revocarlos.

Ahora bien, la revocación, ya sea expresa o tácita, solo funciona desde que se le comunica al representante (artículo 151). Los actos practicados con anterioridad a dicha comunicación por el representante son válidos y no le atraen responsabilidad frente al representado o terceros. Su desconocimiento de la revocación acredita su buena fe.

El Código exige que la revocación deba comunicarse también a cuantos intervengan o sean interesados en el acto (artículo 152). No basta que el representante sea notificado con la revocación, ni puede imponérsele la obligación legal de anunciar, a quienes con él negocian, esta nueva situación. Ella es de responsabilidad del representado, salvo que la revocación se haya inscrito en los Registros Públicos, en cuyo caso ni el representante ni los terceros pueden alegar ignorancia a mérito de la presunción de iure de que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones (artículo 2012).

Excepcionalmente, el Código admite la irrevocabilidad del poder, siempre que se dé para un acto especial y por tiempo limitado, o cuando es otorgado en interés común de ambas partes o de un tercero. No puede darse un poder irrevocable que dure más de un año (artículo 153). Al vencimiento de ese plazo, el poder se convierte automáticamente en revocable. Sin embargo, pueden las partes, mediante un nuevo acto, otorgar, en las mismas condiciones, un nuevo poder irrevocable por el mismo plazo legal máximo.

El representante puede unilateralmente renunciar a la representación, atribución que la ley le confiere en reciprocidad a la de revocación que tiene el representado (artículo 154). Para que la renuncia opere, liberando al representante de sus obligaciones, la ley exige también la comunicación de la renuncia al poderdante y, salvo impedimento grave, debe el representante continuar en ejercicio del poder hasta que el representado designe a su reemplazo o lo exima de tal obligación, para no causar perjuicio al representado. Si este no nombra representante nuevo, puede el renunciante

apartarse de la actuación a los treinta días, más el término de la distancia, de comunicada la renuncia, sin incurrir en responsabilidad (artículo 154, segundo párrafo).

14. PLURALIDAD DE REPRESENTANTES

Es frecuente, sobre todo en la representación voluntaria, que el representado designe a más de un representante. Lo normal es que, en esta eventualidad, se señale el orden en el que los representantes ejercerán sus atribuciones y, en este supuesto, es obvio que estos deben atenerse a la voluntad del representado. Pero el Código ha juzgado necesario reglar la situación que se daría si el representado que nombra a más de un representante no aclara de modo suficiente su voluntad de que actúen de consuno o individualmente y no diferencia los poderes con los que cada uno de los representantes está llamado a actuar. En ausencia de una expresión de voluntad definitiva en ese sentido, rige la presunción *iuris tantum* de que, habiendo varios representantes, cualquiera de ellos está legitimado para actuar indistintamente, por lo que se torna válida su actuación individual (artículo 147).

Si el poder a varios representantes se ha otorgado por acto único y para objeto de interés común del representado y de los representantes, estos quedan obligados solidariamente frente al representado de la recta ejecución o desempeño de los poderes otorgados (artículo 148). La solidaridad se explica, en este caso, por el interés común que vincula a todas las partes en los actos para los cuales se otorga el poder, porque, si el interés común no existiera, no cabría que se comprometiera solidariamente a todos los representantes frente al representado, sobre todo si la presunción es de que cada uno, individualmente, puede actuar sin el requisito de la autorización del otro u otros, según lo antes comentado. Por ejemplo, un copropietario otorga poder a sus demás condóminos para que dispongan del bien común. Si lo hicieran en daño o extralimitándose en los poderes recibidos, todos responden solidariamente del daño irrogado al condómino representado.

15. ACTO JURÍDICO CONSIGO MISMO

El Código dispone que «[...] es anulable el acto jurídico que el representante concluya consigo mismo, en nombre propio o como representante de otro, a menos que la ley lo permita, que el representado lo hubiera autorizado específicamente o que el contenido del acto jurídico hubiera sido determinado de modo que excluya la posibilidad de un conflicto de intereses» (artículo 166).

El Código anterior, al tratar de la compraventa y del arrendamiento, prohibía, al mandatario, contratar consigo mismo, salvo con autorización expresa del mandante. La Comisión Revisora propuso incorporar el texto vigente, que admite el acto jurídico consigo mismo, en ciertos casos, tomando su redacción del Código italiano.

El acto consigo mismo puede asumir dos modalidades: aquel que se perfecciona con la declaración de voluntad de una sola persona que actúa en una doble condición (como representante, por un lado, y a título personal, por otro) o aquel que se da cuando la declaración de una sola persona concluye el acto, al actuar esta como representante simultáneo de dos representados distintos, vale decir, con representación doble.

La figura se denomina, en doctrina, contrato consigo mismo o autocontrato. El Código le da un contenido más amplio, porque lo permite respecto de todo acto jurídico y no solo de los contratos. Se pueden citar, como ejemplos, la transacción de un pleito en el que la discusión no tenga carácter económico y la constitución de una servidumbre no onerosa mediante acto bilateral, entre otros.

El acto jurídico consigo mismo es un acto de naturaleza especial o anómala, dado que a una sola persona le es permitido, a través de la representación que ostenta, y mediante una sola declaración de voluntad, establecer una relación jurídica que obliga a dos personas. Se ha discutido cuál es la naturaleza de este autocontrato. Para unos es un contrato bilateral, en el que una parte actúa personalmente y como representante de otro, o actúa con doble representación, en sustitución de dos personas distintas. Para los partidarios de esta manera de entenderlo, el acto se configura mediante el concurso de dos voluntades, aunque provengan de una misma persona, porque esta representa intereses patrimoniales distintos. Para otros se trata de un acto unilateral, porque es una sola persona la que emite la declaración de voluntad que vincula a dos sujetos, sobre cuyos patrimonios tiene poder de disposición.

Aparte de este problema de orden dogmático, el asunto ha sido muy discutido en doctrina, porque, además, el acto consigo mismo es propicio al conflicto de intereses y al abuso del derecho. Hay una posibilidad de hecho de que la figura sea el vehículo para una colisión de intereses, estando el representante en capacidad de sacrificar el interés de su representado, si hubiera ausencia de controles adecuados en el representante. Sin embargo, se ha optado por admitir la figura procurando rodearla de las garantías y requisitos que aseguren la eliminación de los riesgos señalados. Se exige para la validez del acto consigo mismo:

- que la ley lo permita, lo que no debe interpretarse como permisión expresa reglada de modo directo sino, también, cuando la ley no lo prohíbe, por aplicación del principio constitucional según el cual nadie está impedido de hacer aquello que no está prohibido; o
- que el representado lo autorice específicamente (la ley no dice «expresamente», lo que hubiera sido deseable, por lo que es posible concluir que la autorización puede ser dada de modo tácito o mediante voluntad indirecta, e inclusive del silencio, siempre que ello sea individualmente inducible de la conducta inequívoca del representado); o

- que el acto haya sido determinado de tal manera que no pueda darse un conflicto de intereses (las determinaciones para evitar lesionar a una de las partes pueden emanar tanto del representado como del representante, lo que ocurriría si este último, por ejemplo, somete la determinación del precio de una cosa de su representado que comprará, sin autorización específica de este, a la decisión de un perito independiente e idóneo).

Los requisitos son disyuntivos y no copulativos, como se deduce del empleo de la conjunción «o».

En caso de que el acto consigo mismo no se realice de alguna de las maneras antes señaladas, este es anulable a instancias del representado, quien cuenta con un plazo de dos años para interponer la acción respectiva, o de cualquiera de los representantes en el supuesto de doble representación.

CAPÍTULO XVI

MODALIDADES DEL ACTO JURÍDICO: LA CONDICIÓN

LA PALABRA «CONDICIÓN» es muy utilizada en el lenguaje del derecho, en acepciones comunes y corrientes que poco tienen que ver con su significación dogmática de modalidad de un acto jurídico. Se dice, a veces, «condición» para significar un elemento esencial de un acto, como cuando se afirma que el consentimiento es condición esencial del contrato o el transcurso del tiempo condición indispensable para que opere la prescripción. También se alude con la palabra «condición» al estado o calidad de una persona, como cuando se expresa que tiene la condición de padre de familia, de divorciado o de mayor de edad. Asimismo, se dice, en general, de toda proposición o estipulación de un contrato cuando se indica que una de las condiciones del contrato fue el pago del precio al contado. Todas estas acepciones, usualmente empleadas en círculos jurídicos, no tienen un sentido rigurosamente científico. La elaboración de la figura de la condición, como elemento modal del acto, se debe a los juriconsultos y procede del Digesto romano.

I. CONCEPTO

Condición, en sentido estricto, o sea, en el sentido en que el Código y la doctrina desarrollan el concepto, puede definirse como la modalidad del acto jurídico consistente en una estipulación que convierte un acontecimiento futuro e incierto en un elemento que gravita sobre la eficacia de un acto, de una obligación o la adquisición de un derecho. Del acontecimiento incierto que las partes han pactado depende la existencia o la conclusión de un acto jurídico. El acto o la obligación sujeta a una condición tiene, por virtud de esta, sus efectos inciertos y amenazados.

Usualmente, la definición de esta modalidad no se haya consignada en los textos, aunque muchos Códigos definen varios tipos de condiciones. Nuestro Código no la define y le dedica siete numerales, aunque deja numerosas cuestiones sin dilucidar. Ha omitido el Código pronunciarse sobre los riesgos de la cosa, y está pendiente de verificarse la condición. Nada dice respecto a la condición que no señala plazo en el que debe suceder. Tampoco se pronuncia sobre el derecho del tercero y en qué condiciones

debiéra tener protección. No se refiere, como otros Códigos, a las condiciones potestativas a cargo del deudor y acerca de las perplejas, tampoco si se puede disponer libremente de la acreencia o de la obligación condicional y si se transmite a los herederos si su titular muere antes de que se cumpla el evento.

No siempre es fácil y corriente distinguir la condición del plazo, especialmente cuando este es indeterminado o incierto. No hay una manera precisa de hacer la designación de lo uno y de lo otro. Palabras hay que, generalmente, sirven para establecer la condición, como la conjunción «si» o la expresión «en el caso de que». El adverbio «cuando» y la locución «al llegar» determinan, de ordinario, la existencia del plazo. Pero la existencia de una u otra modalidad ha de deducirse de los antecedentes, motivos y consideraciones que llevan a penetrar en la intención de quien emplea determinada forma de expresión. Por eso, los romanos decían que ha de estarse más a la intención de quien la emplea que de las palabras que usa.

2. CARACTERES DE LA CONDICIÓN

De la definición del instituto podemos deducir los caracteres esenciales de esta modalidad:

- Consiste en un acontecimiento o suceso futuro e incierto.
- Es un acontecimiento que las partes, por su arbitrio, vinculan a la eficacia de un acto o de una obligación que el acto contiene.
- Una vez pactada la condición, la eficacia del acto o de la obligación, dependerá del hecho de que se verifique o no el acontecimiento.

Se enseña que la condición consiste en un suceso futuro e incierto. Estos caracteres del evento condicional deben apreciarse objetivamente. Por suceso futuro debe entenderse aquel que todavía no ha ocurrido y que, de ocurrir, acontecerá en un tiempo venidero. Lo futuro es generalmente incierto y de allí la vinculación que exhiben estos caracteres. Lo incierto es lo inseguro, lo que puede o no ocurrir.

Por eso, un suceso presente o pasado no puede constituir una condición, aun cuando las partes, en el momento de contratar, ignoren si ha ocurrido o no. El *Code* y otros códigos europeos que lo imitaron aceptaban la condición suspensiva que consistiera en un evento ya ocurrido, siempre que las partes ignoraran cuando la pactaron que se había producido, hecho que lo hacía incierto solo para las partes, subjetivamente. Nuestro Código Civil de 1852 toleraba, asimismo, la condición que consistiera en un suceso ignorado por las partes al pactarla (artículo 1231). En tiempos del *Code*, esta posibilidad podía parecer plausible; hoy, cuando las noticias acerca de cualquier suceso se conocen de inmediato, la salvedad no se justifica y los Códigos modernos la han abandonado.

Por suceso incierto, elemento que tipifica a esta modalidad, entendemos aquel que no se sabe a ciencia cierta (con un criterio objetivo de evaluación), en el momento de

contratar, si se va a producir o no. Debe considerarse, por tanto, que para que el suceso sea realmente incierto y, por consiguiente, susceptible de actuar como una condición, no debe ser un suceso imposible, porque ello excluiría la incertidumbre y convertiría al hecho en uno cuya realización de antemano se sabe que no ocurrirá. Por otro lado, el evento no debe ser indefectible o necesario, es decir, un acontecimiento que, aunque futuro, de todas maneras ocurrirá, aunque no sepamos cuándo. Semejante suceso fatal no sería propiamente una condición, porque la incertidumbre acerca de su realización, que es lo que caracteriza a la condición, está ausente. Serata, más bien, un plazo que puede ser incierto o indeterminado, pero la incertidumbre del plazo reside en que hay duda acerca de cuándo llegará, pero es indudable que llegará, salvo si se le conviene para que el evento necesario ocurra dentro de un determinado plazo, en cuyo caso la incertidumbre radicaría en el hecho de ser dudoso si ocurrirá o no dentro de dicho plazo.

Hay que advertir, entonces, que no debe confundirse la incertidumbre acerca de la realización del suceso con la incertidumbre acerca de cuándo habrá de realizarse. La incertidumbre puede ser de tres especies:

- En primer lugar, incertidumbre en la realización del suceso en sí y en el cuándo: por ejemplo, si el equipo peruano de fútbol se consagra como Campeón Mundial (el evento está sujeto a una doble incertidumbre: no sabemos si el equipo nacional será campeón y no sabemos cuando se producirá el hecho).
- En segundo lugar, incertidumbre en la realización del suceso en sí con certidumbre en el cuándo: por ejemplo, si el equipo nacional de fútbol clasifica para competir en el próximo campeonato mundial (en esta condición hay incertidumbre sobre si el Perú clasificará, pero hay certidumbre acerca de cuando debería ocurrir el hecho).
- En tercer lugar, incertidumbre en el cuándo con certidumbre en la realización del suceso en sí mismo: por ejemplo, el día en que muera el Papa (aquí no hay propiamente condición, porque la incertidumbre no existe respecto de la realización del suceso: el Papa ha de morir; la única incertidumbre es acerca del cuando).¹

La segunda característica de la condición es que ella debe comportar una vinculación arbitraria con el acto jurídico, es decir, debe tener fundamento exclusivo en la voluntad de las partes, lo que los romanos llamaban *conducti facti*. Para que haya condición, la subordinación del derecho al suceso futuro e incierto debe ser consecuencia de la libre voluntad de los contrayentes, porque hay condiciones que la propia ley impone, lo

¹ El hecho de que el Papa muera, sin embargo, podría convertirse en una condición, si se le pacta de forma que el suceso futuro pero cierto deba ocurrir antes de una determinada fecha. Aquí recobra incertidumbre el suceso, y esta recae en el cuándo. Por ejemplo, si el Papa fallece antes de fin de este año.

que los romanos llamaban *condicti iuris*, pero estas no son modalidades del acto sino hipótesis legales que deben cumplirse para que el efecto previsto en la norma opere *ex lege*. Si fuera consecuencia de la ley o de una necesidad de orden material, el derecho no sería condicional sino simplemente eventual. Por ejemplo, no es condición, jurídicamente hablando, la venta de una casa a condición de que se pague el precio, porque el pago del precio es un requisito necesario, no arbitrario, de la venta. Esta posibilidad ocurre en la venta de un bien futuro, que está sujeta por ley a la condición suspensiva de que el bien llegue a tener existencia (artículo 1534). Igualmente, está supeditada, a una *condictio iuris*, la compraventa a prueba de que el bien tenga las cualidades pactadas o sea idóneo para la finalidad a la que está destinado (artículo 1572).

Hay, como se sabe, actos que no toleran quedar supeditados a eventos cuya realización es insegura. Los actos que regulan asuntos familiares son, por lo general, intrínsecamente puros. Las relaciones jurídicas de particular importancia y gravedad no son compatibles con la incertidumbre, que es el carácter esencial de la condición. La aceptación o renuncia de la herencia, por ejemplo, no puede estar sujeta a condición ni a modalidad alguna (artículo 677). Otros ejemplos de actos que no toleran modalidades son los instalados en los artículos 381, 395 y 733 del Código.

En los actos con contenido patrimonial, sí se acepta, de ordinario, la potestad de las partes de hacer que sus efectos penden de determinados acontecimientos, que las partes no saben si se presentarán o no. Son múltiples y generalmente respetables las razones por las que las partes deciden que los actos que celebran queden subordinados a que se despejen determinadas incertidumbres. Los motivos, generalmente intrascendentes, se mutan en relevantes si se les convierte en una condición que integra el contenido de la declaración de voluntad y, en ese sentido, en una estipulación acordada. La autonomía de la voluntad lo hace posible e introduce un concepto que, como la condición, flexibiliza los compromisos y hace posible que estos puedan llegar a plasmarse sin tener que aguardar que el porvenir se encargue de despejar las incógnitas. Por lo tanto, la condición permite celebrar el acto desde ya, con la ventaja que ello reporta para quienes se valen de este recurso, que el ordenamiento pone a su disposición para facilitar sus decisiones sin comprometerlas ciegamente a efectos que dependen de eventos contingentes.

Finalmente, la eficacia de una obligación o del acto todo debe depender del hecho de verificarse o no el acontecimiento que constituye la condición. Ello responde a la intención de las partes, que queda satisfecha en un sentido u otro, según ocurra o no el evento que quisieron que influyera sobre los efectos del acto. Si en vez de que el acontecimiento puesto como condición interviniera sobre el acto o la obligación, ora para suspender sus efectos ora para resolverlos, y constituyese una prestación accesoria que un contratante tuviese la facultad de exigir a otro, no existiría propiamente una condición sino un modo o cargo, con el que se le puede confundir. Por ejemplo, A

dona a B una casa con la condición de continuar usufructuando de ella. A pesar de que pudiera utilizarse la palabra «condición», no habría aquí un acto sujeto a esa modalidad si la intención no es subordinar la donación al usufructo, que, por lo demás, no tiene el signo de la incertidumbre objetiva que caracteriza a la condición. Los efectos de una proposición como la indicada serían que A, como donante, podrá exigir a B el cumplimiento de la obligación que ha impuesto de dársela en usufructo.

Hay que ahondar siempre en la intención de las partes al celebrar el acto, para determinar si lo que convinieron como condición constituye, en realidad, un acontecimiento incierto del que quisieron hacer depender la eficacia del acto o de la obligación; o, más bien, se trata de una prestación accesoria que puede reclamarse por su acreedor, independientemente de la eficacia del acto principal. La condición propia tiene la característica especial de que, una vez pactada, domina al acto todo y hace contingente su posibilidad de producir efectos.

3. CLASES DE CONDICIÓN

Por la índole de su influencia sobre el nacimiento o la extinción de la obligación, las condiciones pueden ser condiciones suspensivas y resolutorias; por sus efectos sobre la validez de la obligación, pueden ser propias e impropias, y se reputan, entre estas últimas, las imposibles, las necesarias y las ilícitas; por la forma como se pactan, pueden ser condiciones expresas o tácitas, positivas o negativas; por la causa generadora del acontecimiento que constituye la condición, es posible distinguir condiciones potestativas, causales y mixtas. Finalmente, se habla de condiciones perplejas, que implican un contrasentido.

3.1. Condiciones suspensivas

La primera clasificación, sin duda la más importante, separa a las condiciones en suspensivas y resolutorias, atendiendo a la forma en que desarrollan su influencia sobre el nacimiento o terminación del acto jurídico.

Todas las condiciones operan, en definitiva, ya sea como suspensivas o como resolutorias, marcando el inicio de la relación o su finalización.

Hay condición suspensiva cuando los efectos de un acto jurídico o de ciertas obligaciones creadas por el acto dependen de la verificación de un cierto suceso futuro e incierto pactado, de modo tal que el acto o las obligaciones sujetas a la condición quedan, mientras se aguarda la realización del evento, en suspenso. El cumplimiento del acto, que existe y ha sido querido como acto condicionado, solo puede exigirse si la condición se realiza. Cuando la obligación es otorgada bajo condición suspensiva, es incierta su eficacia: adquirirá eficacia si la condición se realiza; no la adquirirá si no llega a realizarse.

Por ejemplo, A y B convienen que el primero venderá al segundo su casa, si el abogado que B designe aprueba los títulos de propiedad. Si los aprueba, el evento que era incierto se ha realizado y el acto de venta cobra plena eficacia. Entre tanto, hay venta, pero los derechos y obligaciones de las partes están en estado de pendencia.

La condición suspensiva pendiente. Se deben analizar tres posibles situaciones que en el tiempo pueden ocurrir tratándose de la condición suspensiva pendiente de realizarse, *condictio pendet*: la situación del acto condicional, antes de verificarse el evento puesto como condición; la situación del acto condicional, cuando se verifica el evento puesto como condición; y, finalmente, la situación del acto condicional, cuando no se verifica el evento puesto como condición.

Mientras el evento acordado para que opere como condición suspensiva está pendiente de realización, las partes no pueden exigirse el cumplimiento del acto ni de los derechos y obligaciones que contiene, porque estas, propiamente, no han adquirido eficacia. Entre ambas partes hay un vínculo jurídico que está detenido, de forma que el acreedor solo tiene una esperanza que solo se hará cierta, convirtiéndose en derecho cuando la condición se verifique; mientras tanto, el deudor no puede ser compelido a que satisfaga la prestación, porque no es todavía un deudor cierto y quizá nunca llegue a serlo. El acto existe pero todavía no es eficaz. A esta etapa de la obligación, pactada bajo condición suspensiva pendiente de realizarse, se refiere, principalmente, el Código cuando dispone que el acreedor puede, antes del cumplimiento de la condición suspensiva, ejercitar las acciones conducentes a la conservación de su derecho (artículo 173).

Pendiente la condición, el acreedor tiene, en efecto, un derecho expectatio, y la ley le concede el derecho de proteger su expectativa, lo que le permite ejercitar las acciones conducentes a su conservación para garantía de sus eventuales futuros derechos e intereses. Por medidas conservativas deben entenderse todos los actos dirigidos a asegurar el ejercicio futuro de un derecho sin constituir el ejercicio actual de este. Debe tenerse presente que el promitente de la cosa, mientras la condición suspensiva no se ha realizado, sigue siendo su dueño y puede ejercitar todos los derechos inherentes a la propiedad, entre ellos, disponer del bien a favor de tercero. En protección de su derecho expectatio, la ley concede, al acreedor condicional, el derecho de ejercitar acciones conducentes a la conservación de su expectativa como, por ejemplo, la inscripción de la transferencia condicional en el Registro, para impedir que un tercero pueda alegar buena fe sustentada en su ignorancia de una previa transferencia condicionada.

Si está pendiente de realizarse la condición suspensiva y el deudor se equivoca y paga, puede repetir lo pagado al acreedor, porque se trata de un pago indebido, pues la condición hace incierto el derecho del acreedor.

Asimismo, en el caso de la novación, si una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición suspensiva, solo habrá novación si se cumple la condición o viceversa,

si la obligación sujeta a una condición suspensiva se nova en una pura, salvo pacto en contrario (artículo 1284). La incertidumbre del suceso hace que la novación no exista hasta que la nueva obligación condicional se verifique en el primer caso y determina la incertidumbre de la obligación condicional novada, que puede no existir si la condición no se verifica.

Desde antiguo se ha escindido el efecto de la condición suspensiva, tratándose de actos *inter vivos* y de *mortis causa*. Respecto de estos últimos, el raciocinio que lo justificaba era que, si el testador ha dispuesto a favor de una persona bajo determinada condición, ha querido, en verdad, significar que, si la condición no se cumple, el favorecido con la disposición quedará privado del favor; y, por eso, si la condición es ilícita, imposible o inmoral, no podrá o no deberá cumplirse y la disposición seguirá la suerte de la condición, y prevalecerá de esta manera el respeto a la voluntad del testador. Modernamente, la distinción entre las condiciones que se alojan en los testamentos y en los contratos tiende a borrarse, pero los criterios no son uniformes. Nuestro Código preconiza que las normas generales sobre las modalidades de los actos jurídicos se aplican a las disposiciones testamentarias y se tienen por no puestas las condiciones y los cargos contrarios a las normas imperativas de la ley (artículo 689). Por tales ha de tenerse aquellas condiciones, no solo contrarias a la ley, sino, también, las que consisten en un evento imposible o inmoral.

Sin embargo, nuestro Código incluye una norma expresa para los legados condicionales de la que se infiere que no pasan a los herederos del legatario muerto antes de que se verifique el acontecimiento incierto. En efecto, se ha discutido la situación de un legatario bajo condición suspensiva, muerto ya el causante pero pendiente la condición. Si el legatario fallece antes de que la condición se cumpla, el legado caduca, pues el legatario carece aún de derecho; este no ha nacido y tiene una mera expectativa que desaparece a su muerte. Este derecho no renace si la condición se verifica después del fallecimiento del legatario.

En general, cualquier disposición testamentaria hecha con una condición suspensiva queda sin efecto si la persona a cuyo favor se hizo muriese antes de verificada la condición. En otras palabras, no se transmite a los herederos del beneficiado con esta, que no era acreedor al morir y no puede transmitir un derecho que no tenía, aunque en el futuro la condición se verifique, sin que por consecuencia ulterior la condición pueda recobrar eficacia. Tratándose de legados, el Código precisa que el legatario no adquiere el legado subordinado a condición suspensiva, mientras no se cumpla la condición (artículo 768). Y remata el *dictum* con la regla según la cual la herencia corresponde a los herederos legales, entre otros casos, cuando no se ha cumplido la condición (suspensiva) establecida por el testador (artículo 815, inciso 4). El Código de Chile adopta una postura semejante (artículo 1492 CCh).

En las obligaciones condicionales *inter vivos*, la regla dominante es que el derecho del acreedor y la obligación del deudor se transmiten a los herederos, porque el acreedor

tiene un derecho condicional, sujeto a una eventualidad, y este se hereda. La expectativa integra el patrimonio y es susceptible de disposición de última voluntad. Nuestro Código omite pronunciarse. La norma expresa que autorizaba disponer de los derechos condicionales en el Proyecto de la Comisión Reformadora (artículo 65) fue eliminada, pero el parecer de León Barandiarán avala esta posibilidad en consonancia con la solución del Código Civil argentino, que dispone que los derechos y obligaciones del acreedor y deudor que fallecieran antes del cumplimiento de la condición pasan a sus herederos (artículo 544 CA).

Cuando se verifica el acontecimiento que constituye la condición suspensiva, la obligación se hace inmediatamente exigible. Este efecto *ipso iure* emanaba expresamente del artículo 1108 del Código de 1936 que decía: «[...] no podrá pedirse el cumplimiento de una obligación contraída bajo condición suspensiva, hasta que ésta se realice». El Código vigente no ha considerado necesario repetir la norma, acaso por estimar que se sobreentiende que esta consecuencia constituye la realización misma del derecho que nace de este tipo de condición, una vez cumplida.

Efectos de la condición suspensiva. La cuestión que plantea el momento cuando el acto o la obligación se hace exigible, porque la condición se ha verificado y, en consecuencia, queda levantado el estado suspensivo del acto, es la referente a desde qué momento produce sus efectos el acto. Esto puede ser, según las partes hayan acordado, desde la celebración del acto sujeto a condición suspensiva, en cuyo caso el cumplimiento de la condición tendrá efecto retroactivo, *ex tunc*, o solo desde que esta se cumple, con efectos hacia delante, *ex nunc*.

La licitud de la obligación o la posibilidad de la prestación o del bien que es objeto de ella se aprecian al momento del cumplimiento de la condición (artículo 1404), pues recién, en ese momento, se puede exigir la obligación, la entrega de la prestación y, si esta consiste en dar, la del bien que es objeto de ella.

La cuestión de la retroactividad o irretroactividad de la condición suspensiva verificada se contempla desde el derecho romano. En Roma se admitía la retroactividad de la condición suspensiva realizada, y la norma fue aplicada en la mayoría de los códigos civiles promulgados en el siglo XIX, entre los que estaba nuestro Código Civil de 1852, que disponía que un contrato condicional cuya condición se cumple se considera eficaz desde que se celebró (artículo 1283). Los Códigos suizo, alemán y japonés, y nuestro Código de 1936 reaccionaron frente a la doctrina de la retroactividad de la condición y establecieron el principio de su irretroactividad, pero no como una cuestión de orden público. En otras palabras, estipularon que el acto bajo condición suspensiva solo produce efectos a partir de la realización de la condición, salvo pacto en contrario. Se deja a las partes la posibilidad de convenir que los efectos del acto operen a partir del momento de su celebración o de cualquier otro que convenga a sus intereses. A esta posición adhiere también nuestro Código vigente al establecer que

«[...] la condición no opera retroactivamente, salvo pacto en contrario» (artículo 177). Otros Códigos, como el argentino y el venezolano, por ejemplo, se mantienen apegados a la tesis de la retroactividad de la condición, con excepciones derivadas de la voluntad de las partes o de la naturaleza del acto. De acuerdo con nuestra ley, salvo que las partes hayan acordado algo distinto, el acto bajo condición suspensiva solo produce efectos desde el cumplimiento de la condición.

Las consecuencias principales del principio de la irretroactividad de la condición suspensiva, contemplado por el Código, se dan en los riesgos que corren las partes, estando la condición pendiente. Nuestro Código propone la presunción de que la responsabilidad de que el bien se pierda o deteriore estando en posesión del deudor es responsabilidad de este último, salvo prueba en contrario (artículo 1139). Con la salvedad de la presunción aludida, la pérdida o deterioro del bien en las transferencias sujetas a condición suspensiva siguen las siguientes reglas:

- Si el bien transferido, estando en poder del deudor perece sin culpa de este y la condición se verifica, la obligación se resuelve, con pérdida del derecho del deudor a la contraprestación, si lo hubiere (artículo 1138, inciso 5).
- Si el bien se pierde por su culpa y la condición se verifica, la obligación queda resuelta, pero el deudor no tendrá derecho a la contraprestación y el acreedor puede exigir el pago de la correspondiente indemnización (artículo 1138, inciso 1).
- Si el bien se deteriora sin culpa del deudor y la condición se verifica, el deudor sufre las consecuencias y el acreedor debe recibirlo en el estado en que se encuentra, con disminución proporcional de la contraprestación (artículo 1138, inciso 6).
- Si el bien se deteriora por culpa del deudor y la condición se verifica, el acreedor puede optar entre resolver la obligación o exigir la cosa en el estado en que se encuentre y exigir la reducción de la contraprestación y una reparación por los daños (artículo 1138, inciso 4).

Las reglas enunciadas acerca de quién asume los riesgos derivan de la aplicación de las normas del Código cuando trata de las obligaciones de dar cosa cierta.

Siendo el promitente bajo condición suspensiva dueño de la cosa hasta que la condición se verifica, puede disponer de ella, y este acto de disposición puede ser válido respecto al tercero adquirente, a título oneroso y de buena fe, pues, recién cumplida la condición, el original comprador se convierte en propietario, cuando el bien ya está en poder de tercero. El tercero adquirente poseerá un derecho firme sobre el bien si obró de buena fe, es decir, ignorando que la cosa que ha adquirido de su enajenante había sido ya prometida por este a otro, condicionalmente. Por ejemplo, A vende a B bajo condición suspensiva. Estando pendiente de realizarse la condición, A vende a C por acto puro y simple. C habrá adquirido un título firme si compró sin conocer la existencia

de la primera transferencia condicional entre A y B. Puede también el promitente reivindicarla y gravarla, y ejercer todos los actos propios del dominio previstos en nuestra ley (artículo 923).

Cuando el evento puesto como condición suspensiva no se verifica, la expectativa de que el contrato se perfeccione se desvanece y las partes quedan entre ellas como si nunca hubiera existido convenio alguno. En efecto, fue convenido por las partes subordinar la eficacia del acto, de la obligación o la adquisición de un derecho al cumplimiento futuro de un evento incierto; así como si el evento se cumple el acto adquiere eficacia, si el evento no se cumple, el acto nunca adquirirá eficacia y la expectativa jurídica a que había dado nacimiento se extingue. Si el acreedor hubiese tomado posesión temporal de la cosa, debe restituirla, pero, si su posesión es de buena fe, hace suyos los frutos (artículo 908).

3.2. La condición resolutoria

Es el hecho futuro e incierto que determina que un acto jurídico ejecutado quede sin efecto en el caso de que el evento condicionante se realice si la condición ha sido pactada para que opere en forma positiva. En este supuesto, si se realiza el suceso pactado, los efectos del acto cesan. Si el evento puesto como condición resolutoria no se ha realizado, el derecho subordinado a ella queda irrevocablemente adquirido, como si nunca hubiese habido condición.

Si la condición resolutoria se ha pactado en sentido negativo y no se verifica el suceso, el acto cesa de surtir efectos, pues la condición negativa se cumple si el evento no se verifica. Por el contrario, si la condición resolutoria ha sido pactada para que no se realice un determinado acontecimiento y este sucede, la condición debe entenderse no realizada y los efectos del acto subordinado a ella permanecen; el acto se desprende de la amenaza resolutoria que pendía sobre este, y continúa surtiendo todos sus efectos, como un acto puro y simple.

Las disposiciones que se someten a condiciones resolutorias son inicialmente puras y simples, y surten todos sus efectos; lo que se sujeta a una eventualidad es la cesación de ellos. Las condiciones resolutorias no suspenden la existencia de la obligación, toda vez que existe y produce todos sus efectos como si fuera pura y simple; y lo es realmente, pues en ella nada hay incierto, nada en lo concerniente a la obligación que esté en suspenso, solo que en algún momento tales efectos pueden terminar.

La condición resolutoria pendiente. El acto surte todos sus efectos, como si fuera puro y simple, pero hay la amenaza de que los efectos cesen si la condición se verifica. En esta situación, el adquirente administra el bien como propietario, percibe los frutos, puede gravar el bien e inclusive disponer de él, con la limitación derivada de la condición resolutoria. En suma, las partes se comportan como deudor y acreedor, y

ejercitan plenamente sus derechos y cumplen con sus obligaciones hasta que se dilucida la incertidumbre.

Si la condición resolutoria se verifica, el acto se resuelve y las partes deben restituirse lo que hubiesen recibido por efectos del acto, pero no los frutos, porque la posesión ha de presumirse de buena fe. Rige, asimismo, la presunción de que el bien ha perecido o se ha deteriorado por la culpa de su poseedor, salvo prueba en contrario (artículo 1139). Sostienen los Ospina (1980: 559) que es tema de prolongada, y no resuelta discusión doctrinaria, si la resolución de los actos jurídicos por el acaecimiento de la condición resolutoria opera de iure, sin necesidad de una declaración judicial al respecto o si, por el contrario, esta declaración es necesaria para que se produzcan los efectos que esta modalidad está llamada a producir. La cuestión solamente se plantea en el campo general de las condiciones resolutorias, distintas de la que consiste en el incumplimiento de los contratos, que supone siempre el ejercicio de la acción respectiva por el contratante insatisfecho. En opinión de los Ospina, según ellos mayoritaria, la intervención judicial será siempre necesaria y debe realizarse mediante un fallo que haga tránsito a la cosa juzgada, para que se puedan producir los efectos de la disolución del contrato: la extinción de la eficacia futura del acto y la restitución de los agentes a la situación que tuvieron al tiempo de su celebración, retrotrayendo hasta dicho momento la eficacia que el acto hubiera alcanzado a producir antes de su resolución.

Aplicando las mismas normas sobre obligaciones de dar que el Código consigna, los efectos sobre los riesgos de la cosa serían los siguientes:

- Si el bien se pierde sin culpa del adquirente condicional y la condición resolutoria se realiza, no podrá devolverla, ni tendrá derecho a recibir la contraprestación y el acto se resuelve (artículo 1138, inciso 5).
- Si el bien pereció por su culpa y la condición resolutoria se verifica, el acreedor no estará obligado a entregar la contraprestación, pero podrá reclamar la indemnización de los perjuicios (artículo 1138, inciso 1).
- Si el bien se ha deteriorado sin culpa del deudor y la condición resolutoria se realiza, el acreedor debe recibir el bien con una disminución proporcional de la contraprestación (artículo 1138, inciso 6).
- Si el bien se ha deteriorado por culpa del deudor y la condición resolutoria se realiza, el acreedor puede optar por resolver la obligación o por recibir el bien como se encuentra y exigir la reducción de la contraprestación y el pago de la correspondiente indemnización por daños (artículo 1138, inciso 2).

Si no se verifica el evento pactado con efectos resolutorios, los efectos continúan y la expectativa de que pudieran cesar se esfuma.

En materia de novación, el Código establece, de manera congruente, que, cuando una obligación pura se convierte en otra sujeta a condición resolutoria, opera la novación,

y la misma regla se aplica si la antigua obligación estuviese sujeta a una condición resolutoria y la nueva fuera pura, salvo pacto en contrario (artículo 1285).

3.3. Condiciones propias

La condición propia es el acontecimiento futuro e incierto, que es lícito por no ser contrario a la ley, al orden público ni a las buenas costumbres.

3.4. Condiciones impropias

Será condición impropia, *contrario sensu*, aquella que consiste en un acontecimiento imposible o en un acontecimiento necesario o que es ilícito, ya sea por contrariar la ley imperativa o ser inmoral.

Antes de examinar en qué consiste y cuándo se presenta una condición impropia, ya sea por la imposibilidad del evento o por ser este necesario, o por su ilicitud o inmoralidad, debemos advertir que no debe confundirse la finalidad del acto jurídico, que es elemento esencial de su validez y que debe ser lícito, con las condiciones que se adhieren al acto por determinación de las partes y que pueden consistir, a su vez, en eventos contrarios al ordenamiento o a las buenas costumbres. El evento condicionante puede ser, en sí mismo, un acto ilícito o inmoral, sin que de ello se siga, necesariamente, que el acto en el que una condición de este tipo haya sido pactada deba decaer por finalidad ilícita.

Por ejemplo, A se obliga a donar a B una cantidad de dinero, bajo la condición suspensiva de que C realice un hecho ilícito. Aquí el acto jurídico de la donación no tiene objeción, la ilegalidad se refiere solamente a la condición que consiste en el hecho de un tercero, un hecho extraño al fin mismo del negocio de donación. En cambio, si A se obliga a entregar a B una cantidad de dinero para que B realice un hecho ilícito, el acto jurídico tiene un fin ilícito, porque el hecho ilícito que B se obliga a realizar es la contraprestación del dinero que recibe de A y, por tanto, su razón de ser.

Condiciones impropias por imposibles o necesarias. Las condiciones pueden ser impropias por ser imposibles o por ser indefectibles. Estas, las impropias, no son verdaderas condiciones, pues falta, en ellas, el elemento esencial de la incertidumbre del suceso, pero los Códigos aluden a ellas para esclarecer qué efectos tienen sobre el acto en el que hayan sido pactadas. El hecho de la incertidumbre excluye la imposibilidad del suceso y, también, su carácter forzoso. El suceso imposible o irrealizable ha dejado de ser incierto; lo mismo ocurre con el hecho indefectible y seguro. La imposibilidad puede referirse a un hecho natural o a uno que dependa de la voluntad de una persona ajena a las partes, porque el hecho de tercero puede también servir de condición.

La imposibilidad del suceso o su fatalidad deben ser originarias, o sea, estar presentes cuando la condición se celebra, para que la condición adquiera carácter impropio. La imposibilidad sobreviniente de un evento que era incierto cuando se le celebró no afecta a la validez de la condición, ni la convierte en impropia. Solo determina que esta no ha de acaecer. Es posible que la condición incierta y, por consiguiente, posible al momento de la celebración del acto, devenga después en imposible y no llegue a cumplirse. Debe hablarse, entonces, de condición no realizada.

Por otro lado, considera la doctrina que la condición que fue imposible al momento del contrato y que posteriormente resulta posible tampoco puede considerarse imposible. Nuestro Código no ha tomado posición al respecto. En cambio, ha tomado posición disponiendo que la licitud de la obligación o la posibilidad de la prestación, que sea objeto de ella en un contrato sujeto a condición o plazo suspensivo, se apreciarán al momento del cumplimiento de la condición o del vencimiento del plazo (artículo 1404).

Con respecto a las condiciones imposibles, el derecho romano consideró que ellas anulaban los actos jurídicos entre vivos, pero que se consideraban como no puestas en los actos jurídicos de última voluntad.

La doctrina actual enseña que las condiciones resolutorias, jurídica o físicamente imposibles, se tienen por no puestas, al no ser un acontecimiento incierto. Se reputa al acto como uno puro y simple. En cambio, las condiciones suspensivas, física o jurídicamente imposibles, invalidan el acto, porque no es serio hacer depender un efecto de algo que no ocurrirá. Revela una voluntad de que el acto no cobre efectos nunca, pues la condición no podrá verificarse al ser imposible, ya sea en el plano material o jurídico (artículo 171). Es la aplicación de la regla de interpretación según la cual quien hace depender la exigibilidad, o sea, la eficacia de un acto de un hecho que se sabe no ha de verificarse, no quiere, en definitiva, el acto, por lo que este debe invalidarse. Deviene absolutamente nulo.

Al aplicarse la misma regla de interpretación a la condición resolutoria, se obtiene el resultado inverso, porque quien hace depender la continuidad de una relación, de un hecho imposible de realizarse, no quiere, en realidad, su resolución y, por ello, el acto debe mantener su plena vigencia, para lo cual a la condición de este tipo se le estima no convenida.

En cuanto al efecto de las condiciones que consisten en hechos forzosos e ineluctables, estas son verdaderamente plazos indeterminados y deben aplicárseles las reglas que rigen sobre el particular. Su carácter no suspende la obligación, solo difiere su exigibilidad.

La condición impropia por ilicitud. A igual régimen de condición impropia pertenecen las condiciones ilícitas, por ser contrarias a la ley o ser inmorales.

En los actos *inter vivos*, la condición ilícita o inmoral sigue la misma suerte que las condiciones imposibles, por similares razones. En consecuencia, invalidan el acto si se

trata de condiciones suspensivas y se tienen por no puestas si consisten en condiciones resolutorias (artículo 171). El Código Civil argentino, con criterio casuístico, conceptúa ilícitas por inmorales las siguientes condiciones: habitar siempre en un lugar determinado o sujetar la elección del domicilio a la voluntad de un tercero; mudar o no mudar de religión; casarse con determinada persona o con aprobación de un tercero, o en cierto lugar o en cierto tiempo, o no casarse; vivir célibe perpetua o temporalmente, o no casarse con determinada persona, o separarse o divorciarse (artículo 531 CA).

El artículo 1103 del Código argentino también dispone que se puede poner cualquier condición que no sea contraria a las leyes ni a la moral, es decir, que no sea ilícita.

La cuestión que se debate acerca de las condiciones suspensivas ilícitas e inmorales, que, como hemos visto, están penalizadas en nuestra legislación con la nulidad del acto jurídico que dependen de ellas, salvo en las disposiciones *mortis causa*, en que se tienen por no escritas, es si la ilicitud o inmoralidad debe considerarse en sí misma, es decir, analizar si el suceso futuro e incierto es inmoral o ilícito, o si la inmoralidad e ilicitud del hecho de la condición debe estar dirigida a influir en la finalidad que se persigue mediante el acto en su conjunto.

La condición suspensiva ilícita es aquella cuya realización comporta una infracción legal (por ejemplo, que se cometa un delito) y condición inmoral, aquella cuya realización atenta contra las buenas costumbres.

Ahora bien, es posible concebir un hecho que es ilícito en sí mismo, por estar prohibido por la ley, pero que, aunque pactado como condición, no convierte al acto en uno cuya finalidad sea ilícita. Por ejemplo, A promete a B determinada prestación, siempre y cuando —es decir, bajo condición suspensiva— se produzca un hecho contrario a la ley: que no se cobre regalías a la actividad minera.

Se admite aquí que la condición es válida pese a que el hecho en que consiste, analizado en sí mismo, es un acto prohibido por la ley, porque se puede sostener que la intención de las partes al pactar la condición no refleja una intención ilícita. Si la ley condena la ilicitud del acto condicional, lo hace porque las partes persiguen mediante él algún fin ilícito, y el Código condena el acto en este supuesto.

León Barandiarán ofrece los siguientes ejemplos: si A se obliga a dar a B una suma en donación y se realiza un hecho ilegal, el fin del negocio —la donación— no presenta objeción. La ilegalidad atañe solo a un hecho extraño a las partes y de carácter incierto, cualidad que funciona como condición. En cambio, si se establece que A pagará a B una suma para que este cometa un hecho ilegal, aquí hay una condición solo en apariencia y el fin del contrato será reputado ilícito, pues ilícito es el acto que se promete retribuir mediante la contraprestación que A ofrece.

Ahora bien, puede ser eficaz la condición consistente en un hecho ilícito cuya realización depende de tercero. Por ejemplo, si prometo determinada cantidad de dinero para que el presidente sea derrocado por un acto subversivo. La ley sanciona

con nulidad actos cuya finalidad es ilícita para disuadir a las partes de la ejecución de un acto reprobable. Pero cuando tal acto no va a ser ejecutado por ninguna de ellas y no está en su control determinar su ejecución, la razón de ser de la nulidad desaparece. Inclusive, el acto ilícito que depende de una de las partes puede no viciar el acto si la prestación no constituye la recompensa del acto ilícito o actúa como el único motivo por el cual la parte se abstiene de él.

Si el hecho convenido como condición es ilícito en sí mismo, el acto condicionado no será automáticamente ilícito. Solo lo será si las partes persiguen, en el caso, alguna finalidad ilícita. Si ese fin ilícito no existe, entonces la obligación no es ilícita, por ilícito que sea el hecho convenido como condición, apreciado en sí mismo.

De este modo, la ilicitud o inmoralidad de la condición no emana necesariamente de la estimativa del evento en sí en que la condición consiste, sino que es preciso analizar la finalidad que persiguen las partes al introducir la condición en el acto. Si dicha finalidad es reprobable y la condición ilícita o inmoral en sí, será igualmente reprobable el acto que queda contagiando de nulidad. Si no existe finalidad inmoral o ilícita, el evento puesto como condición suspensiva podrá en sí mismo ser inmoral o ilícito, sin que ello determine necesariamente que el acto se invalide.

3.5. Condiciones positivas o negativas

Según sea la forma como hayan sido convenidas, las condiciones pueden ser positivas o negativas, expresas o tácitas.

Condición positiva o afirmativa es aquella cuyo cumplimiento depende de la verificación de un hecho futuro e incierto. Por ejemplo, dono a alguien un automóvil con la condición de que se gradúe de abogado este año. Condición negativa es aquella cuyo cumplimiento depende del hecho de que no se verifique un acontecimiento futuro e incierto. Por ejemplo, dono a alguien un automóvil si no viaja al extranjero antes de fin de año. En este supuesto, para que la condición se considere cumplida es necesario que no se realice el acontecimiento, es decir, que el comprador condicional no viaje fuera del país dentro del plazo estipulado.

En general, el criterio seguro para distinguirlas es que debe reputarse como positiva una condición que consiste en un evento, cuya ocurrencia cambia el estado de cosas; y como negativa cuando consiste en un evento que no debe ocurrir y que, si no ocurre, no altera las circunstancias que rodean los hechos en los que se desenvuelve el acto.

Naturalmente, la forma como está construida la condición, ya sea positiva o negativa, es decir, dependiente de la realización o de la falta de realización de un hecho futuro, requiere examinar el asunto relacionado con el plazo o tiempo dentro del cual deba darse por cumplida o no realizada la condición. Y ello porque lo normal es que la condición se pacte para que opere dentro de un plazo. Si la condición es positiva y transcurre el plazo fijado sin que se haya producido, la condición no se ha cumplido y

el negocio o no surte sus efectos (si la condición es suspensiva) o quedan definitivos los efectos del negocio (si la condición es resolutoria).

Si la condición es negativa, a diferencia de la condición positiva, hay que esperar como regla a que venza el plazo fijado para determinar si la condición se cumple o no. Si se vence el plazo y el evento no se ha producido, la condición se considera cumplida.

En ciertos casos de condiciones negativas, no hay que aguardar hasta el vencimiento del plazo porque, por las circunstancias, es evidente que el hecho no podrá ocurrir ya. Por ejemplo, A conviene con B que le venderá su casa bajo la condición de que C no le compre a D la suya dentro de un año. Si C o D mueren antes del plazo, es evidente que la condición ha quedado cumplida, porque el evento negativo en que consistía la condición no podrá convertirse nunca en un hecho positivo.

Estos son los supuestos a que se refiere el Código cuando dispone que, si la condición es que no se verifique cierto acontecimiento dentro de un plazo, se entenderá cumplida desde que vence el plazo o fuera cierto que el acontecimiento no puede realizarse (artículo 175).

Naturalmente, la ley se ha puesto en el evento de que la condición negativa deba ocurrir dentro de un plazo, vale decir, que las partes hayan pactado un periodo de tiempo dentro del cual no debía ocurrir la condición. A pesar de ello, la ley ha permanecido en silencio para resolver el caso de una condición —ya sea negativa o positiva— para la cual las partes no hayan previsto un término dentro el cual el hecho no debía o debía ocurrir, respectivamente. Para resolver esta cuestión de ausencia de plazo puede ser aplicable un principio recogido por el Código argentino, que dispone que la condición debe cumplirse de la manera en que las partes verosímilmente quisieron y entendieron que debía cumplirse. La intención verosímil o presunta de las partes acerca del plazo y del modo en que la condición debía verificarse depende de las circunstancias de hecho. Sería pues una cuestión de prueba y apreciación de los jueces determinar, en cada caso, el tiempo dentro del cual debió producirse o no producirse el acontecimiento que constituye la condición en atención a la presumible intención de quienes la pactaron. En igual sentido se pronuncia el Código venezolano.

Hay, sin embargo, un tipo de condición llamada potestativa que vamos a tratar más adelante y en la cual el cumplimiento del hecho materia de la condición depende de la voluntad de la parte acreedora de la obligación. Por ejemplo, A le promete a B una cantidad de dinero si B tala un árbol de su propiedad que molesta a A. El cumplimiento o incumplimiento de la condición depende de la voluntad del acreedor de la promesa, es decir, B; y si, por añadidura, no se ha establecido plazo dentro del cual B puede dar cumplimiento a la condición, resultaría que A quedaría indefinidamente sujeto a su promesa y dependiendo del albedrío del acreedor.

En estos casos, podría el deudor solicitar al juez el señalamiento de un plazo para el cumplimiento de la condición, vencido el cual se tendrá por no realizada. Como el Código no prescribe esta posibilidad, hecho que constituye una gruesa falla, la

solución será no tenerla por cumplida sino cuando es cierto que el acontecimiento no ha de cumplirse.

3.6. Condiciones expresas o tácitas

La condición expresa es la que consta en el acto jurídico por alguna de las formas de manifestación expresa de voluntad que nuestro Código Civil reconoce: el lenguaje oral o escrito. Es muy difícil, como cuestión de hecho, que pueda pactarse una condición por signos o ademanes, que es otra de las formas como puede manifestarse la voluntad expresa. Teóricamente, se admite la condición establecida de manera tácita. A veces la condición resulta susceptible de ser inducida de las circunstancias o del comportamiento de las partes. Por la misma naturaleza de la condición, que es un elemento modal de los actos jurídicos, se desprende que nunca puede presumirse. Siempre requerirá de la voluntad expresa o tácita, pero inequívoca, de los sujetos al acto jurídico para que pueda considerarse que el acto está subordinado a una condición.

Quien alega la existencia de la condición debe naturalmente acreditarla de manera concluyente. Siendo la condición un elemento que afecta al vínculo obligatorio, y que depende de la voluntad de las partes, en la duda sobre esta voluntad debe interpretarse que el acto es puro y simple.

3.7. Condiciones casuales, potestativas o mixtas

Atendiendo al origen del evento futuro e incierto que constituye la condición, el acontecimiento incierto previsto puede consistir en un hecho natural, independiente de la voluntad de las partes, y entonces la condición se denomina casual. El Código Civil de Venezuela la define de este modo: la condición es casual cuando depende enteramente de un acontecimiento fortuito, que no está en la potestad del acreedor ni del deudor. Por ejemplo, A y B subordinan un acto jurídico a que un río determinado traiga un determinado caudal de agua durante el año. El volumen de agua del río es un hecho natural y, por eso, la condición se denomina casual.

La condición también se reputa como casual cuando el evento depende de la voluntad de un tercero que no es parte en el acto.

Las partes pueden también pactar una condición cuyo cumplimiento dependa de la voluntad de una de ellas, sea el deudor o el acreedor, y entonces la condición se llama potestativa o voluntaria. Por ejemplo, A promete donar a B un lapicero si B escribe un poema. El cumplimiento de la condición depende de la voluntad de B de escribir un poema.

Cabe distinguir entre las condiciones potestativas dos clases: las condiciones mixtas y las condiciones absolutamente potestativas. Las condiciones mixtas suponen que el evento dependa de la voluntad de una de las partes pero no de manera absoluta, ya

que para su producción se requiere el concurso de otra circunstancia ajena. El Código venezolano la entiende como aquella que depende, a un mismo tiempo, de la voluntad de las partes contratantes y de la voluntad de un tercero o del acaso (artículo 1199 CV). Por ejemplo, A promete a B donarle una casa a condición de que se gradúe de abogado antes de fin de año. Aquí la condición depende de la voluntad de B pero no de manera absoluta, porque pueden mediar circunstancias o contingencias que dificulten o impidan que la voluntad de B se traduzca en la verificación del acontecimiento.

En cambio, las condiciones absolutamente potestativas dependen de manera absoluta y exclusiva de la voluntad de las partes. Por ejemplo, A vende a B bajo la condición de que B quiera comprar. En esta condición, el evento es la pura y simple voluntad de B.

Si la condición absolutamente potestativa depende de la voluntad del deudor, el acto es nulo porque se estima que no se obliga quien hace depender la obligación de su propia voluntad. Prescribe el Código venezolano: la obligación contraída bajo una condición que la hace depender de la sola voluntad de aquel que se ha obligado es nula (artículo 1202 CV). Enseña León Barandiarán (1954) que uno no puede obligarse y tener la posibilidad de desobligarse al mismo tiempo, al decir que queda librado a su exclusivo arbitrio comprometerse o no. Por ejemplo, A se compromete a construir un edificio a B, a condición de que quiera construirlo. Aquí no hay, en realidad, una obligación jurídicamente válida. El Código tacha de nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a una condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor (artículo 172).

Sí es admisible una condición absolutamente potestativa dependiente de la voluntad del acreedor. Es el caso de los contratos de opción. Por ejemplo, A promete a B una cosa a condición de que B, acreedor de la promesa, lo desee.

3.8. Las condiciones perplejas

Se alude a condiciones perplejas cuando el evento condicional no se condice con lo estipulado en el acto principal. No se entiende bien qué es lo que ha querido supeditarse. Un ejemplo típico es el legado establecido a condición de que el legatario fallezca antes del testador. La estipulación es ininteligible y la supuesta condición ha de tenerse por no puesta. El Código chileno dispone que se mirarán como condiciones imposibles las que estén concebidas en términos ininteligibles. Nuestro Código no contiene regla que aluda a ellas.

4. EL CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN

Se dice que la condición ha sido cumplida cuando se ha efectuado el hecho positivo dentro del plazo convenido, se ha hecho imposible el acontecimiento negativo o ha

transcurrido el término fijado sin que se verifique el acontecimiento negativo. Esta es la solución que enuncia nuestro Código (artículo 175).

Se dice que la condición no ha sido cumplida cuando el acontecimiento positivo se ha hecho imposible o no se ha verificado dentro del plazo y este ha expirado, o el acontecimiento negativo se ha verificado dentro el plazo.

Como la condición debe su existencia a un pacto de las partes, debe cumplirse del modo verosímilmente querido por ellas y, por ello, debe indagarse la intención de los contratantes al establecerla. El Código Civil argentino contiene una norma que nuestro ordenamiento no ha repetido, según la cual las condiciones se reputan cumplidas cuando las partes, a quienes su cumplimiento aprovecha, voluntariamente las renuncian o cuando, dependiendo la condición de un tercero, este se niega al acto o rehúse su consentimiento.

Pactada la condición, ni el deudor debe proceder de mala fe para impedir que se cumpla, ni el acreedor debe proceder de mala fe para forzar su cumplimiento (artículo 176). Es una aplicación concreta del principio de que los contratos deben cumplirse según las reglas de la buena fe y la común intención de las partes. Por la naturaleza del precepto, debe considerarse de orden público, y no cabe, pues, admitir que las partes excluyan su eficacia por pacto. Naturalmente, el precepto se refiere a condiciones que no sean potestativas, pues ellas, como se ha dicho antes, dependen de la voluntad del estipulante.

La primera parte de la norma prescribe que, si el deudor impidiese de mala fe el cumplimiento de la condición que determinará que la prestación a su cargo sea exigida por el acreedor, la ley castiga el hecho considerando cumplida la condición. Si las partes convinieron una condición no potestativa del deudor, es claro que no quisieron que la voluntad del deudor influyera sobre el cumplimiento de la condición. Si esa influencia se ejercitase de mala fe, el deudor está violando el principio de buena fe y el propio contrato, y la ley lo sanciona al estimar cumplida la condición cuyo cumplimiento impidió. Georgi ofrece el siguiente ejemplo: Tizio, negociante en granos, vende a Sempronio todo lo que se encuentra en su barco, denominado Céfiro, a condición de que el barco llegue a Génova antes del término del mes de julio. Si Tizio hace llegar al capitán de su barco una orden para que se detenga en Nápoles y no llegue a tiempo, este acto de Tizio determinaría que, por mandato de la ley, la condición se considere cumplida.

La circunstancia de que la ley permite el pacto en contrario revela que el principio del cumplimiento total de la condición no es de orden público. Se presenta, a este respecto, la cuestión de determinar si para que sobrevenga la sanción establecida en el Código será necesario al acreedor probar, además del hecho del deudor que impidió el cumplimiento y su mala fe, que la condición se hubiera cumplido de no haber sido impedida, es decir, el cumplimiento probable del suceso impedido. La doctrina se inclina por considerar que, en lo que al acreedor concierne, este solo debe probar el

hecho malicioso del deudor. Admite, sin embargo, que el deudor puede demostrar que, aun sin que mediase su acto que impidió la condición, esta no se hubiera cumplido, en cuyo caso no debería funcionar la sanción, pues el hecho del deudor no habría causado perjuicio al acreedor.

La segunda parte de la norma bajo exégesis dispone que si el acreedor obró de mala fe influyendo en la realización del evento que habrá de beneficiarlo, la condición se reputa incumplida. Este dispositivo es la fuerza del mismo principio antes enunciado aplicado a la otra parte de la relación, o sea, al acreedor. Por ejemplo, A se obliga a pagarle a B una suma bajo la condición de que C venda a D una propiedad. B, acreedor, influye maliciosamente en C y lo induce a vender la propiedad a D. Este acto del acreedor que fuerza a que se verifique el evento puesto como condición es penado por la ley y considera incumplida la condición. Son aplicables a esta hipótesis legal los comentarios sobre la prueba antes mencionados.

Se ha sostenido, de manera constante, que las condiciones son indivisibles en cuanto a su cumplimiento y, por eso, un cumplimiento parcial no se considera suficiente aun cuando el hecho sea susceptible de cumplirse por partes. Es presumible que los interesados, al convenir como condición un evento susceptible de verificarse parcialmente, no han querido contentarse con que el evento se cumpla solo en parte, lo que equivaldría a un cumplimiento incompleto o imperfecto. Así, si A se obliga con B con la condición de que C done a D mil soles, no podrá entenderse la condición cumplida si C entrega a D solamente ochocientos soles.

El Código trata de la forma como debe cumplirse la condición y dispone que: «[...] el cumplimiento de la condición es indivisible aunque consista en una prestación divisible [...]» y que «cumplida en parte la condición, no es exigible la obligación; salvo pacto en contrario» (artículo 174).

El primer párrafo se refiere a la forma como debe ejecutarse la prestación convenida en la obligación dependiente de la condición. Por ejemplo, si A promete a B diez mil soles bajo la condición de que B compre dos caballos, tenemos (i) una prestación convenida de entregar diez mil soles (divisible) y (ii) un evento-condición pactado de comprar dos caballos (que puede cumplirse parcialmente). Lo que el Código sentencia es que B deberá cumplir la condición de manera indivisible (es decir, deberá comprar los dos caballos), aunque la prestación que depende de esa condición sea divisible (la entrega de los diez mil soles prometidos). Es el segundo párrafo de la norma el que recoge el principio del cumplimiento completo del evento. Si fuera cumplido en parte, no se considerará cumplido, es decir, no podrá exigirse la obligación.

La ley admite la posibilidad de que las partes puedan estipular que el acto jurídico es exigible si la condición se cumple parcialmente. En este caso, la obligación puede exigirse en proporción al cumplimiento de la condición. Es necesario, desde luego, que la obligación principal sea susceptible de cumplimiento parcial.

Por ejemplo, A y B pactan que A entregará a B mil soles bajo la condición de que B tale los cien árboles de su propiedad. A y B pactan, además, que la obligación será proporcionalmente exigible al número de árboles que tale B. Si B tala cincuenta árboles —con lo que cumple parcialmente la condición—, la obligación es exigible solo en el cincuenta por ciento y A quedará obligado a pagar a B quinientos.

5. PLURALIDAD DE CONDICIONES

Las partes pueden convenir que un acto jurídico quede sujeto a más de una condición. En este caso, el mismo principio del cumplimiento integral de la condición es aplicable. Será preciso determinar previamente si las varias condiciones han sido pactadas de manera disyuntiva, en cuyo caso será necesario el cumplimiento total y completo de uno solo de los eventos, o si las condiciones fueron pactadas conjuntamente, en cuyo caso será necesario el completo cumplimiento de todas las condiciones pactadas.

Un ejemplo para el primer caso es el hecho de que A y B pacten una obligación bajo condición de que B viaje a Europa o se case. Bastará el cumplimiento de uno de los eventos para que la obligación se haga exigible. Un ejemplo para el segundo se da cuando A y B pactan una obligación bajo condición de que B viaje a Europa y se case. Será necesario el cumplimiento de los dos eventos para que la obligación se haga exigible.

CAPÍTULO XVII

MODALIDADES DEL ACTO JURÍDICO: EL PLAZO

EL PLAZO ES UN PERIODO DE TIEMPO que ha de transcurrir hasta un día futuro. El tiempo es un factor tomado en cuenta por el derecho para atribuirle ciertos efectos como hecho jurídico. Determina la producción de fenómenos como la prescripción, la caducidad o la mayoría de edad. En el acto jurídico, el plazo (un cierto periodo de tiempo) es legislado como modalidad, o sea, como elemento no necesario pero susceptible de ser incluido en el contenido de un acto por voluntad de las partes. Surte efectos por prescripción legal en determinados actos, porque la situación jurídica que el acto constituye está, en algunos casos, destinada a durar por un lapso limitado y entonces los efectos del acto son solo transitorios, pues fugaz es la función que está llamada a desempeñar en la vida de relación. En otros supuestos, son las partes las que pactan el plazo y es en esta función que adquiere los atributos de un elemento modal del acto.

I. CONCEPTO

Mediante el plazo, que es la segunda modalidad del acto que el Código disciplina, las partes subordinan la eficacia de ciertos actos jurídicos o de una obligación hasta una fecha o un acontecimiento futuro y cierto. La certidumbre de que el plazo habrá de cumplirse distingue fundamentalmente esta modalidad de la condición, que consiste en un evento incierto. El Código Civil argentino, tan dado a ofrecer explicaciones, distingue al plazo de la condición en estos términos: cualquiera que sean las expresiones empleadas en la obligación, se entenderá haber plazo y no condición, siempre que el hecho futuro fuese necesario aunque sea incierto, y se entenderá haber condición y no plazo, cuando el hecho futuro fuese incierto (artículo 569 CA).

El vocablo «plazo» es unívoco en el derecho. Algunas veces se le confunde con «término», vocablo usado como sinónimo en ciertas legislaciones, pero técnicamente la palabra «término» hace referencia tan solo al primer o último día del plazo. Nunca lo hemos visto emplear para indicar el inicio de un plazo, pero sí para denotar su conclusión.

Así como ocurre con la condición, no todos los actos jurídicos toleran un plazo. Hay actos necesariamente puros y simples, que establecen una relación jurídica cuya eficacia debería ser permanente y no puede quedar limitada por un plazo. Así, el testamento, el matrimonio, la adopción, la aceptación o renuncia de la herencia o el reconocimiento de un hijo extramatrimonial son actos que crean, para las partes que intervienen, un estado familiar duradero, un goce recíproco de derechos y obligaciones que no se puede, sin alterar la naturaleza del acto y el fin para el cual se le crea, que quede sometido a una eficacia restringida en el tiempo o que sus efectos queden diferidos mediante el establecimiento de un plazo arbitrariamente implantado por sus otorgantes.

En alguno de estos actos, sus autores, principalmente si se trata del matrimonio, por propia determinación pueden decidir, después de su celebración, ponerle fin, poniendo en marcha institutos especialmente diseñados para su decaimiento o disolución, como son la separación de cuerpos o el divorcio. En el reconocimiento de la paternidad de un menor, la ley admite que el padre pueda rehusar aceptarlo y negar el reconocimiento hasta que se dé la situación de capacidad por mayoría de edad.

Hay otros actos jurídicos en el extremo opuesto. Estos actos están destinados a crear relaciones efímeras o temporales y, por ello, requieren indispensablemente un plazo final. Este caso se da con el instituto de la patria potestad, en el derecho de familia, que concluye con la mayoría de edad del menor. Para estos actos, la ley fija un plazo límite que las partes no pueden modificar para excederlo pero si pactar para disminuirlo. En algunos casos, la ley se encarga de establecer su término. Hay, pues, plazos legales máximos, como el indicado por el Código respecto del contrato de opción, que lo limita a un plazo máximo de seis meses y reduce cualquier exceso a este límite (artículo 1423); o el que señala para el contrato de arrendamiento, que no debe exceder de diez años si el plazo quedó determinado (artículo 1688); o para los contratos preparatorios, cuyo plazo máximo es de un año renovable (artículo 1416); o para el contrato de locación de servicios, que no se puede estipular por un plazo mayor de seis años si se trata de servicios profesionales y de tres si se trata de otra clase de servicios (artículo 1768).

Hay actos jurídicos, generalmente los denominados patrimoniales, que no reclaman, por su naturaleza, un plazo. En estos actos, las partes pueden libremente fijar, que su existencia, duración, cumplimiento o eficacia, quede sometida a un plazo, el que ellas libremente acuerden por el principio de la autonomía de la voluntad. Por ejemplo, el contrato de compraventa, en el que las partes pueden fijar plazos tanto para la entrega de la cosa como para el pago del precio, o el contrato de mutuo, cuya devolución debe hacerse, asimismo, en el plazo pactado libremente por los contratantes y solo en ausencia de tal estipulación o de que las circunstancias no lo indiquen, funciona el plazo supletorio de reembolso de treinta días (artículo 1656).

2. CLASES DE PLAZO

Existen varias clases de plazo. Por los efectos que tienen sobre el acto jurídico o sobre la obligación que de él deriva, hay plazos iniciales o suspensivos y finales o resolutorios; por la forma de convenirlos, plazos expresos y plazos tácitos; y por su duración, plazos determinados o indeterminados.

No distinguimos el plazo judicial, el plazo legal y el plazo convencional, porque, al estar en sede de una modalidad, solo nos estamos refiriendo al plazo que se constituye como tal. El plazo legal no es una modalidad, porque su presencia en el acto no responde a la voluntad de las partes sino depende de la ley que lo impone. El plazo judicial es aquel que las partes piden al juez que señale por haber quedado indeterminado el que ellas han acordado; el juez se limita a señalar la duración del plazo que las partes han pactado y no a establecer plazos donde las partes no lo han querido.

Al igual que acontece para la modalidad de la condición, todo plazo influye sobre el acto sea para iniciar su exigibilidad o para ponerle fin.

2.1. El plazo suspensivo

El plazo inicial o suspensivo es aquel por el cual los efectos de un acto o una obligación empiezan cuando el plazo inicial se cumple. El plazo suspensivo difiere hasta la exigibilidad de la obligación. Cuando el plazo es suspensivo, el acto no surte efecto mientras se encuentre pendiente, sentencia el Código (artículo 178). Por ejemplo, A y B celebran compraventa de un inmueble, estableciéndose que B entregará el inmueble a los tres meses del contrato. Hasta que esos tres meses no transcurran, el comprador no podrá exigir la entrega de lo que ha comprado. La ejecución del contrato —no el contrato en sí, que ya existe— se encuentra, entretanto, en estado de pendencia por efecto del plazo suspensivo pactado.

Hay que tener presente que el plazo inicial o suspensivo no difiere o posterga el nacimiento de las obligaciones materia de la relación jurídica sino, simplemente, su exigibilidad, o sea, los efectos del acto que ya ha quedado perfeccionado. La relación contractual, si de un contrato se trata, ha nacido y está conformada, pero sus efectos están interrumpidos porque las partes han querido diferirlos hasta que el plazo inicial pactado llegue. En el ejemplo propuesto, el comprador es dueño de lo adquirido desde el momento en que el contrato se celebró, pero solo podrá exigir la entrega, es decir, la ejecución del contrato, vencido el plazo inicial fijado. Lo mismo puede ocurrir con respecto al precio.

Como consecuencia de que la exigibilidad recién se presenta cuando el plazo suspensivo transcurre, la licitud de la obligación o la posibilidad de la prestación o del bien que es objeto de ella se aprecian al vencimiento del plazo (artículo 1404), de la misma manera como se aprecian al cumplimiento de la condición.

Excepcionalmente, en presencia de un plazo pactado para que suspenda la exigibilidad de la obligación, el plazo puede decaer si circunstancias nuevas determinan que es inequitativo mantenerlo. Es el supuesto previsto para el caso en que el deudor no entregue el bien ofrecido en prenda, en vista de lo cual el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación aunque el plazo no esté vencido (artículo 1071). Lo propio acontece con la hipoteca si el bien gravado se pierde o deteriora y no se reemplaza la garantía (artículo 1110).

2.2. El plazo resolutorio

El plazo final o resolutorio es el que determina la duración de un acto jurídico, de forma que una vez transcurrido el plazo se extingue el acto y la relación jurídica concluye. También el Código define el plazo final: cuando el plazo es resolutorio —señala—, los efectos del acto cesan a su vencimiento (artículo 178). Por ejemplo, A y B contratan un arrendamiento por dos años; el contrato surte su efecto inmediatamente y dura lo que dura el plazo. En materia de la garantía prendaria, el Código establece que, vencido el plazo sin haberse cumplido la obligación, el acreedor puede proceder a la venta del bien en la forma pactada al constituirse la obligación (artículo 1069).

El plazo resolutorio es un elemento necesario a determinados actos porque, por la función que están ordenados a desempeñar, solo deben durar por un tiempo; no son, pues, actos definitivos o perpetuos y entonces es menester que tengan un plazo final, cuyo límite puede estar impuesto por la ley, como hemos visto, o puede quedar librado a la voluntad de las partes, si la ley no consideró necesario dictar norma que detenga la relación jurídica transcurrido un cierto periodo de tiempo.

Un mismo acto jurídico puede tener plazo inicial y plazo final. Además, pueden haber varios plazos pactados para el cumplimiento de las obligaciones. Son los llamados plazos sucesivos, que pueden ser tanto iniciales o suspensivos como finales o resolutorios, según el interés de las partes que los pactan. Un caso en el que actúan los plazos suspensivos es el de un contrato de venta cuyo precio es pactado para ser pagado en armadas. El vendedor no puede exigir la entrega del precio en su totalidad; debe esperar a que se vayan cumpliendo los plazos y, a medida que esto ocurre, va siendo exigible su derecho a recibir las cuotas del precio. Un caso de varios plazos resolutorios es el de un arrendamiento que finaliza por partes. Si el objeto del arrendamiento es un predio rústico, el propietario no podrá exigir la entrega total de los campos de una sola vez; deberá esperar a que se vayan verificando los plazos y, a medida que esto ocurre, podrá exigir las entregas parciales del inmueble.

2.3. El plazo expreso y tácito

El plazo será expreso cuando la voluntad concertada de las partes lo haya estipulado por alguna de las formas de manifestación expresa de voluntad que nuestra ley reconoce; oralmente o por escrito. Teóricamente, es concebible un plazo estipulado por ademanes, pese a la naturaleza particularmente rudimentaria de este tipo de expresión de voluntad.

El plazo puede ser tácitamente estipulado como elemento modal del acto cuando es posible inferirlo en forma inequívoca de las circunstancias del comportamiento de las partes. Naturalmente, la duración del plazo emanado de voluntad tácita no podrá ser, en la generalidad de los casos, fácilmente determinable en virtud de las limitaciones propias de dicho medio de expresión de la voluntad. Podrá conocerse que hay la común inteligencia de sujetar el acto a un plazo, pero no cuál es su duración, o sea, cuándo comienza y cuándo termina. En este evento de plazo tácito, cuya duración es incierta porque no ha quedado fijado por la manifestación de voluntad de la que emana, los jueces quedan encargados de fijar cuándo se acaba. Dice el Código que si el acto no señala plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concedérselo al deudor, el juez fijará su duración (artículo 182).

Si el plazo ha quedado para ser determinado por el deudor o por un tercero y estos no lo señalaran, también el acreedor puede recurrir al juez con tal fin. Este dispositivo trata el supuesto de que la fecha del pago de una obligación quede librada a la voluntad de quien debe pagarla o de un tercero designado para ello. Aquí el plazo es indeterminado. No debe confundírsele, sin embargo, con la condición. La incertidumbre del plazo indeterminado es referente al momento de la exigibilidad de la prestación; no la incertidumbre respecto a la verificación del evento del cual se hace depender la eficacia del acto, que es característico de la condición. El acto jurídico sujeto a plazo indeterminado ya nació, ha generado un derecho; en tanto que el acto jurídico sujeto a condición ofrece una simple expectativa o esperanza que puede nunca materializarse si la condición no se verifica.

La doctrina ha considerado válidas las cláusulas contractuales en virtud de las cuales el obligado se compromete a pagar cuando pueda o cuando tenga los medios necesarios. Y la ley confiere al acreedor la posibilidad de recurrir a la vía judicial para que el juez señale plazo dentro del cual el deudor deba pagar, a falta de una determinación de este.

Puede ocurrir también que la fijación del plazo se haya dejado al arbitrio no del deudor sino de un tercero y entonces, por interpretación analógica del segundo párrafo, será el deudor o el acreedor el que solicite al juez la fijación del plazo, cuando el tercero designado omite hacerlo. El procedimiento es el sumarísimo (artículo 182).

En el caso de plazo tácitamente convenido, cuando su extensión no haya sido explícitamente fijada, será el juez el que fijará su duración (artículo 186). Estamos frente al plazo judicial, llamado así porque el juez lo fija una vez comprobado que las partes quisieron subordinar el acto jurídico a dicha modalidad.

No puede haber plazo judicial entendido como el que fije el juez sin que las partes previamente lo hayan pactado. Una cosa, pues, es la existencia del plazo, que solo puede emanar de la convención o de la ley; y otra, la duración del plazo, que sí puede ser fijada por la convención, por la ley o por el juez.

El Código dispone, como ya indicamos, que también fija el juez la duración del plazo cuya determinación ha quedado a voluntad del deudor o un tercero, y estos no lo señalan.

2.4. El plazo determinado e indeterminado

El plazo es determinado cuando el tiempo en que debe regir ha quedado estipulado de manera precisa. Por ejemplo, A arrienda a B su casa por tres años contados a partir de la fecha del contrato. Aquí se sabe perfectamente el día en que el plazo concluirá y el contrato quedará terminado. En el plazo determinado, existe certidumbre respecto del día y del cuándo, *dies certus an et quando*.

Hay plazo indeterminado cuando las partes, en su declaración de voluntad, no han precisado la fecha en que deba cumplirse. El espacio de tiempo en que consiste este plazo es incierto porque las partes no han cuidado de precisarlo o porque depende de un acontecimiento futuro que, aunque forzoso, no sabemos cuándo ocurrirá. Por ejemplo, la entrega de una casa que se vende se efectuará cuando el arrendatario la desocupe. Aquí hay la certidumbre de que llegará el día en que se producirá la desocupación, pero pueden transcurrir seis meses como diez años para que ello ocurra; el plazo es, pues, determinado en cuanto al día pero indeterminado en cuanto al cuándo, *dies certus an et incertus quando*.

En el caso de un fiador que se obliga por un plazo determinado, queda libre de responsabilidad si el acreedor no exige notarialmente el cumplimiento de la obligación dentro de los 15 días siguientes a la expiración del plazo o abandona la acción iniciada (artículo 1898).

3. EL BENEFICIO DEL PLAZO

Se plantea la cuestión de decidir a quién beneficia el plazo suspensivo. Como el plazo actúa postergando el cumplimiento de una obligación, quien dispone del tiempo que el plazo le otorga goza de una ventaja respecto de aquel obligado, que debe cumplir de inmediato la prestación porque no hay plazo que lo proteja. Si el plazo se considera constituido en beneficio del deudor, el acreedor no podrá exigirle el cumplimiento de la obligación antes del vencimiento del plazo, pero el deudor, si está en capacidad de cumplir con la obligación antes del plazo, puede renunciar a la ventaja que el plazo le ofrece y el acreedor está obligado a recibir el pago.

Si el plazo suspensivo se considerase constituido en beneficio del acreedor, el deudor no podrá pagar antes del vencimiento del plazo, así quiera hacerlo, pero el acreedor sí

podrá exigirle que pague antes del plazo cumplido, porque la ventaja del plazo es a favor suyo y puede, en consecuencia, renunciarla.

Si el plazo suspensivo se considerase constituido en beneficio de ambas partes de la relación obligatoria, ni el deudor podrá pagar antes de vencido el plazo ni el acreedor podrá exigir el pago antes de cumplido el plazo.

El Código se adhiere a la solución que impuso el *Code* y que actualmente contempla la mayoría de las legislaciones. Tiene su antecedente inmediato en el Código de 1936 y dispone que el plazo suspensivo se presume establecido en beneficio del deudor (artículo 179). La presunción admite pacto en contrario. El Código acepta que las partes pueden pactar otro efecto para el plazo que acuerden. Del tenor del instrumento o de otras circunstancias puede resultar así que el plazo se haya puesto en beneficio del acreedor o de ambos. La presunción de que el plazo es en beneficio del deudor y que, por tanto, el acreedor no puede exigir la obligación hasta que el plazo haya vencido pero si estará obligado a recibir el pago antes del plazo, desaparece si otra es la voluntad de las partes. La voluntad en contrario puede estipularse expresamente y constar del tenor del instrumento o, tácitamente, derivarse de las circunstancias.

El artículo 1611 del Código constituye una excepción a la presunción de que el plazo favorece al deudor. Se trata del contrato de suministro, en el que el plazo se entiende convenido a favor del suministrador y del suministrado, es decir, tanto del deudor como del acreedor, lo que evita un desorden en el cumplimiento de las prestaciones singulares y cautela el recíproco interés de evitar una entrega de magnitud inesperada o la falta de la entrega de la prestación que se necesita y los riesgos económicos que el desorden en el suministro de las prestaciones puede involucrar. Las prestaciones deben cumplirse en plazos fijos, pues esta es la consecuencia de que el plazo beneficie al acreedor y al deudor al mismo tiempo.

4. EFECTOS DEL PLAZO

Hemos dicho que el acto jurídico a plazo es uno ya jurídicamente perfeccionado que confiere al acreedor un derecho y al deudor una obligación, con la particularidad de que, hasta que el plazo no se cumpla, el derecho del acreedor no puede hacerse efectivo y la obligación del deudor no puede exigirse en el caso de plazo suspensivo o el derecho del acreedor y la obligación del deudor solo son exigibles mientras transcurre el plazo, porque cuando este vence el acto se extingue para el derecho en el caso de plazo resolutivo. De aquí se siguen diversas consecuencias:

Estando suspendido el ejercicio del derecho por el decurso del plazo suspensivo, el acreedor a plazo no puede pedir contra el deudor ninguna medida ejecutiva, es decir, el deudor no puede ser forzado al cumplimiento de la obligación, porque tiene el escudo del plazo. Pero el acreedor sí puede ejercer toda clase de actos conservatorios

del crédito, derecho que se reconoce al acreedor bajo condición suspensiva y que, con mayor razón, tiene el acreedor a plazo (artículo 178).

El acreedor a plazo tiene un mejor derecho que el acreedor condicional a ejercitar actos en cautela del crédito, porque su derecho está ya constituido y lo único que queda diferido es la oportunidad de su ejercicio. En cambio, el acreedor bajo condición suspensiva no tiene aún un derecho creado sino una simple expectativa derivada de la incertidumbre acerca de la verificación de la condición, incertidumbre que no existe en el acto sujeto a plazo.

¿Cuáles pueden ser estas medidas de conservación? El acreedor puede inscribir el contrato, pedir la anotación preventiva de demandas, solicitar diligencias preparatorias, etcétera.

Un segundo efecto del plazo es la solución legal que se da al caso del deudor que satisfizo una obligación antes de vencido el plazo. El Código repite el artículo 1113 del Código de 1936, que adoptó la misma posición del artículo 1288 del Código de 1852 en materia de pago por error del plazo. El Código legisla para dos hipótesis de hecho con sus respectivas soluciones. En primer lugar, si el deudor pagó antes del plazo, conociendo que lo tenía, no podrá repetir lo que pagó, es decir, no podrá exigir devolución. Se entiende que tácitamente ha renunciado al plazo que la ley presume estipulado a su favor. Esta es la regla. Pero si pagó antes del plazo, por ignorancia del plazo, podrá repetir lo que pagó, es decir, exigir devolución. El éxito de la acción de repetición depende de que el deudor pruebe la ignorancia o el error acerca del plazo (artículo 180).

Aunque el sentido de la regla no crea vacilaciones, se discute la justicia de la última solución para el caso del pago por ignorancia del plazo. Ángel Gustavo Cornejo (1937: 332) la consideró justa al comentar análoga norma en el Código de 1936, heredada a su vez del Código de 1852. Se presume que, si se paga antes del plazo, es porque se ha renunciado al derecho que este ofrecía, pero si no hubo tal renuncia, la presunción desaparece y el pago deviene indebido. Tendrá el deudor que probar el error en que incurrió, su desconocimiento del plazo, y aquí reside la dificultad, pues ello importa la prueba de un hecho negativo, la llamada prueba diabólica. León Barandiarán (1954) considera discutible la solución, porque en doctrina solo se admite repetición de lo que se pagó indebidamente y, en este caso, no hay pago indebido, porque la deuda era cierta y, en consecuencia, el pago es debido aunque se haga prematuramente.

En realidad, lo que ocurre es un pago antes de tiempo por error en relación con la ventaja que el plazo ofrecía al deudor, ventaja que no ha sido renunciada. Por eso, la ley opta por permitir al deudor la repetición de lo pagado.

La prueba de que se pagó por error o ignorancia del plazo tendrá que ser, pues, indirecta. El ejemplo clásico, citado por Cornejo, es el siguiente: A paga un legado puro —sin plazo— en virtud de un testamento que así lo dispone. Luego descubre un testamento posterior que revoca el anterior y manda pagar el legado vencido un plazo. El

deudor que pagó antes de tiempo, para repetir lo pagado, deberá acreditar tanto el hecho del pago como el descubrimiento posterior del otro testamento (Cornejo 1937: 333).

5. CADUCIDAD DEL PLAZO

El acreedor que celebra un acto sujeto a un plazo suspensivo lo hace confiando en que el deudor pagará su obligación cuando el plazo se cumpla y ella sea exigible. La convicción acerca de la solvencia del deudor es, pues, inherente a la obligación pactada a plazo suspensivo. Cuando la solvencia del deudor desaparece y peligra la recuperación del crédito del acreedor a plazo, la ley considera que el beneficio que el deudor goza, derivada del plazo a su favor, no se justifica y no debe mantenerse por el perjuicio que ello puede acarrear al acreedor. En estas circunstancias, el plazo debe caducar y permitir que la obligación se haga inmediatamente exigible. El acreedor no tendrá que esperar a que se cumpla el plazo suspensivo y podrá exigir de inmediato el pago de la deuda. A regular estas hipótesis de caducidad o acabamiento del plazo suspensivo, el Código dedica un numeral que contempla tres supuestos (artículo 181). El deudor pierde el derecho a utilizar el plazo:

- Cuando resulta insolvente después de contraída la obligación, salvo que garantice la deuda. Este es el caso de una obligación pactada sin una garantía especial, solo con la garantía general del patrimonio del deudor. Si el deudor, después de contraída la obligación, deviene insolvente —es decir, se coloca en una situación de imposibilidad de pagar puntualmente sus obligaciones—, el plazo inicial de que gozaba se acaba y la obligación se hace inmediatamente exigible y pagadera, salvo que el deudor constituya garantías específicas suficientes, reales o personales, con lo cual habrá desaparecido la inseguridad que es la razón de ser de la pérdida del beneficio del plazo.

Este caso de caducidad se presta a la intervención judicial. Sin un fallo, sería difícil determinar el hecho de la insolvencia, fenómeno económico susceptible de ser discutido, y puede ser difícil, también, determinar el momento en que se ha producido la insolvencia. Se puede preguntar cuándo se produce la caducidad: en el momento de la demanda o a partir de la sentencia. Jossierand opina que esta debe retrotraerse a la fecha de la demanda si se le comprueba durante el juicio. León Barandiarán sugiere que la vía judicial es necesaria solo si el deudor, al cual el acreedor le pide el pago de la obligación antes del plazo alegando insolvencia, niega este hecho y se opone, en cuyo caso no cabe duda de que tendrá que ser el juez quien resuelva. Pero si el deudor acepta el hecho, no habría ya razón para acudir a la vía judicial.

- Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que se hubiese comprometido. Se trata, en este supuesto, de garantías especiales ofrecidas por el deudor, que pueden consistir en garantías reales como hipoteca o prenda, o garantías personales

como la fianza de un tercero. Por ejemplo, A presta a B un millón de soles pagaderos en tres años y se compromete a hipotecar a favor de A un edificio de su propiedad. Si B incumple con otorgar la garantía ofrecida, A podrá exigirle la devolución inmediata de la deuda: el plazo ha caducado. Aplicaciones concretas del mismo principio viven en el artículo 1071 en materia de prenda y el artículo 1110 en materia de hipoteca. Ambos son supuestos específicos de interrupción prematura del plazo suspensivo por incumplimiento del deudor.

- Cuando las garantías por acto propio del deudor desaparecieran o disminuyeran por causa no imputable a este, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras equivalentes y a satisfacción del acreedor. Esta norma gobierna dos supuestos de hecho diferentes: cuando, por acto propio, el deudor hubiese disminuido las garantías o cuando, por caso fortuito, desaparecieran.

En la primera hipótesis, igual que al tratar el inciso segundo de la norma, el Código se refiere a garantías especiales y determina que el plazo caduca si el deudor, por acto propio, disminuyese las garantías ya constituidas. En la segunda hipótesis, el Código también se refiere a garantías especiales y requiere su desaparición por caso fortuito como causa de la caducidad del plazo.

Debemos notar que en el supuesto del acto propio del deudor bastará que las garantías disminuyan para que caduque el plazo, en tanto que, en el supuesto del caso fortuito, será necesario que desaparezcan para que se produzca el mismo efecto. Ello demuestra el mayor rigor legal con el que se sanciona la falta del deudor en comparación con el simple caso fortuito.

La caducidad no se produce en ninguna de estas dos hipótesis si el deudor inmediatamente sustituye las garantías desaparecidas por caso fortuito o disminuidas por su culpa por otras equivalentes a satisfacción del acreedor. En última instancia, serán los tribunales los que deban resolver si se han producido los supuestos de hecho que originan la caducidad.

El Código contiene otros supuestos específicos de acabamiento prematuro del plazo. El comodante puede exigir la devolución de la cosa dada en comodato antes de cumplido el plazo si la necesita con urgencia o acredita que existe peligro de deterioro o pérdida si continúa en poder del comodatario (artículo 1736). Si el fiador ha devenido insolvente y el deudor no puede dar otro fiador o no ofrece una garantía idónea, el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento inmediato de la obligación (artículo 1877).

6. CÓMPUTO DE PLAZO

El plazo se computa con arreglo al calendario gregoriano, que actualmente rige en el mundo occidental. El más antiguo calendario solar proviene de Egipto, probablemente de la primera dinastía (3000 a. C.). Sirvió de base al calendario juliano, introducido por

Julio César (45 a. C.) para reformar los antiguos calendarios romanos, desfasados en aproximadamente nueve días. En su homenaje, el Senado designó un mes del calendario a su memoria, el mes de julio; y para no dejar de honrar a Augusto le dio su nombre al siguiente, el mes de agosto. Tuvo el calendario juliano un muy pequeño error de cálculo que hacía que cada cuatrocientos años se contabilizaran tres días de más. Este error, a la larga, afectó las festividades de la pascua cristiana; y, para el siglo XVI, el calendario se había adelantado 16 días a las estaciones solares. Se debe al papa Gregorio XIII la preparación del nuevo calendario que nos rige desde 1582 y que ha tomado el nombre de gregoriano. Su implantación no fue, sin embargo, inmediata y uniforme, y se siguieron usando otros calendarios, principalmente para fines religiosos. El calendario creado por la Revolución Francesa en 1793 fue un fracaso y el calendario gregoriano fue reinstaurado por Napoleón en 1805. En Turquía, por ejemplo, solo rige a partir de 1927. El calendario gregoriano es el internacionalmente aceptado hoy en día.

6.1. Por días

Dice el Código que el plazo señalado por días se computa por días naturales, salvo disposición distinta de la ley o del acto jurídico de que se haga por días hábiles. A los días hábiles también se les conoce, en el lenguaje corriente, como días útiles. Los días hábiles son los que no coinciden con los días oficialmente festivos, como el domingo, según el calendario. Si se pactara un plazo por días hábiles, hay que excluir del cómputo aquellos días que sean festivos en el lugar del cumplimiento de la obligación.

El cómputo del plazo por días excluye el día inicial, que no se cuenta, e incluye el del vencimiento, que debe transcurrir para que el plazo se dé por vencido. Si el último día del plazo fuese inhábil por coincidir con un día festivo oficialmente reconocido o declarado como tal, el cumplimiento tendrá lugar al finalizar el primer día hábil siguiente. Esta es también la solución tradicional: el último día del plazo está incluido en el cómputo, pero si este último día fuese festivo, el plazo se cumplirá el día hábil siguiente que no fuese festivo.

La fórmula clásica de computar la iniciación y terminación del plazo es que el día en que se celebra el acto jurídico sujeto a plazo no se cuenta. El cómputo se inicia a partir del día siguiente, el primer día del plazo.

Los días inhábiles o festivos solo se sustraen del cómputo del plazo cuando coinciden con el término, o sea, con el día del vencimiento del plazo, de modo que si el día en que debe iniciarse el cómputo del plazo fuera festivo, dicho día sí se cuenta. El Código introduce una excepción para el cómputo del plazo en materia de caducidad, al ordenar que esta se produce transcurrido el último día del plazo, aunque este fuese inhábil (artículo 2007).

El plazo no se cuenta por días útiles sino por días naturales o continuos, salvo que las partes pacten en contrario. Si el plazo es por días, se utiliza la *computatio civilis*, en

virtud del cual el día se acaba a la medianoche. A las 12 y un minuto ha comenzado un nuevo día. Puede establecerse también, por pacto expreso, la *computatio naturalis*, según la cual el plazo puede vencer a determinada hora de un día señalado.

Debe entenderse que la obligación es exigible y debe ejecutarse el día hábil inmediato siguiente a aquel en el que vence el plazo. Al último día del plazo, como ya advertimos, se le llama el término.

6.2. Por semanas

El Código no ha fijado reglas para el cómputo de plazo por semanas, por lo que para ellas rigen las reglas del cómputo del plazo por días, que computa la semana de siete días. En todo caso, si un acto se pacta un martes por el plazo de una semana, el miércoles es el primer día del plazo, y este corre hasta transcurrido el día martes de la semana siguiente, en que vence. La obligación será exigible a partir del miércoles entrante, supuesto que este no caiga en día festivo.

6.3. Por meses

El plazo señalado por meses se cumple en el mes del vencimiento y en el día de este correspondiente a la fecha del mes inicial. Si falta tal día en el mes del vencimiento, el plazo se cumple el último día de dicho mes (artículo 183). Así, si se celebra el 31 de mayo un acto jurídico por el plazo de un mes, el plazo se considerará cumplido el 30 de junio.

6.4. Por años

El Código señala que lo propio ocurrirá con el cómputo del plazo por años. Así, si se celebra hoy un acto jurídico por dos años, el plazo se cumplirá el mismo día del mismo mes dos años después.

6.5. Otros casos

El BGB se coloca en otras hipótesis que nuestro Código no contempla y prescribe que el plazo que consiste en medio año se entiende como de seis meses; el trimestral, como el que corre por tres meses; y el de medio mes, como de 15 días.

Finalmente, el Código precisa que las reglas del cómputo se aplican tanto a los plazos estipulados en los actos jurídicos como a los indicados en las leyes, salvo que el acto o la norma establezca una forma diferente de cómputo. La norma es, pues, de carácter supletorio y no de orden público (artículo 184).

CAPÍTULO XVIII

MODALIDADES DEL ACTO JURÍDICO: EL CARGO

EL CARGO O MODO es la tercera modalidad del acto jurídico tratada en el Código. No todos los códigos ubican esta figura dentro de la misma sistemática. Hay algunos que lo tratan con las obligaciones; otros lo asocian a las donaciones o los legados. Nuestro Código lo trata como modalidad de ciertos actos, a continuación de la condición y del plazo, siguiendo la metodología que utilizó el Código de 1936. En el Código de 1852, se le trató como donaciones «que se hacen a título oneroso» (artículo 622). La ubicación que la institución del modo o cargo tiene en los Códigos no altera su naturaleza esencial.

I. CONCEPTO

Clovis Bevilaqua, citado por León Barandiarán (1954: 293), definía el cargo como «[...] la determinación accesoria en virtud de la cual se restringe la ventaja creada por el acto jurídico, estableciendo el fin a que debe ser aplicada la cosa adquirida o imponiendo una cierta prestación».

Ni el Código de 1936 ni el actual definen el cargo o modo. Tampoco lo hizo la Comisión Revisora en su proyecto. Sí lo hizo el llamado Anteproyecto Sustitutorio, que ensayó la siguiente definición: «[...] el cargo es la prestación accesoria expresamente impuesta al beneficiario de un acto jurídico a título gratuito, el cual conserva su calidad de tal. La aceptación del cargo por el beneficiario del acto puede ser expresa o tácita. El incumplimiento del cargo no opera como condición resolutoria del acto, salvo pacto en contrario». Esta definición, a la postre, no encontró acogida en el Código.

En síntesis, se habla de cargo o modo cuando a un acto de liberalidad se le añade, por decisión del benefactor, una obligación accesoria en virtud de la cual el beneficiario debe dar, hacer o no hacer algo, por el hecho de haber aceptado la liberalidad. Es una forma de limitar o restringir el beneficio inherente a todo acto de liberalidad. La liberalidad puede quedar sujeta a más de un cargo o imponerse cargos cuyo cumplimiento sea alternativo.

La obligación que constituye el cargo nace al mismo tiempo que la liberalidad se instituye, es decir, forma parte del mismo acto jurídico, como una modalidad a la que este queda sometido. Esta afirmación es cierta para las liberalidades que nacen de un contrato, como ocurre con la donación o la renta vitalicia gratuita, en que es necesaria la concurrencia de donante y donatario, en el primer caso, y del deudor y el acreedor de la renta, en el segundo caso. Ni el donante ni el benefactor de la renta vitalicia gratuita pueden pretender modificar unilateralmente el contrato, si lo concibieron inicialmente puro y simple, para someterlo a un cargo. En cambio, si la liberalidad se instituye *mortis causa*, el testador que instituyó un legado puro y simple puede cambiar de opinión y modificarlo para sujetarlo a un cargo, porque es un acto unilateral cuya modificación solamente requiere de su intervención.

Guillermo Lohmann Luca de Tena (1986: 268), al tratar acerca de esta figura, hace una distinción interesante entre los actos gratuitos y las liberalidades. Negocios gratuitos —afirma— son aquellos en los cuales no existe contraprestación, al menos en la concepción clásica del instituto. Así, por ejemplo, el mandato (gratuito) y el depósito. En estos negocios, empero, no procede la imposición de un cargo, porque no instituyen una atribución patrimonial. De suerte, pues, que podemos decir que toda liberalidad debe ser gratuita, pero no todo acto gratuito conlleva una liberalidad, es decir, un enriquecimiento sin obligatoria prestación recíproca o sin compensación según palabras de Betti. Solo cabría el cargo, siguiendo esta ruta de pensamiento, en aquellos negocios gratuitos que instituyen una atribución patrimonial; en los que no hay traspaso de propiedad, aunque sea gratuito el acto —como el mandato gratuito, el depósito o el comodato—, no cabría imponer el modo. En cambio, cabe someter a cargo la donación (artículo 1642), la herencia (artículo 689) —pero no la legítima, que no puede estar expuesta a ninguna modalidad (artículo 733)—, el legado (artículo 1642) y —creemos también— la renta vitalicia gratuita, pues el Código no contiene restricción alguna sobre esta última y constituye también un acto de liberalidad que contiene una atribución patrimonial.

A diferencia del Código de 1936, en el que no se mencionaba de modo expreso que el cargo es una modalidad que solo puede adherirse a un acto de liberalidad, el actual previene que el gravado con el cargo no está obligado a cumplirlo en la medida que exceda el valor de la liberalidad (artículo 187). Hay, pues, una indicación indirecta, pero precisa, al respecto.

2. DIFERENCIA ENTRE EL CARGO Y LA CONDICIÓN

El cargo, al ser una modalidad propia de las liberalidades, tiene un campo de acción mucho más restringido que el plazo o la condición, con la que no debe ser confundido. La Exposición de Motivos del Código de 1936 advertía sobre este peligro: «El cargo se confunde con la condición. Cuando la restricción del derecho es un simple

accesorio de la disposición, hay cargo; cuando la restricción entraña la razón de la disposición, hay condición. Es regla que en la duda de si una restricción es condición o cargo, debe resolverse lo segundo, porque la condición influye más intensamente que el cargo en los efectos del acto jurídico». Para otros, la distinción entre el modo y la condición puede reducirse a lo siguiente: la condición es suspensiva pero no coercitiva; el modo es coercitivo, pero no suspensivo.

En su efecto suspensivo, la condición, modalidad susceptible de ser confundida con el cargo —como lo advierte la doctrina—, detiene la adquisición del derecho, que permanece en suspenso mientras la condición no se verifique o cesen los efectos del acto, si la condición es extintiva y se produce el evento del cual la subsistencia del acto depende. El cargo no. Por el contrario, el acto jurídico principal sujeto a cargo (o sea, la liberalidad) es exigible desde que el acto se realiza si es pura y simple, solo que el beneficiario, en reciprocidad, debe cumplir también una prestación a la cual queda obligado y le es exigible, como prestación accesoria. De aquí se sigue que la principal diferencia que distingue a estos dos institutos es que la liberalidad no depende del cumplimiento de la obligación en que el modo consiste, porque si así fuera, estaríamos en presencia de una condición más que de un cargo.

Aunque no corresponde a su naturaleza, el autor de la liberalidad puede dar al cargo el carácter de una condición resolutoria, o sea, disponer que, si la prestación en que el cargo consiste no se realiza por el obligado, la liberalidad se extingue. En este caso, la liberalidad se hace dependiente de la realización del cargo y el cargo se muta en una condición extintiva. La liberalidad sometida a cargo no depende, por su naturaleza, del cumplimiento o incumplimiento que haga el beneficiario del gravamen del cargo al cual se le somete. Sin embargo, el autor de la liberalidad puede pactar que esta dependa de la realización del cargo. En este caso, el cargo se convierte en una verdadera condición resolutoria, pues los efectos de la liberalidad se han subordinado al cumplimiento del cargo. El cargo, en ciertos casos, puede ser pactado para que opere como una condición, pero normalmente no lo es y se diferencia de ella, según se explicó anteriormente.

3. RESTRICCIÓN DEL CARGO

El cargo importa siempre una restricción, en cuanto disminuye los beneficios que la liberalidad otorga al beneficiario al obligarlo, como una determinación accesoria, a una prestación a favor de su benefactor o de un tercero a favor del cual el benefactor estipula. Queda así menoscabada la atribución patrimonial en que la liberalidad consiste, pero esta sigue siendo tal, es decir, no pierde su tipicidad de acto a título gratuito mediante el cual se hace una transmisión patrimonial a favor de alguien, que se beneficia de ella. La secuencia natural del acto supeditado a un cargo es que, una vez que la liberalidad se ejecuta, es exigible el cargo. No podría el autor de la liberalidad exigir el

cumplimiento del cargo si antes no ha hecho efectiva la liberalidad. El Código no se ha puesto en el caso de una liberalidad sujeta a condición suspensiva, que impone un cargo puro y simple. No obstante, como lo accesorio sigue a lo principal y no a la inversa, habrá que esperar que la condición se cumpla para que el cargo sea exigible, porque si la condición no se verifica no habría liberalidad ni tampoco cargo, obviamente.

Hay que tener en cuenta que la prestación en que consiste el cargo debería tener siempre un valor económico o patrimonial. El cargo no es, pues, un mero consejo o sugerencia impartida al beneficiario, porque, si así fuera, este no estaría obligado a cumplirlo. El cargo es una obligación y, como tal, su contenido es patrimonial. El aspecto en que la teoría se ha separado es el referido a determinar qué relación debe haber entre el valor de la liberalidad y el valor del cargo.

Algunos autores postulan que, aunque el cargo importe un sacrificio económico más importante que la liberalidad de la que constituye un accesorio, este debe mantenerse; otros opinan que el gravado con el cargo solo está obligado a cumplirlo hasta un monto que no exceda al de la liberalidad y que es inexigible por la diferencia de más; una tercera corriente postula que, si el cargo tienen un valor equivalente al de la liberalidad, no puede sostenerse que continúa siéndolo y queda convertido en un acto a título oneroso, en que el cargo es la contraprestación del bien que se transmite por el supuesto autor de la liberalidad. La liberalidad, en este supuesto, dejaría de ser tal. Nuestro Código aclara la indefinición del Código anterior sobre este aspecto y opta por adherirse a la segunda teoría: el gravado con el cargo no está obligado a cumplirlo en la medida en que exceda el valor de la liberalidad (artículo 187).

El cargo no afecta la eficacia del acto jurídico principal, ni cambia su naturaleza gratuita, dado su carácter accesorio; de ello se colige que el valor de la obligación en que el cargo consiste debe ser generalmente menor al monto del acto de atribución patrimonial, que recibe el gravado con el cargo. Si excediese el valor de la liberalidad, el gravado con el cargo no está obligado a cumplirlo en la medida del exceso. Esta es la consecuencia que emana de la regla del Código (artículo 187), que no tiene precedente en nuestra legislación, pues el Código anterior no abordaba el problema del cargo excesivo en relación con la liberalidad. En el proyecto de la Comisión Revisora del Código se incluyó esta limitación en beneficio del gravado con el cargo. El llamado Anteproyecto Sustitutorio propuso la solución contraria, o sea, que el gravado con el cargo quedaba obligado a cumplirlo aun cuando excediera del valor de la liberalidad. Cabía, pues, la posibilidad de optar por cualquiera de las dos soluciones. Los autores del Anteproyecto Sustitutorio fundamentaron su propuesta, argumentando que, si para la validez del cargo se requiere la aceptación por parte de quien debe ejecutarlo, tal aceptación importa la voluntad de ejecutar el cargo sea cual fuera su relación con el acto jurídico bajo modo, o sea, valga menos, lo mismo o más que este. Por otro lado, se evita así la valoración recíproca entre la liberalidad y el cargo, que en muchas oportunidades sería muy difícil de hacer.

Actualmente, el doctor Manuel de la Puente y Lavalle nos ha expresado que abriga serias dudas acerca de la opinión que sustentó en el Anteproyecto Sustitutorio, porque piensa que, si el cargo es por definición la prestación accesoria expresamente impuesta al beneficiario de un acto jurídico a título gratuito, que conserva su calidad de tal, la imposición de un cargo de igual valor o más oneroso que la liberalidad lo convierte en un acto jurídico a título oneroso, con lo cual la ventaja de la liberalidad se convierte en desventaja, con lo que se desnaturalizan las bases sobre las que se asienta la institución.

La solución del Código, aunque pueda parecer teóricamente impecable, no está exenta de graves dificultades. ¿Qué es lo que ha querido decir el Código cuando admite que el gravado no está obligado a cumplirlo en la medida en que exceda el valor de la liberalidad? ¿Es que se acepta que, no obstante haber expresado su voluntad de recibir la liberalidad gravada, puede el obligado a cumplir el gravamen cumplirlo parcialmente? ¿Y qué ocurrirá si el cargo aceptado consiste en una obligación indivisible? ¿Se tolera que el gravado deje de cumplirla, porque no puede dividir su cumplimiento y el cumplimiento integral tendría un valor excesivo respecto de la liberalidad recibida? ¿Cuál será la solución en caso de que el cargo consista en obligaciones de no hacer difícilmente cuantificables? ¿Y si el valor de la liberalidad disminuye por vicios redhibitorios, por caso fortuito o por actos del propio beneficiario? ¿Cuándo se establece la relación entre los valores? ¿Cuándo la liberalidad con cargo se perfecciona o cuándo el cargo debe cumplirse? Ninguna de estas cuestiones, que atañen al aspecto central de cómo debe cumplirse el cargo, y otras que podrían presentarse en la práctica, tienen una respuesta adecuada en la fórmula que el Código consigna, fórmula que, en definitiva, admite la tesis de que quien se comprometió a cumplir el cargo al aceptar la liberalidad gravada puede potencialmente desligarse de su compromiso alegando a posteriori su excesivo valor.

4. EFECTO DEL CARGO INCUMPLIDO

Si el cargo impuesto es incumplido por el deudor, que es el beneficiario de la liberalidad, esta se mantiene y el imponente del cargo tiene acción para exigir el cumplimiento del cargo. El Código argentino prescribe, a este efecto, que los cargos impuestos no impiden la adquisición del derecho, ni su ejercicio, si no fueron impuestos como condición suspensiva y que, en caso de duda, se juzgará que no importan una condición. Este parecer no es unánime en la doctrina, porque no faltan autores que postulan que, si el cargo es incumplido por el obligado, se puede pedir alternativamente el cumplimiento del cargo o la revocación de la liberalidad. Manuel Albaladejo (1961: 418), por ejemplo, se inclina por la última postura, porque, según explica, la obligación modal no es, como la obligación normal, obligación con débito y responsabilidad, sino que se trata de una obligación en la que el puesto de la responsabilidad del deudor lo ocupa la revocabilidad del negocio bajo modo. Para sustentar esta tesis se

apoya en normas del Código español, que admite la revocabilidad de la donación cuando el donatario haya dejado de cumplir el modo.

Esta posibilidad de que los efectos del cargo incumplido provoquen la revocación del acto de liberalidad, del cual es un elemento accesorio, hace a esta figura un tanto ambivalente y susceptible de producir confusión, situación que la doctrina ha intentado remediar.

Nuestro Código no se pronuncia en forma indubitable, en los cuatro numerales que dedica al tratamiento del modo, acerca de cuál es la consecuencia que acarrea para el acto principal el incumplimiento del accesorio modal. Se limita a establecer quién puede exigir su cumplimiento (artículo 185), pero nada dice acerca del destino del acto de liberalidad si no se cumple el cargo. En estricto derecho, el imponente del cargo o el tercero en cuyo provecho se le ha instituido deberían estar en aptitud de exigir el cumplimiento del cargo y, si ello no ocurre, la secuela indemnizatoria pertinente. Esta debería ser la regla, que deja indemne a la liberalidad, porque ella es lo que caracteriza al modo y lo distingue de la condición, cuyo incumplimiento arrastra la liberalidad que se gravó con el cargo y la priva de efecto.

Sin embargo, al legislar los casos concretos del legado con cargo (artículo 768) y de la donación con cargo (artículo 1642), cuyo tratamiento equipara, el Código señala que, en las donaciones sujetas a cargo, su invalidación o revocación (la del legado o donación) determina la obligación del donante de abonar al donatario el valor del servicio prestado o del cargo satisfecho. En otras palabras, se admite expresamente que el donante pueda revocar la donación aun después de que el donatario haya cumplido con el cargo impuesto, de lo que debemos concluir que también puede hacerlo antes de que el cargo se cumpla y, con mayor razón, si lo incumple. La solución clásica de que el acto modal no está sujeto a una condición queda desdibujada así en nuestro Código, al admitirse que la donación o el legado con cargo pueda ser revocado por causales, aun después de satisfecha la prestación modal, con el simple expediente de indemnizar al beneficiario cumplido.

5. EL ACREEDOR DEL CARGO

El cargo lo estipula siempre el autor de la liberalidad en los actos unilaterales. El acreedor del cargo es el propio autor de la liberalidad que lo impone o, alternativamente, el tercero a favor de quien el autor estipula. El deudor del cargo es el beneficiario de la liberalidad. Obviamente, el gravado con el cargo puede aceptar la liberalidad gravada con cargo o no aceptarla. Pero si la acepta como está estipulada, adquiere la obligación accesoria de ejecutar la prestación en que el cargo consiste, sea un hacer, un no hacer o un dar.

Ahora bien, la prestación en que consiste el cargo puede ser estipulada a favor del propio autor de la liberalidad. Por ejemplo, A dona a B un inmueble con la condición

de que B le pinte un retrato; B acepta el regalo en estos términos. El acto principal es la donación del inmueble; el cargo, la obligación de hacer el retrato, o sea, una prestación de hacer.

El cargo puede ser estipulado a favor de un tercero: A lega a B un inmueble con cargo de que no lo venda, sino que lo alquile y la mitad de la renta se le entregue a C mientras viva. B, beneficiario del legado, debe cumplir con las obligaciones que el cargo le impone: (a) no vender el inmueble; (b) alquilar el inmueble; y (c) entregar parte de la renta a C mientras este viva. En el ejemplo propuesto, el cargo consiste en una prestación de no hacer (no vender), de hacer (alquilar) y de dar (entregar parte de la renta).

Aunque León Barandiarán (1954) sostuvo, siguiendo a Bevilacqua, que el cargo debe emanar de una expresión directa de voluntad, el Código no legisla sobre la formalidad que debe rodear la imposición del cargo. La definición que propuso el llamado Anteproyecto Sustitutorio hacía alusión a que el cargo debía ser expresamente impuesto, pero creemos que la cuestión queda naturalmente zanjada mediante el cumplimiento de las solemnidades que sea preciso satisfacer en el acto jurídico de liberalidad bajo modo, que tratándose de una donación o de una renta vitalicia gratuita son actos solemnes. La aceptación de la liberalidad gravada y el cargo en que consiste deben constar en el contrato solemne que lo constituye.

La obligación accesoria que constituye el cargo impone, en el beneficiario de la liberalidad, una obligación exigible indistintamente por el propio instituyente o por el tercero acreedor del cargo. Si el cargo fuera de interés social, tocaría exigirlo a la entidad a la que concierna (artículo 185).

Nuestro Código admite que la donación con cargo es revocable, con lo que el donante queda obligado de abonar al donatario el valor del servicio prestado o del cargo satisfecho (artículo 1642). El Código introduce un cambio sustancial respecto a cómo se trataban las donaciones con cargo en el Código de 1936, en el que no eran contratos revocables. Ciertamente es que la revocación tiene que obedecer a una causal (artículo 1637), pero, de todas maneras, el principio «cruje». Al hacerlo, disloca la regla general de que la liberalidad no depende en sus efectos del cargo, según esta regla específica lo admite. Por remisión, también es aplicable a los legados, aunque en estos el aspecto no reviste importancia, pues son actos esencialmente revocables antes de abierta la sucesión. No parece el Código haberse puesto en el caso de revocar la liberalidad antes de que el cargo se haya satisfecho, pero, si lo puede hacer después, no debiera impedirle que lo haga antes. La revocación de la donación por las mismas causas de indignidad para suceder y de desheredación, haya o no cargo, procede en todo momento. En general, el beneficiario tiene un derecho de indemnización, salvo que él haya sido el causante de que la liberalidad decaiga por indignidad o por incurrir en causal de desheredación.

Obviamente, aunque el Código no lo diga, el cargo debe cumplirse dentro del plazo estipulado por el imponente; de lo contrario, se le reputará incumplido. Si no

hubiese plazo estipulado para el cumplimiento del cargo, este debe cumplirse en el que el juez señale a instancia del acreedor del cargo (artículo 186). Aquí hay otro caso de aplicación del plazo judicial. El procedimiento para el señalamiento de plazo es, al igual que en el caso del plazo, el sumarísimo.

Puede ocurrir que el gravado con el cargo fallezca antes de haberlo cumplido (artículo 188). La regla que nuestro Código adopta (tomada del artículo 1118 del Código de 1936, a su vez copia del artículo 562 del Código Civil argentino) contiene un principio implícito y una excepción: (a) si no se ha cumplido con el cargo por el directamente obligado, la obligación en que el cargo consiste se transmite a sus herederos a su fallecimiento (esta es la regla); y (b) no habrá transmisión de la obligación de cumplir el cargo si este consistiese en una prestación inherente a la persona del obligado (esta es la excepción). En este caso, por su propia índole, los herederos no podrán cumplir el cargo. La liberalidad queda, entonces, sin efecto y los bienes deben volver al imponente del cargo o a sus herederos. Es una aplicación específica de la regla general según la cual la obligación se transmite a los herederos salvo cuando es inherente a la persona, lo prohíbe la ley o se ha pactado en contrario (artículo 1218). La ley presume que, para el autor de la liberalidad, la realización del cargo era el propósito perseguido al hacer la liberalidad y que, no habiéndolo cumplido en vida el obligado, debe reputarse que ha renunciado a la liberalidad y esta debe quedar sin efecto. La solución es discutible. En este caso, el incumplimiento del cargo por la muerte del obligado opera exactamente como una condición resolutoria dispuesta por la ley.

Por ejemplo, A dona a B, pintor, una casa con el cargo de que B le pinte un cuadro. B fallece sin haber podido cumplir el cargo. Sus herederos no pueden cumplir con la obligación personalísima que tenía B y, entonces, la casa donada debe reintegrarse al patrimonio de A y, si este hubiera fallecido, a sus herederos.

6. ILICITUD E IMPOSIBILIDAD DEL CARGO

Los artículos 1119, 1120 y 1121 del Código de 1936 trataban, respectivamente, de los casos en que el cargo fuera ilícito o jurídicamente imposible; en que, siendo jurídicamente posible al momento de imponerse, deviniera antes de cumplirlo en imposible; y en que fuera físicamente imposible.

El Código disponía que el cargo ilícito o jurídicamente imposible era nulo y nula también la liberalidad sujeta a ese cargo. Si el cargo se convierte en jurídicamente imposible por cambio de legislación, los bienes quedan adquiridos sin cargo alguno, en razón de que la imposibilidad de cumplir el cargo se produce por una causa extraña y posterior, equivalente a un caso fortuito, y, por tanto, no afecta el derecho válidamente nacido del obligado a cumplirlo. Finalmente, si el hecho que constituye el cargo fuera físicamente imposible, nada valdría, es decir, no valdría el acto de liberalidad al que se impuso cargo.

El Código actual integra en un solo numeral los tres supuestos antes señalados y dispone que, si el hecho que constituye el cargo es ilícito o física o jurídicamente imposible, o llega a serlo, el acto jurídico subsiste sin cargo alguno (artículo 189). Se le da al cargo, en este aspecto, idéntico trato que a la condición resolutoria ilícita o imposible, que se considera no puesta (artículo 171, segundo párrafo). El precepto deriva de la naturaleza accesoria del cargo. La ilicitud o imposibilidad de lo accesorio no arrastra lo principal.

Hay tres normas que complementan el tratamiento legal del cargo en nuestro Código. En la sucesión testamentaria en general, se tienen por no puestos los cargos contrarios a las normas imperativas de la ley (artículo 689). Los legados con cargo —como ya vimos— siguen la misma regla que se aplica a las donaciones (artículo 1642). Esta última norma señala que, en el caso de estas donaciones, su invalidación o revocación obliga al donante a resarcir el valor del cargo ejecutado por el beneficiario para evitar la injusticia que se originaría si el beneficiario al que se ha dejado sin la liberalidad hubiera cumplido con la prestación en que el cargo consistía. Tal prestación carecería de causa justa, y ello obliga a que el benefactor haga la reparación pertinente. La donación con cargo es, pues, revocable dentro del actual Código por las causales de indignidad para suceder o de desheredación, independientemente de que el cargo haya sido cumplido o esté pendiente de cumplimiento.

CAPÍTULO XIX

LA SIMULACIÓN

LA SIMULACIÓN ESTÁ LEGISLADA en el Título VI del libro referido a los actos jurídicos. El vocablo «simulación» proviene de los latinos «simul», que quiere decir 'aparente', y «actio», que quiere decir 'acto'. Etimológicamente, «simulación» significa 'acto aparente' o 'de apariencia'.

La simulación no se organiza por quienes en ella intervienen —fundamentalmente las partes, y eventualmente terceros, brindan su ayuda, porque esperan beneficiarse de los efectos que pueda producir el acto simulado— a partir de un vicio del consentimiento que estas experimenten. No ataca directamente la voluntad de las partes, porque estas, al intervenir en la simulación, actúan plenamente conscientes de la naturaleza de la operación que practican. Se trata, más bien, de un vicio del acto jurídico que la ley ha considerado conveniente erigir, en ciertos casos, como causa autónoma de invalidez del acto, en razón de las personas que, engañadas por la apariencia del acto, puedan resultar también perjudicadas con la simulación.

Existe también una razón deontológica que hace que el derecho no permanezca insensible frente a situaciones jurídicas en que los actores hacen gala de doblez; justificadamente, el ordenamiento es reacio a dejar que prosperen sin sanción declaraciones que, aunque aparentemente serias, no tienen el sustrato indispensable de una voluntad real coincidente. Pueden no perseguir un objetivo jurídicamente tutelable en cuanto adolecen de insinceridad, pero tampoco son a fortiori ilícitas en sí mismas. La simulación no constituye un estigma que invalide el acto solo en razón de provenir de una declaración que falsea la realidad de aquello que se quiere.

I. CONCEPTO

El acto jurídico —como ya lo sabemos— nace de una declaración de voluntad que idealmente refleja un querer serio del individuo que la emite. Entre la voluntad interna o subjetiva del agente y su manifestación externa que la hace reconocible debe haber correlación para que, a partir de ella, el declarante reciba los efectos que la ley impone al acto. En este supuesto se basa, en definitiva, el principio rector de la autonomía de la

voluntad de los individuos como fuente de la autorregulación de intereses en que el acto jurídico consiste. Es natural, por tanto, que el derecho preste atención y regule los supuestos, ciertamente anómalos, en los que la declaración no tiene el soporte de una voluntad real que le infunda eficacia. Y cuando esa discrepancia entre lo querido y lo que se declara como querido es de carácter intencional y consciente, y en ella participan las partes que concertadamente manifiestan como verdadero aquello que en realidad no quieren, se produce una situación obviamente irregular para el derecho. En este predicamento, el ordenamiento se encuentra ante la apariencia de un acto jurídico que muestra, sin embargo, las características objetivas de aparecer completo y válido. El acto simulado es un fenómeno del mundo de la realidad que actúa y al que, por consiguiente, se le tiene que aceptar por verdadero, a lo menos provisionalmente, y atribuir los efectos que le son propios mientras no se descubre su verdadero cariz.

El derecho interviene entonces para precisar, definir y calificar jurídicamente la conducta de los agentes del acto de simulación, teniendo en cuenta, para este efecto, que su objetivo no puede ser otro que inducir a engaño a terceras personas, cuando no perjudicarlas, que es lo que en realidad preocupa. Recuérdese que a estos terceros, engañados por el acto simulado, no les queda más remedio que prestar mérito a la apariencia que el acto presenta a partir de la confianza que inspiran las declaraciones ostensiblemente idóneas de quienes celebran el supuesto acto. Basados en lo que en el acto de simulación declaran las partes que en él intervienen, pero que en su fuero interno no desean, los agentes se proponen producir y alcanzar un objetivo jurídico, que no es otro que la ley brinde un manto de eficacia a lo que en verdad no constituye sino una ficción sin relevancia jurídica.

Muchos son los motivos que pueden inducir a las partes a celebrar simulaciones. Mientras que ello no configura un proceder jurídicamente reprobable, el derecho no reacciona para suprimir sus efectos y reconoce la validez del acto que se celebra pero se disimula. En otros casos, sin embargo, la simulación tiene por objetivo afectar derechos de terceros, a quienes, por ello, se esconde la realidad del negocio que celebran o la ausencia de intención de celebrar negocio alguno bajo la ficción de una declaración distinta.

2. EL ACUERDO SIMULATORIO

Nace el acto simulado de un concierto previo entre quienes lo celebran. Claramente, el acto simulado no se organiza porque sí. Todos aquellos que deciden celebrar un acto simulado toman la decisión de declarar algo, aparentemente serio y eficaz, pero que, no obstante, no desean realmente que conduzca al resultado que normalmente acompañaría al acto que dicen otorgar.

En toda simulación existe, como el telón de fondo de una representación teatral, un concierto preparatorio, que la doctrina llama acuerdo o convenio simulatorio. En

dicho convenio, que naturalmente permanece oculto y al cual tienen acceso solo quienes serán luego protagonistas del acto simulado, las partes expresan que, por alguna razón, conviene a sus intereses particulares declarar que han de realizar un acto que verdaderamente no quieren, para que, basado en esa ficción, el acto supuestamente celebrado parezca que los vincule o comprometa, como si lo que declaran como su voluntad fuera también cierto en su fuero interno. Este acto, empero, será una simple apariencia de acto y los celebrantes lo saben. Contendrá declaraciones de voluntad falsas y, por tanto, jurídicamente no aptas para producir un efecto de derecho real y permanente.

Este acuerdo o convenio simulatorio no tiene características formales definidas. Es atípico. Las partes pueden darle la forma que quieran y puede concretarse, por tanto, oralmente como por escrito, pero usualmente de forma tal que constituya un principio de prueba de la realidad de lo que se proponen. En dicho acuerdo simulatorio, los que serán partes en el futuro acto de simulación suelen revelar las razones por las cuales optan por producir solo la apariencia de un acto, así como los medios que adoptarán a tal efecto. Confiesan por qué desean celebrar un acto cuyo designio es producir un engaño en las terceras personas a quienes se desea confundir, haciéndoles pasar, como de ordinario se dice, «gato por liebre». Para ello es necesario que, prima facie, el acto que se simula ostente todos los atributos externos propios de un acto serio y reúna todos los requisitos que, según el derecho positivo, lo harían merecer, si respondiera a una voluntad verdadera de los otorgantes, plena eficacia legal. En la práctica, el acuerdo simulatorio es expresión de la real intención de las partes y, en tal virtud, contiene la realidad del negocio que se proponen o la ausencia de toda intención de celebrar acto alguno.

El acto jurídico, celebrado en ejecución del acuerdo simulatorio preparatorio, es simulado porque, conscientemente, las partes declaran, en él, algo que no corresponde a su real voluntad. Existe un contraste irreconciliable entre el acto fingido, que es aparentemente serio y eficaz, y la realidad de la voluntad de las partes, que puede ser que el acto jurídico que se declara celebrar no surta efecto jurídico alguno, con lo que carece de toda virtualidad para modificar la situación preexistente que atañe a las partes, o celebrar un acto real pero de naturaleza o con contenido distinto de aquel que se aparenta. Hay simulación siempre que se disimula la intención real de las partes o los propósitos que persiguen.

La simulación supone, pues, la existencia de un acto aparente que encubre una otra realidad. Esta otra realidad, que permanece oculta y no es revelada por las partes, es la ausencia de toda voluntad de que el acto aparente produzca efecto alguno o que se celebre un acto realmente querido pero distinto de aquel que se declara. Se produce cuando los contratantes, para engañar a terceras personas, les hacen creer que realizan un acto que realmente no quieren celebrar tal como lo expresan.

3. CARACTERES DE LA SIMULACIÓN

Las características centrales que se presentan en un acto simulado son tres:

- El acto simulado parte de una declaración de voluntad deliberadamente disconforme con la intención real de quien la emite. Esta es la esencia de la simulación, como ya lo hemos descrito. En toda simulación, se presenta una intencional discrepancia entre lo que se declara y lo que en realidad constituye el propósito jurídico de los declarantes, aquello que de verdad quieren. Esto último, por lo general, lo han dejado expresado en el acuerdo simulatorio confidencial que es previo o simultáneo a la simulación, aunque ello no es indispensable.
- Las declaraciones que se reflejan en el acto de simulación han sido concertadas por las partes. Se emiten de común acuerdo. La simulación tiene su campo de acción más fértil en aquellos actos que surgen de la declaración conforme de una pluralidad de sujetos. Aquí el acto simulado abraza a todos aquellos llamados a formular la declaración para que el acto se repute concluido. En casos especiales, la simulación puede importar engaño para una sola de las partes del acto bilateral. Obviamente, la parte engañada no participa del acuerdo simulatorio: así, el que compra para otro sin que el vendedor lo sepa. Aquí hay concierto solo entre la persona que se presta a figurar como el aparente comprador y la persona del verdadero comprador, que no figurará como parte del acto y permanecerá como un aparente tercero ajeno a la relación jurídica que se crea por la compraventa. Los verdaderos efectos del contrato no han de darse para el comprador simulado, sino que recaerán sobre el auténtico, que permanece en el anonimato. De qué manera se verifica el traspaso de la titularidad entre el aparente y el verdadero adquirente es asunto aparte, que no concierne a la naturaleza de la simulación y se puede resolver luego de varias maneras.
- La simulación está encaminada a engañar a terceras personas. No de otra manera se explica que se recurra a esta maniobra. Veremos luego que no es inherente a la simulación que esta se proponga producir un perjuicio, aunque muchas veces ello ocurre. Hay, pues, simulaciones inocentes en cuanto que su objetivo no es dañar a nadie. Y dados ciertos supuestos, en ausencia de perjuicio al tercero, el acto oculto realmente querido por los simulantes en una simulación relativa es admitido como válido por el derecho. La simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito, sentenciaba el Código Civil de 1936 (artículo 1094) siguiendo textualmente al Código argentino (artículo 957 CA). Aunque no se ha reproducido en el nuevo Código una norma igual, no cabe duda que sigue siendo un principio rector de este fenómeno, que se cobija ahora con otras palabras en el artículo 191.

La simulación se distingue del error en que la persona que celebra un acto por error no tiene la conciencia de que su declaración no corresponde a una voluntad cabal, porque en el proceso de formación de su voluntad ha mediado ignorancia o una inadecuada apreciación de los elementos de la realidad, de forma tal que, si el sujeto hubiera conocido que padecía de error, no hubiera consentido (caso del error vicio); o porque han surgido equívocos o consideraciones no razonables que hacen que la declaración de voluntad se emita distorsionada respecto del querer interno del sujeto, de tal manera que este no queda reflejado en aquella (caso del error obstativo). En cambio, las personas que realizan un acto simulado tienen la conciencia plena de que su declaración no corresponde a su verdadera voluntad y ni se proponen quedar vinculados por ella; sin embargo, efectúan la declaración para engañar a terceros. El que actúa por error, en cualquiera de sus modalidades, no abriga propósito de engaño; sí lo tiene el que actúa en simulación.

La simulación se distingue también de la reserva mental. La persona que formula una declaración con reserva mental declara algo que es distinto de lo que quiere, pero no comunica esa reserva mental a su cocontratante, quien, por eso, desconoce las intenciones ocultas del declarante. Por el contrario, todas las personas que celebran un acto simulado generalmente están en la inteligencia de que la declaración que hacen es fingida y que es otra distinta la voluntad que los anima. Esta discrepancia entre lo declarado y lo querido es propiamente la materia del acuerdo simulatorio en el que han urdido la simulación que se proponen. La reserva mental no invalida el acto y es jurídicamente intrascendente, porque los motivos ocultos de los contratantes no gravitan ni prevalecen sobre la eficacia de sus declaraciones, en la que confían sus receptores. La simulación sí invalida el acto cuando es ilícita o perjudica a terceros.

La simulación se distingue también de las declaraciones informales. A pesar de que, en ambos supuestos, no existe una declaración que trasunte una voluntad seria de obligarse, la declaración que da nacimiento al acto aparente en la simulación tiene el propósito de engañar y, por consiguiente, exhibe visos de seriedad. En las declaraciones informales, la apariencia de seriedad no existe, de forma que debería saberse, por el contexto en el que se emite u otras circunstancias reveladoras, que ella no aspira a reflejar una intención vinculante.

Por otra parte, la simulación es diferente de la falsificación, en cuanto esta se ejecuta por actos materiales que alteran los documentos que contienen las declaraciones reales de las partes para aparentar una declaración de voluntad que no se ha dado. Tiene, por ello, un contenido criminal. En la simulación, no hay alteración material del instrumento en el que consta la declaración, sino que esta aparece tal como se le emite, pero de modo que no coincide con la voluntad real de las partes, que estas se guardan de revelar.

La simulación también debe distinguirse del negocio fiduciario. Este es el acto basado en la confianza que se deposita en una persona a la que se transmite un derecho

de propiedad o un crédito para que sobre el mismo realice determinados encargos. Es característica del negocio fiduciario que, por el tipo de acto que realmente se celebra, el adquirente reciba como efecto natural del acto más prerrogativas legales que aquellas que en rigor necesita para cumplir el encargo. El acto fiduciario se otorga con un fin determinado, pero está en la naturaleza del acto que se utiliza como vehículo de la fiducia que este pueda producir efectos que trasciendan aquellos que las partes se proponen. El medio que se emplea para conferir el encargo es más rico en atributos legales que aquel que se necesita para obtener el resultado deseado. El propósito que guía a las partes no es que el acto produzca todas las consecuencias que de él dimanar conforme a la ley sino, solamente, permitir al adquirente el ejercicio de ciertos derechos que acompañan al acto celebrado. Por ejemplo, se transfiere la propiedad de un bien con el propósito de que sirva de garantía a una obligación de la que el adquirente es acreedor, en vez de constituir una hipoteca o una prenda, con lo cual se habría celebrado un acto congruente con el fin perseguido. Al transferir la propiedad del bien, el acreedor recibe más derechos que aquellos que se requieren para satisfacer el propósito específico que anima a las partes. El medio empleado por las partes sobrepasa el que se necesitaría para cumplir lo que se proponen. En el ejemplo propuesto, aunque el acreedor ha adquirido la propiedad, porque tal es la función típica del negocio de atribución patrimonial celebrado, las partes acuerdan que el adquirente tendrá interinamente el dominio solo a efectos de mantener el bien en garantía. Una vez satisfecha la obligación, cesa la fiducia y el bien será retransmitido a su enajenante.

Debe advertirse que el negocio fiduciario se desarrolla, al igual que la simulación, en dos planos. En primer lugar, se celebra un acto cierto y querido que ofrece al adquirente un contenido de poderes mayor que los que se requieren según la finalidad para la que se le otorga. En segundo lugar, las partes acuerdan, en otro plano, que, no obstante la gama de derechos que el acto celebrado ofrece al adquirente, este solo usará parcialmente esos derechos y dentro de los límites necesarios para cumplir el acto de confianza que se le encomienda. Naturalmente, el adquirente fiduciario puede incumplir el compromiso asumido y practicar sobre el bien adquirido actos ajenos al propósito que lo inspira, porque el acto de atribución patrimonial celebrado en fiducia se lo permite. Estos actos serían válidos si el título que ostenta lo faculta a ello, pero debe responder frente al enajenante por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento de su promesa.

Ahora bien, el negocio fiduciario es, en sus dos planos, un acto cierto y querido por sus otorgantes y en ello estriba su diferencia con la simulación absoluta, en la que el acto aparente es no querido, y con la simulación relativa, en la que hay un acto aparente y no querido que encubre otro distinto que sí se quiere.

No todos los autores participan del criterio arriba expuesto. Giuseppe Stolfi (1959), por ejemplo, discurre: «[...] si, por tanto, las partes venden en vez de constituir una prenda o ceden un crédito en vez de conferir un mandato, ello implica que no quieren

ni venta ni cesión, sino que la utilizan para encubrir una prenda o un mandato: los primeros, pues, serán simulados y los segundos disimulados».

El acto simulado también es distinto de aquel que se pacta en fraude del acreedor. En toda simulación, hay un acto aparente y no querido. El acto en fraude del acreedor, en cambio, es un acto cierto y querido. Para una mayor disquisición sobre la distinción entre ambos, nos remitimos al capítulo en que se trata del fraude civil.

Suponiendo concertación entre las partes para encubrir, con una declaración hueca de contenido, la verdadera voluntad de celebrar un acto distinto o la ausencia de intención de celebrar acto alguno, la simulación suele perfilarse con mayor nitidez en el caso de actos jurídicos bilaterales. En los actos jurídicos unilaterales, como el testamento o la promesa de recompensa, hay autores que sostienen que no puede haber simulación, porque en este caso solo interviene la declaración de una persona en la formación del acto, por lo que la discrepancia que pudiera existir entre lo querido oculto y lo declarado aparente constituiría una irrelevante reserva mental. Sin embargo, esta aseveración no es inconcusa. Se pueden presentar simulaciones en actos unilaterales de naturaleza recepticia o no recepticia. Así, en un testamento, cabe concierto simulatorio entre el testador y una persona a quien este reconozca la paternidad sin ser en realidad su hijo o el reconocimiento de obligaciones a favor de personas que no son en realidad acreedores del causante.

4. CLASES DE SIMULACIÓN

La simulación puede ser absoluta o relativa. El Código actual, sin definir las en forma acabada, opta por referirse a ambas clases de simulación en preceptos separados. El tratamiento que el nuevo Código hace de esta materia, aunque adolece de ciertas imprecisiones, es, en su conjunto, un avance notable respecto a cómo estaba disciplinada en el Código de 1936.

4.1 Simulación absoluta

El Código enuncia que por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo (artículo 190). Acaso, más propio hubiera sido decir que aparentan celebrar un acto, pero no quieren los efectos que dimanen del mismo. El acto absolutamente simulado es impotente para provocar un efecto de derecho entre quienes lo declaran celebrar. Estos carecen de intención de que el acto declarado los vincule o comprometa. En realidad, a pesar de la declaración contenida en el acto aparente, no hay cambio alguno en la situación jurídica de las partes: estos no desean ni adquirir nuevos derechos, ni asumir obligaciones con ocasión de la declaración que formulen.

Por ejemplo, A dice vender a B un bien y, en realidad, no existe voluntad alguna de transmitir la propiedad a B, ni de realizar acto alguno.

Si la simulación es absoluta, el acto simulado o aparente no tiene vida, es nulo, le falta la causa eficiente fundamental, que es la voluntad de querer los efectos del acto que se dice celebrar. Todo es apariencia; no hay realidad jurídica alguna.

4.2. Simulación relativa

El Código alude a la simulación relativa al disponer que, cuando las partes han querido concluir un acto jurídico distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurran los requisitos de sustancia y forma, y no perjudique el derecho de terceros (artículo 191). Hay en la simulación relativa un acto oculto y querido, y hay, encubriéndolo, un acto aparente no querido. El acto aparente es el simulado, mientras que el acto querido, el que queda disimulado.

En la simulación relativa, intencionalmente se bifurca la declaración: la simulada, ficticia, pero aparente y ostensible; y la disimulada, que es la verdaderamente querida, pero que permanece privativamente en el entendimiento de las partes. La simulación relativa obedece al deseo de los simulantes de dar, al contenido de un acto real, los visos de un acto de naturaleza distinta. Por ejemplo, A declara que vende a B una casa, cuando en realidad la está donando.

El acto simulado, en el ejemplo propuesto, la venta, es un acto irreal; no responde a una voluntad seria de los contratantes; no tiene causa eficiente; nunca nació; es una mera apariencia. En cambio, dice el Código que el acto ocultado, que es el verdaderamente querido por los contrayentes, es eficaz siempre que concurran en él los requisitos de sustancia y forma, y no perjudique el derecho de terceros. Cuando el Código utiliza la palabra «eficaz», hay que entenderla en su acepción amplia, como denotando validez. Cuando el acto querido reúne todos los requisitos propios de su especie, no viola la ley, ni perjudica a terceros, estamos frente a un acto, que aunque las partes han querido mantener confidencial, es lícito y debe surtir los efectos que le son naturales, como si fuera un acto practicado al descubierto. El hecho de que las partes decidan esconder su celebración no acarrea, por este solo hecho, consecuencias que afecten su validez y eficacia.

4.3. Simulación relativa parcial

La simulación relativa puede presentarse parcialmente. No tiene por qué abarcar el acto en su integridad. Ello ocurre cuando determinadas estipulaciones del acto que se declara celebrar no coinciden con lo verdaderamente pactado. La hipótesis está contenida en el Código (artículo 192). En el acto verdaderamente querido, que las partes no obstante disimulan, hay aspectos que no aparecen en el acto aparente o, a la inversa, se

declara en el acto aparente estipulaciones que no forman parte del acto celebrado. La declaración, en suma, no traduce fielmente la intención de las partes. Esta dicotomía entre lo que se declara querer y lo que en realidad se quiere puede darse bajo múltiples formas, y el Código alude a solo dos de ellas por ser las más frecuentes (artículo 192) y con criterio que no debe considerarse exhaustivo:

- Cuando deliberadamente se insertan en el acto aparente datos inexactos. Son las llamadas cláusulas no sinceras. Por ejemplo, se hace figurar la venta de una casa por un precio inferior o superior al realmente convenido, o la fecha de la verdadera celebración del acto no coincide con la fecha en que se declara haberlo celebrado.
- Cuando interviene interpósita persona, o sea, cuando la simulación consiste en cambiar ficticiamente la identidad del verdadero agente del acto. Por ejemplo, A, abogado de B, quiere comprar una casa objeto de un juicio que ha patrocinado, antes de transcurrido un año de que el juicio concluyó. La ley prohíbe al abogado adquirir en estas circunstancias. Para eludir la prohibición, B simula vender la casa a C para que este luego se la transfiera al abogado. Hay un concierto triangular destinado a defraudar la ley.

En todos estos casos de simulación relativa parcial u otros semejantes, algunas de las estipulaciones que aparecen declaradas en el acto fingido no son ciertas y, al no responder a la intención de las partes, no tienen valor legal alguno; debe procederse respecto de ellas como si no existieran. La estipulación verdaderamente querida, aquella que permanece oculta, puede ser nula si atenta contra norma de orden público o acusa falencias de sustancia o forma que son esenciales, o ser anulable si perjudica a tercero. Pero también puede subsistir y surtir todos sus efectos si no se opone a norma imperativa; tiene fin lícito, objeto posible y forma prescrita; y a nadie perjudica.

4.4. Simulación inocente

Hay, pues, actos de simulación relativa, en la que el acto oculto no es reprobado por la ley, porque, aunque todo acto simulado supone un engaño a tercero, no todo acto simulado supone un daño. Por eso, hay actos disimulados que la ley acepta y tutela. Son actos lícitos acerca de los cuales las partes han preferido guardar reserva. Al no adolecer de vicios, surtirán los efectos que les son propios según su naturaleza. Lo decía expresamente el artículo 1094 del Código de 1936 y se infiere claramente de lo establecido en el artículo 191 del actual.

La simulación pueda ser, por tanto, lícita o ilícita, en relación con la calificación que debe merecer el acto verdaderamente querido que, aunque oculto, responde a una inteligencia real de las partes en la simulación relativa. El acto aparente, que las partes declaran celebrar, no es sino una ficción cuyo objeto es engañar, y le falta la real

intención de celebrarlo como se declara. Es siempre nulo. La ley tolera la simulación siempre que el engaño que toda simulación supone sea inocente. Esta postura está fundamentada en el principio de la autonomía de la voluntad de los individuos, mientras que su ejercicio no vulnere la ley o los derechos de terceros. Un ejemplo de simulación tolerada por la ley, de simulación lícita, se daría si A, dueño de unas acciones de la compañía X, no tiene tiempo de ocuparse de los asuntos de la sociedad o, por razones de crédito comercial, no desea intervenir en la gestión, ni directa ni indirectamente. No desea, pues, dar poder a favor de B, porque como poderdante mantendría todavía una vinculación que no le conviene hacer ostensible. Simula, entonces, vender sus acciones a B con el fin de conferir a este, aparente comprador, las facultades de poder participar, como aparente titular de las acciones, en la marcha de la sociedad.

5. EFECTOS DE LA SIMULACIÓN

La simulación inocente, aquella que consiste en un acto que se mantiene oculto pero que reúne, a pesar de su clandestinidad, todos los requisitos generales de validez que exige el Código, más los propios de su especie, y que no viola la ley ni perjudica a terceros, es un acto válido. Ello solo puede darse en la simulación relativa, porque solo en esta clase de simulación detrás de un acto fingido, que siempre será nulo, hay la realidad de un acto verdaderamente querido y celebrado, que es menester evaluar. Lo singular de este acto es que las partes que lo celebran lo mantienen en reserva y hacen creer que realizan otro.

El Código mantiene el principio de que el acto aparente y no querido es absolutamente nulo (artículo 190). No obstante, no indica expresamente que se refiere al caso de la simulación absoluta. Este es, en verdad, un texto que acaso peca de diminuto, porque le falta la conclusión que racionalmente debió ser el corolario del enunciado que contiene. Sin embargo, el defecto anotado se subsana con el inciso 5 del artículo 219, que enumera los casos generales de la nulidad absoluta, entre los que consigna el acto que adolezca de simulación absoluta.

Igual sanción debe merecer el acto aparente y no querido en la simulación relativa, porque acusa la misma radical debilidad: carecer de consentimiento jurídicamente idóneo para que el derecho le reconozca la posibilidad de generar consecuencias válidas. Sin embargo, también falta en el Código el enunciado que fulmine con igual grado de invalidez al acto aparente en el evento de una simulación relativa (artículo 191). Al acto simulado, aparente y no querido en la hipótesis de una simulación relativa y a las cláusulas no sinceras que se insertan, hay que hacer extensiva la sanción de la nulidad absoluta, que, por las mismas razones antes expuestas, vicia radicalmente el acto o las estipulaciones ficticias.

Cuando la simulación relativa se produce haciendo intervenir en el acto a persona distinta de aquella en quien las partes convienen que se den los efectos, la nulidad

debe recaer sobre los efectos del acto en la persona que se interpone y desconocer, en este aspecto, la relación jurídica ficticia. El ordenamiento desprecia a la persona que se ha interpuesto, simple testaferro. Y debe reconstruirse el acto en su verdadera realidad, o sea, haciendo miembro de la relación jurídica y atribuyendo sus efectos a quien, siendo parte del acto, ha permanecido en el anonimato. La calificación que merezca el acto disimulado dependerá, entonces, de si la intervención del verdadero agente provoca o no una situación de ilicitud que pueda acarrear su nulidad o si en ello estriba el perjuicio que experimenta el tercero, que basará en tal evento su acción impugnatoria.

6. ACCIONES CONTRA LA SIMULACIÓN

Ahora bien, tratándose del acto aparente en la simulación absoluta y del acto aparente en el caso de una simulación relativa, ambos son actos nulos en razón de su absoluta ficción. Siendo esta su naturaleza, es incuestionable que las partes, los terceros que tengan interés y el Ministerio Público pueden alegarla e, inclusive, el juez, de oficio, pronunciarla si fuese manifiesta. Su absoluta invalidez procede de acuerdo con la norma general contenida en el Código, que establece quienes pueden pedir la destrucción de un acto absolutamente nulo (artículo 220).

A partir de la interpretación que antecede —la única razonable a nuestro entender dentro de los textos expresos de la ley aplicable a esta materia—, debemos examinar la norma del Código según el cual la acción para solicitar la nulidad del acto simulado puede ser ejercitada por cualquiera de las partes o por el tercero perjudicado, según el caso (artículo 193).

El acto absolutamente simulado y el acto aparente en la simulación relativa son actos típicamente nulos por carencia del requisito esencial de la voluntad jurídica de sus otorgantes, aunque entre los casos generales de nulidad que enumera el Código solo se menciona al acto que adolezca de simulación absoluta (artículo 219, inciso 5). Sabemos que la acción de nulidad se hace accesible a todos los que puedan exhibir un interés, porque hay una razón de orden público que alienta el ejercicio de acciones destinadas a impedir que los actos nulos surtan efecto.

El Código, al mismo tiempo, dispone que la acción para solicitar la nulidad del acto simulado puede ser ejercitada por cualquiera de las partes o por el tercero perjudicado, según el caso (artículo 193). En otras palabras, hay que entender la norma como una que concede acción para que cualquiera de las partes o el tercero perjudicado pida la nulidad tanto del acto simulado como del acto disimulado en el caso de la simulación relativa. Como vimos, la acción para pedir la nulidad del acto de simulación absoluta tiene asidero en el artículo 219, inciso 5, y en el artículo 220 del Código, y no se necesita de otro precepto que lo reitere para brindar a las partes o al tercero defensa eficaz contra dicho acto.

En sede de una simulación relativa hay dos planos en el que las partes han desarrollado la simulación. En el plano público, hay un acto que ostenta, aunque sea solo en apariencia, las características de un acto válido y en tal virtud, como fenómeno jurídico, debe surtir las consecuencias, aunque sean provisorias, que le son propias, como si fuera un acto realmente querido. Las partes que lo han otorgado saben, sin embargo, que no se trata de un acto verdadero y tampoco quieren producir el efecto de derecho que tal acto trae consigo. En virtud de lo dispuesto por el Código (artículo 193), cualquiera de ellas puede, pues, entablar acción para que se le declare nulo, sea porque ya cesó la situación de hecho que los impulsó a celebrar acto de esta clase y desean sincerar su situación, o porque alguno de los otorgantes del acto fingido o sus sucesores pretende aprovecharse de su aparente derecho en perjuicio de su enajenante. También el tercero perjudicado por el acto simulado podría accionar para que se declare la nulidad del acto fingido si sospecha del engaño que representa y del perjuicio que le provoca.

En el plano del acto oculto y querido, este puede también adolecer de causal que acarree su nulidad absoluta por oponerse a norma imperativa o por carecer de algún requisito de sustancia o forma indispensables. Sustentados en la norma del artículo 193 del Código, tanto las partes que han celebrado el acto oculto como el tercero con interés pueden, asimismo, invocar la nulidad del acto disimulado por alguna de estas causales. Así, el Código subsana el impedimento que contenía el derogado respecto a la acción que cabía emprender a los simulantes y al tercero, perjudicado por la simulación, para atacar el acto simulado violatorio de la ley o en perjuicio de tercero. En estos casos, los demandados serán los que intervinieron en el acto simulado en perjuicio del tercero.

Por ejemplo, un padre simula vender a su hijo una casa que en realidad le está donando. Los terceros perjudicados frente a ese acto pueden demandar la nulidad del acto de donación por simulación, si tal acto carece de los requisitos indispensables para su validez, como omitir la solemnidad de la escritura pública, infringir la ley o producir un perjuicio en sus derechos —por ejemplo, rebasar la cuota de libre disposición del enajenante, violando la norma que precisa que nadie puede dar por donación más de lo que puede disponer por testamento— (artículo 1629).

El Código sanciona con anulabilidad al acto oculto y querido, vale decir, el acto disimulado en la simulación relativa, cuando este perjudica a tercera persona. En referencia a este acto, el Código dispone que el acto jurídico es anulable por simulación cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero (artículo 221, inciso 3). Corresponde al tercero perjudicado por el acto disimulado ejercitar la acción para que se declare la nulidad del acto que lo daña. El acto disimulado en daño de tercero puede contener los requisitos de sustancia y forma adecuados, y no violar ley alguna. En tal virtud, este acto no podría ser atacado sobre la base de causal que produzca su nulidad. Pero si el acto, siendo objetivamente válido, entraña un perjuicio a tercero, la ley lo repudia y, en protección del interés tutelable del tercero, le

concede acción para que se le declare nulo, aunque no tenga defectos de sustancia o forma, ni ofenda norma de orden público, sino solo en razón del perjuicio que representa al derecho del tercero.

Y aunque algunos tratadistas no están de acuerdo con que se conceda al partícipe de una simulación la posibilidad de eludir las consecuencias desfavorables de su conducta mal intencionada, posición que adoptó el artículo 1095 del Código de 1936, otros sostienen que la ley debe permitir el arrepentimiento e impedir el enriquecimiento indebido que se produciría si se protegiese la validez del acto, perjudicando a uno de los contratantes. Esta última posición es la que ha prevalecido en el Código vigente. Si un contratante simulado pretende hacer valer como verdadero el acto aparente, la otra parte puede oponer, en vía de excepción, la nulidad del acto. Queda sujeto, en tal evento, a la carga de la prueba.

Salta a la vista que el Código no ha sido consistente en aplicar la sanción que en derecho corresponde imponer a actos válidos que, no obstante, causan perjuicio a terceros. Cuando revisemos el acto en fraude del acreedor, veremos que tal acto, que es cierto y querido por las partes que lo celebran, aunque puede ser considerado válido por no pesar sobre el mismo causal alguna que lo invalide, ha sido reputado por el Código como un acto ineficaz frente al acreedor a quien perjudica. Sin embargo, el acto disimulado en una simulación relativa, aunque también es acto cierto y querido, y puede ser tan válido como el que defrauda al acreedor, al ocasionar un perjuicio en tercero, no es considerado ineficaz frente a él sino anulable. «Donde hay la misma razón, debe haber el mismo derecho» reza un antiguo principio jurídico que el Código ha preferido no acatar en este caso. Más consistente a la naturaleza de la protección del derecho del tercero perjudicado por el acto disimulado hubiera sido, sin duda, que tal acto fuera reputado ineficaz y no nulo, en cuanto afecta al tercero. No encontramos argumentos valederos que justifiquen que situaciones jurídicas sustancialmente idénticas merezcan una respuesta disímil del legislador. Demás está decir, y en ello abundaremos más adelante, que la sanción de la ineficacia, que debió ser la que en buena doctrina mereciera el acto disimulado en perjuicio de tercero, tiene consecuencias jurídicas muy distintas de la anulabilidad con que el Código la ha sancionado.

El Código vigente no mantiene el principio de la imprescriptibilidad de la acción de simulación entre las partes que contenía el derogado. Ello obliga a interpretar que los casos de simulación que adolecen de nulidad absoluta o relativa pueden atacarse actualmente dentro de los plazos de prescripción que para estas acciones contiene el artículo 2001: diez años para el acto nulo y dos años para el acto anulable, los que se cuentan no a partir de la fecha de celebración de los actos que se impugnan, como sentenciaba el Código de 1936, sino a partir de que el accionante esté en condiciones de impugnarlo. Esta modalidad de conteo introduce un elemento de incertidumbre en el cómputo de los plazos señalados, que el actor que se vale de esta acción tendrá que acreditar en cada caso.

Por último, la violación o incumplimiento de un acto simulado inocente, es decir, del acto oculto que lícitamente hayan celebrado las partes, si produce daños y perjuicios, permite a la parte que los sufre exigir su indemnización en el plazo de siete años. Este es un plazo *sui generis*, que según los ponentes se explica por las especiales características de la relación jurídica nacida entre los simulantes. Igual criterio inspiraba a nuestro Código derogado, aunque el plazo era mucho más dilatado: 15 años.

No hay, en realidad, un sustento claro para fijar un plazo especial que rijan la acción personal que corresponde instaurar a la parte del acto disimulado para resarcirse de los perjuicios derivados del incumplimiento del pacto válido que celebró. La parte que ha intervenido en una simulación lícita ha celebrado un contrato tan válido como aquel que ha participado en un acto lícito al descubierto. Respecto de este último, el plazo para ejercitar la acción personal la ha fijado el Código en diez años. ¿Por qué ha de reducirse este plazo a siete años, si el incumplimiento se da en el contexto de la relación jurídica lícita nacida de un acto oculto pero válido? No hemos encontrado argumento que persuada de la necesidad de crear esta diferencia.

Demás está decir que la violación o incumplimiento de una simulación ilícita no origina, en quien experimenta los efectos dañinos, derechos reparatorios, porque el ordenamiento no puede proteger las consecuencias adversas de aquello que condena.

7. Oponibilidad de la acción de simulación

El Código encara la hipótesis de que una de las partes del acto simulado haya transferido su aparente derecho a un tercero (artículo 194). Por ejemplo, A y B simulan una compraventa como resultado de la cual B aparece como comprador. B transfiere su aparente derecho de propietario a un tercero, C. ¿En qué casos podrán las partes al acto simulado o el tercero perjudicado con esta obtener la declaración de nulidad de la simulación de manera que repercuta sobre el subadquiriente C y lo obligue a devolver el bien, si el acto es traslativo de dominio? ¿Cuándo se puede hacer valer frente al tercero la acción de nulidad por simulación?

Hay que distinguir, según el Código, si la transferencia al tercero de los aparentes derechos que adquirió el contratante simulante fue a título gratuito o a título oneroso. Si la transferencia se hizo a título gratuito, mediante acto de disposición singular, sea legado o donación, la acción de simulación procede y repercute siempre contra el subadquiriente, que verá anulado el título de su enajenante y el suyo propio, debiendo devolver la cosa a su *verus dominus*. La ley se basa en que, en estos casos, el actor obra para evitar un daño, de *danno vitando*, y el subadquiriente a título gratuito obra en protección de un beneficio, de *lucro captando*. Y entre evitar un daño o proteger un beneficio, la ley prefiere evitar el daño y obliga, entonces, al tercero adquirente a título gratuito a devolver el bien a su auténtico titular, como consecuencia de la declaración

de que el acto en el que sustenta su derecho es inválido por simulación. Es indiferente, en este caso, que el subadquiriente haya obrado de buena fe, ignorando que el derecho que se le transmitió procedía de un acto simulado, o de mala fe, conociendo que fue el resultado de una simulación.

Si la transferencia del simulante al subadquiriente se hizo a título oneroso, mediante venta, permuta o dación en pago, la ley se encuentra frente a la disyuntiva de evitar dos daños: el que sobrevendría al actor (que solo se ha desprendido del bien simuladamente, es decir, sin recibir la contraprestación propia del acto si este hubiera sido un acto real) y el que sobrevendría al subadquiriente si como consecuencia de la nulidad del acto que celebró perdiera el bien adquirido, no obstante que abonó la contraprestación debida al adquirirlo. Estando ambas partes en paridad de condiciones de experimentar un perjuicio, la ley obliga a indagar si la transferencia onerosa se hizo de buena o mala fe por parte del subadquiriente. Si se hizo de mala fe, es decir, conociendo el subadquiriente que el derecho de su enajenante emanaba de un acto simulado y, por tanto, meramente aparente, o, lo que es lo mismo, que adquirió cosa ajena, entonces la acción de nulidad habrá de prosperar. El acto de transferencia onerosa del enajenante simulado a favor del subadquiriente de mala fe será anulado, y este perderá el título sobre la cosa que adquirió, conociendo el origen espurio del título que recibía. Si el subadquiriente a título oneroso actuó de buena fe, es decir, ignorando los defectos del derecho que se le transfería, la ley no ampara la pretensión del actor y protege al tercero, quien no estará obligado a devolver el bien, atendiendo a la preferencia que, en circunstancias iguales, la ley confiere, en homenaje a la seguridad del tráfico, al poseedor adquiriente a título oneroso y de buena fe.

A pesar de la simulación, el tercero que adquirió de buena fe y onerosamente un bien proveniente de un acto simulado mantiene derecho firme sobre dicho bien. El accionante desairado en el juicio contra el tercero tendrá, frente al responsable de haber abusado de su derecho enajenando un bien del cual era solo titular ficticio, la acción de resarcimiento por daños y perjuicios.

¿Cómo se resolvería el caso en que un enajenante simulado, antes de que su adquiriente disponga del bien a favor de tercero, lo enajena mediante acto cierto y, seguidamente, el adquiriente simulado hace lo propio y dispone de su aparente derecho mediante acto cierto a favor de un tercero? Ambos subadquirientes han obrado a título oneroso y de buena fe. Consideramos que el derecho del primer subadquiriente debe prevalecer, no solo porque adquirió del *verus dominus* sino porque lo hizo en fecha anterior y exhibe los atributos de ser a título oneroso y de buena fe.

En el proceso que se instaure, corresponde al accionante la carga de la prueba, es decir, probar la existencia de la simulación y que la adquisición del subadquiriente fue a título de liberalidad; en el otro caso, además de la prueba sobre la simulación, debe acreditar que, no obstante haber adquirido el tercero a título oneroso, actuó de mala fe, porque la buena fe se presume. La prueba de los daños y perjuicios que como

acción subsidiaria mantiene también recae sobre el demandante, por el resarcimiento que le corresponde.

El Código formula la regla en estos términos: la simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente (artículo 194). Se reproduce el principio incorporado en el artículo 1097 del Código anterior.

Naturalmente, el tercero subadquiriente, a título gratuito o a título oneroso y de mala fe, podrá oponer a la acción de simulación que se instaure en su contra, en aquellos actos de atribución patrimonial mediante los cuales adquirió el dominio, la excepción de prescripción adquisitiva por posesión. Tratándose de inmuebles, si la posesión del adquirente gratuito ha sido de buena fe y con justo título, bastará la posesión de cinco años; y, si no concurren estos requisitos, de diez. Tratándose de bienes muebles, los plazos prescriptorios son de dos y cuatro años, respectivamente.

8. PRUEBA DE LA SIMULACIÓN

Si partimos de la base de que la simulación encierra una contradicción entre lo declarado y lo querido, el que quiera probar la existencia de la simulación deberá demostrar precisamente eso: que lo declarado no fue querido, que constituye una ficción que encubre o disimula una realidad distinta. Los simuladores generalmente se valen de instrumentos públicos o ejecutan actos en los que se expresa la existencia del contrato que desean aparentar. Los acuerdos simulatorios son de carácter reservado y constan en papeles privados o en el testimonio de personas a quienes los contratantes confiaron secretamente su verdadera intención.

La acción de simulación puede ser promovida por una parte o por el tercero. Su objeto reside en que se declare judicialmente que no existe el acto aparente, ora para que se dé valor y eficacia al oculto, ora para que se decida que es inválido. Puede la acción ser dirigida contra el otro contratante o contra sus causahabientes a título universal o singular cuando pretendan causar un derecho del acto aparente a sabiendas de que es simulado.

Si la acción de simulación ha sido planteada por una de las partes del acuerdo simulatorio o sus causahabientes es evidente que estarán en mejores condiciones para probar su dicho, porque han sido cómplices de la simulación, y ello les da acceso teórico a los instrumentos en los que hayan hecho constar el acuerdo simulatorio. Invoca el acto oculto como fuente de un derecho que tiene como contratante o sucesor. Es el caso del arrendador o su heredero que promueve la acción de simulación de una compraventa aparente, para que el arrendatario restituya la cosa que en realidad recibió a título de arrendamiento y que abusivamente retiene diciéndose comprador al amparo de prueba ostensible.

El actor está sujeto a las restricciones probatorias generales, tales como la que impide suplir con otra prueba el instrumento público en los contratos en los que se requiere esta solemnidad; la que rechaza a los testigos cuando el acto debió celebrarse por escrito; etcétera.

Si el acto oculto es solemne y el aparente ostenta la misma solemnidad que la ley exige para aquel, las pruebas que el actor aporte tienen carácter explicativo de las conductas de las partes y constituyen la inteligencia que el juez debe dar al instrumento público teniendo en cuenta el acuerdo real de la voluntad de las partes. Si el acto oculto es no solemne, caben todas las pruebas. La principal prueba que puede utilizarse por las partes es la que emana de la existencia de un contradocumento que contiene una contradecларación. Los contradocumentos son escritos privados mediante los cuales las partes que intervienen en actos simulados se protegen de los efectos que pudieran tener las simulaciones. En ellos establecen cuál es la verdadera naturaleza del acto celebrado o si en realidad no existió propósito de celebrar acto alguno.

Si quien pretende impugnar la simulación es un tercero de buena fe, la situación es más compleja. Tercero de buena fe es el que deriva un derecho del contrato aparente, ignorando que es simulado. Invocará, en su demanda, la realidad del acto que celebró. Su buena fe se presume. Actúa como tercero el acreedor que demanda la declaración de simulación de una compraventa celebrada por su deudor insolvente para encubrir un contrato de depósito, comodato o arrendamiento, y está enderezada a demostrar que la cosa, en realidad, no ha salido del patrimonio de su deudor. En este caso, el acto oculto es, para el demandante, un hecho sin el cual no puede embargar o ejecutar a su deudor, aparente enajenante. Ataca el acto como obstáculo que le estorba el ejercicio de un derecho cuyo origen es independiente del acto oculto. El que ejerce la acción de simulación como tercero goza de libertad de prueba; no existe restricción que lo limite.

Si es el tercero perjudicado quien demanda la nulidad, la prueba le será más difícil, porque seguramente no tendrá en su poder el contradocumento. Las simulaciones suelen ser hechas con astucia para, precisamente, poder engañar. En este caso, se admite también la llamada prueba del hombre o conjeturas, los indicios y todas las pruebas indirectas que se pueden aportar para llevar al juez al convencimiento de la existencia de la simulación. La prueba indiciaria es, desde luego, utilizable, aunque carece de valor probatorio pleno, salvo que los indicios o presunciones sean varios, precisos y conexos entre sí, de modo que demuestren, apreciados en conjunto, la existencia evidente del acto oculto.

El Código Civil vigente, como el anterior, no contiene disposición alguna que se refiera a la prueba de la simulación. No ha sancionado, por tanto, la primacía de un contradocumento privado sobre una escritura pública que contiene un acto simulado. Sin embargo, el Código Procesal y los tribunales, en repetidas ejecutorias supremas, han determinado que los contradocumentos destruyen el valor de las escrituras públicas

simuladas. Al respecto cabe citar la ejecutoria publicada en la *Revista de jurisprudencia peruana* correspondiente a 1951, que en su página 748 dice:

El contra-documento privado con firmas legalizadas en que se declara que no es cierta la venta ni la entrega de precio, prevalece contra el mérito de una escritura pública de venta del mismo inmueble, si de dicho contra-documento consta que la finalidad del acto público del contrato no fue otra que la de poner a salvo la propiedad aparentemente vendida del remate proveniente de una ejecución contra el presunto vendedor. La parte que invoca la simulación debe probarla. A este efecto su prueba debe incidir en la conducta de las partes antes, durante y después de la celebración del acto; el interés que pudieran tener las partes en celebrarlo; sus posibilidades económicas respecto de las prestaciones que se dicen efectuadas; si el contrato respondía a sus necesidades; las relaciones de parentesco o amistad íntima que pudiera existir entre ellas; la falta de ejecución material del contrato, etcétera.

CAPÍTULO XX

EL FRAUDE CIVIL

SIGUIENDO LA TÓNICA DEL CÓDIGO DE 1936, nuestro Código ha mantenido la regulación de la acción revocatoria del acreedor dentro del Libro del Acto Jurídico, con el que no tiene una conexión intrínseca. Hubiera podido legislarla en el Libro de las Obligaciones, en el que se trata de los derechos de los acreedores.

En el derecho civil, la protección del acreedor es complementada por la acción subrogatoria, llamada también oblicua, que sirve para que el acreedor ejercite una reclamación por su deudor para efectos de que el patrimonio de este acrezca o no se reduzca. Esta acción está legislada en el artículo 1219, inciso 4 del Código, en cuanto faculta al acreedor a ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los casos en que los derechos sean inherentes a la persona del deudor o lo prohíba la ley. Para ejercitar la acción subrogatoria, con la que indirectamente el acreedor defiende a su deudor, en cuyos bienes reposa su expectativa de cobro, el acreedor actúa a nombre propio y no necesita recabar previamente autorización judicial ni, por cierto, la del propio deudor, que ha optado por desentenderse del derecho que tiene y se abstiene de actuar o se descuida. La ley exige, sin embargo, que se cite con la demanda al deudor en el juicio que se promueva, para que este se tramite con su conocimiento, a falta de su intervención activa, con el fin de que la sentencia que se pronuncie le alcance.

La acción revocatoria nos viene desde Roma, y el nombre con el que también se le conoce proviene de que fuera un pretor llamado Paulo el que la consignara en un edicto, y la convirtiera así en fuente de derecho positivo. La acción revocatoria fue reproducida en el Código de Napoleón y en todas las legislaciones contemporáneas. Generalmente, se la legisla en forma muy lacónica —seis artículos le dedica nuestro Código—, a diferencia de la minuciosidad y extensión con que la doctrina la estudia. Aparte del epígrafe del Título, el articulado del Código no menciona la palabra «fraude», ni llama por su nombre de «acción revocatoria» a la acción que ofrece para combatirlo.

I. CONCEPTO

En derecho, hay un principio según el cual todos los bienes presentes y futuros de una persona responden de las deudas a su cargo. El patrimonio del deudor es, pues, en todo momento, la garantía global del derecho de sus acreedores. Cuando un deudor, mediante actos de disposición de sus bienes que comportan disminución de su patrimonio, se coloca en una situación de insolvencia o de patente perjuicio a la expectativa de cobro que tiene su acreedor, es decir, en una situación en que es previsible que el conjunto de sus bienes conocidos no alcanzará para pagar el conjunto de sus deudas, o, lo que es lo mismo, cuando su pasivo supera a su activo realizable, la ley franquea a los acreedores el derecho de impugnar esos actos del deudor, que han tenido el efecto de disminuir su patrimonio, defraudando el crédito de los acreedores y ocasionándoles un perjuicio.

El deudor debe sufrir así las consecuencias de su conducta, porque deliberadamente o no, con o sin intención, ha permitido mediante actos propios que su patrimonio decaiga, y ello es reflejo del faltamiento a su deber primordial de cuidar sus bienes para estar en condiciones de pagar lo que debe cuando las obligaciones que asumió le sean exigibles. El acreedor, por su parte, legitima el derecho, de veras excepcional, a inmiscuirse en una relación jurídica en la que no es parte, relación que se concierta entre su deudor y un tercero, en razón del agravio económico que ese acto amenaza inferirle a su derecho de crédito.

El instrumento legal que el derecho proporciona a los acreedores para evitar que sus créditos se vuelvan ilusorios frente a los actos de disposición del deudor se llama acción revocatoria o pauliana (artículo 195 y ss.). Esta acción es el remedio que la ley pone al alcance del acreedor para hacer ineficaces, respecto de él, los actos de disposición patrimonial de su deudor que le ocasionen perjuicio, es decir, aquellos que se consideran civilmente fraudulentos.

En nuestro derecho, las acciones revocatoria y subrogatoria no son subsidiarias. No necesita el acreedor agotar otros medios de defensa o de cobro antes de actuar a través de ellas. Son, pues, medios eficaces que la ley ofrece al acreedor para protegerlo de las vicisitudes negativas que experimenta el patrimonio del deudor en el que cifra su legítima expectativa de cobro.

Ante todo, cabe hacer un deslinde entre la acción de nulidad, mediante la cual se combate un acto simulado, y la acción revocatoria, mediante la cual se combate el fraude del deudor. A esta última, el Código la concibe como una acción de ineficacia, con lo que modifica el tratamiento que la acción de nulidad tenía en el Código anterior.

No hay duda de que, mediante actos simulados, un acreedor puede hacer aparentar que ha menguado su patrimonio, de tal forma que haga imposible que el acreedor satisfaga su crédito. Mediante actos ficticios se puede, pues, esconder activos o aparentar pasivos, y ello puede redundar en un perjuicio cierto para el acreedor. La simulación puede ser, y en ocasiones es, un vehículo eficaz para defraudar. Pero la acción que en

derecho corresponde ejercitar al acreedor perjudicado por el acto simulado de su deudor es la acción de nulidad o de anulabilidad, según el acto mediante el cual se han escamoteado los bienes sobre los que el acreedor tenía derecho a actuar, sea uno de simulación absoluta o relativa. El objetivo de estas acciones es conseguir que se declare nulo el acto de disposición patrimonial aparente para que los bienes que nominalmente salieron del patrimonio del deudor regresen a él o se eliminen los pasivos ficticios que lo gravaban y que, una vez reconstituido el patrimonio por efectos de la nulidad decretada, quede este purgado de sus aparentes detracciones y pueda continuar siendo una garantía efectiva y real con la que todos los acreedores cuenten, en definitiva, para cobrar sus créditos.

En el caso del fraude, en cambio, el acto que realiza el deudor que afecta el valor de su patrimonio y que provoca el perjuicio en el acreedor es un acto cierto y verdadero, e incluso válido por reunir los elementos esenciales genéricos y los demás presupuestos de validez que corresponden a su tipo. Sin embargo, este acto jurídicamente válido, que en realidad se ha celebrado entre el deudor y un tercero, puede producir análogos efectos perjudiciales en el patrimonio del deudor, debilitándolo al extremo de que sus bienes remanentes, luego de practicado el acto, sean insuficientes para atender el pago de lo que adeuda. Para impedir que ello ocurra se legisla la acción pauliana a favor del acreedor perjudicado. Como es una acción de ineficacia y no de nulidad, su propósito es que se declare que el acto fraudatorio del deudor enajenante es ineficaz respecto del acreedor que acciona. No le es oponible y, en tal virtud, el acreedor puede ejercitar por cuerda separada las acciones de cobro de su crédito, como si el bien que se ha desplazado verdaderamente del patrimonio del deudor al patrimonio del tercero continuara en el del deudor, aunque no lo esté.

Declarada la ineficacia, el acreedor puede proceder como si la cosa, el bien, los derechos o intereses no se hubiesen transmitido por el deudor y ejecutar sobre ellos, por la vía procesal que corresponda, la acción de cobro de su crédito, aunque el tercero cómplice del fraude, en cuya posesión se encuentren, los haya adquirido por acto objetivamente válido. No es función de la acción de ineficacia que los bienes salidos del patrimonio del deudor reingresen a este. Los bienes han sido bien adquiridos y quedan dentro del patrimonio del tercero adquirente. Pero cuando al acto traslativo de tales bienes se le declara ineficaz respecto del acreedor que acciona para evitar un perjuicio, el tercero no puede oponerse a que el acreedor actúe sobre tales bienes para cobrarse lo que se le adeuda.

Precítese que la acción revocatoria no es una acción de cobro. Este debe hacerse por sustanciación separada. En ese sentido, la acción revocatoria es preparatoria de otra de cobro, para que, una vez declarada la ineficacia del acto de disposición del enajenante, el acreedor pueda hacer efectivos sus derechos de créditos sobre los bienes que se encuentran en el patrimonio del tercero. Por eso, la demanda revocatoria debe entablarse contra el deudor y el tercero que contrató con él, y los sucesivos adquirentes

si los hubiera, para que los efectos de la sentencia puedan luego hacerse valer sobre el último adquirente en cuyo poder el bien puede haber devenido en razón de varios actos traslativos de dominio.

Nada obsta para que el acreedor que no sabe a ciencia cierta si el acto de disposición que lo amenaza perjudicar es simulado o no pueda plantear una demanda alternativa de nulidad por simulación o de ineficacia por acción revocatoria. El resultado dependerá de lo que en el curso del juicio se compruebe acerca de la verdadera naturaleza del acto del enajenante.

Como el acto fraudatorio, aparte del perjuicio que provoque en el acreedor, puede ser válido entre quienes lo celebraron por reunir los requisitos de ley, el tercero puede evitar los efectos del cobro si opta por pagar o afianzar la deuda al acreedor accionante. Podrá entonces retener el bien que adquirió, sin inconveniente de orden legal.

2. REQUISITOS DE LA ACCIÓN REVOCATORIA

Debemos referirnos a los requisitos que deben estar presentes en cada una de las personas que intervienen en el acto en fraude del acreedor, que da origen a la acción revocatoria. Estas personas son las siguientes:

- un acreedor, que puede ser quirografario o privilegiado;
- un deudor, cuya deuda puede estar sujeta a condición o plazo; y
- un tercero adquirente, cuyo derecho puede emanar de acto de fecha anterior o posterior al crédito que el acreedor defiende.

La acción pauliana es una acción en defensa del acreedor. El acreedor es el titular de un derecho de crédito. La primera cuestión que plantea el examen del remedio pauliano es si la acción puede ejercitarse por cualquier acreedor o si es necesario que el acreedor tenga un crédito con requisitos determinados. Hay acreedores quirografarios o comunes, que son aquellos cuyo crédito consta de un documento privado, sea un vale, recibo, pagaré o instrumento privado; y acreedores privilegiados, quienes, además de poseer el documento o título en que consta la obligación, tienen constituida una garantía real por el propio deudor o por un tercero en protección del crédito.

No hay duda de que los acreedores quirografarios o comunes pueden hacer uso de la acción revocatoria. Para ellos, los bienes del deudor constituyen su única expectativa de cobro y es fácil apreciar que el desmedro de valor que puedan sufrir redundará en su perjuicio. La duda podría presentarse con respecto a los acreedores privilegiados, pues a estos no tendrían por qué perjudicarlos los actos de disposición que su deudor pueda hacer de sus bienes, si tales acreedores están protegidos por una garantía real, de naturaleza persecutoria, que subsiste a su favor aunque el bien cambie de titular.

Sin embargo, esta posición restrictiva ha sido hoy superada. Se admite que ambos, los quirografarios y privilegiados, son acreedores y que no es lógico negar a estos

últimos el derecho a la acción revocatoria solo porque tienen una protección más firme de su crédito mediante un gravamen real. El Código, repitiendo la posición asumida en su antecedente legislativo, no hace distinción sobre el particular. Debe entenderse, con ello, que la acción revocatoria puede ser ejercitada tanto por el acreedor común como por el privilegiado y que, en este último caso, la posibilidad del ejercicio de esta acción no excluye la de ejecución de las garantías dadas. La declaratoria de ineficacia en que desemboque la demanda revocatoria del acreedor privilegiado habrá de servirle para iniciar o continuar una acción de cobro al deudor por la diferencia que falte si la ejecución de las garantías constituidas fuera insuficiente para saldar el íntegro de su crédito y sus accesorios. Si las garantías otorgadas cubren el crédito, el ejercicio de la acción por el acreedor privilegiado carecería de objeto por falta de interés legítimo para accionar.

Si bien la calidad o naturaleza del crédito resulta, pues, indiferente a efectos de esta acción, el artículo 1102 del Código Civil de 1936 restringía el ejercicio de esta defensa a los acreedores cuyos créditos fueran de fecha anterior al acto impugnado, vale decir, anteriores al acto de disposición que provoca el perjuicio, siendo de cargo del acreedor demandante la prueba de la preexistencia del crédito. La solución del Código de 1936 se sostenía en el fundamento de que los acreedores cuyos créditos tuvieran fecha posterior al acto de disposición del deudor no son defraudados, porque, al momento de adquirir el crédito y establecer la relación crediticia con su deudor, este ya no tenía, dentro de su patrimonio, el bien que había enajenado y, por consiguiente, tal bien nunca sirvió de garantía del acreedor. Cuando dispuso de sus bienes, la persona no era deudor y de allí que tuviera el pleno derecho de disposición de estos. En este caso, no existiría fundamento suficiente en respaldo de la acción revocatoria.

Aunque el citado principio mantiene su autoridad, nuestro Código vigente, en su artículo 195, establece una excepción para las enajenaciones del deudor a título oneroso: el acreedor cuyo crédito nace posteriormente al acto de disposición oneroso para el que se solicita ineficacia puede utilizar la acción cuando el acto de disposición sea fraudulento, es decir, cuando haya sido consumado por el deudor y el tercero con la intención de perjudicarlo. Ello ocurrirá siempre que exista una preordenación dolosa en el acto de disposición, o sea, que el deudor incurra en una insolvencia premeditada. En ese caso, la fecha del crédito se convierte en irrelevante. El Código dispone que se presume dicha intención en el deudor cuando ha dispuesto de bienes de cuya existencia había informado por escrito al futuro acreedor. Es claro, entonces, que el acreedor, confiando en la entidad de los bienes que el deudor le manifestó que poseía, concedió el crédito; por ello, cuando descubre que el deudor había dispuesto de parte de ellos antes de que se perfeccionara la obligación, la fecha del acto de disposición, anterior al crédito otorgado, no enerva su derecho a accionar. Aparte de este caso concreto, y del crédito posterior que sirve para extinguir uno anterior (en el que el acreedor subrogado se coloca en la situación del acreedor pagado), el acreedor para ejercitar la acción

revocatoria debe acreditar que su crédito es de fecha anterior, vale decir, preexistía al acto del deudor que origina el fraude.

Sin embargo, el crédito, que requiere ser de fecha anterior, puede estar sujeto a modalidades y ser un crédito pactado a plazo o a condición suspensiva. La doctrina examina si los acreedores pueden ejercitar la acción revocatoria antes del vencimiento del plazo suspensivo o estando pendiente de verificarse la condición. Asimismo, el Código se pronuncia al respecto con la siguiente solución: en el crédito pactado con un plazo suspensivo, el acreedor tiene un derecho cierto, aunque, mientras no transcurra el plazo, inexigible. Los acreedores a plazo gozan de la acción, porque se sabe con certeza que el crédito será exigible y, por consiguiente, son acreedores ciertos. Este hecho implica reconocerles, vía la acción pauliana, un derecho de legítima defensa. En el caso de un crédito sujeto a una condición suspensiva, la situación no es tan clara, pues la condición determina que el crédito sea incierto y su existencia depende de que se cumpla o no. La doctrina se ha separado desde antiguo en la solución de esta cuestión.

José León Barandiarán (1954: 213) y Ángel Gustavo Cornejo (1937), ante el silencio del Código de 1936, negaron al acreedor cuyo crédito esté sujeto a condición suspensiva la posibilidad de utilizar la acción revocatoria. Dos son los argumentos que emplearon para arribar a esta conclusión. En primer lugar, afirmaron que el crédito bajo condición suspensiva no es un crédito cierto sino eventual e imperfecto, y, por consiguiente, el perjuicio que puede acarrear al acreedor *sub conditione* los actos de disposición del enajenante no puede considerarse un perjuicio cierto sino uno meramente eventual. Arguyeron que ello no era razón suficiente, ya que no bastaba para pretender dejar sin efecto un acto jurídico. En segundo lugar, defendieron que la acción revocatoria, siendo una acción de ejecución, perseguía destruir el acto jurídico practicado por el deudor con un tercero, mientras que, a tenor de lo dispuesto por el propio Código, el acreedor, antes del cumplimiento de la condición, solo podía ejercitar las acciones conducentes a la conservación (no de ejecución) de su derecho.

El actual Código, sin embargo, es explícito en admitir la acción aun cuando el crédito esté supeditado al cumplimiento de una condición. Se basa en que, por su carácter de acción de ineficacia (y no de nulidad), no es ya una acción de ejecución; su destino no es deshacer el acto jurídico practicado por el defraudador sino respetarlo, aunque desconociendo su eficacia solo respecto del acreedor defraudado que acciona. A lo anterior cabe agregar que parece más digno de tutela el acreedor condicionado, aun estando pendiente su realización, porque si la condición no se verificase no llegaría a ser acreedor firme y la acción revocatoria incoada decaería sin perjuicio tangible al derecho del adquirente, que quedaría libre de la contingencia del pleito, mientras que, si la condición opera y se consolida el título de acreedor del demandante, la acción podría continuar hasta la declaratoria de la existencia del fraude y, como corolario, la de la ineficacia del acto respecto del acreedor. Este tendría expedito su derecho para proseguir luego las acciones de cobro que le corresponda iniciar o continuar para asegurarse el pago.

En resumen, la acción revocatoria en nuestro ordenamiento puede ser intentada por cualquier acreedor (común y privilegiado, a plazo o a condición) siempre que el crédito que exhibe sea de fecha anterior al acto que se pretende revocar o, excepcionalmente, de fecha posterior si el deudor, intencionalmente y faltando a las normas de la buena fe y a su deber de actuar con lealtad en las tratativas, dispuso o afectó preventivamente sus bienes para evitar que ellos sirvieran de garantía, como bienes patrimoniales libres, a un crédito que ya preveía que iba a nacer en su contra.

El fraude del deudor que origina el derecho del acreedor a intentar la acción revocatoria consiste en actos del deudor que deben reunir varias características.

En primer lugar, debe haber *consilium fraudis* en la persona del deudor. El fraude del deudor consiste en la conciencia que este tiene de que, al celebrar determinado acto que afecta a su patrimonio, este puede verse menoscabado, y ello puede determinar que sus acreedores no reciban la cancelación oportuna de sus créditos. Desde luego, el deudor puede actuar con dolo o culpa al disponer de su patrimonio con la finalidad de defraudar a sus acreedores; este será un caso obvio de fraude. Pero para considerar que hay fraude basta que el deudor conozca que su estado económico es tal que el acto de disposición patrimonial que celebra puede deteriorar su situación económica y perjudicar a sus acreedores. No es necesario, pues, que el deudor actúe con dolo ni que tenga la intención maligna o el propósito deliberado de perjudicar a sus acreedores; basta que tenga la conciencia, actuando con diligencia normal, de que tal perjuicio es susceptible de ocurrir, aunque su intención sea distinta.

El acto fraudulento, como sinónimo de conducta maliciosa, no es más, dentro de la actual dogmática de la institución, un requisito exigido para que el acreedor pueda accionar en vía pauliana. Un acto de disposición patrimonial inocente, entendido como procedente de una conducta del deudor en el que no se percibe la existencia de dolo ni de culpa, podría ser sustento legal suficiente en que basar la acción.

Luego, debe haber *eventus damni*. Se requiere un perjuicio real en el acreedor y producido por el acto fraudulento del deudor. Este perjuicio no tiene que ser actual. El deudor no tiene que haber incumplido sus obligaciones. Basta que sea previsible que su acto devendrá en perjudicial para el acreedor. Si el acreedor no experimentara un perjuicio siquiera potencial con el acto de su deudor, su acción no tendría fundamento; le faltaría interés económico para accionar. El requisito del *eventus damni*, es decir, del probable perjuicio que debe ser el efecto del acto fraudulento, se relaciona estrechamente con la insolvencia del deudor. Habrá, pues, perjuicio cuando el deudor quede reducido a aparente insolvencia con el acto fraudulento o cuando, como consecuencia del mismo, agrave su insolvencia. En el primer caso, habrá imposibilidad de pagar; en el segundo, se dificulta la posibilidad de cobrar. En cualquiera de estas hipótesis, el acreedor puede accionar para que el acto o actos que han sido causa de tal situación no lo afecten, no le sean oponibles. En ello reside el propósito de la acción.

Es de resaltar que el Código vigente ha suprimido el requisito objetivo de la insolvencia y lo ha sustituido por el concepto genérico y más amplio del perjuicio que, no obstante, continúa ligado a la demostración de la dificultad o imposibilidad de pagar a que debe quedar reducido el acreedor por los actos que celebró con la conciencia de que podían quebrantar su patrimonio y dificultar la posibilidad de atender a sus obligaciones.

No es necesario, por cierto, que los actos del deudor simplemente disminuyan su patrimonio para que un acreedor pretenda declararlos inoponibles mediante la acción revocatoria. El deudor mantiene su condición de titular de su patrimonio y goza, en consecuencia, de un derecho de disposición libre de los bienes que lo integran, sea a título gratuito o a título oneroso. No obstante, dada su situación de deudor, el derecho le impone un deber de cuidado especial en la administración y disposición de sus bienes. Para que el acto pueda reputarse fraudulento y legitimar el ejercicio de la acción, debe ser susceptible de causar daño en el acreedor; y el daño ocurre cuando el acto convierte al deudor en insolvente, acentúa una insolvencia previa o dificulta sensiblemente la posibilidad del cobro, aunque técnicamente la insolvencia no se haya aún producido ni declarado. La insolvencia, como tal, no es requisito objetivo para que el acreedor invoque perjuicio. Aunque usualmente en caso de insolvencia habrá siempre perjuicio, este puede presentarse en cuanto el Código exige el requisito, sin necesidad de que el acreedor invoque o acredite la insolvencia en el deudor. Habrá, pues, perjuicio cuando los bienes conocidos de un deudor no alcancen a cubrir el importe de sus deudas, incluidos sus accesorios (gastos, intereses y demás prestaciones a que deba acudir).

Por ejemplo, A es acreedor de B por cien mil soles. B tiene un patrimonio de un millón de soles. Evidentemente, B puede disponer libremente de su patrimonio hasta en novecientos mil soles sin que A pudiera tener derecho alguno a pretender que se revoquen esos actos de disposición, pero si A, acreedor de B por cien mil soles, tiene un patrimonio de 150 mil soles, B no podría legítimamente pretender disminuir su patrimonio hasta cincuenta mil soles, porque entonces habría caído en insolvencia, y ese solo hecho representa un daño a su acreedor, cuyo crédito se ha vuelto impagable.

El requisito del *eventus damni* atañe principalmente al acreedor. Su necesidad reposa en un fundamento racional: el acreedor que no ha sido perjudicado no tiene un interés económico legítimo para que se declaren ineficaces los actos de disposición de su deudor. Si la ley les concediera el ejercicio de la acción sin que existiera la posibilidad real de un perjuicio, ello entrañaría un inadmisibles abuso de su derecho.

Los actos del deudor que dan origen a la acción revocatoria son aquellos que menoscaban o sustraen bienes o derechos de su patrimonio, o importan una renuncia de derechos. Tradicionalmente, se ha considerado como tales a los llamados actos de disposición. La ley no define a tales actos como de disposición, pero tácitamente los alude, pues, mediante ellos, el deudor puede provocar un desmedro patrimonial. Estos actos se distinguen en la doctrina de los actos llamados de administración. La donación; un legado; la venta; la permuta; la dación en pago; el reconocimiento de

deudas; la constitución de gravámenes reales en garantía de obligaciones de terceros; el otorgamiento de fianzas o avales por deudas ajenas; e, incluso, los contratos de arrendamiento por periodos prolongados (en nuestro ordenamiento no pueden exceder de diez años), que dificultan la disposición del bien arrendado o disminuyen su valor de mercado, son citados por la doctrina como ejemplos de actos de disposición susceptibles de convertirse en fraudulentos.

Es preciso, además, abarcar en esta materia aquellos actos que significan rehusar un provecho ganado, como la renuncia a una herencia o la renuncia a oponer la prescripción ganada. Se estima que estos son derechos adquiridos por el deudor y que renunciarlos o no ejercerlos significa una disminución de aquello que legítimamente le corresponde.

Respecto de los actos que significan rehusar un provecho no ganando, como rehusar aceptar una donación o un legado, el deudor simplemente deja de adquirir, pero no disminuye sus bienes, desde que ningún derecho adquirido tenía al bien donado o legado. Por ello, es dudoso que la acción pauliana sea procedente para impugnarlos. Para contrarrestar el efecto negativo que tales actos pueden producir en el patrimonio del deudor, el acreedor podría acudir, alternativamente, a la acción subrogatoria.

Por otro lado, hay actos que significan el cumplimiento por el deudor de una obligación contraída. Evidentemente, el acreedor no puede oponer la acción al pago debido, hecho por su deudor, para extinguir una obligación vencida. Por ejemplo, A y B son acreedores de C; el crédito de A vence primero que el de B; al vencimiento, C paga a A su crédito, y este pago lo hace insolvente para cancelar la deuda de B. Este último no podría objetar el pago efectuado mediante la acción revocatoria. Nada impide igualmente que, de dos deudas vencidas, el deudor cancele una de ellas, prefiriendo al acreedor más acucioso en cobrarlas. Ello no podría considerarse como acto fraudulento que posibilite iniciar la pauliana para esterilizar, respecto del accionante, los efectos del pago realizado. Bien apreciadas las cosas, cuando alguien paga una deuda, no se suscita en su patrimonio empobrecimiento alguno. Hay, en este caso, dos efectos que se neutralizan: disminuyen los bienes del activo y, en idéntica medida, se cancelan pasivos. El supuesto solo merecería impugnación si el pago se hace mediante la adjudicación de un bien que ostensiblemente supera el valor de lo debido o novando la obligación con una mayor.

No cabe admitir la acción contra el deudor que no hace sino ejercitar un derecho legítimo, cumpliendo su obligación dentro de los alcances de esta. El Código señala que no procede la declaración de ineficacia cuando se trata del cumplimiento de una deuda vencida, si esta consta de documento de fecha cierta (artículo 198). *Contrario sensu*, el deudor que anticipa el pago queda expuesto a la defensa pauliana, lo mismo que el deudor que paga sin poder exhibir una obligación con fecha cierta. En ninguno de estos casos, sin embargo, hay empobrecimiento del deudor. Su patrimonio neto no se afecta, pues ha utilizado activos para suprimir pasivos. Debe recordarse que, dentro de nuestro ordenamiento, el plazo se presume establecido en beneficio del deudor, salvo pacto en contrario.

La exigencia de la fecha cierta en un documento, como justificación de un pago debido, es explicable para disipar cualquier sospecha de actuación a favor de un deudor con preterición de otros con mejor derecho. Es un asunto de probanza, que debe cumplirse por todos los medios que demuestran la existencia indudable de la data en que vence la obligación que se ha cancelado. Pero lo cierto es que el fundamento de la acción no es, en este supuesto, la disminución del patrimonio del deudor sino la preferencia que este muestra hacia algún acreedor cuyo crédito no es aún exigible en desmedro del derecho de otro acreedor cuyo crédito sí lo es. Hay, además, la renuncia al derecho de precaverse del plazo en el caso de que lo beneficie, y esa renuncia valida la acción del acreedor a quien no se ha pagado.

Finalmente, en el caso de que el deudor otorgue garantías, el Código contempla una situación concreta como susceptible de ser combatida mediante esta acción al establecer que las garantías (sean reales o personales, pues el Código no distingue) otorgadas por el deudor a otros acreedores distintos del accionante, en cautela de deudas propias o ajenas, son consideradas actos a título oneroso si las garantías han sido constituidas con anterioridad o en forma simultánea al crédito garantizado (artículo 196). Presumiéndose su onerosidad, para que prospere la acción debe probarse que el beneficiario de la garantía, en este caso el tercero garantizado, tuvo conocimiento del perjuicio que se ocasionaría en el acreedor, reputándosele, en dicho supuesto, cómplice del fraude. El tercero quedaría indemne si el demandante no puede acreditar que aquel conocía las consecuencias negativas que el acto iba a ocasionar en el patrimonio del deudor.

La onerosidad que la ley atribuye al acto de otorgamiento de garantías en las circunstancias arriba descritas se explica porque, si se constituyese la garantía después de concertado el crédito, debería estimarse que el deudor no tuvo el apremio del acreedor para hacerlo de inmediato. Entonces, ese acto de otorgar garantías, luego de contraída la obligación, tendrá el carácter de una concesión gratuita del enajenante. Ello facilitará el ejercicio de la acción revocatoria, ya que frente al acto fraudulento a título gratuito solo se requerirá que el acreedor defraudado acredite el perjuicio que experimenta, siendo indiferente la actitud del tercero garantizado.

Aunque hemos dicho que para el ejercicio de la acción revocatoria tradicionalmente se requiere una conciencia de perjudicar y un perjuicio resultante del acto del deudor, León Barandiarán (1954: 193) sostuvo con razón, al comentar el Código de 1936, que el *consilium fraudis* había dejado de ser un requisito para el ejercicio de la acción revocatoria y que bastaba el criterio objetivo del perjuicio que los actos del deudor ocasionen en el acreedor para que la acción revocatoria proceda. Sostuvo que haya o no habido conciencia de perjudicar en el deudor, si el perjuicio se hubiera producido, el acto debería estar expuesto. Ilustra su posición con el siguiente ejemplo. A es acreedor de B por cien mil soles. El patrimonio de B es una casa valorizada en 150 mil soles. B es nombrado heredero testamentario de C, cuyo patrimonio asciende a cien mil soles. Creyéndose dueño de un patrimonio que basta para cubrir sus deudas, le

regala a su hijo la casa valorizada en 150 mil. Pero resulta que posteriormente aparece otro testamento de C que revoca aquel y beneficiaba a B. La expectativa hereditaria de B se esfuma y, aun cuando B, al donar a su hijo la casa, actuó sin la conciencia de perjudicar a A, este debería tener expedita la acción revocatoria.

Semejante afirmación no cabe dentro de la posición, en este aspecto tradicionalista, que nuestro actual Código ha adoptado inspirándose en el Código italiano. Es indispensable distinguir, a este respecto, el tratamiento que el Código dispensa a los actos del enajenante a título gratuito, por un lado, y a título oneroso, por otro.

3. ACTOS DE DISPOSICIÓN GRATUITA

En los actos de disposición gratuitos, en los que, por su propia naturaleza, el enajenante disminuye su patrimonio conocido, empobreciéndose, basta acreditar la existencia del perjuicio para que el acto sea objetable. El elemento del *consilium fraudis* no es un factor que juegue en este tipo de actos, porque quien regala bienes de su patrimonio no puede evitar saber que se empobrece. La existencia del perjuicio en el acreedor se presume cuando del acto de liberalidad del deudor resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida o se dificulta la posibilidad de cobro, según reza, congruentemente, el primer párrafo del artículo 195 del Código. ¿Es esta una presunción rebatible? No lo creemos, si el acreedor actúa con seriedad, vale decir, si no invoca frívolamente un perjuicio inexistente.

4. ACTOS DE DISPOSICIÓN ONEROSA

En los actos onerosos del enajenante, no tiene por qué haber, en principio, una disminución patrimonial, desde que, por la índole del acto, el enajenante habrá de recibir, en contraprestación de lo que da, otra de equivalente valor. Sin embargo, en sede de actos onerosos se pueden hacer compras a precios exorbitantes o ventas a precios viles, y recibir, a cambio de lo que se cede, un bien de menor importancia o que, por su naturaleza, sea posible de sustraer al conocimiento del acreedor.

Entonces, aun los actos a título oneroso pueden configurar hipótesis de empobrecimiento real o aparente que configure fraude en perjuicio del acreedor. Para hacer frente a estos casos, el Código, además del requisito ineludible de la existencia de perjuicio potencial en el acreedor, toma en cuenta y exige el requisito del *consilium fraudis*. Pero sitúa la exigencia de que haya conciencia del perjuicio que surgirá del acto en la persona del tercero adquirente y requiere que este, según las circunstancias, haya estado en razonable situación de conocerlos o de no ignorar el eventual perjuicio que experimentaría el acreedor como consecuencia del acto que celebra.

La conducta del enajenante deudor es irrelevante en estos supuestos. Por eso, de ordinario, será imposible hacer valer la acción revocatoria cuando un deudor invierte

adquiriendo o vendiendo acciones u otros valores en bolsas de cambio, y luego esos valores se deprecian, empobreciéndolo. Generalmente, en las transferencias por intermedio de bolsas no hay una relación personal entre las partes, y el tercero adquirente no tiene por qué tener conocimiento de la situación del enajenante, a quien usualmente ni siquiera conoce, ni estar en posición de prever de qué forma este pueda verse posteriormente afectado por una desproporción entre las prestaciones intercambiadas.

Por otro lado, la ley no exige una relación de causalidad inmediata entre el acto del enajenante y su empobrecimiento. Pueden darse casos de actos a título oneroso que no importen, en un primer momento, reducción alguna del patrimonio del deudor; tal efecto se puede presentar diferido y suscitar *consilium fraudis* en el tercero. Empero, si la desproporción entre aquella prestación que se enajenó y el valor de la contraprestación recibida obedece a circunstancias ajenas o sobrevinientes al acto mismo de disposición, será imposible acreditar *consilium fraudis* en el tercero, porque el perjuicio se ha debido a causas extrañas o estas han contribuido al resultado. Por ello, una relación causal entre al acto de disposición y el perjuicio que surge como consecuencia es exigencia para vincular al tercero adquirente con el conocimiento de la disminución patrimonial que el enajenante experimenta como fruto del acto celebrado.

Ello afecta, sin remedio, la probanza de procesos subjetivos, en los que la evidencia de la conducta nociva o culposa del tercero puede ser difícil y restar simplicidad a la aplicación del precepto y abrir espacios a la discreción judicial.

El Código se adhiere, pues, a la posición italiana que exige, en los actos de disposición a título gratuito, que basta el perjuicio en el acreedor para que se pueda impugnar el acto. En estos actos, la conducta del deudor enajenante no se toma en cuenta. Y en los actos a título oneroso, a consecuencia de los cuales se ocasione un perjuicio en el acreedor, el fraude debe existir en ambos contratantes: el enajenante y el tercero adquirente. La ley presume que el deudor que enajena conoce los efectos que su acto puede provocar en su patrimonio. Pero es necesario, además, que ese conocimiento lo comparta el tercero que adquiere. La prueba de la conducta del tercero recae en el acreedor que invoca el perjuicio. El tercero adquirente a título oneroso, que no es cómplice de la defraudación, es decir, que ignora que el acto en el que participa provocará perjuicio en el acreedor, permanece indemne frente a la acción revocatoria.

Es importante anotar, pues, que, en presencia de actos a título oneroso del enajenante, la prueba de (a) la existencia del crédito, (b) la concurrencia del perjuicio actual o amenazado que se le ha ocasionado y (c) el *consilium fraudis* del tercero adquirente, incumbe al acreedor demandante. A los demandados en el juicio, vale decir, al deudor enajenante y al tercero adquirente, corresponde probar en descargo (a) que no existe perjuicio o (b) que el deudor tiene bienes libres suficientes para garantizar la satisfacción del crédito. La existencia de bienes libres para embargo evidencia, pues, la inexistencia del perjuicio. Si no los hubiera, el requisito del perjuicio del acreedor estaría cumplido.

5. NATURALEZA DE LA ACCIÓN REVOCATORIA

Acaso la modificación más importante que el nuevo Código introduce en esta materia ha sido redefinir la naturaleza de la acción pauliana. Ante todo hay que advertir que se trata de una acción personal y no real, porque no tiene por objeto ni por resultado hacer reconocer un derecho de propiedad a favor de quien la ejerce; se ofrece a ciertas personas en virtud de un título de crédito que exhiben: es la acción de carácter personal que tienen los acreedores para evitar que puedan ser perjudicados por actos de disposición de su deudor. Dentro del Código —como ya lo hemos advertido—, es una acción de ineficacia en vez de una acción de nulidad, como era considerada en el Código precedente. Ha habido, en este punto, discrepancias en la doctrina comparada. Nuestro actual Código se afilia en esta materia a la legislación italiana y, en Latinoamérica, a la Argentina. Esta última explica que la revocación será solo pronunciada en el interés de los acreedores que la hubieran pedido y hasta el importe de sus créditos. Ambas consideran la acción como una de ineficacia.

El acto del enajenante no debe surtir efectos frente al acreedor solo en la medida del perjuicio que mediante tal acto se ocasiona a este, porque el acto reúne, objetivamente considerado, todos los requisitos para su validez. Por eso, el acto impugnado no es nulo ni anulable; es simplemente inoponible a los acreedores perjudicados y no puede prevalecer y surtir efectos frente a ellos.

Por tanto, el efecto de la acción pauliana en el Código no es —como ya dijimos— anular el acto de disposición y, en consecuencia, hacer reingresar el bien cedido al patrimonio del deudor, sino dejar expedita la vía para que los acreedores perjudicados puedan cobrar sus créditos y ejecutar dicho bien como si estuviera en el patrimonio del deudor. Eso es lo que quiere decir el primer párrafo del artículo 199 del Código cuando establece que el acreedor puede ejercitar, frente a los terceros adquirentes, las acciones que le correspondan sobre los bienes objeto del acto ineficaz.

Por ello, a diferencia de lo que ocurría en nuestra legislación pasada, la acción entablada por un acreedor no beneficia a los demás acreedores sino, solamente, al que la ha incoado con un interés legítimo. De allí se deriva que, en la relación surgida entre el deudor y el tercero adquirente, el acto revocado mantenga su validez, y ello acarrea las siguientes consecuencias:

- Si cobrado el acreedor con la ejecución del bien transferido en virtud del acto revocado quedara un remanente, este pertenece al tercero adquirente y no al deudor.
- El tercero adquirente que pierde total o parcialmente el bien que había adquirido tiene derecho a que el enajenante le repare el daño, de acuerdo con las normas de la evicción.
- El tercero adquirente en cuya posesión se encuentran los bienes materia de la acción pauliana puede hacer cesar sus efectos si satisface o afianza el crédito de

los acreedores accionantes. Llevar la acción adelante carece entonces de interés legítimo para el actor.

Para resolver el hipotético conflicto que se produciría si el tercero adquirente, derrotado por la revocación, tuviera, a su vez, un crédito contra su enajenante, el Código precisa que no puede concurrir sobre el producto de la ejecución de los bienes objeto del acto revocado sino después de que el acreedor haya sido pagado (artículo 199). En otras palabras, la acción revocatoria expresa un interés preferente del acreedor perjudicado frente a un eventual crédito del tercero contra el deudor fraudatorio.

6. EL FRAUDE FRENTE AL TERCERO SUBADQUIRIENTE

El Código se pone en el caso de que el tercero adquirente con fraude hubiera, a su vez, transmitido la cosa a un tercero subadquirente y dispone que el acreedor podrá ejercitar contra este tercero subadquirente la acción cuando (a) la transmisión entre el adquirente fraudatorio y el subadquirente se hubiera producido a título gratuito, o (b) la transmisión se haya producido a título oneroso, siempre que el subadquirente haya obrado de mala fe (artículo 197). Por ejemplo, A, deudor de B, dona un bien a C y causa perjuicio a causa de dicha donación. Antes de que B se entere de la transferencia, C, a su vez, ha transferido sus derechos a D.

Habrà que distinguir, en este caso, si la segunda transferencia de C a D se hizo a título gratuito o a título oneroso. En el primer caso, la acción revocatoria procede siempre por aquello de que la ley prefiere evitar un daño a legitimar un beneficio; en el segundo caso, la acción revocatoria solo procederá si el subadquirente obró de mala fe, es decir, con conocimiento de que el derecho que se le transmitía provenía de un acto en fraude del acreedor (tanto por la precariedad patrimonial del deudor como por la situación del adquirente, el enajenante en la subsiguiente transmisión).

Las razones de este artículo son las mismas antes anunciadas: la ley prefiere reparar un daño a proteger un beneficio; y, ante la disyuntiva de escoger entre derechos de igual jerarquía, prefiere al poseedor a título oneroso si ha actuado de buena fe.

Francisco Messineo (1971: 157) enseña que, si la transferencia entre el deudor enajenante y el adquirente no es vulnerable frente a la revocatoria, porque el adquirente lo fue a título oneroso y sin que pueda ser reputado cómplice por no haber tenido conocimiento del probable perjuicio que el enajenante experimenta como resultado, los actos posteriores en cuya virtud este adquirente legítimo transmite, a su vez, su derecho a otros terceros subadquirentes no serán atacables en vía revocatoria, ya sea que esa segunda transferencia sea a título gratuito o a título oneroso, y aun cuando el último adquirente haya conocido del perjuicio experimentado por el acreedor. El tercero subadquirente es el receptor de un título legítimo que le cedió el adquirente, y este lo protege frente a terceros, en general, y frente al acreedor perjudicado, en particular.

En general, la revocatoria se dirige contra los sucesivos adquirentes, pues si se dirigiera contra el deudor mismo, no alcanzaría ningún resultado práctico, ya que los bienes no están ya en su patrimonio y por añadidura es insolvente. En general, debe citarse con la demanda a todas las partes al acto que se revoca.

El Código no contempla las consecuencias que se derivan del hecho de que el acreedor exitoso se haga cobro de su crédito con el producto de la ejecución del bien que adquirió el subadquiriente en virtud de acto declarado ineficaz. Si este subadquiriente recibió el bien a título oneroso mediante la entrega de una contraprestación al deudor, habrá sufrido un perjuicio al perder dicho bien por acción de tercero. El subadquiriente desposeído tiene, por lo pronto, una acción de saneamiento por evicción frente a su enajenante a título oneroso y, en todo caso, una acción personal de resarcimiento de daños y perjuicios, aunque tales defensas puedan ser estériles si el deudor responsable es de veras insolvente. El hecho de que el tercero subadquiriente haya actuado conociendo la situación de posible insolvencia en que se encontraba el deudor no enerva el ejercicio de estas acciones.

El artículo 200 del Código tiene un contenido procesal. Atendiendo a la relativa sencillez de un proceso en el que se ejercita la acción frente a un acto a título gratuito, se dispone que el juicio debe tramitarse como un proceso sumarísimo. Si la acción revocatoria pretende atacar actos a título oneroso, debe recurrirse al proceso de conocimiento en razón de las complejidades de la prueba asociada a verificar la existencia de fraude en esta hipótesis. Finalmente, la norma dispone que son especialmente procedentes las medidas cautelares destinadas a evitar que el perjuicio del deudor sea irreparable, cuidado que se explica por sí solo.

Cuando el deudor enfrenta un proceso de quiebra, son aplicables las disposiciones pertinentes a este supuesto, antes que las que el Código ordena.

El plazo para interponer la acción revocatoria es de dos años contados a partir del día en que puede ejercitarse la acción (artículo 2001, inciso 4, y artículo 1993). Ahora bien, el acreedor solo puede ejercitar la acción cuando toma conocimiento de la existencia del acto de disposición del enajenante deudor en su perjuicio. Será materia de prueba, que corresponde al acreedor, demostrar que ha interpuesto la demanda en tiempo hábil.

Este plazo general sufre una excepción en el caso de que la transferencia de bienes del patrimonio del enajenante sirva para constituir un fideicomiso. En esta hipótesis, los bienes del deudor se transmiten de su patrimonio a otra persona denominada fiduciario. Esta transferencia puede ser a título gratuito o a título oneroso. En cualquier supuesto, puede darse la figura del fraude si como consecuencia de esa transmisión patrimonial hay acreedores que experimentan un perjuicio. El artículo 245 de la ley 26704 dispone en este evento que «[...] la acción para anular la transmisión fideicomisaria en fraude de acreedores caduca a los seis meses de publicado en el diario oficial por tres veces consecutivas, un aviso que de cuenta de la enajenación. En todo caso,

esa caducidad opera a los dos meses de la fecha en la que el acreedor haya sido notificado personalmente de la constitución del fideicomiso». Nótese que la ley califica la acción para «anular» los actos en fraude de los acreedores. Entendemos, no obstante, que el supuesto de la norma es la acción pauliana, acción que conforme al Código se erige para enfrentar los fraudes. Se trata, sin duda, de un error formal del texto legal que en nada afecta a la vigencia de este plazo reducido de caducidad de la acción revocatoria.

7. CASO ESPECIAL

El artículo 298 de la Ley del Mercado de Valores establece una protección especial para los inversionistas que adquieran valores emitidos por fideicomisos de titulización. La protección estriba en que no podrá afectarse la validez de los actos constitutivos del patrimonio que sirven de garantía a los títulos que se emiten al mercado con su respaldo. La norma dispone, a efectos del fraude del deudor, que no podrán declararse ineficaces por fraude, entre otras causales, el acto mediante el cual una persona se obliga a transferir activos para que se incorporen a dicho patrimonio si ello puede producir un perjuicio a los tomadores de los títulos que se emitan por oferta pública o que, habiéndolos adquirido por negociación privada, «[...] hubieran obrado de buena y pudieran sufrir un perjuicio».

Esta es, a todas luces, una norma de carácter excepcional, que impide a los acreedores perjudicados actuar en vía revocatoria para impugnar los actos de disposición patrimonial de «activos» que configuran fraude, si, como consecuencia de ello, los terceros inversionistas que han adquirido los valores en oferta pública o mediante acto privado obrando de buena fe han de sufrir un perjuicio. El perjuicio de los terceros se da por la eventual ineficacia que pudiera declararse sobre actos transmisores de activos del patrimonio del deudor al patrimonio fideicometido, actos que los sustraen de dicho patrimonio.

Incoada la acción revocatoria por el acreedor perjudicado, los titulares de los valores emitidos harían una defensa exitosa si acreditan que adquirieron mediante oferta pública tales valores, sin necesidad de otro requisito. Y si fueron adquirientes mediante acto privado no precedido de oferta pública, su defensa debe estar basada en probar su buena fe —su ignorancia del vicio de derecho que eventualmente tendría el bien que adquirieron— y el perjuicio que la acción de ineficacia de activos que constituyen el patrimonio que respalda los valores les puede ocasionar.

CAPÍTULO XXI

EL ERROR

COMO CUESTIÓN PREVIA al análisis de esta materia conviene recordar que la declaración vinculante en derecho es aquella que se produce con libertad y que expresa, con fidelidad, una voluntad rectamente formada y, claro está, bajo el supuesto de que existe discernimiento en quien la emite, es decir, que la declaración jurídicamente idónea ha de provenir de personas que reúnen los atributos de la capacidad. Cuando falta alguno de estos requisitos y la voluntad se declara sin libertad o se constituye mediando engaño, sea atribuible al propio declarante o a tercero, el derecho estima que el agente no debe quedar obligado a las consecuencias de una declaración que se ha emitido de manera defectuosa o forzada. Y organiza así, en defensa de la voluntad, que quiere cabal y que solo siendo así le merece tutela efectiva, un sistema de remedios que pone al alcance de quienes por diferentes razones obran sin la imprescindible autonomía o perturbados por el propio error o por actos desleales de quienes con ellos contratan.

A todas las víctimas de los defectos que se conocen como vicios de la voluntad —sea error, dolo o intimidación—, el ordenamiento ofrece acciones cuyo destino es convertir en anulable el acto jurídico en el que se presentan. Tal aparece de lo dispuesto en el Código referido al error (artículo 201) y ratificado por el inciso 2 del artículo 221, que comprende a todos los vicios del consentimiento. Se ha optado por la opción de conservar la validez *ab initio* del acto si la parte legitimada para impugnarlo opta por no hacerlo y deja transcurrir el plazo de prescripción de la acción o si decide confirmarlo. De lo contrario, tiene abierta la vía para procurar su anulación.

I. CONCEPTO

El error es el primero de los vicios de la voluntad de que trata nuestro Código Civil. El error (conocimiento equivocado) y la ignorancia (ausencia de conocimiento) son conceptos distintos en sí, pero se identifican jurídicamente en cuanto ambos son susceptibles de incidir en la voluntad para desvirtuarla. Por eso, al tratar del error, se comprende también los casos en que este se suscita a causa de la ignorancia que padece quien formula la declaración de voluntad. No hay mayores reservas en la legislación

comparada ni en la doctrina acerca de la utilidad de equiparar ambas nociones para efectos jurídicos, pues ambas nociones perturban la voluntad, es decir, hacen aquello que se trata de neutralizar.

El Código Civil de 1936 consideraba por igual —no distinguía— entre el error que recae en la declaración (error obstativo) y el que acaece en el proceso de formarse la voluntad (vicio propiamente dicho o, como también se le llama, error dirimente).

Cuando se enfrenta la necesidad de regular el vicio del error como causal de impugnación del acto, el legislador debe hacer una doble consideración. En primer término, debe considerar que el error del declarante puede invalidar razonablemente el consentimiento, siempre que sea esencial y determinante del acto, de tal modo que el sujeto no hubiera emitido la declaración de voluntad mediante la cual celebró el acto de la forma como lo hizo si hubiera procedido con un conocimiento adecuado. Aun sabiendo que se equivocó, sería un contrasentido permitir a una persona desligarse de las declaraciones que dieron nacimiento al acto que celebró, si de todas maneras hubiera celebrado el acto tal como lo hizo. En segundo término, debe atenderse también al interés del contratante que recibe la declaración de quien padeció de error y que, ignorante del error ajeno, puede ver, sin su culpa y en su daño, anularse un derecho cualquiera con el que había contado legítimamente, actuando de buena fe y en la confianza de que la declaración que recibía era legalmente idónea.

Ambas consideraciones están presentes en la forma en que el actual Código disciplina el vicio del error y debe decirse, por tanto, que, en los actos bilaterales o en los unilaterales recepticios, no basta atender las razones que invoca el declarante que arguye error, sino que es preciso, también, examinar la conducta del receptor de la declaración supuestamente errada para averiguar si se condujo como un contratante cuidadoso y leal. Ambos requisitos deben darse en la ecuación para que el acto sea vulnerable por error. Si falta alguno de ellos, el acto debe subsistir.

Cuando un sujeto emite una voluntad viciada por error, es anulable el acto celebrado por quien lo sufre. Es un vicio del consentimiento y conspira contra la entidad de la voluntad en los actos unilaterales o contra la del consentimiento en los bilaterales. Sabemos el papel preponderante que la voluntad juega en la teoría del acto jurídico. La voluntad jurídicamente apta para engendrar efectos de derecho es aquella que traduce sin desvíos lo que el agente realmente se propone. El error se interpone en este proceso y perturba la recta formación de la voluntad o su emisión. En tal virtud, el derecho ofrece, a quien experimenta esta situación, remedios legales para no quedar sometido a los efectos de declaraciones que no han sido realmente queridas. Los vicios de la voluntad, en general, y el error, en particular, forman parte del sistema jurídico que se organiza para tutelar la aplicación sana del principio de la autonomía privada. Surge cuando el derecho se espiritualiza y constituye un avance cualitativo respecto del sistema formalista que dominó el derecho romano antiguo, en el que lo único que interesaba era la adhesión a la forma del acto para que este se considerara legalmente

eficaz, sin llegar a penetrar en la intención de quien experimentaba luego los efectos de su declaración.

2. EL ERROR EN LA VOLUNTAD

El error en la voluntad (error vicio o dirimente, o, como se le llama también, error propio) se produce cuando hay una discrepancia entre las ideas de nuestra mente y la realidad de las cosas. Como consecuencia de ello, la formación de la voluntad se produce atendiendo a esta falsa apreciación o ignorancia acerca de los aspectos de la realidad que sirven de soporte racional a la decisión. De allí se deriva que este tipo de error suponga una voluntad constituida defectuosamente y, luego, emitida o declarada como querida. El agente queda así vinculado a una declaración de voluntad que traduce en forma adecuada lo que el agente quiere, pero ese querer se ha configurado en forma viciosa por una inadecuada ponderación de los hechos o de las circunstancias que le sirven de sustrato intelectual, en el fuero interno del declarante. Así, el acto volitivo que se declara es fruto de una decisión íntima equivocada, ya sea por ignorancia o por error. Se quiere algo que se dice que se quiere, pero, si no hubiese existido error, no se querría, ni se declararía querida.

Nicolas Coviello, citado por Francisco Messineo (1971), le introduce un giro especial al error dirimente en cuanto lo considera la discrepancia que surge entre la voluntad determinada por la errónea apreciación de los hechos y la voluntad eventual, es decir, la que habría tenido el *errans*, si no hubiera mediado el error. No es, para este tratadista, el error que se advierte en la declaración derivada del falso conocimiento de la realidad sino, más bien, el error de la declaración presente comparada con la voluntad hipotética que hubiera existido en el declarante si no hubiera sufrido el error. Esta construcción puede ser psicológicamente certera, pero carece de valor práctico, porque la voluntad hipotética no existe y no podemos adivinarla.

3. EL ERROR EN LA DECLARACIÓN

El error en la declaración, en cambio, se produce en el acto de emitir la manifestación de voluntad, de tal manera que el agente, inconscientemente, declara algo distinto de lo que quiso declarar, con lo cual la declaración resulta discrepante de su voluntad real. Este error obstativo, como se le conoce en la mayor parte de la doctrina, se da, pues, cuando se declara la voluntad y no en el proceso intelectual de formación de la voluntad que precede a su declaración. Su efecto es que la declaración que —se supone— expresa la verdadera voluntad, en realidad, difiere de esta. Esta posibilidad puede obedecer al propio yerro del emisor, que utilizó mal o ambiguamente el idioma, de lo cual fluye, al interpretarlo, un sentido distinto a aquel que el declarante quiso imprimirle; o al equívoco en que cae la persona a quien se ha confiado la transmisión de

la declaración del representado y termina declarando algo diferente de lo que se le encargó declarara. Tradicionalmente se ha considerado que existe error en la declaración cuando se quiere algo pero se declara algo distinto de lo que se quiere, por *lapsus linguae*, si es por la palabra hablada, o por *lapsus calami*, si es por la escrita.

Modernamente se ha abierto paso a una acepción distinta del error en la declaración, no entendida como una diferencia entre la voluntad negocial interna y el contenido de la declaración, sino como una diferencia entre el significado que la declaración tiene para el propio declarante y el significado objetivo a ella imputable y jurídicamente determinante. En otras palabras, cuando se declara algo que se quiso declarar, pero el sentido jurídicamente atribuible a la declaración, fijado por la interpretación, no concuerda con lo que el agente había querido expresar. Si alguien compra un regalo de boda, su voluntad negocial se dirige no solo a adquirir la cosa sino a adquirirla para utilizarla en una determinada finalidad. Si esta desaparece, desaparece también la voluntad negocial y, por no haberse exteriorizado en la declaración esta finalidad, se ha incurrido en un error sobre el contenido de la declaración. El error consiste en que se ha declarado incondicionalmente lo que solo se había querido condicionalmente. La existencia del error en la declaración depende de si el declarante ha querido declarar, en el momento de emitir la declaración, lo que ha declarado. Se quiere declarar algo, pero la declaración no refleja lo que se quiso declarar.

El Código actual, sin definir en qué consiste el error, distingue claramente las diferencias que separan las dos formas en que se manifiesta el error en el derecho. Se apoya el moderno Código, como en tantas otras materias, en la regulación que sobre el particular diseñó el Código Civil italiano. Supera, así, las deficiencias que su tratamiento recibía en el Código precedente. Otros códigos, comenzando por el *Code* y algunos que lo siguieron, como el Código español, tampoco hacían un deslinde claro entre ambas vertientes del error. Finalmente, cabe anotar que, en sus efectos, ambos tipos de error se equiparan.

4. EL DISENSO

No menciona el Código la figura del disenso, es decir, el desacuerdo entre las declaraciones que emiten las partes, aun cuando cada declaración corresponda a la respectiva voluntad del emisor. Es propia, por tanto, de actos jurídicos bilaterales y requiere que el tenor literal del contrato sea susceptible de darle una doble interpretación objetiva. El disenso puede constituirse en error obstativo, y algunos autores los asimilan. Así, si una parte entiende que recibe en depósito y la otra, que entrega en comodato, no hay, en realidad, ni depósito ni comodato, pues la equivocación bilateral excluye el consentimiento, y ello determina la nulidad del acto.

En el disenso, las declaraciones no se conjugan en forma armónica por lo equívoco de la fórmula de expresión empleada, que admite que pueda ser interpretada en un

sentido o en otro. Ambas partes dicen que quieren lo que quieren, pero no quieren lo mismo. La culpa del declarante, en el disenso, es el no formular sin equivocidad su declaración, pero sobre el otro declarante pesa también la culpa de no haber comprobado que la declaración que se le hacía expresaba una intención distinta a la que él le atribuía y, si lo advirtió, carece de buena fe al no solicitar la aclaración pertinente.

5. REQUISITOS DEL ERROR

Nuestro cuerpo legal exige expresamente que, para que el error permita la anulación del acto, debe ser esencial y conocible por la otra parte (artículo 201). Y a propósito de legislar acerca de los errores que considera esenciales, para cada uno de ellos exige el Código que deben ser determinantes de la voluntad, con lo que eleva a la condición de requisito este postulado, que bien pudiera haber añadido al citado artículo 201. En nuestro derecho vigente, por tanto, el error que afecta a la voluntad o el que vicia la declaración puede invalidar el consentimiento del declarante cuando es (a) esencial y determinante; y, además, (b) conocible por la parte que recibe la declaración. Reunidos estos dos requisitos fundamentales, su consecuencia es convertir el acto jurídico, fruto de la voluntad errada, en anulable a instancia de la parte que cometió el error.

La acción corresponde, pues, a quien padece el error. Es al que yerra, al que le interesa impugnar el acto para no quedar vinculado a efectos que no quiso. Naturalmente, la prueba del error le incumbe, pues el error nunca se presume. También debe probar su carácter esencial y el hecho de que fue conocible por su contraparte. En la práctica, la prueba del error encuentra las dificultades inherentes a probar procesos que se dan en la psique de los individuos que contratan. Ello acontece tanto con el requisito de haber incurrido, en efecto, en error —ya sea en la voluntad o en la declaración—, y se trata de un yerro esencial, sin cuya existencia no se hubiera contratado (o sea, que fue determinante), como en el hecho de que el error incurrido pudo ser conocido por la otra parte, proceso intelectual que debe demostrarse en sede ajena y que está vinculado, además, a la necesidad de acreditar que la contraparte obró con culpa, sin la diligencia requerida en las circunstancias que rodearon al acto. Menudo encargo que el derecho descarga en el accionante, que hace cuesta arriba la prueba que le incumbe, pero no debe olvidarse que el error le es imputable y debe atenerse a las consecuencias. Pretender anular un acto puede justificarse solo si se acreditan los hechos arriba señalados.

Los requisitos para que se configure el error como vicio del consentimiento están enunciados directamente en el artículo 201 del Código e, indirectamente, en los tres incisos del artículo 202.

Es preciso reparar que quien actúa por error se embarca en un acto al que el error incurrido privará de sus efectos, que no son los deseados, precisamente porque su voluntad, tal como queda plasmada en el acto, no refleja lo que el agente hubiera

querido de no haberse equivocado. Esta discrepancia entre lo que hubiera querido si no hubiera tropezado con el error y lo declarado a consecuencia de este es, desde luego, no deliberada y el sujeto errado actúa, al celebrar el acto, inconsciente del error que comete. Si no lo fuera, estaríamos en presencia de una declaración bajo reserva mental o frente a una simulación, con las otras consecuencias que el derecho atribuye a estas otras formas de desacuerdo intencional entre lo querido y lo declarado.

Debe precisarse que el error debe surgir espontáneamente en el declarante. Si el error se produjese por la intervención de un tercero, que tuerce con su actuación la voluntad del declarante, ya no estaríamos en presencia de error sino del vicio del dolo.

¿Ha querido el Código limitar a las hipótesis de errores que contempla todas las posibles o es lícito considerar que, además de aquellos errores que taxativamente disciplina, puedan existir otros que, aunque no tipificados, tienen las mismas consecuencias? La pregunta no tiene una respuesta cierta. El Código nada dice al respecto. Sin embargo, la tipicidad de los errores que enumera y las características que exige para cada uno de ellos permiten afirmar que ese ha sido el ánimo del legislador, en cuanto haya seguido el criterio enunciado por los doctores Manuel de la Puente y Susana Zusman (1980: 99), autores del Anteproyecto Sustitutorio del articulado del Código en esta materia. Nosotros, por nuestra parte, consideramos que el Código, en esta parte, recoge todos las clases de errores que el ordenamiento admite como vicios del consentimiento y que la figura del error, cuando se presenta como presupuesto de otras normas del Código, produce otras consecuencias jurídicas no equiparables a las que el derecho atribuye al error como vicio de la voluntad y encuentra, en esas otras normas, los efectos distintos que le son propios.

Así ocurre cuando el Código invalida de pleno derecho la donación hecha por persona que no tenía hijos si resulta vivo el hijo del donante que este (por error) reputaba muerto (artículo 1634) o en los supuestos de pago indebido por error de hecho o de derecho (artículo 1267), en el que el efecto no es anular el acto sino otorgar el derecho a exigir la restitución de quien lo recibió. Son el uso que el derecho se permite hacer, no sin cierta ligereza, de vocablos iguales a los que cabe, sin embargo, atribuir acepciones distintas. En el error que suscita el pago indebido, no estamos propiamente ante un vicio del consentimiento en el sentido técnico que el Código le otorga, ni requiere, por ello, los diversos requisitos a los que el error como vicio ha de someterse para que encaje como presupuesto necesario del pago de lo no debido, sino ante una acepción común y corriente del término «error» como sinónimo de «equivocación», sin ulteriores exigencias que satisfacer.

También hay afinidad entre el error vicio del consentimiento y el problema de los vicios ocultos que obligan al saneamiento en los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, la posesión o el uso de un bien. En estos casos, el adquirente actúa inducido por el error, que le impide descubrir los vicios ocultos de que la cosa padece y que la hacen inepta para el destino que le es propio, para la finalidad para la cual fue

adquirida, o que la disminuyen en su valor. El Código dispone que no se consideran vicios ocultos los que el adquirente pueda conocer actuando con la diligencia exigible de acuerdo con su aptitud personal y con las circunstancias (artículo 1504). Es, pues, un concepto simétrico el que se utiliza para calificar el vicio oculto, como lo es el requisito de que el error deba ser conocible. Sin entrar a dilucidar las varias cuestiones que se suscitan cuando el vicio oculto reside en la carencia que la cosa tiene de ciertas cualidades y su similitud con el vicio en las cualidades de la cosa, basta reparar que, cuando la cosa tiene vicios ocultos no descubiertos por el error de quien pudo conocerlos, el remedio legal no es propiamente la anulación del acto sino la obligación de saneamiento. Ahora bien, no hay, en principio, ninguna razón para que el afectado por el error o por los vicios ocultos escoja, entre ambos remedios, aquel que mejor neutralizará los perjuicios que haya experimentado y respalde su acción en uno o en otro remedio.

6. EL ERROR ESENCIAL

El requisito de la esencialidad del error, que se debe dar tanto en el error vicio como en el obstativo, implica que este debe ser de un calibre tal que su incidencia en aquello sobre lo que se concentra la voluntad del contratante errado lo ha determinado, y ello justifica la anulación del acto en el que se presenta. La esencialidad del error estriba en su trascendencia y materialidad, que lo hacen susceptible de ser determinante. Por eso, se le llama también error sustancial. No puede desconocerse que, si se presenta el error en alguno de los supuestos que enumera el Código (artículo 202), este error debe estimarse capaz de influir de tal manera en la voluntad del errado que hay que suponer que esta se ha deformado.

Pensamos que la esencialidad del error debe medirse en función de criterios objetivos y subjetivos. En el primer caso, la esencialidad será aquella que según la apreciación general tenga esta condición, al margen de la intención de quien lo sufrió. Su materialidad debe ser notable, juzgada en sí misma. Un error que recae en aspecto secundario u accesorio carece de entidad suficiente, en la generalidad de los casos, para poder configurar un error de naturaleza esencial. En el segundo caso, la esencialidad radica en la vehemencia con que influyó en el ánimo del declarante y, entonces, hay que juzgarla con criterio subjetivo o en concreto. Para nosotros, el error debe ser esencial, juzgado con criterio objetivo, pero este no basta ni es suficiente; y, por eso, debe ser, además, determinante, adjetivo con el que pretendemos aludir al hecho de que hay que averiguar si impresionó al declarante con tal fuerza que lo indujo a la declaración. La apreciación acerca de la materialidad del error determinante debe hacerse combinando, pues, las exigencias subjetivas del caso concreto con la apreciación objetiva según los usos del tráfico.

El error esencial es determinante cuando es causa de la declaración de voluntad; pero no cualquier causa sino una causa decisiva, de modo que el sujeto no hubiese formulado la declaración de voluntad como lo hizo si no hubiese padecido del error. Debe haber una relación de causa a efecto entre el error incurrido y la voluntad manifestada. Esta puede haberse constituido sobre la base de la apreciación de varios factores que contribuyen —unos más, unos menos— en el proceso intelectual que conduce a la decisión, pero la decisión se adopta en atención principal —el Código llega a decir «única» en el caso del error de derecho— al factor o elemento de juicio en el que precisamente se presenta la equivocación o cuando se supone indebidamente su existencia en razón de la ignorancia. El motivo que es causa del acto, si está equivocado, constituye vicio que afecta su validez.

El error que no es esencial, y que incide en aspectos accesorios del contenido del acto, es considerado indiferente y no justifica que provoque su anulación. Es irrelevante y no es vicio que pueda hacer anulable el acto.

7. EL ERROR CONOCIBLE

El requisito de la cognoscibilidad o conocibilidad del error, por otro lado, está presente en el artículo 201 que lo exige como requisito de anulabilidad y lo define. El error es conocible «cuando con relación con el contenido, a las circunstancias del acto o a la calidad de las partes, una persona de normal diligencia hubiese podido advertirlo» (artículo 203). Se basa el Código en artículo semejante del Código Civil italiano, que lo denomina «error reconocible» (artículo 1431 CI). Se requiere, pues, que la parte que contrata con el que sufre el error o a quien la declaración se dirige haya estado en aptitud de percibirlo si hubiera obrado con una normal diligencia. Debe ser un error susceptible de ser conocido. No se trata de exigir que el receptor de la declaración tenga un conocimiento efectivo del error que padecía quien la emitió. Si así fuera, y omitiese alertar al declarante acerca del error que sabe está cometiendo, ya no estaríamos en presencia de error sino del vicio del dolo por omisión (artículo 212). Simplemente, la ley plantea la posibilidad de que una persona normal haya podido advertirlo, en relación con su contenido, circunstancias e, inclusive, calidades personales de los contratantes, es decir, evaluado el hecho con criterio subjetivo, según los casos.

Si el error no fue conocible por la otra parte, o sea, fue irreconocible pese a la normal diligencia que se desplegó, el error del declarante podrá ser esencial, pero no podrá anular el acto; pues este generó justas expectativas en el destinatario de la declaración, y el error se produce sin su culpa. El derecho protege así la confianza que depositó el receptor en que la declaración que recibía coincidía con la voluntad real del emisor, lo que a su vez propició sus propias respuestas negociales. Si el error se produce sin que haya sido posible detectarlo pese al cuidado tenido, el error no le es oponible al receptor de la declaración y se reputa la declaración y el acto que esta engendra como eficaz.

8. EL ERROR INEXCUSABLE

Nuestro Código no menciona como requisito del error que sea inexcusable. La excusabilidad del error es un requisito que ciertas legislaciones imponen a quien se vale de esta causal para impugnar el acto y consiste en exigir que el declarante que padece del error no haya incurrido en culpa por cuya causa se produjo el error. Si el error pudo ser advertido con una diligencia ordinaria, es inexcusable haberlo cometido, y el errado no puede pretender la anulación del acto.

Los tratadistas se dividen al ponderar el criterio que debe usarse para juzgar al error inexcusable entre los que opinan que se trata de evaluar la conducta que se exige a un hombre prudente o estándar medio de conducta normal exigible, y aquellos que prefieren la apreciación en concreto, subjetiva, atendiendo al caso y ponderando las calidades de la persona que formula la declaración de voluntad y las circunstancias que la rodean.

El error inexcusable es comprendido por el Código Civil argentino, uno de los contados que lo admiten. Este dispone que el error de hecho no perjudica, cuando ha habido razón para errar, pero que no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable (artículo 929 CA). Es cuestión de decidir si, aunque el Código no lo consigna como requisito, su exigencia se impone racionalmente. Hay razones que pesan en el ánimo para considerarlo como un requisito implícito o inherente del error, pues difícilmente podría admitirse que el *errans* pretendiera impugnar el acto por error si se acreditara que este se ha debido a su propia negligencia. La prueba corresponderá naturalmente al demandado en el proceso como un medio de defensa. No conocemos jurisprudencia que se pronuncie sobre este tema que ha quedado pendiente de elucidarse legislativamente.

9. CLASES DE ERROR EN LA VOLUNTAD

El Código contempla tres clases de errores dirimientes esenciales:

- el que se refiere a la propia esencia o a una cualidad sustancial del objeto;
- el que se refiere a las cualidades personales de la otra parte; y
- el que se sustenta en el equívoco entendimiento de la ley o error de derecho.

9.1. Error sobre la esencia o cualidades de la cosa

Es el llamado error *in substantia*. Se produce cuando las partes están conformes sobre el tipo de contrato que celebran, solo que una de las partes atribuye, por error, al objeto sobre el que recae la declaración, una esencia o una cualidad que en realidad no tiene y hace de alguna de ellas la razón determinante del consentimiento que presta. Por objeto ha de entenderse, en sentido amplio, todo aquello que forma el contenido del acto y no solo la cosa material, según la precisa, aunque estrecha, concepción romana de

la sustancia, sino los derechos, los intereses y los bienes de naturaleza inmaterial o incorporales. Se refiere siempre a un objeto cierto y determinado, y es unilateral en el sentido de que basta que una de las partes sufra este error para que el acto devenga anulable, si también fue conocible.

De esta manera, el Código trata, en un mismo inciso, dos supuestos: el error en la propia esencia del objeto y el error en las cualidades del objeto. Así supera la fórmula ambigua que utilizaba en Código de 1936 que, al referirse al error *in substantia*, disponía que debía recaer en las cualidades esenciales de la cosa, mezclando la esencia de la cosa con alguna cualidad de ella.

Cuando el sujeto se equivoca acerca de la propia esencia del objeto del acto, está contratando, en realidad, sobre cosa distinta de aquella que quería. Es esencia de algo lo que es consustancial al mismo, «[...] lo que constituye la naturaleza de las cosas, lo permanente e invariable en ellas [...]», según la primera acepción del vocablo que aparece en el Diccionario de la Real Academia Española. Si el objeto carece de la esencia que le es inherente, es otro objeto. Así, el que cree que compra un caballo y recibe una yegua, una mula o un asno, incurre en un error en la esencia del objeto. La esencia del objeto caballo es, sin duda, distinta de la esencia del objeto yegua: las diferentes esencias de ambos radican, en este caso, en el sexo de ambos animales. Por eso, no debiera quedar margen a que la esencia de la cosa sobre la que versa la declaración pueda calificarse y apreciarse según las circunstancias. La esencia de la cosa es una e invariable, y debiera serlo siempre según la apreciación general, considerada con criterio objetivo. Si hay error sobre la esencia del objeto y si conceptuamos como propia esencia de la cosa lo que en realidad ella consiste, el error en la propia esencia del objeto radica, a fin de cuentas, en la identidad del objeto, interpretación que creemos posible aun en la redacción equívoca de este inciso del artículo 202 del Código.

También es esencial el error que incide en una cualidad del objeto si tal cualidad ha sido determinante de la formación de la voluntad. Aquí ya no se refiere el Código a lo que constituye la propia esencia del objeto, sino que, admitida la esencia de aquello que constituye el objeto sobre el cual se fija la atención de las partes, entra a apreciar sus cualidades, que pueden ser muchas y variadas. Cuando alguna cualidad que el objeto tiene es el motivo por el cual se contrata, y esa cualidad no existe o es distinta de la que se supuso tenía el objeto, la parte que formuló la declaración de voluntad ha incurrido en error que se reputa esencial. Así, el que cree que compra un caballo pura sangre de carrera y recibe un caballo de tiro o de paseo no se equivoca acerca de la propia esencia del objeto —ser un caballo—, pero sí se equivoca acerca de una de sus cualidades; y si hizo de esa cualidad —ser de carrera el caballo— la razón determinante de su voluntad, habrá incurrido en un error esencial.

Se ha discutido en doctrina con qué criterio debe juzgarse qué constituye la cualidad de una cosa. En Roma, prosperaba la noción de que la cualidad de la cosa eran sus elementos constitutivos o componentes materiales. Primaba un criterio estrictamente

objetivo, que no atribuía importancia al interés que para las partes, en función de su peculiar atractivo y de las circunstancias en que se contrataba, despertaba alguna cualidad del objeto antes que otras, aunque, según la apreciación general, ella fuera secundaria.

Se debe a la dogmática francesa la introducción del criterio subjetivo en la apreciación de los atributos del bien. El error que recae sobre cualidades que las partes juzgaron sustanciales fue, asimismo, considerado como relevante. Las cualidades de la cosa se convirtieron, de este modo, en atributos variables, según las personas o circunstancias. Una posición basada en el predominio de la voluntad, en el motivo determinante, desplaza a las antiguas concepciones objetivas. Aplicando un criterio subjetivo, pues, se entiende que cualidad de la cosa es aquella en la que radica el principal interés que el sujeto toma por ella. Cuando tal cualidad constituye el impulso determinante de su voluntad y, por ende, del acto, aunque desde el punto de vista objetivo ella pueda no ser considerada una cualidad importante del objeto, el sujeto puede afincar en su error, considerado esencial, la impugnación del acto.

Difieren los tratadistas, sin embargo, acerca de la necesidad de que la intención de las partes, al atribuir el carácter de esencial a alguna cualidad que objetivamente pueda ser juzgada subsidiaria o accesoría, deba estar expresamente mencionada en el contrato, formando parte del contenido de la declaración de quien se obliga, o si tal hecho puede inferirse, asimismo, de la voluntad tácita del declarante.

Los tratadistas italianos —Georgi y Coviello, entre otros— defienden este último punto de vista como contraparte de la doctrina francesa y admiten que una cualidad significativa del mismo puede resultar, en evidencia de las circunstancias del acuerdo y de la voluntad tácita de las partes, reveladora de su intención. Por ejemplo, un coleccionista de antigüedades compra un anillo de oro encontrado en las excavaciones de Chavín. ¿Cuál será en su pensamiento la cualidad esencial de este objeto? Indudablemente, la de ser una pieza de la cultura de Chavín, más que la de ser un anillo de oro. Si hubiera sabido que el anillo era moderno, no lo habría comprado; mientras que, seguramente, lo habría comprado si el anillo, siendo de Chavín, hubiese sido de bronce dorado en vez de oro.

Nuestro Código no exige que la cualidad esencial para el declarante esté mencionada con ese carácter en la declaración. Además, al expresar en el artículo 202, inciso 1, que cualidad es aquella que, de acuerdo con la apreciación general o en relación con las circunstancias, deba considerarse determinante de la voluntad, no adopta un criterio exclusivamente objetivo, lo que ocurriría si solo hubiera empleado la expresión «apreciación general», sino que permite, también, que se evalúe el error en las cualidades de acuerdo con las expectativas concretas de cada contratante y no necesariamente en relación con su materialidad, lo que se deduce de la expresión «en relación con las circunstancias». Es una saludable y flexible posición la que sigue el Código en esta materia, ya que admite el uso de ambos criterios por el intérprete.

9.2. Error en las cualidades de la contraparte

Igualmente, el Código considera error esencial el que se refiere a las cualidades personales de la otra parte cuando ellas hubiesen sido determinantes del acto (artículo 202, inciso 2). No se refiere a la identidad del sujeto con el que se contrata sino a sus atributos. El error en la identidad de la persona está tratado separadamente como un error obstativo. El Código pasado los trataba como un solo error (artículo 1081).

Cualidades de una persona son todos los atributos que configuran su propia personalidad, que la hacen única y distinta de la personalidad de los demás. Cualidades personales, para estos efectos, pueden ser el sexo; la edad; la profesión; alguna habilidad o aptitud especial, ya sea espiritual o física; la situación económica, etcétera

Cuando se atribuye a la parte con la que se contrata una cualidad que esta no posee y se hace de esa cualidad supuesta el motivo determinante del obrar, el error incurrido es estimado esencial. Por ejemplo, se contrata una obra con una persona, cuya identidad está perfectamente establecida, pero a la cual atribuimos, erróneamente, la cualidad de ser ingeniero. El mismo caso se daría con un estudiante de Derecho al cual se supone con título de abogado.

El error sobre las cualidades de la persona con quien se contrata es esencial solo cuando dichas cualidades son la razón determinante del acto. En otras palabras, la característica de este error es que se presente en contratos que se pactan por razón de las personas, contratos que se denominan en la doctrina *intuitu personae* y cuyo fundamento es la confianza o atractivo que determinada persona nos merece por la cualidad que le atribuimos. De hecho, ha sido ella la que nos ha impulsado a celebrar el acto con él y no con otra persona. Este tipo de error se presenta de ordinario en contratos como la donación o la locación de servicios u obra, en que la personalidad de donatario o del contratista influye decisivamente en la voluntad de quien con él contrata.

Dada la amplitud del artículo, el error sobre las cualidades del cocontratante es también susceptible de presentarse en otros contratos que, sin ser considerados, en general, como típicamente *intuitu personae*, pueden en ocasiones pactarse en interés de una persona determinada. Así, determinados contratos de arrendamiento se celebran en atención a determinadas cualidades del arrendatario, tales como su solvencia económica o el hecho de no tener a su cuidado animales que con él vivan e, inclusive, de no tener hijos menores. El contrato de compraventa, en el que domina consideraciones patrimoniales, también ocasionalmente puede pactarse en atención a la persona del comprador o del vendedor, de forma que el acto no se hubiera realizado con otra persona cualquiera.

Acerca del contrato de mutuo o préstamo hay una ejecutoria publicada en los *Anales judiciales* de 1909 que dice: «El error sobre las condiciones personales del mutuuario, anula el contrato de mutuo, si el mutante cifraba en esas condiciones toda la seguridad de la devolución del dinero».

Aunque el Código no lo indique de modo expreso, debe primar un criterio subjetivo de interpretación para distinguir en qué casos las cualidades del individuo con el que se contrata pueden haber sido razón determinante del contrato y en qué casos no; y esa razón determinante puede provenir de una declaración expresa que forma parte del contenido del contrato o de una manifestación tácita de voluntad, siempre que ella se manifieste cierta e inequívoca.

El error en la cualidad de la persona con la que se contrata es generalmente unilateral, aunque se presenta en aquellos contratos en los que hay más de una parte. Partes hay en todo contrato, sean bilaterales o unilaterales, y, por tanto, este error tiene cabida en todos ellos.

9.3. Error de derecho

El Código considera el error de derecho como un caso más de error dirimente. Comenzando por la legislación italiana, son varios los Códigos que aceptan este error como relevante. No se trata aquí de pretender eludir el cumplimiento de la ley, como algunos que se oponían a la causal pudieran haber creído, sino de la falta de un presupuesto de validez que la propia ley exige —voluntad libre de vicios—, y que impide sustraerse a las consecuencias de una declaración que no reposa en una voluntad conscientemente definida. Si la ignorancia o el error acerca de la existencia de la ley, su impropia interpretación o el error acerca de su aplicación inexacta, han determinado la voluntad del errado como razón «única» o determinante, debe permitírsele impugnar el acto que realizó y que no hubiera concertado de haber actuado sin error.

En efecto, del principio de que es una necesidad social el que la ley sea obligatoria para todos a partir de su publicación, fluye la consecuencia de que sus efectos se producen para todos, independientemente de que sea conocida o no, y eso no puede ser una razón para permitir que una persona pueda sustraerse a su dictado. Es, pues, imperiosa la vigencia del principio según el cual la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento. Pero una cosa es que la ley tenga fuerza obligatoria y otra que pueda invocarse el error de derecho en que incurre una persona, al determinar su voluntad de celebrar un acto jurídico, si a dicho acto ha concurrido su voluntad viciada por error.

Así, pues, la distinción entre ambos conceptos resalta claramente si se analiza el fin al que se tiende al invocar la ignorancia o error de derecho. Si tal finalidad consiste en pretender suspender la eficacia obligatoria de la ley o en escapar a las consecuencias de su inobservancia, no puede nunca tenerse en cuenta como elemento justificante, puesto que la ley es obligatoria para todos a partir de su promulgación y publicación. Si, por el contrario, el propósito que se persigue es completamente distinto y estriba en demostrar que falta un requisito querido por la ley misma para que el acto jurídico sea válido, vale decir, un consentimiento cabal, libre del error que ha prevalecido en la declaración de voluntad del sujeto, entonces, el error o la ignorancia de derecho, tanto

como el error o la ignorancia de hecho, pueden invocarse como causa de nulidad relativa del acto jurídico, cuando haya constituido su única razón o razón determinante, y ella haya determinado al sujeto a declarar la voluntad como lo hizo. Ambos errores, sea que recaigan en cuestiones de hecho o en asuntos de derecho, constituyen factores aptos para perturbar, de igual manera, el proceso de formación del consentimiento que al derecho interesa proteger.

El error de derecho estriba en la incorrecta interpretación de las normas legales o en la ignorancia acerca de su existencia, cuando tal interpretación o creencia es la única o, al menos, la causa eficiente por la cual se formula la declaración. Suele recaer en la naturaleza jurídica del acto, como cuando se celebra una permuta creyendo que se debe pagar un precio en dinero, es decir, atribuyéndole las notas de una compraventa; o en algunos de los efectos jurídicos del negocio, como cuando se recibe un bien en prenda y se cree poder quedarse con él si la obligación se incumple, o cuando se compra un terreno para edificar en él y la zonificación municipal lo impide.

10. CLASES DE ERROR EN LA DECLARACIÓN

Las diversas clases de error obstativo o en la declaración, como lo llama el Código, están agrupadas y reguladas en el artículo 208. A este tipo de error le son aplicables las normas referentes al error en la voluntad «en cuanto sean pertinentes», es decir, que al error en la declaración, en la doble acepción en que la doctrina actualmente lo entiende, también le cabe la sanción de la anulación si concurren los requisitos de ser esencial, determinante y conocible, ya mencionados acerca del error en la voluntad. Ahora bien, por su propia naturaleza, el error en la declaración debería considerarse siempre esencial, porque, en este error, nunca hay una voluntad acerca de la cual deba hacerse un análisis que determine si se formó o no adecuadamente. La voluntad existe —suponemos— rectamente constituida, pero la declaración no la recoge. En este sentido, constituye un obstáculo para que se le reconozca y resulta, así, indeseable siempre. El error en la declaración es esencial, porque la declaración es divergente de la voluntad y esta no concurre al negocio. Este se celebra por el errado cuando no lo quiere.

El Código distingue las siguientes clases de error obstativo (artículo 208):

10.1. En la naturaleza del acto (*error in negotio*)

Se da cuando una parte piensa que está celebrando un acto distinto de aquel que declara celebrar. Incide, pues, en la declaración, que resulta involuntariamente discrepante de la intención. Se pacta un contrato de depósito creyendo que, por sus efectos, se trata de un arrendamiento. En este caso, se atribuye al contrato de permuta las características de un contrato de compraventa: se cree dar un bien en comodato y quien lo recibe entiende que se le ha donado. Este hecho puede degenerar en un

verdadero disenso, como admiten varios autores. El disenso provoca la nulidad del acto y no su anulación, por faltarle el elemento del consentimiento. Otros lo sindicán como un error de derecho, pues la confusión estriba en el desconocimiento de la naturaleza de los actos. Betti (1959) lo entiende como un error que origina una incompatibilidad psicológica entre lo que el declarante asumió que constituían los efectos del negocio y la función típica del mismo.

10.2. En el objeto principal de la declaración (*error in corpore*)

Se da cuando se declara contratar sobre cosa individualmente distinta de aquella sobre la que se quería o se pensaba contratar. En el Código actual, se conserva la misma denominación con la que se lo conocía en el precedente (artículo 1080). Según Giorgi (1929), hay varias maneras de designar los objetos sobre los que recae la declaración: por su nombre, por sus cualidades, por su ubicación o por su vinculación a las personas. Incide este error, generalmente, cuando hay una indirecta referencia al objeto por las circunstancias que lo rodean y estas han variado. Así, se cree designar bien una cosa por su dueño, y resulta que no es propietario del bien; o por su localización, y la cosa ha cambiado de lugar.

10.3. El error en la identidad de la persona (*error in personae*)

Se da cuando se declara contratar con persona distinta de la que uno se imagina, siempre que la consideración a ella hubiese sido el motivo determinante de la decisión. Aunque el Código no lo mencione expresamente, debe entenderse que el error *in personae* debe incidir en la identidad de la contraparte y, por lo común, ello ocurre en aquellos actos *intuito personae*, como la donación, el legado y el mutuo, pero también en otros contratos, que aunque no sean gratuitos se pueden determinar, y de hecho se determinan, por la persona con la que se contrata. La apreciación de este error debe efectuarse según las circunstancias que emanen del comportamiento de las partes. Hay una diferencia entre errar sobre las cualidades de la persona —error dirimente, pues involucra el proceso de formación de la voluntad, como lo percibe nuestro Código (artículo 202, inciso 2)— y errar en la identidad de la persona —error que aparece más adelante, cuando la declaración se formula y constituye propiamente un error obstativo (artículo 208)—.

El tratadista argentino Guillermo Borda (1953), cuya adhesión al valor que la declaración tiene en la inteligencia del acto lo hace crítico de todo el sistema de los vicios de la voluntad por ser la materia sobre la que recae la voluntad interna, irrelevante en su concepto, agrega, a su crítica de principio de este tipo de error, la atingencia de que el contratado por error acerca de su identidad o de una cualidad o atributo especial que realmente no posee, al no advertir al que yerra de la naturaleza de su

confusión, está, en verdad, actuando con dolo negativo y, por tanto, en ningún caso podría configurarse un error que haga impugnabile el acto, ya que se está en presencia del vicio del dolo. Puede tener razón si las circunstancias determinan que el contratante calló frente al error conocible de su contraparte.

10.4. Declaración transmitida de modo inexacto

Se da cuando quien estuviera encargado de hacerlo se equivoca. Este tipo de error no comprende el caso de suplantaciones o falsificaciones, por el elemento deliberado que estos supuestos implican. En este caso, no hay, en puridad, discrepancia entre la voluntad del agente y su propia declaración; la discordancia aparece por la intervención del intermediario que determina que la voluntad del agente contraste con la declaración que recibe su destinatario. Esta es una novedad del Código, ampliamente justificada por el uso masivo de medios comunicativos, en el que puede anidarse la discrepancia entre lo que el declarante emite como declaración y la declaración que el receptor capta.

II. OTRO TIPO DE ERRORES INDIFERENTES

II.1. El error en la cantidad (*error in quantitate*)

No es error dirimente ni obstativo, y, por consiguiente, se reputa accidental o error indiferente. Reposa en el número de unidades o cifra que declara quien ofrece una suma mayor o acepta una menor que la que entendía debía ofrecer o se le ofrecía. Se convierte en un error obstativo que incide en la declaración divergente de la intención, siempre que haya sido determinante, y consiste en la cantidad o dimensiones de un objeto, sin las cuales no se hubiera contratado. Por este motivo, puede acarrear la anulación del acto, por recaer sobre una cualidad esencial (artículo 204).

II.2. El error de cálculo

En nuestro Código, se regula conjuntamente con el error acerca de la cantidad. Sin embargo, no debe ser confundido con este, ya que aquel surge de una operación matemática equivocada, que da lugar a su simple rectificación cuando las bases o factores del cálculo son conocidos y aceptados. Es también regla inspirada en el Código italiano (artículo 1430). Los errores de cálculo o valoración que una de las partes hubiese tenido al estimar el precio pueden suponer tan solo un error en los motivos y, por consiguiente, han de recaer en aquella parte que lo tuvo. La jurisprudencia alemana ha aclarado que la situación es distinta si el cálculo equivocado fue conocido y aceptado por las dos partes. En este caso, el contenido de la declaración incluye el cálculo equivocado y, así como en ciertas circunstancias debe dar paso a la rectificación, en

otras puede ser un error que incide en el contenido de la declaración y permitir la impugnación como tal.

Karl Larenz (1956: 56) pone, como ejemplo, el caso de la plata: una persona vendió doscientos kilos de plata de mil milésimos a 360 marcos el kilo. En las negociaciones, el vendedor había ofrecido doscientos kilos de plata de ochocientos milésimos (menor ley) al precio de 320 marcos el kilo. Debido a que el comprador deseaba plata de mil milésimos, las partes hicieron el cálculo del precio de la plata de ochocientos milésimos y fijaron equivocadamente que su precio era de 360 marcos, en lugar de cuatrocientos marcos. El cálculo correcto debió ser por regla de tres como se detalla a continuación. Si un kilo de plata de ochocientos milésimos vale 320 marcos, ¿cuántos marcos vale un kilo de plata de mil milésimos? La respuesta correcta es cuatrocientos marcos. El Supremo Tribunal del Reich admitió el error de cálculo como error en la declaración, aduciendo que «[...] el cálculo ha sido objeto de negociaciones contractuales decisivas y el precio pedido ha sido fijado, evidentemente, mediante ese cálculo». La razón esgrimida por este tribunal para amparar la demanda no parece, sin embargo, basarse en la existencia de un error de cálculo. El demandante tenía que saber que la demandada quería vender la plata de mil milésimas a un precio equivalente al de 320 marcos por plata de ochocientos milésimos, o sea, mediante un cálculo correcto a cuatrocientos marcos el kilo de plata de mil milésimos. Si a pesar de ello declaró que vendía a 360 marcos, su declaración era contradictoria. La demandante conoció la contradicción y debió admitir la rectificación del error conforme a la buena fe, o sea, en el sentido de que ella sabía lo que el declarante había querido declarar. El sentido que según la interpretación cabía atribuir a la declaración del vendedor era, a pesar del tenor literal diferente, el que el vendedor quería vender la plata de mil milésimos a cuatrocientos marcos el kilo. Si el comprador ignoró eso, sea porque omitió verificar el cálculo o porque cometió el mismo error que el vendedor, incurrió en un error sobre el contenido de su propia declaración de aceptación, ya que creyó aceptar una oferta de 360 marcos cuando en realidad era de cuatrocientos marcos. El vendedor debería estar en la posibilidad de hacer la entrega de la plata y recibir cuatrocientos marcos por el kilo de ochocientos milésimas. El vendedor no puede impugnar su declaración, pero el comprador sí, si estima el precio muy elevado, pero no puede exigir la entrega de la plata según el tenor literal del contrato, o sea, a 360 marcos. Así como es justo que el vendedor no tenga que hacer la entrega a 360 marcos, no lo es que pueda, mediante impugnación, negar el absoluto la entrega, incluso al precio de cuatrocientos marcos.

11.3. El error en los motivos

Fue llamado falsa causa en el Código anterior. Constituye un error vicio solo cuando es declarado de modo expreso, es decir, cuando constituye una presuposición conocida y aceptada por las partes (artículo 205). Esta exigencia resulta indispensable para

articularla con el principio según el cual los motivos no declarados no tienen consecuencias jurídicas ni pueden viciar el acto. El motivo unilateral de los contratantes no es apreciado como relevante por el derecho, a menos que haya sido conocido por ambas partes y puedan, por ello, considerarse incorporadas a la común intención inspiradora del negocio. Debe, pues, ser un error común, o sea, sobre la base del negocio, entendido como la común representación de los contratantes (de la que han partido para concluir el negocio, en cuya expectativa ambas partes lo concluyeron), que no hubieran concluido de la forma en que lo hicieron de haber conocido su inexactitud. Apunta Karl Larenz (1956: 224) que es insuficiente que la representación o expectativa haya determinado de modo decisivo tan solo la voluntad de una de las partes, inclusive en el caso de que la otra parte hubiese tenido conocimiento de ello. En efecto, cada parte sufre, en principio, el riesgo de que se realicen sus propias esperanzas.

II.4. El error de la declaración transmitida inexactamente

El error de la declaración transmitida inexactamente por quien estuviese encargado de hacerlo (artículo 208, *in fine*) es causal de anulación cuando el nuncio o mensajero a quien se confía transmitir una declaración se equivoca y transmite otra distinta. No se trata de una declaración inexistente sino de una efectivamente declarada, pero que llega al destinatario en forma incompleta o deformada, porque sufre error el intermediario de que se vale el autor de la declaración. El hecho es que la declaración llega a su receptor como seria y completa, pero es contradictoria con la que se le encargó anunciar. Quien encarga la transmisión a otro sufre las consecuencias del error en que este incurrió, pero tiene acción para anular el acto nacido de este error.

II.5. El error en el nombre (*error in nomine*)

El error en la designación de la cosa, de la persona o del acto (artículo 209) mantiene su condición de error indiferente cuando por las circunstancias se puede identificar debidamente a la persona, la naturaleza del acto o su objeto. El Código hace una aplicación de este principio en el artículo 735, cuando distingue la institución del heredero de la del legatario y expresamente señala que «[...] el error del testador en la denominación de uno u otro no modifica la naturaleza de la disposición». Si en un testamento, por consiguiente, se denomina heredero a quien se designa para recibir solo determinados bienes, la incorrecta denominación utilizada por el testador no altera la naturaleza del acto *mortis causa*, en cuya virtud ha de recibir dichos bienes el legatario.

El error en la designación tuvo cabida en el Código de 1936, cuyo artículo 1082 dispuso, copiando el artículo 91 del Código de Brasil, que el error sobre la persona o

sobre la cosa a que se refiere la declaración de voluntad no vicia el acto cuando por su texto o las circunstancias se puede identificar la cosa o la persona.

Una norma nueva, inspirada también en el Código italiano (artículo 1432 CI), es aquella que priva al equivocado del derecho a solicitar la anulación del acto si, antes de haber sufrido el perjuicio, la otra parte consiente en cumplirlo en la forma en que se quiso realmente concluir (artículo 206). Aquí la contraparte acepta la existencia del error y su voluntad de remediarlo, por lo que sería superfluo que, a pesar de ello, se mantuviera la posibilidad de anular el acto. El principio de la conservación del acto lo recomienda; la seguridad jurídica y la buena fe lo justifican.

Finalmente, el Código dispone que la anulación de un acto por error no da lugar a indemnización entre las partes (artículo 207). Esta norma es consistente con la exigencia de que el error sea conocible por la contraparte para que pueda originar la anulación del acto. Si se anula el acto, es porque la contraparte estuvo en aptitud de conocerlo; si no lo detectó, es porque obró con culpa (sin normal diligencia), y ello le impide solicitar la reparación de daños y perjuicios contra el actor que obró con error. La norma, además, suple el silencio del Código de 1936 sobre este punto.

CAPÍTULO XXII

EL DOLO

A CONTINUACIÓN DEL ERROR, el Código legisla el dolo como un vicio autónomo de la voluntad. Ni el Código de 1936 ni el vigente lo definen como vicio del consentimiento. Sin embargo, el dolo es un vicio del consentimiento, además de elemento que interviene para calificar la conducta de quien incurre en responsabilidad civil contractual o extracontractual en el ámbito del derecho civil. En el primer aspecto, el Código, al ocuparse de la inejecución de las obligaciones, define el dolo como aquello en que incurre quien deliberadamente no ejecuta una obligación (artículo 1318). En el segundo, la responsabilidad por acto ilícito, el dolo es un elemento que presta significado a la conducta del autor de un daño para obligarlo a indemnizar a la víctima. Puede estimársele, dentro de este contexto, como la intención deliberada de causar un daño.

I. CONCEPTO

El Código de 1852 definía el dolo como «[...] toda especie de artificio, maquinación o astucia de que una parte usa contra otra, para inducirla a la celebración de un contrato o para eludir el cumplimiento del que está celebrado». Como vicio de la voluntad, el dolo se caracteriza por maniobras empleadas por una parte con el propósito de inducir a error o engaño a la otra parte, o aprovecharse de su error. Es, por principio, el error provocado deliberadamente por la insidia del engañador o por la omisión en advertirlo cuando le consta que la parte que con él contrata o de quien depende la declaración ha caído en error. Así, una de las partes realiza una actividad o deja de realizar una actividad, y ese obrar u omisión se endereza a hacer creer a la otra parte algo que no corresponde a la realidad. Cualquier comportamiento puede ser elemento objetivo del dolo, siempre que sea engañoso y que se dirija a instalar un error o a mantenerlo. Engañado de esta manera por el error que se le ha inculcado o en el que se le mantiene, el agente celebra un acto que, de no haber sufrido el error, no hubiera celebrado. El dolo es causa de anulación del acto jurídico cuando el engaño usado por una de las partes haya sido tal que sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto (artículo 210).

El dolo perturba el consentimiento mediante el error que el engaño produce. Si bien el dolo es causa o motivo del error, la ley lo considera como una anomalía volitiva autónoma y protege a la víctima del dolo, no solo porque haya obrado por error sino porque fue engañado. Por eso, el empleo del dolo para engañar no precisa que el error que produce en el engañado sea uno esencial y conocible. En sede del dolo, ya no es menester analizar los elementos técnicos que configuran el error; basta que sea determinante en el sentido de que la persona declara su voluntad porque fue engañado, y el error, fruto del engaño, fue lo que lo motivó a contratar. Así, el dolo que produce un error que la ley considera accidental, o que no reúne los requisitos que el ordenamiento exige en materia del vicio del error, también puede ser causa de anulación del acto jurídico celebrado si reviste los requisitos que rodean al dolo como vicio.

Si bien el propio vocablo «dolo» lleva implícito un elocuente significado de comportamiento de mala fe en quien lo utiliza, nuestro Código no requiere que el engañado deba acreditar que quien lo engañó perseguía el propósito deliberado de perjudicarlo. Aunque no haya existido ánimo de provocar en el destinatario un engaño ni un daño, para que la acción tenga éxito es inevitable acreditar que hubo engaño y que, a causa del mismo, el declarante manifestó una voluntad que no hubiera expresado de no mediar este. Si el declarante prueba el engaño de que fue víctima y que el error motivó la declaración, el vicio, en principio, existe y el remedio de la anulación es procedente. No obstante que lo propio del dolo es que haya un comportamiento malicioso en quien lo emplea, es decir, que el engaño haya obedecido a un *animus decipiendi*, si el engaño determinante se produjo por la negligencia o el descuido del engañador, eso basta para sustentar el vicio, porque el Código felizmente no requiere prueba de la intención o el ánimo de engañar con que procede el que utiliza dolo, exigencia que hubiera complicado la eficacia del remedio.

Si hubiese engaño más no daño, parecería que falta, en el actor, interés legítimo para accionar. Stolfi (1959: 192) opina, sin embargo, que el *deceptus* puede impugnar el negocio aunque sea para él ventajoso, ya que cada uno debe ser libre de concertar los actos que quiera y no constreñido a concertar los que a otros les parezcan razonables. En todo caso, la atingencia principista parece de escasa utilidad en la práctica.

Se sabe que el error que recae en los motivos ocultos y no declarados no vicia el consentimiento y que es una forma de error indiferente. Si compro un caballo porque creo, por error, que el mío se ha lesionado y resulta después que lo que creí cierto no lo era, ese error no es causa de anulación del contrato de compraventa. Sin embargo, si mi error hubiese sido el resultado del dolo del vendedor o de un tercero cómplice de aquel, y este fue la razón de ser de mi acto, yo tendré acción para demandar, por dolo, su anulación.

El dolo, pues, actúa en el derecho para llenar las lagunas que de alguna manera pueda haber dejado la regulación más estricta del error. Quien no puede objetar el acto por error porque el vicio que padece no reúne la tipicidad o los requisitos que la

ley demanda para su relevancia puede, en ocasiones, acudir al dolo para llenar el mismo propósito: desvincularse de un acto cuyas consecuencias no han sido queridas y que le ocasionan algún perjuicio.

Como ocurre en el caso del error, la prueba del dolo incumbe a quien lo alega. Es el engañado el que, al instaurar la acción de anulación, debe acreditar la existencia de maniobras o reticencias que propiciaron el engaño; que, dada la naturaleza y gravedad de tales maniobras, ellas gravitaron sobre su voluntad haciéndolo a caer en error; y que tal error fue la causa determinante de su declaración de voluntad de celebrar el acto. La existencia de las acciones u omisiones dolosas hace presumir la intención de engañar. No es que se presuma el dolo, sino que la actividad del sujeto al que se imputa una conducta deshonesta permite inferir su existencia. Si el supuesto engañador sostiene que no ha habido *animus decipiendi*, deberá correr con la carga de demostrarlo. El que alega dolo causal no tiene que probar la existencia de daño, porque este no es requisito para accionar por dolo. Pero si decide acompañar la acción de anulación o sustituirla por una complementaria de daños y perjuicios, no podrá eludir la demostración de que los daños ocurrieron. Esto último se exigirá siempre con ocasión del dolo incidental, pues la indemnización de los daños y perjuicios es su única consecuencia.

El dolo puede constituir vicio en la generalidad de los actos jurídicos unilaterales o bilaterales. El Código no lo menciona entre las causales de anulación del matrimonio que enumera en el artículo 277, en el que sí se admite el error y la intimidación, por lo que esta es una excepción al principio antes enunciado, excepción que es compartida por la legislación comparada.

2. REQUISITOS DEL DOLO

Se requieren tres condiciones para que el dolo pueda constituir vicio del consentimiento de la persona engañada:

- que el dolo haya sido la causa determinante de la declaración, de forma que quien padece el dolo no hubiera celebrado el acto de no haber sido engañado o lo hubiera celebrado pero en condiciones diferentes;
- que los engaños empleados o la información que se omitió deban haber sido graves, es decir, que sean de naturaleza tal que sean susceptibles de provocar error en una persona prudente; y
- que las maquinaciones las haya empleado la otra parte o un tercero con conocimiento y en beneficio de aquella.

El primer requisito de que el dolo deba ser determinante de la voluntad de obligarse, ya sea para impulsar a la víctima a contratar o para impulsarla a contratar en condiciones distintas que las que hubiera aceptado de no haberlo padecido, se deriva de la naturaleza misma de vicio de consentimiento que tiene el dolo, de modo que, si

una parte emplea dolo para inducir a la otra parte a contratar y esta advierte el engaño y, no obstante, contrata, el dolo no ha viciado o alterado su consentimiento. Su voluntad se ha determinado sin estar condicionada por el dolo; podría decirse acaso que hubo tentativa de engaño o, quizá, dolo frustrado, para usar alguna expresión propia del derecho penal.

Ahora bien, esta condición se relaciona con la distinción entre dolo causal y dolo incidental, que se remonta al derecho romano y ha sido recogida por nuestro actual Código, siguiendo al de 1936.

3. EL DOLO CAUSANTE O PRINCIPAL

Es causa de anulación del acto jurídico en cuanto determina que quien lo padece celebra un acto que no hubiera celebrado si no hubiera mediado el engaño (artículo 210, primer párrafo). Según la norma, el engaño que sufre la parte que experimenta el dolo debe partir de la otra parte, de quien contrata con el engañado. Así, el dolo causante ha sido situado por el legislador en el contexto de la relación creada por un acto en que hay dos partes, es decir, de aquellos que se conocen como bilaterales, principalmente de los contratos. Este hecho no lo excluye de los actos unilaterales, en los que el dolo debe partir de persona distinta.

En cualquier caso, el engaño ha de ser de naturaleza tal que haya provocado un error en la parte destinataria del engaño. El dolo es vicio solo cuando es determinante, cuando es motivo del error que decide al engañado a contratar. Este declara su voluntad porque actuó por un error, pero no espontáneamente adquirido sino mediante actos u omisiones con los que la otra parte o un tercero, el engañador, le indujo tal error o lo mantuvo en el mismo. Este aspecto es decisivo y debe ser apreciado caso por caso, en concreto. No cabe utilizar criterios objetivos, porque la anulación del acto sobre el fundamento del dolo responde a la necesidad de que el impugnante efectivamente haya sido engañado.

El segundo requisito del dolo es que debe consistir en maniobras de cierta gravedad que sean susceptibles de producir engaño en una persona prudente. Este requisito debe tratarse bajo dos aspectos: la naturaleza de las maniobras y la condición de la persona a la cual van dirigidas.

Obviamente, los engaños y maquinaciones deben ser sofisticados y no ser de aquellos que están tolerados por la costumbre. Por eso, no se consideran dolo las exageraciones de los contratantes acerca de las bondades de la cosa que ofrecen para procurarse pactos mejores, ni las ponderaciones normales de la propaganda, ni los pequeños disimulos o maniobras destinadas a persuadir a otro que su interés se satisfará con la celebración de un contrato.

No toda actividad que despliega un contratante para convencer a otro a celebrar un contrato es repudiable. Por el contrario, es normal que para conseguir determinado

contrato haya que realizar intensos esfuerzos con el objeto de atraer el interés de la parte con la que se desea establecer una relación jurídica. Sin embargo, todos estos esfuerzos y gestiones, así como los argumentos e información que se haga accesible a la otra parte, deben estar enmarcados dentro de una conducta signada por la buena fe.

Determinada información negativa que se sustrae al conocimiento de las partes o que se brinda destacando sus atractivos y deprimiendo o suprimiendo sus inconvenientes, si no inciden en aspectos centrales del acto, pueden ser actos tolerados por los usos, ya que no implican un engaño grave y, por ello, no se consideran susceptibles de producir vicio en la voluntad de la persona a la cual se dirigen. Este tipo de engaños inocentes o de exageraciones admitidas se denomina, en la doctrina, dolo bueno o tolerado y, como su nombre lo indica, no se consideran como dolo propiamente dicho para no perturbar la seguridad del comercio con pequeñas desviaciones a una probidad rigurosa desde el punto de vista moral. Ni el Código anterior ni el vigente han legislado sobre el dolo tolerado.

Esta condición de que el dolo debe ser grave, es decir, consista en engaños insólitos y desusados, debe apreciarse en función de la condición de la persona a la cual se dirigen. Esta persona debe ser, según la doctrina, prudente y sagaz. Debe actuar como una persona con diligencia ordinaria. Por eso, los pequeños encomios acerca de las bondades de aquello que se ofrece, configuradores del dolo tolerado, no son considerados por el derecho, porque se estima que no pueden afectar o influir en una persona normal y porque si esa persona es cándida, indulgente o negligente en el análisis de los hechos que han de pesar en su decisión, la ley no lo protege ni lo ampara. Se considera, pues, que no merece amparo la ignorancia crasa ni el candor excesivo.

¿En qué momento deja de ser un engaño dolo tolerado y se convierte en dolo, en vicio de la voluntad? Esta es una cuestión de hecho que los jueces deben decidir en cada caso, de acuerdo con las circunstancias y considerando la naturaleza de los subterfugios utilizados y las condiciones personales de aquel que se considera víctima.

El dolo causante o principal, además de provocar la nulidad relativa del acto, también confiere a la víctima la acción para demandar la reparación de los perjuicios que pueda haber experimentado como complemento de la acción de anulación. Este derecho no ha sido expresamente establecido en el Código al legislar el dolo, pero cabe deducirlo por efecto de las reglas generales de la responsabilidad contractual que hacen al contratante de mala fe pasible del resarcimiento de los perjuicios que ocasiona. Basta recordar para ello el precepto que impone a los contratantes la obligación de conducirse con arreglo a la buena fe, obligación que el vicio del dolo sin duda infringe (artículo 1362). Cabe, en consecuencia, que la víctima de dolo causante acuda al remedio de la anulación del acto y, además, reclame los daños y perjuicios que su celebración viciada pueda haberle provocado. Nada impide que se limite a la anulación u opte por conservar el acto y solo reclamar la indemnización.

4. EL DOLO INCIDENTAL

Los engaños que configuran un dolo incidental o accidental son insuficientes para infundir un error determinante o bien no se dirigen a ese propósito y consisten, más bien, en maniobras destinadas a conseguir que el sujeto celebre el acto en condiciones distintas de aquellas que hubiese aceptado si no hubiera sido engañado. El engaño que configura el dolo, en este supuesto, no está dirigido a que el sujeto celebre un acto que de otra manera no hubiera realizado sino a que consienta en aceptar otros términos y condiciones, o sea, un acto con un contenido diferente, en cuanto a derechos y obligaciones, de las que hubiera convenido si no hubiera mediado el dolo. Si el engaño no ha determinado la voluntad, el acto será válido, aunque sin él se hubiese concluido en condiciones distintas; sin embargo, la parte que actuó de mala fe responderá de la indemnización de daños y perjuicios (artículo 211). Como el engaño no actúa para determinar al sujeto, no es causa de anulación del acto en el que se presenta y solo permite al perjudicado, si ese fuera el resultado del engaño, la indemnización correspondiente.

Las consecuencias jurídicas que emanan de ambos tipos de dolo son, pues, distintas. Mientras que el dolo causante produce la nulidad relativa del acto jurídico, el dolo incidental solo da derecho a indemnizar daños y perjuicios, y no es propiamente un vicio de la voluntad.

El dolo incidental solo da lugar a la reparación (artículo 211). El dolo incidental, al no ser determinante, no es vicio de la voluntad y no presta mérito a la anulación del acto en cuya celebración no tuvo influencia decisiva. El engañador, que actuó de mala fe, debe reparar los daños que haya ocasionado su actuación.

¿Quién decide cuándo el dolo empleado es causal y cuándo es incidental? Los tratadistas no se atreven a dictar principios sobre una materia tan imprecisa y contingente; se limitan a señalar las diferencias entre ambos y dejan la calificación de la índole del dolo librada a la decisión de los jueces en atención a cada caso concreto. Es, pues, una cuestión de hecho y a decidir según las circunstancias y según la prueba: cuando se acredite que el dolo empleado determinó la formación del contrato, se estará en presencia de un dolo causante; cuando influyó solamente en hacer distintos sus términos, el dolo será incidental.

Adviértase que el Código no reclama que las condiciones aceptadas por el contratante objeto del dolo incidental sean más onerosas o gravosas de aquellas que el engañado hubiera aceptado de no haberlo sido; solo reclama que sean distintas. Esto es así, porque el dolo siempre engaña pero no siempre perjudica. Quien actúa engañado puede, a la postre, resultar sin desventaja. Solo cuando el engaño producido por el dolo causa perjuicios en el engañado, este podrá reclamar la indemnización.

5. EL DOLO DEL TERCERO

El segundo requisito para que el dolo se considere vicio de la voluntad es que haya sido empleado por el otro contratante: del vendedor, si el engañado es el comprador; o del mutuante, si el embaucado es el mutuuario, sea porque él mismo es el autor o sea porque tuvo conocimiento de él, si provino de un tercero. También cabe el dolo cuando proviene de un tercero a quien se presume cómplice del dolo «cuando el engaño [...] fue conocido por la parte que obtuvo beneficio de él». En los negocios unilaterales, solo cabe el dolo del tercero, pues no existe contraparte de cuyo conocimiento pueda hablarse. La norma incluida en el Código vigente (artículo 210, *in fine*) es reproducción del artículo 1439 del Código italiano. *Contrario sensu*, no será anulable el acto en que medió dolo de tercero si la otra parte no se enteró de su existencia o no le reportó beneficio.

La hipótesis en que la ley se coloca es la de que, en un acto bilateral o unilateral recepticio, haya un tercero que, por alguna razón, decide influir sobre el ánimo de una de las partes para hacer que caiga en error determinante. Si el dolo fue empleado por un tercero, ajeno al contratante, sin que este intervenga ni conozca del engaño, el acto no será anulable por dolo. Quien experimentó el error en virtud del engaño de que fue objeto, sin la participación de la otra parte, podría esgrimir la acción de anulación siguiendo las reglas del error, pero no del dolo.

Viven, en el carácter personal que se exige al dolo como causa de anulación, reminiscencias del derecho romano, cuando el dolo era considerado un acto delictuoso. Entonces tenía sentido exigir que las consecuencias se dieran en el autor del delito, o sea, en el tercero, pero no en el contratante inocente. Al ser integrado el dolo como productor de un defecto del consentimiento en el campo civil, quedó siempre la exigencia de que fuera un acto reprimible en el autor de las maniobras, mas no en quien contrataba sin tener injerencia en ellas. La explicación para excluir de relevancia el dolo del tercero desconocido por el contratante se da, en el derecho italiano, por la tutela que merece la confianza del contratante ignorante del dolo ajeno.

Ahora bien, si el dolo del tercero fue conocido por la parte que con el engañado contrataba, había causal de anulación según el principio que enunciaba el artículo 1087 del Código Civil de 1936. Habría aquí una omisión dolosa del contratante, que, enterado del dolo del tercero, no lo revela a la víctima. El dolo del tercero debe ser siempre positivo, pues la omisión no tendría, por ser un tercero, consecuencia alguna en el acto a celebrarse. Hay o debe haber, pues, dolo positivo del tercero y dolo negativo de la parte, y la voluntad del declarante engañado debe estar viciada. Sin embargo, estas condiciones no bastarían para que proceda la impugnación por la fórmula que nuestro Código emplea. En efecto, el Código vigente no se ha limitado a exigir que la otra parte conozca el dolo del tercero; al adoptar la regla del Código italiano,

agrega que es menester que el contratante que conoció del dolo del tercero se haya beneficiado del engaño, aunque no haya partido de él.

En efecto, la ley exige que el contratante que conoce de los engaños que provienen del tercero, no obstante la omisión dolosa en que incurre al no alertar al contratante engañado, deba extraer algún beneficio, ventaja o privilegio como resultado del acto celebrado por engaño proveniente de tercero. El dolo del tercero ha llegado a su conocimiento, pero se abstiene de comunicarlo a su contraparte. El engaño, aunque no nace de él, le ha de reportar alguna ventaja, hecho que explicaría su renuencia a advertir al engañado del error en que se encuentra. Ha faltado a las reglas que le imponen la buena fe en la contratación; no ha sido leal con la parte con quien está contratando. Sin embargo, si el engaño no le es imputable ni le reporta algún beneficio, no podrá anularse el acto.

Si, por el contrario, se ha aprovechado del dolo ajeno y algún beneficio —el término es tan amplio que nos resistimos a recortarlo— ha derivado de la actuación maliciosa del tercero, el acto será anulable. En cualquier forma, la redacción del artículo no deja margen para desconocer su sentido. En resumen, conforme a la regla que estamos comentando, el contratante engañado por el dolo del tercero solo puede impugnar el acto si prueba que su contraparte conocía del engaño y, aprovechándose de él, omitió advertirlo porque le reportó algún beneficio. Si no le reportó beneficio —que puede ser de orden patrimonial o extrapatrimonial, para no distinguir donde la ley no distingue—, aunque calló y faltó a las reglas de la buena fe, no sufrirá las consecuencias de la anulación del acto. El Código argentino adopta una posición distinta: el dolo afecta la validez del acto, sea que provenga de la otra parte o de tercera persona.

En suma, pueden caber las siguientes hipótesis: en primer lugar, el dolo del tercero es causante y se produce sin el conocimiento de la otra parte, caso en que el engañado solo tienen recurso al error; en segundo lugar, el dolo del tercero de naturaleza causante se ha producido con conocimiento de la otra parte, pero sin beneficio para esta, caso en que solo habría una indemnización por daños y perjuicios contra el tercero por el acto ilícito cometido y contra el cocontratante por ser culpable del dolo por omisión; en tercer lugar, el dolo causante del tercero se ha cometido con conocimiento y beneficio de la otra parte, caso en el que habría una acción de indemnización contra el tercero por acto ilícito y una acción de anulación por dolo e indemnización por daños y perjuicios contra el cocontratante.

Esta solución, que el Código toma del Código italiano y que reproduce con la única variante de utilizar el término «beneficio» en lugar del término «ventaja», es criticable en cuanto se mueve en la dirección contraria a la doctrina sobre el dolo, que no lo liga a la necesidad de que ocasione daño —como ya expusimos— y que, por el mismo motivo, lo aleja del concepto de beneficio o ventaja. Tampoco se acerca a la solución que inspira al Código alemán y al Código suizo, que adoptan una postura

más estricta en cuanto al deber de buena fe que exige de la parte que contrata con quien es objeto de dolo, pues contemplan la anulación de un contrato por dolo no solo cuando la parte conoció el dolo de tercero y no lo denunció, en cuyo caso se le considera cómplice, sino cuando debió conocer el dolo de ese tercero. Esta última fórmula destaca la obligación de cada contratante no solo de no engañar al otro sino de procurar que no sea engañado por maniobras extrañas que pueden ser imputables a un tercero. La adición del requisito de que el contratante debe sacar algún beneficio del dolo del tercero que conoció no hace sino distanciar más las corrientes de opinión que inspiran a ambos cuerpos legales y dificultar más aún la probanza.

Nuestro Código ha mantenido rigurosamente el carácter personal del dolo, atendiendo a la injusticia que sería anular un acto contra la parte que resulta ser inocente del engaño que experimentó el otro contratante y del cual ningún beneficio recibió. Evidentemente, esta parte no debe experimentar las consecuencias de un acto al cual es extraña. No dicta el Código la misma regla cuando se trata de la intimidación proveniente de tercero, es decir, en sede del vicio del temor se acepta la anulación del acto, sea que las maniobras procedan de tercero o de parte. No parece que exista razón para el trato discriminatorio que se introduce en el caso del dolo, en el que el engaño del tercero, así haya sido determinante, no produce la anulación del acto vicioso, sino cuando la otra parte, quien estaba contratando con el engañado, conoció de tales maniobras, omitió advertirlas como era su deber y, además, se benefició del engaño.

6. EL DOLO DEL REPRESENTANTE

Cuestión debatible es si al representante se le puede considerar un tercero para efectos del dolo. No lo creemos, porque el representante, en la representación propia o directa, actúa en nombre del contratante y los actos que realiza con la contraparte no son actos que puedan atribuirse a un tercero sino al representado, que recibirá los efectos. Aunque el representado no haya conocido el dolo de su representante, este lo compromete, pues no actúa para sí sino para el representado.

Ahora bien, podría el representado proponer la excepción de que el representante no ha actuado dentro de los límites del poder conferido, pues nada lo autorizaba a la actuación dolosa y, por tanto, el acto ilícito que configuraría el dolo no lo obliga. El engañado demandaría la anulación del acto, si el dolo fuese de naturaleza causante, o la indemnización del daños y perjuicios, si se tratase de dolo incidental. El demandado contestaría que el acto no lo obliga ni tiene responsabilidad que acudir, pues el poder no autorizaba a su representante a actuar dolosamente.

En materia contractual —y la relación del representante con el engañado lo es—, la doctrina imputa la responsabilidad al representado. Comentando el caso a propósito del Código de 1936, León Barandiarán, expresaba: «[...] el Código no hace referencia al dolo cometido por el representante. La omisión no es de importancia. Casi todos los

Códigos han excusado consignar normas explícitas acerca del punto, sobreentendiéndolas» (1954: 123).

7. EL DOLO BILATERAL

También puede darse el caso de que un acto se celebre por dolo bilateral, o sea, cuando ambas partes, al celebrar un contrato de este tipo, emplean engaños recíprocos. La regla del Código viene desde el derecho romano. El dolo mutuo causante se compensa, ya que no debería haber sido empleado por ninguna de las dos partes (artículo 213).

El fundamento para hacer irrelevante el dolo recíproco es que no puede ampararse a una parte por el engaño de que ha sido víctima, atribuible al otro contratante, si él, a su vez, también indujo a error a la parte contraria, mediante engaños. El principio de la buena fe, que debe presidir las relaciones jurídicas, se resentiría si se admitiera que quien actuó de mala fe en la negociación de un contrato pueda accionar para anular el acto basado en la mala fe ajena. Nuestro Código contiene una regla muy precisa sobre el particular: para que el dolo sea causa de anulación del acto, no debe haber sido empleado por las dos partes. Reproduce norma semejante que contenía el Código de 1936 (artículo 1085). Numerosos autores se alínean en esta posición.

La solución no es, sin embargo, inmune a la crítica. El llamado Anteproyecto Sustitutorio contenía un numeral que propiciaba una solución opuesta. Decía el proyecto de norma: el acto jurídico es inválido por dolo aun cuando este haya sido utilizado por ambas partes. Fundamentando esta postura, sus autores afirmaban que no resultaba justo, a su juicio, que, cuando el dolo es usado por ambas partes, el acto sea inatacable, como si no hubiera existido dolo. El dolo de una parte no es menor ni menos excusable si la otra parte comete también dolo.

Esos mismos autores propugnaban para aquella hipótesis que la solución adecuada debía ser la indemnización de daños y perjuicios, y no la validez del acto, pues eso puede conducir a convalidar legalmente un acto que ninguna de las partes quiso celebrar. Desde esta perspectiva, es, en verdad, criticable la solución del Código. Lo que la ley reprime con el dolo es el actuar insidioso del que provoca el error, y ello se produce igualmente en el dolo bilateral; así, el dolo empleado por una parte no desaparece porque la contraparte afectada también actúa de mala fe. Según esta corriente, que nuestra legislación ha desechado, debió admitirse que el dolo recíproco produce los mismos efectos que el dolo unilateral, y la solución aceptada debió limitarse a la acción recíproca de daños y perjuicios, si de dolo incidental se trata.

Aun cuando el dispositivo citado, por referirse a la anulación del acto, solo establece tácitamente que la compensación en el dolo mutuo únicamente procede cuando se trata de dolo causal, la doctrina estima que debería hacerse extensiva la regla al caso de dolo incidental, que, al provocar la celebración del contrato en condiciones más

onerosas a las que se hubiesen convenido de no haber mediado este tipo de dolo, permite, a la parte que sufrió perjuicio, una acción indemnizatoria para resarcirlo.

¿Qué ocurre si una de las partes emplea un dolo causal y la otra parte emplea dolo incidental? Se sostiene que, en este caso, sería contra la equidad admitir la compensación y que el juez puede, considerando este hecho, admitir la acción de nulidad de la parte que padeció el dolo causal. Nuestro Código mantiene silencio sobre este particular y no hay jurisprudencia sobre este caso que consideremos puede resolverse en el sentido propuesto por la doctrina.

León Barandiarán (1961: 24) pone como ejemplo de dolo bilateral el siguiente caso: A ofrece en venta a B una porcelana vulgar diciéndole que se trata de una pieza valiosa de Sèvres, y B acepta pagar su muy alto valor mediante acciones de una compañía que asegura están cotizadas muy bien, cuando en realidad se hallan completamente depreciadas.

El dolo puede presentarse en forma positiva o negativa. Ambas conductas producen los mismos efectos, sea en el caso del dolo determinante o en el del incidental (artículo 212). El dolo del tercero —como explicamos— ha de ser siempre positivo. El Código reproduce el artículo 1088 del Código de 1936, que dice que la omisión dolosa produce los mismos efectos de la acción dolosa. En otras palabras, sigue considerándose causal que acarrea la nulidad del acto, si la omisión tanto como el comportamiento positivo fueron determinantes. Si el dolo por omisión fuera de tipo incidental, solo faculta a la indemnización de daños y perjuicios cuando el resultado es dañoso para el engañado.

Dolo positivo hay cuando por actos o palabras se adultera la realidad de lo que es objeto del contrato. Negativo será el dolo, si una de las partes guarda malicioso silencio u omite información relevante, sabiendo que el otro contratante está actuando por error y no teniendo la lealtad ni la buena fe de disipar dicho error. Es la reticencia e inhibición mal intencionada para obtener un provecho del error ajeno que ella provoca o consiente. La razón que obliga a dar el mismo tratamiento al dolo positivo y al negativo es, en lo que respecta a este último, el deber de informarse que las partes recíprocamente tienen si actúan con la lealtad y la buena fe que el propio Código les exige (artículo 1362). Ampliamente considerado, la obligación de no permanecer en silencio para eludir consecuencias adversas en los intereses de las partes *in contrahendo* puede configurar un caso de silencio con significado de violación de la conducta que la propia ley impone a la parte que se refugia en el silencio.

León Barandiarán (1961: 25) utiliza el siguiente ejemplo para ilustrarlo: si necesitando un abogado reputado, acudo donde A, en la creencia de que se trata de B; y A, que es un abogado sin mayor experiencia, se percató de mi error, pero, lejos de disiparlo, acepta ante mí pasar como si fuera B y me cobra honorarios sustanciales, ha obrado en dolo negativo, es decir, ha incurrido en dolo por omisión.

En materia de dolo por vicio del consentimiento, el Código incluye, en el Título IX que trata de la Nulidad del Acto Jurídico, sin mencionar al dolo negativo en que realmente consiste, una norma que alude al caso particular del incapaz que ha procedido de mala fe, ocultando su incapacidad, para inducir a la celebración de un acto (artículo 229). En este supuesto, ni el incapaz ni sus herederos o cesionarios pueden alegar la nulidad del acto celebrado por causa de incapacidad del agente. Se trata de una especie sui generis de dolo por omisión que utiliza un incapaz para, ocultando la incapacidad de que adolece y haciéndose pasar por capaz, engañar a otro para que celebre directamente con él un acto que debió practicar por medio de su representante legal. La sanción a este proceder es privar al autor del artificio de la acción para pretender desligarse luego de los efectos del acto que celebró, sanción que la ley hace extensiva a los herederos o cesionarios del incapaz.

CAPÍTULO XXIII

LA VIOLENCIA Y LA INTIMIDACIÓN

EL TERCER VICIO DE LA VOLUNTAD que el Código Civil trata, manteniendo básicamente la normatividad del Código derogado, es el de la violencia. Esta puede darse de dos maneras: la violencia física, llamada por los romanos *vis absoluta*, y la intimidación, llamada *vis compulsiva*.

Ángel Gustavo Cornejo (1937: 283) definía la violencia como «la coacción ejercida sobre una persona para obligarla a ejecutar un acto que no quiere». Resulta, pues, de un acto emanado de otra persona que elimina la voluntad del agente o afecta su libertad, de modo que esta se determina de una manera no espontánea. Así como el error y el dolo son vicios que afectan directamente a la inteligencia y, por intermedio de esta, a la voluntad, la violencia afecta directamente a la libre determinación de la voluntad. Por este motivo, un consentimiento forzado es un auténtico contrasentido jurídico; la libertad de contratar, que se asienta en la libertad del declarante de optar, es decir, en la libertad de decidir si quiere o no quiere comprometerse, se postula como raigal de la autonomía privada y requisito indispensable para que el derecho le otorgue su tutela.

I. CONCEPTO DE LA VIOLENCIA FÍSICA

La violencia física consiste en el empleo de medios materiales de coacción, de actos de fuerza de naturaleza irresistible, que constriñen al agente a obrar en determinado sentido y eliminan por completo su libertad. La voluntad que se expresa mediante la violencia física no es atribuible al declarante sino a quien se la dicta y ha eliminado, por medio de la fuerza, toda posibilidad de resistencia.

La violencia física está referida en el Código para enunciar que el consentimiento prestado por violencia es causa de anulación del acto (artículo 214) y para reiterar luego que el acto practicado por el vicio de la violencia es anulable (artículo 211, inciso 2).

Los Códigos y la dogmática son parcos en tratar acerca de la violencia física. Este hecho se debe a que resulta, fuera de toda duda, que quien actúa materialmente doblegado por una fuerza física superior no actúa con libre consentimiento, sino que lo

hace en forma mecánica. Al suprimir el consentimiento, el acto ejecutado con violencia no es propiamente un acto jurídico, porque no es el fruto de la voluntad de quien la emite. Por eso, buena parte de la doctrina considera que el acto jurídico practicado bajo violencia es un acto inexistente, es decir, que solo hay apariencia de acto jurídico. El llamado Anteproyecto Sustitutorio se refería a la violencia física en su verdadera dimensión como una causa que excluía la voluntad y acotaba que no hay declaración de voluntad cuando el comportamiento exterior del agente haya sido forzado por violencia física.

Dentro de nuestro ordenamiento positivo, la Constitución Política de 1993 prescribe que las declaraciones obtenidas por la violencia carecen de valor (artículo 2, numeral 24, inciso g). No es una condena nueva, porque ya existía la misma declaración, acaso expresada con mayor vigor, en la Constitución Política de 1979 (artículo 2, numeral 20, inciso j), y esta, a su vez, la había tomado de la Constitución Política de 1933 (artículo 57). Por tanto, aunque el Código le atribuye indebidamente la condición de vicio de la voluntad y de causa de anulación del acto, por el principio de jerarquía de las normas postulado en nuestra propia Constitución, según el cual la Constitución prevalece sobre toda norma legal¹ (artículo 51 Const), se trata en realidad, dentro de nuestro ordenamiento positivo, de un caso de nulidad absoluta. Evidentemente, habría que proponer la acción de inconstitucionalidad pertinente antes de que la teoría encuentre acogida práctica.

La declaración arrancada por la fuerza excluye toda voluntad. También tiene cabida la violencia física en la causal de nulidad absoluta, materia del inciso 1 del artículo 219 del Código, desde que es un caso en el que falta la manifestación de voluntad (manifestación idónea, se entiende). Por eso, desconcierta la incoherencia de las normas del Código y que haya persistido en el tratamiento incorrecto de la *vis absoluta*, que aparece, en la teoría, tan nítida y unánime. Es el mismo defecto evidente que ya contenía el Código de 1936 y que había sido oportunamente advertido por la doctrina nacional más calificada.

Los tratadistas ponen, como ejemplo clásico de violencia física, la que A emplea con B al obligarlo por la fuerza a firmar un documento, girándole la mano. Apenas si Planiol se refiere al hipnotismo como una de las pocas posibilidades en que pudiera tener aplicación práctica la figura de la violencia, pero agrega que no hay en los tribunales ningún precedente sobre el particular.

En el matrimonio, el Código reputa anulable el realizado con retención violenta (artículo 277, inciso 3) y reputa anulable el testamento obtenido por violencia (artículo 809). El Código es coherente consigo mismo, pero incoherente con la naturaleza del fenómeno jurídico de que trata.

¹ La ley, sobre normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente.

El Código se refiere a la violencia no como vicio de la voluntad sino como fuerza que se opone al cumplimiento de las obligaciones de hacer y de no hacer. En ambos casos, faculta al acreedor para exigir la ejecución forzada del hecho prometido, salvo que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor (artículos 1150 y 1158). La fuerza está, pues, legalmente vedada, aunque su empleo se dirija a conseguir el cumplimiento de una obligación.

2. CONCEPTO DE LA INTIMIDACIÓN

La violencia moral, o sea, la intimidación, consiste en la coacción ejercida por medio de amenazas que infunden tal temor en el ánimo de una persona que la inducen a ejecutar un acto que de otra manera no hubiera realizado. Las Partidas de Alfonso X la definían de la siguiente manera:

[...] la fuerza se debe entender de estas manera: cuando algunos aduzcan contra su voluntad, ole prendan, o ligan [...] el miedo se entiende quando es fecho de tal manera que todo ome, maguer fuese de gran corazon, se temiesse del, como si viesse armas o otras cosas con quel quisiesen ferir, o matar, o le quisiesen dar algunas penas; o si fuese manceba virgen, e la amenazassen que yacerían con ella.

La intimidación se diferencia de la violencia física en que, mediante esta, el individuo actúa sin libertad, materialmente coaccionado, como un autómatas, en tanto que el sujeto, cuando está intimidado, se enfrenta a un dilema: escoger entre afrontar la amenaza y no doblegarse a ella, o rendirse a la amenaza y celebrar el acto. En la violencia física, como vimos, no hay voluntad, solo un simulacro de ella representada en una declaración que se ha extraído del agente forzosamente. En la intimidación, se ejercita presión sobre el ánimo del declarante y no sobre el cuerpo; hay voluntad, pero esta se determina por el temor y, por consiguiente, el consentimiento no es espontáneamente emitido y está viciado. No se quiere lo que se declara, pero se declara para evitarse lo que se percibe como un mal mayor. De allí se deriva que el acto practicado por intimidación deviene anulable. Propiamente, la intimidación es, pues, un vicio de la voluntad y así lo considera la legislación comparada y nuestro ordenamiento.

Dijimos que la presión que se ejercita mediante la intimidación recae en el ánimo del declarante mediante amenazas. ¿Qué condición tendrán los actos de fuerza sobre el cuerpo del declarante mediante maltratos físicos que no llegan a constituir la fuerza incontrastable típica de la *vis absoluta*? Ya hay un daño experimentado, que es la consecuencia de los maltratos inferidos, pero hay otros daños que se anuncian seguirán. Estos son los que hacen vacilar al sujeto y, finalmente, lo deciden a expresar su voluntad para ahorrarse mayores sufrimientos a los ya experimentados. Esta acción constituye también un medio claramente intimidatorio. Las amenazas han sido parcialmente cumplidas, pero se mantienen, y ello es lo que priva al declarante, por el miedo que le infunde su

continuación, de la libertad que es constitutiva de un consentimiento idóneo. Es una modalidad más agresiva del acto intimidatorio típico, que reside fundamentalmente en el empleo de simples amenazas.

El Código legisla, al tratar de la anulación del matrimonio, dos casos similares en que se ejercita violencia física como instrumento de amenaza. No hay aquí simplemente la notificación de que el agente debe esperar recibir un mal injusto para atemorizarlo, sino que los dichos se sustituyen por hechos constitutivos de medios coercitivos que se aplican sobre el cuerpo del individuo de quien se quiere extraer una declaración. Así, se reputa anulable el matrimonio del raptor con la raptada o la inversa, o el matrimonio realizado con retención violenta, según reza el inciso 3 del artículo 277. En los supuestos señalados no hay violencia física que suplante totalmente la voluntad, característica típica de lo que ortodoxamente se entiende por *vis absoluta*, pero la amenaza se concentra en eliminar la libertad del sujeto, manteniéndolo como rehén hasta que acepta declarar lo que no quiere. Se trata de una situación que podríamos llamar intermedia entre los conceptos clásicos de violencia y de intimidación.

Henri y Mazeaud (1971) explican el desarrollo que tuvo esta figura en el derecho romano como delito que hacía vía a una acción penal hasta que finalmente, como tantas otras, se habilitó por el *ius honorarium*, una acción a quienes la habían padecido por *integrum restitutio* y que permitía recuperar lo entregado en virtud de un acto practicado por temor.

Para que la intimidación se configure se requieren tres condiciones:

- La amenaza debe ser injusta o inmoral.
- Debe ocasionar, en el agente, fundado temor de que sufrirá un mal inminente y grave.
- El temor debe ser causa determinante de la celebración de acto.

3. LAS AMENAZAS

La intimidación ha de consistir en amenazas injustas o inmorales, aunque el Código no exige textualmente este requisito. La amenaza es una declaración por la cual una persona comunica a otra que está resuelto a ocasionarle algún mal. Para que las amenazas de una persona sean susceptibles de generar intimidación, en su sentido jurídico, es necesario que sean amenazas hechas sin derecho, es decir, que se amenace con un mal que jurídicamente no es lícito infligir. La intimidación debe consistir, pues, en conminaciones sin sustento, en el sentido de que el intimidante no está legitimado para hacerlas. Pueden provenir de cualquiera, sea de la parte o de un tercero, según norma que nuestro Código acoge (artículo 214). Debe ser una amenaza seria y verosímil, porque solo así sería susceptible de infundir temor fundado en aquel que la recibe, elemento en el que provoca el vicio.

En el clásico ejemplo del acreedor que amenaza a su deudor con ejecutarlo y declararlo en quiebra si no le paga lo que le adeuda, el acreedor comunica a su deudor que ejercerá los recursos que la ley pone a su disposición para cobrar su crédito. La amenaza existe pero es justa, pues tanto los medios que, se anuncia, serán empleados como el resultado perseguido son legítimos. Si, a causa de ello, el deudor a quien se notifica que será ejecutado teme experimentar un sufrimiento patrimonial o un menoscabo en su buen nombre o crédito comercial y paga, tal amenaza no constituye intimidación que haga censurable el pago efectuado, porque el acreedor solo hizo uso adecuado de su derecho.

4. EL EJERCICIO REGULAR DEL DERECHO

Por contraste, habría intimidación si el acreedor amenaza a su deudor con ejercitar un derecho no para obtener la satisfacción de este, por los medios que la ley proporciona a tal efecto, sino mediante medios que el derecho no admite; o con la finalidad de procurarse beneficios adicionales que graven injustamente al amenazado. Por ejemplo, si le comunica que incendiará su casa si no acude con el pago. En este caso, el ejercicio del derecho deja de ser regular, se extralimita y se convierte en abusivo, porque el medio empleado para conseguir un fin lícito es ilícito o porque son ilícitos los fines que mediante ella se propone obtener el amenazante.

Cuando la doctrina se refiere a una amenaza injusta está aludiendo, más precisamente, a su licitud, es decir, al hecho de que sea o no contraria al derecho positivo. La amenaza del ejercicio regular de un derecho no anula el acto, pues no constituye intimidación injusta (artículo 217). Sería amenaza injusta, pues sale de los cauces regulares del ejercicio de su derecho, si el acreedor notifica al deudor que se propone ejecutarlo y declararlo en quiebra, no para obtener el pago de su crédito debido sino para constreñir al deudor a que pague intereses más elevados de los moratorios pactados o a que dé en pago un bien de valor mayor que la deuda, o para obligarlo a realizar un acto que no tiene relación con el derecho con cuyo ejercicio se amenaza, como inducirlo a hacer disposiciones testamentarias en su favor. En ambos supuestos, la amenaza es condenable, sea porque constituye un medio reprochable o porque está dirigida a una finalidad igualmente reprochable. Entra en juego el concepto del abuso del derecho, que nuestro Código sanciona en el artículo segundo del Título Preliminar.

Naturalmente, determinar cuándo la amenaza del ejercicio regular de un derecho tiene un fin justo y, por consiguiente, no constituye intimidación, y cuándo se dirige a una finalidad que el derecho no admite como efecto propio del derecho que se ejercita, o sea, consiste en una pretensión injusta, que puede configurar una intimidación, es una cuestión de hecho que debe quedar librada a la prueba que permita al juzgador compulsar las circunstancias que influyan en la calificación. Todas las legislaciones

consienten en que el ejercicio regular de un derecho no abre la vía para impugnar por intimidación. Aquí el *quid* reposa en la finalidad que el agente se propone. El ejercicio regular de un derecho se contrapone a su ejercicio abusivo.

5. EL SIMPLE TEMOR REVERENCIAL

Tampoco es considerada injusta la intimidación producida por el simple temor reverencial (artículo 217). Se trata del miedo a desagradar, contrariando los deseos de una persona por quien se tiene una deferencia o especial afecto. Es la obediencia respetuosa que una persona tiene para otra (por ejemplo, el hijo hacia su padre). La influencia moral que nace de la consideración, el cariño o la admiración especiales que se tiene a ciertas personas, hace que se tema contrariarlas.

La persona expuesta a temor reverencial, no obstante, celebra el acto en forma espontánea. El elemento de la espontaneidad en el que actúa es lo que califica al temor reverencial como tal. El motivo íntimo por el que se celebra el acto y se emite la declaración es el temor que en su fuero interno abriga el declarante de desagradar mediante su actuación a otro o incurrir en la ira de esa otra persona, si este no consiente. Pero el motivo es, como sabemos, irrelevante como causal de anulación y no podrá alegarse vicio de la voluntad sobre la base de esta consideración. Casi toda la legislación comparada considera al temor reverencial como factor que no produce intimidación, por la naturaleza del fenómeno en que consiste.

En principio, el temor reverencial estaba restringido al que el agente del acto tuviera a sus parientes más cercanos, tal como lo expuso el *Code* (el padre, la madre u otros ascendientes, o sea, los abuelos o bisabuelos). Posteriormente, el concepto se hizo más extensivo, y nuestro Código lo ha ampliado quizás en exceso. El Código Civil argentino, por ejemplo, se expresa de la siguiente manera: el temor reverencial o el de los descendientes para con los ascendientes, el de la mujer para con el marido (pero no a la inversa) o el de los subordinados para con su superior, no es causa suficiente para anular los actos (artículo 940). Nuestro Código califica que el temor reverencial debe ser «simple», calificativo que debe entenderse como característico del temor que el agente forja por sí solo con su declaración, sin la influencia de otra persona.

Contrariamente, el aprovechamiento indebido de la influencia que se tiene sobre otro para mediante una presión moral arrancarle una declaración deja de ser simple temor reverencial e invade el campo vedado de la intimidación. El padre que ordena a su hijo que efectúe determinada operación bajo la amenaza de echarlo de su casa si no consiente provoca un temor que ha dejado de ser espontáneo para convertirse en el fruto de una influencia indebida y, por ende, en intimidación.

Al legislar sobre las causales de anulación del matrimonio, el Código repite que el simple temor reverencial no anula el matrimonio (artículo 277, inciso 6).

6. EL TEMOR

La amenaza debe ocasionar un temor fundado en la persona a la cual se dirige. Al temor, los romanos lo llamaban *metus*, palabra de la que se deriva la expresión «miedo». Es este sentimiento de miedo el que obnubila el espíritu del agente y le causa un deseo vehemente de evitar el daño, por lo que la decisión adoptada bajo el influjo de amenazas no solo carece de espontaneidad sino, también, de la serenidad necesaria para discernir las ventajas o desventajas de una determinación. Es el temor, pues, el elemento de carácter espiritual que actúa sobre el consentimiento del agente que es objeto de intimidación perturbándolo y lo induce a declarar su voluntad en un sentido que no quiere, pero que juzga necesario para evitar, como mal menor, el sufrimiento del que teme será objeto.

No todo temor produce una voluntad viciosa. El temor ha de ser fundado, o sea, estar justificado por los hechos materia de la amenaza. No es, por lo general, el temor que nace espontáneamente en una persona por efectos de su propia turbación espiritual; ni el estado de necesidad que por sí solo es insuficiente para configurar intimidación, porque en él no hay, de ordinario, amenaza que provenga del hombre; ni el temor que a una persona pueda ocasionar las consecuencias de sus propios actos. Es el temor que nace de amenazas injustas que otra persona le dirige y que, al viciar la voluntad, hace que esta se emita sin la libertad necesaria para que el acto volitivo traduzca un querer auténtico.

La ley no solo dice que el agente deba padecer temor, sino que califica el temor y exige que este sea «fundado». Para que el miedo que producen las amenazas de otra persona sea considerado un miedo fundado, debe ser real y estar presente en el momento en el que el acto se celebra. La simple sospecha de la forma en que reaccionará la otra parte si le comunicamos nuestra decisión de no celebrar el acto como se nos propone no constituye un miedo fundado, pues no ha sido producto de amenazas sino de temores espontáneos del declarante. El temor debe responder a una amenaza seria y verosímil, no a males imaginarios, pueriles y temidos sin razón que lo justifique. Debe existir una cierta proporcionalidad entre el mal que la amenaza conlleva y el miedo que esta sea capaz de infundir.

La amenaza que ocasiona el temor debe ser difícil de evitar según el sujeto pasivo de la intimidación. Si fuese fácilmente eludible, el temor sería infundado, le faltaría su razón de ser. Por eso, las amenazas que configuran la intimidación deben ocasionar, al agente, el fundado temor de sufrir un mal que debe ser inminente y grave.

El requisito de la inminencia del mal en la intimidación ha sido objeto de prolongada controversia. Ella se remonta a la disposición contenida en el artículo 1112 del *Code*, que exigía que el mal fuera presente y grave. Los críticos dijeron, con razón, que el temor debía ser presente y no el mal, pues cabía considerar que el temor presente a un grave mal futuro fuera un temor fundado, no menos que el temor

presente a un mal próximo o presente. Añadían que, si el mal debía ser presente, tendría que producirse coetáneo con la amenaza y el temor, y no daría tiempo a la decisión. Frente a las críticas, el Código italiano suprimió la condición de que el mal fuera presente.

Nuestro Código dispone que el mal con el que se amenaza sea inminente y grave (artículo 215), es decir, que el mal amenazado sea uno susceptible de producir un sufrimiento grande y darse próximamente, en un tiempo más o menos corto. Es imposible fijar el lapso de tiempo, cuestión que hay que apreciar en los hechos. La calificación de la inminencia del mal la tomó nuestro Código Civil de 1936 del Código Civil argentino, que tantas normas inspiró en el nuestro, y el Código vigente lo ha mantenido como razonable (artículo 215). León Barandiarán (1954: 134), sin embargo, criticó esta expresión en el Código de 1936, aduciendo que la razón por la cual está viciado el consentimiento del amenazado es que este supuso que el mal se iba a realizar, ya fuera en tiempo más o menos próximo. Basta, según su raciocinio, con que el amenazado tuviera el temor de un mal que juzgaba seguro, así no fuera inminente, aunque es claro, en nuestra opinión, que la inminencia de sufrir el mal contribuye a hacer más verosímil el temor. En todo caso, el proyecto de la Comisión Revisora del Código, en la que León Barandiarán tuvo gran predicamento, mantuvo la fórmula de que el mal ha de ser inminente, por lo que es de suponer que el crítico del Código de 1936 había depuesto sus objeciones originales al concepto.

El mal, además de inminente, debe ser grave, como ya lo indicamos, es decir, de significativa consideración, capaz de producir en la víctima un gran sufrimiento o sacrificio —ya sea físico, moral o económico—. Además, la víctima debe considerarlo mayor que los perjuicios que le ocasionaría proferir la declaración. El concepto de la gravedad del mal es relativo y debe juzgarse en concreto, es decir, mediante un criterio de interpretación subjetivo, no en abstracto. Y ello es así, porque el Código hace depender esta cuestión del significado que el mal pueda tener, elemento que además hay que acreditar como un hecho en la edad, el sexo, la condición de la persona y demás circunstancias que puedan influir sobre ella (artículo 216). Así, se considera la edad por ser más fácil infundir miedo en un anciano que en un adulto; el sexo, porque se supone a la mujer más débil que el hombre; la condición de la persona, porque un enfermo será más fácil de doblegar que una persona sana, etcétera.

Según el Código, el mal con el que se amenaza puede recaer en la persona o bienes del propio sujeto a quien se desea arrancar la declaración (artículo 215). Es evidente que, por evitar el daño que lo afectará directamente, el agente puede hacer una declaración anulable. El mal con que se amenaza puede estar dirigido también a la persona o los bienes del cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad (hermanos, sobrinos o tíos, primos, suegros o cuñados) del amenazado. El Código peca —nos parece— por exceso. Presume que las personas enumeradas tienen con el amenazado vínculos afectivos tan íntimos que la amenaza del mal

que puedan estos sufrir equivale a una amenaza en la integridad personal o en los bienes del propio amenazado. ¿Se trata de una presunción de hecho que admite prueba en contrario o es una presunción *de iure*? La regla nada dice, pero es menester atribuirle un significado. Nada abona a considerar que la presunción no es susceptible de ser atacada, si existen pruebas de que las relaciones de afecto que normalmente unen a las personas cuyo parentesco la norma establece no son verdaderas. A veces, las diferencias entre parientes en los hechos son más intensas e implacables que las que distancian a personas sin dicho vínculo.

Finalmente, la ley admite que el mal puede recaer también en otras personas si consideraciones especiales hacia ellas pueden inspirar al amenazado a querer evitar el mal mediante la declaración: por ejemplo, la amenaza de infligir un mal a la novia, a un íntimo amigo, etcétera. Tratándose de estas personas, la ley no presume que la amenaza del mal conlleve suficiente temor en el ánimo del amenazado, pero señala que corresponderá al juez decidir la anulación atendiendo a las circunstancias (artículo 215, segundo párrafo). La prueba corresponde a quien desea impugnar la validez del vínculo, que deberá probar las relaciones de afecto y consideración declaradas, con el propósito de justificar haber declarado la voluntad para apartarlas del mal con el que se les amenaza.

La diferencia entre los casos antes citados es, pues, referente a la carga de la prueba, mientras que, cuando la amenaza recae sobre la persona y bienes del propio amenazado o de su cónyuge, o demás parientes indicados, la ausencia de ecuanimidad que el mal por sufrir ocasiona se presume y corresponderá al acusado de la intimidación, el demandado en el procedimiento de anulación del acto, destruir con prueba y argumentación suficiente la presunción. En el caso de que recaiga sobre tercera persona, será el actor amenazado, que persigue la anulación del acto, quien deberá probar la existencia de vínculos afectivos tan estrechos con el intimidado que son, en efecto, capaces de producir un temor de tal naturaleza que ha afectado la espontaneidad de su declaración y lo ha determinado a realizar el acto en situación de intimidado.

7. EL TEMOR DEBE SER DETERMINANTE

La intimidación debe ser causa determinante del acto, de tal forma que, sin dicha intimidación, el agente no hubiera celebrado el acto. Este requisito, que también se presenta en el caso del error y del dolo, se explica por idénticas razones. El Código así lo deja entender cuando expresa que la violencia o la intimidación son causas de anulación del acto, aunque hayan sido empleadas por un tercero que no intervenga en él (artículo 214). Acaso en términos más concluyentes se expresa el Código cuando enuncia la causal de anulación de un matrimonio por intimidación. El artículo 277, inciso 7 del Código reputa anulable el matrimonio «[...] de quien lo contrata bajo la amenaza de un mal grave e inminente, capaz de producir en el amenazado un estado de temor, sin

el cual no lo hubiera contraído». Este requisito es, pues, común a todos los vicios de la voluntad. En efecto, sería impropio proporcionar al agente el remedio de la anulabilidad, si las amenazas no pesaron decisivamente en su voluntad al celebrar el acto. Repárese en que el vicio se produce aunque la declaración se efectuó y el agente realmente consintió, ya que este solo lo hizo en razón o por causa de haber sido objeto de coacción. Para que el vicio de la intimidación pueda anular el acto, tiene que haber una relación de causa a efecto entre la amenaza injusta y el consentimiento prestado.

En la existencia de este nexo causal ha de sustentarse su demanda el sujeto que consintió intimidado, porque es el declarante que expresó su consentimiento determinado por las amenazas que se le dirigieron en quien reposa la obligación de probar que sin ella no hubiera manifestado la voluntad como lo hizo.

La violencia o la intimidación son causa de anulación del acto jurídico, aunque hayan sido empleados por un tercero que no intervenga en él, de modo que la intimidación puede provenir de la persona que se beneficiará con el acto o de un tercero que no intervenga en el acto: en ambos casos, el acto será anulable. Igual ocurre con el error, mas no con el dolo, como ya tuvimos ocasión de comentar. La ley trata a la intimidación con más severidad que el dolo, sin una razón aparente que lo justifique (como sabemos la primera produce anulabilidad cuando emana del otro contratante o de un cómplice de este que haya actuado en provecho del contratante). En el caso de la violencia moral, no se exige que el tercero haya actuado con conocimiento de la parte interesada directamente en el acto; la intimidación mediante amenazas puede suscitarse sin conocimiento de esa parte y el acto será, no obstante, anulable. La violencia o intimidación se reprime, pues, *in re*, por su propia naturaleza vituperable, y no en relación con la persona de la cual provenga.

Aunque el Código no lo diga, además de la anulación del acto, el demandante puede accionar, cuando se trata de contratos, los daños y perjuicios que la contraparte le haya ocasionado con la intimidación por las reglas de la responsabilidad *in contrahendo*. Si la intimidación provino de tercero, el resarcimiento de los perjuicios contra este se fundará en las reglas pertinentes de la responsabilidad extracontractual. La prescripción para el ejercicio de la acción de anulabilidad y de la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual es de dos años. Exhaustos los derechos para accionar bajo cualquiera de estas acciones, el perjudicado por una intimidación en sede contractual dispone de más tiempo para reclamar la reparación de los perjuicios que pudiera habersele infligido, pues la prescripción de la acción personal es de diez años.

La intimidación puede presentarse en actos bilaterales y unilaterales. Así, el Código considera anulable el testamento obtenido por la violencia, la intimidación o el dolo (artículo 809). En ciertos casos, la ley pena la violencia con medidas punitivas específicas. Son indignos de suceder, como herederos o legatarios, los que hubiesen empleado dolo o violencia para impedir al causante que otorgue testamento, para obligarlo a hacerlo o para que revoque total o parcialmente el otorgado (artículo 667).

A semejanza de lo que ocurre en el caso del vicio del dolo, nuestra ley no prescribe la necesidad de que la intimidación produzca un daño para que el acto sea anulable.

En lo concerniente a los vicios de la voluntad, el Código ha introducido la regla general del artículo 218, que prohíbe la renuncia anticipada a la acción que se funde en error, dolo, violencia o intimidación. Bajo el Código anterior, una estipulación de este carácter tenía la naturaleza de una cláusula «de cajón» que se incluía en los contratos, con lo que se hacía ilusorio que el contratante que actuaba con su consentimiento viciado pudiera pretender con éxito la anulación del acto. El antecedente de la nueva norma es de origen mexicano y se orienta a proteger al afectado frente a su desamparo por renunciaciones anticipadas a su derecho de impugnar este tipo de actos viciados. La acción de anulación basada en vicio de la voluntad constituye un remedio legal que ha sido elevado a la categoría de orden público y como tal es irrenunciable.

También será nula la renuncia anticipada a reclamar los daños y perjuicios originados por la anulación de actos basada en los expresados vicios, lo que hace necesario considerar, al respecto, las reglas del Código en materia de responsabilidad contractual (artículo 1328) y en materia de responsabilidad extracontractual (artículo 1986), de imperativo cumplimiento.

CAPÍTULO XXIV

LA INEFICACIA Y LA INVALIDEZ DE LOS ACTOS JURÍDICOS

EL DERECHO PROTEGE y respeta la facultad creadora de relaciones privadas que es la voluntad humana, llamada la autonomía privada, pero solo cuando esta se manifiesta de manera conforme a las normas que el propio derecho dicta. Cuando la voluntad de los individuos se propone crear un efecto de derecho mediante un acto jurídico que no respeta las normas imperativas de la ley, se produce la ineficacia de dicho acto: el derecho impide que surta los efectos que las partes pretendieron.

I. CONCEPTO DE INEFICACIA

Eficaz es el acto que surte los efectos queridos por las partes; ineficaz, por tanto, el acto que no surte ningún efecto o no surte los efectos que corresponden a su contenido.

Se suscita la ineficacia, en general, cuando el interés individual expresado en el acto de autorregulación en que consiste el acto jurídico resulta incompatible con el ordenamiento legal. Ello quiere decir que los efectos que los agentes del negocio concreto quieren alcanzar, si bien pueden operar en el plano de la realidad social, no llegan a hacerlo en la dimensión jurídica de la expresada realidad. En la distinción entre la ineficacia y la invalidez, aquella representa el concepto amplio y esta, el restringido.

En efecto, el acto nulo no surte, en modo alguno, los efectos que corresponden a su tipo, y el acto anulable tampoco los produce si es impugnado con éxito; ambos son o devienen, por tanto, ineficaces. La invalidez es una clase de ineficacia que ataca un acto a causa de un vicio de su constitución, ya suceda así en absoluto, en cuyo caso el acto es nulo y se dice que adolece de nulidad absoluta; ya resulte solamente cuando el que tenga facultad legal ministrada de impedirlo no quiera que surta efecto el negocio por razón del defecto originario que contiene, caso en el que el acto es meramente anulable.

Pero hay otros modos, distintos de los casos de invalidez, de que el acto carezca de eficacia o no produzca consecuencias, aunque no exista en el mismo un vicio en su constitución. Y ello es así porque todos los preceptos legales no tienen igual trascendencia según el derecho, ni este les atribuye jerarquía semejante, y será igualmente diversa la ineficacia que se produzca por su omisión o inobservancia dependiendo de

cómo el acto vulnera tales reglas. Hay pues varios grados y modos de incompatibilidad entre la voluntad privada y las normas legales, y estos determinan las distintas clases de ineficacia del acto jurídico.

Dados a clasificarla, la ineficacia de un acto jurídico emana de causas extrínsecas o de causas intrínsecas al acto mismo.

Será causa extrínseca de la ineficacia de un acto jurídico, aquella circunstancia o situación —ya coetánea al nacimiento del acto, ya sobreviniente, pero que no afecta a su proceso de formación ni a sus elementos constitutivos— que determina que un acto que nació válido sea privado momentáneamente de surtir efectos o sea privado posteriormente de continuar produciéndolos. La ineficacia de un acto jurídico producida por una causa extraña a sus elementos esenciales es, pues, una simple ineficacia y tal es el término con el que debe designarsele.

El acto que es eficaz respecto de terceros normalmente les es oponible, lo que quiere decir que vale y produce efectos respecto de ellos. Cuando su ineficacia trasciende a las partes y carece de valor frente a terceros, es ineficaz frente a estos, y a esta situación se le denomina inoponibilidad. De allí se deriva que los negocios que no son eficaces frente a los terceros no los afecten ni comprometan, es decir, les sean inoponibles.

Será causa intrínseca de la ineficacia de un acto jurídico la falta de uno de los elementos que la ley considera esencial para que dicho acto produzca efectos. El acto adolece de una falla íntima, de un requisito constitutivo, que se da coetáneo al nacimiento del negocio y que determina que el derecho no pueda admitir que sea fecundo en efectos. La ineficacia de un acto jurídico producido por una causa intrínseca a la constitución del negocio se llama invalidez. Si el negocio carece, al momento de formarse, de uno de sus elementos esenciales o estos están viciados, no es válido; el derecho lo descalifica como productor de efectos jurídicos.

2. CAUSALES DE INEFICACIA

La ineficacia no está tratada de modo sistemático en nuestra legislación civil y las causales que la producen están desperdigadas a lo largo del Código. Sin embargo, es adecuado dar una idea de las principales fuentes o causales de ineficacia, y como operan las que nuestro Código ha tipificado, porque, en sus efectos, algunas de ellas se confunden y equiparan con los efectos de las nulidades, que son un tipo especial de ineficacia, como venimos advirtiendo. Algunas de las causales de ineficacia surgen de la manifestación de voluntad de aniquilar relaciones jurídicas y son actos jurídicos destinados a extinguir la relación que otros actos crearon. Otras causales de ineficacia están previstas en la ley y para que surtan efecto, o sea, para que conviertan en ineficaz al acto, requieren de una sentencia judicial que así lo determine.

Tenemos, pues, que se denomina simplemente ineficaz al acto jurídico que por causas ajenas a su propia conformación no surte efectos o no pueda continuar produciendo

los efectos que se propusieron las partes. Observado el acto desde el sesgo de su funcionalidad, la ineficacia convierte al acto en inservible o inútil.

La diferencia lógica entre ineficacia e invalidez es que la ineficacia es el género y la invalidez, la especie.

Ineficaces, aparte de los actos inválidos, son igualmente los actos en que, dándose íntegramente los requisitos de validez, no producen efectos en un caso dado, según la voluntad de las mismas partes, porque falta de manera definitiva, o solo transitoriamente, alguna otra circunstancia, no perteneciente a los requisitos constitutivos del negocio, pero que el ordenamiento juzga necesaria para que los efectos se produzcan. Así, por ejemplo, el acto del representante que carece de poder y dispone de cosa ajena resulta ineficaz respecto del dueño, porque el representante no estaba autorizado a disponer de él. Es claro, en tal caso, que no existe vicio constitutivo alguno, pero el ordenamiento niega efectos al acto de disposición practicado por quien no es dueño del bien dispuesto.

La simple ineficacia, aquella producida por causas ajenas a los elementos constitutivos del acto, puede tener distintas causas u orígenes y, por lo mismo, manifestarse de manera diversa, aunque la consecuencia de todas será la misma: el acto se convierte en uno impotente para surtir efectos legales. La terminología jurídica no es uniforme para designar los diversos tipos de ineficacia que pueden presentarse. Usaremos la que nuestro Código emplea.

Las principales causales de ineficacia de un acto jurídico tipificadas en nuestro Código son las siguientes: la ineficacia propiamente dicha, la rescisión, la resolución, la revocación, la renuncia, la caducidad y el mutuo disenso. A ellas cabe agregar la situación del plazo suspensivo aún no transcurrido o de la condición suspensiva cuando está pendiente de realizarse, que priva, por el momento, de efectos al acto, pero que bien puede privarlo de efectos en forma definitiva, si la condición no se realiza. En todos estos casos, y en otros que se resisten a ser clasificados, por la diversidad de su origen, pero que se relacionan con el incumplimiento de las obligaciones o la imposibilidad sobreviniente de cumplirlas, falta un requisito o situación previa que la ley o la voluntad exige para que los efectos del negocio se den en armonía con el derecho. A estos se les denomina, genéricamente, requisitos o supuestos legales de eficacia.

La simple ineficacia es la privación de efectos legalmente dispuesta, que ocurre con ciertos actos en cuanto perjudican a un tercero y, entonces, les son inoponibles o ineficaces respecto de él. Esto ocurre en el caso del fraude del acto jurídico, en que el deudor, mediante actos de disposición patrimonial que celebra con un tercero, perjudica al acreedor, que es un tercero respecto del acto ineficaz (artículo 195) o en aquellos que el representante concluye con un tercero, sin tener poder o con poder insuficiente, y que convierten al acto en ineficaz respecto del representado (artículo 161).

La rescisión es el modo de quitarle eficacia a un acto jurídico por causal existente al momento de celebrarlo según definición del Código (artículo 1370). Esto sucede, por ejemplo, con la acción rescisoria del acto por lesión que puede iniciar el contratante

agraviado por una notable desproporción entre las prestaciones en el caso de contratos bilaterales conmutativos (artículo 1447). Lo propio sucede en la venta de lo ajeno, rescindible a solicitud del comprador (artículo 1539). La rescisión se le pronuncia judicialmente, y la sentencia opera retroactivamente, porque tiene por causa una circunstancia originaria, es decir, que se da en el momento de la celebración del acto (artículo 1372, primer párrafo).

Es la rescisión la causal de ineficacia que muestra más afinidad con la invalidez por anulabilidad, porque ambas dejan sin efecto un contrato por causa existente al momento de su celebración; ambas, una vez declaradas, retrotraen su efecto a la fecha de celebración del contrato; ambas solo operan en virtud de sentencia judicial. Finalmente, la acción, en ambos casos, solo puede ser iniciada por los interesados legitimados expresamente para ello; ninguna puede ser declarada de oficio por el juez; y el Código prohíbe renunciar anticipadamente tanto a la rescisión como a la anulación.

Se distinguen, sin embargo, por lo siguiente: en primer lugar, porque mediante la anulación se priva de efectos a los contratos, pero también a actos extrapatrimoniales como el matrimonio (artículo 277) y el testamento (artículo 808), mientras que la rescisión solamente se da respecto de contratos (artículo 1370); en segundo lugar, porque los contratos se anulan por vicios de la voluntad, por incapacidad relativa del agente y por simulación en perjuicio de terceros (artículo 221), mientras que la rescisión opera por otras causales que tienen por base razones de quebranto de equidad económica; en tercer lugar, porque el acto anulable puede confirmarse, mientras que el rescindible no; en último lugar, porque el plazo de prescripción de la acción de anulación es de dos años (artículo 2001, inciso 4), mientras que el plazo de prescripción de la acción rescisoria es el de la acción personal, o sea, diez años (artículo 2001, inciso 1), o caduca en el plazo especial de seis meses de cumplida la prestación a cargo del autor de la lesión, pero, en todo caso, a los dos años de celebrado el contrato con lesión (artículo 1454).

La rescisión no puede convalidarse, pero la parte legitimada para invocarla puede dejar que transcurra el plazo de prescripción de la acción rescisoria y no solicitarla. El transcurso del tiempo limpia al acto rescindible.

La resolución es una forma de privar de eficacia a un acto jurídico por ocurrir una circunstancia prevista o no por las partes, que se presenta después de su celebración y a la cual la ley o las partes le atribuyen dicho poder. El Código la define como el evento que deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración (artículo 1371). A este tipo de ineficacia corresponde, en última instancia, someter al acto conmutativo de ejecución continuada, en el que se presenta un suceso imprevisto que quiebra la conmutatividad (artículo 1440). La condición o el plazo resolutorios obran resolviendo el negocio jurídico modal que los contiene; lo mismo ocurre con el ejercicio del pacto de retroventa, mediante el cual el vendedor adquiere el derecho de resolver unilateralmente el contrato de compraventa (artículo 1586).

A diferencia de la rescisión, la ineficacia que acarrea la resolución se le invoca judicial o extrajudicialmente; y, en ambos casos, sus efectos no operan hacia atrás, salvo pacto que así lo haya determinado. Por razón de la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento antes indicado y, si ello no fuera posible, a reembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento (artículo 1372, segundo y tercer párrafos).

El plazo para solicitar la resolución de un acto es el de la acción personal, o sea, diez años (artículo 2001, inciso 1). La resolución del contrato a pedido del adquirente, en razón del saneamiento, caduca a los tres meses si se trata de muebles y a los seis, si se trata de inmuebles (artículo 1514).

Ni la rescisión ni la resolución perjudican los derechos adquiridos de buena fe, se entiende que por terceros (artículo 1372, párrafo final). Esto significa que si un tercero ha adquirido de buena fe un bien, al cual su enajenante pierde derecho en virtud de una sentencia de rescisión o de resolución, o, en este último caso, en virtud de acuerdo extrajudicial entre las partes, la extinción de la eficacia del acto del cual el enajenante derivó su derecho no es oponible al tercero que haya adquirido de buena fe, es decir, sin conocer, a pesar de la diligencia normal desplegada, la existencia de la causal que origina la rescisión o la resolución.

No exige el Código que la adquisición por el tercero haya sido a título oneroso. Por tanto, el tercero adquirente de buena fe a título gratuito resiste una acción impugnatoria basada en la resolución o rescisión del acto del cual su enajenante derivó el derecho que le transfirió. La buena fe se presume. Quien la niega soporta la carga de la prueba en contrario. Cuando resulta infructuosa la sentencia que pronuncia la resolución, el interesado puede exigir una indemnización de daños y perjuicios. Si es inútil la sentencia que ordena la rescisión, por no ser posible que el demandado devuelva la prestación recibida por haberla enajenado al tercero de buena fe o haber perecido, le queda al demandante la acción de reajuste del precio.

En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato más la indemnización de los perjuicios (artículo 1428). Es lo que el Código de 1936 llamaba impropriamente la condición resolutoria tácita, sin serlo (artículo 1341). La resolución de un contrato con prestaciones recíprocas se produce de pleno derecho cuando se convino expresamente ante el incumplimiento de una de las partes (artículo 1430). También opera la resolución de pleno derecho en los contratos con prestaciones recíprocas si la prestación a cargo de una de las partes deviene imposible sin culpa de las partes (artículo 1431). Si la imposibilidad de la prestación obedece a culpa, igualmente hay resolución de pleno derecho, sin perjuicio de la indemnización a cargo del incumplido (artículo 1433). En los contratos plurilaterales con prestaciones autónomas, la imposibilidad sobreviniente de cumplir la prestación no ocasiona la resolución del contrato respecto de las otras partes, a

menos que la prestación incumplida sea esencial según las circunstancias. Las otras partes pueden optar por resolver el vínculo con el incumplido o exigir su cumplimiento (artículo 1434).

La revocación es una manera legal de quitarle eficacia a un acto jurídico mediante la retractación de la voluntad por decisión del agente del acto unilateral y, en caso del contrato gratuito de donación, por determinadas razones justificadas. También se le conoce como disenso unilateral. El Código no la define.

Ejemplos de actos que cesan por revocación están expuestos por todo el Código. Anotamos algunos: el testamento o el legado que lo contiene dejado sin efecto por voluntad del propio testador (artículo 798); el poder que se revoca en cualquier momento por decisión del poderdante, que pone fin a la representación (artículo 149); la revocación del poder otorgado por varios representados para un objeto de interés común y que produce efecto solo si es realizada por todos (artículo 150); la revocación tácita del poder (artículo 151); y la revocación de las donaciones que se hayan hecho los prometidos en caso de ruptura de los esponsales, lo que se explica porque el acto no genera la obligación de contraer el matrimonio prometido (artículo 240). Asimismo, esta figura puede darse en el caso de la promesa unilateral, que puede ser revocada en cualquier momento (artículo 1963); y en la autorización para que el menor con discernimiento pueda dedicarse a un trabajo, ocupación, industria u oficio, que puede ser revocada por razones justificadas (artículo 457).

El donante puede revocar la donación por las mismas causas de indignidad para suceder y de desheredación (artículo 1637). Salvo el caso de la revocación de la donación, para la cual el Código exige determinadas causales para no caer en la ruptura del principio de que los contratos no pueden alterarse sino con el consentimiento de aquellos que los otorgaron, los demás actos jurídicos de revocación afectan la eficacia de actos que el propio agente creó unilateralmente o que generan una obligación. El efecto de la revocación es extinguir los actos revocados.

La renuncia importa la dejación, por el acreedor, de un derecho, del cual se aparta por propia determinación. Es considerado un acto de disposición. El Código omite definirla. Por ejemplo, el representante puede en cualquier momento renunciar a la representación que ejercía y termina, de esta manera, la relación representativa que lo ligaba al representado (artículo 154); el heredero puede renunciar a la herencia (artículo 677); y los padres que ejercen la patria potestad pueden renunciar al usufructo legal de los bienes de sus hijos menores (artículo 443). Asimismo, se puede renunciar anticipadamente al derecho de revocar la promesa unilateral (artículo 1965); y a la prescripción ganada (artículo 1991).

Otras veces, la ley declara la caducidad de determinados actos al ocurrir situaciones de hecho inesperadas, que hacen incompatible que pueda seguir produciendo consecuencias en las nuevas circunstancias surgidas. Por mandato legal, sus efectos se interrumpen definitivamente. Así sucede con el testamento de quien no tenía

herederos al momento de testar y posteriormente los adquiere (artículo 805). Caduca la patria potestad, con las facultades de administración y usufructo legal, del padre declarado en quiebra, aunque el Código incorrectamente diga simplemente que «cesan» (artículo 443).

Tratándose de poner fin a un acto solemne por consenso entre los contrayentes, ¿será preciso recurrir a idéntica formalidad que la exigida para su nacimiento para que el ordenamiento reconozca la conclusión de la relación? La respuesta de la doctrina es negativa. Para poner fin a un acto jurídico no se necesita ser congruente con la forma requerida o utilizada para su constitución. De allí se deriva que el mutuo disenso, siendo una causal de ineficacia voluntaria, es un acto consensual informal en nuestro Código, que lo define como el acto mediante el cual las partes que han celebrado un acto jurídico acuerdan dejarlo sin efectos (artículo 1313). Es la forma regular de hacer cesar voluntariamente los efectos de actos bilaterales.

Cuando falta uno de estos requisitos de eficacia, los efectos no pueden producirse, aunque los elementos esenciales del negocio como tales se den con toda normalidad. La ineficacia puede ser definitiva o momentánea. La condición resolutoria cumplida priva definitivamente de efectos al negocio, apenas se verifica; el plazo extintivo transcurrido también. El plazo y la condición suspensiva pendientes los privan interinamente, pero, en el caso de la condición, pueden darse más adelante.

Los actos privados de eficacia pueden readquirirla posteriormente con efectos *ex tunc*, como en el acto jurídico de ratificación unilateral que el representado hace de los actos celebrados por su representante sin poder suficiente.

Ahora bien, entre lo que puede considerarse parte integrante o constitutiva del negocio y lo que cabe considerar un mero supuesto de eficacia, sea que emane de la voluntad de los agentes del acto o de la propia ley, no hay una diferencia que sea fácil de percibir en forma tajante, pero no debe dudarse que en esta distinción radica la justificación que separa conceptualmente a los actos ineficaces de los inválidos. El acto ineficaz nace y tiene las aptitudes requeridas para que surta efectos, pero está en situación de inercia o de dormido frente a todos o frente a ciertas personas.

3. LA INVALIDEZ

A la invalidez, en sus dos vertientes de nulidad y anulabilidad, se le legisla en el Título IX del Libro del Acto Jurídico. El primer reparo que merece el Código es la denominación de este título, que se llama Nulidad del Acto Jurídico. Lo correcto hubiera sido llamarlo Invalidez del Acto Jurídico, desde que abraza no solamente a la nulidad sino, también, a la anulabilidad, a la que por respeto al idioma pudo llamarse anulación. Se prefirió un término de dudosa pureza castiza para traducir el vocablo del Código italiano, que, sin embargo, trata en capítulos distintos ambas manifestaciones de la invalidez.

El Código ha repetido en los artículos 220, 225, 226, 227, 228 y 229, respectivamente, los artículos 1124, 1131, 1078, 1128, 1130 y 1129 del Código de 1936; y parcialmente en los artículos 222 y 224, respectivamente, los artículos 1126 y 1127 del mismo Código. Innova el primer párrafo del artículo 222, que ofrece una solución distinta de la que ofrecía el primer párrafo del artículo 1126 del Código derogado. Intercala un párrafo en el artículo 224, que no tenía el artículo 1127 del derogado. Fuera de los casos en que enumera las causales de nulidad y de anulabilidad, el Código solo ha agregado el artículo 223.

Es, en nuestra opinión, uno de los títulos menos logrados del nuevo Código por la imprecisión de los términos que emplea, producto de la recepción casi mecánica de normas del Código derogado.

Inválido es el acto jurídico que carece de algún elemento reputado esencial o constitutivo, elemento sin el cual el acto no llega a formarse, es nulo y nace muerto, o se forma defectuosamente, es anulable y nace enfermo. Un acto adolece de invalidez cuando la causa de su ineficacia es congénita y lesiona la estructura misma del acto. De lo anteriormente expuesto se sigue que el acto inválido es también ineficaz, por lo cual, una vez establecida o declarada su invalidez, el efecto jurídico es el mismo que recae sobre los actos que nacieron válidos y devienen ineficaces: suprime la relación jurídica. El derecho se opone e impide que surta efectos. Esta oposición es metafórica, porque el ordenamiento legal es un conjunto de normas que permanecen inertes frente a las actuaciones de voluntad y solo se activan si alguien las invoca para recibir su protección. En este caso, la nulidad del acto significa que no recibirá la protección de la fuerza coercitiva de la ley para asegurar la efectividad de sus consecuencias.

Para los Ospina (1980: 451), «[...] la nulidad es la descalificación que el propio legislador decreta cuando la llamada ley contractual o ley particular incurre en quebranto de normas de jerarquía superior». Y si recordamos la definición del Código colombiano, «[...] es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes» (artículo 1740 CC). Nicolas Coviello (1938: 357) la llama «invalidez completa», y ella ocurre «cuando el negocio carece de uno de los elementos intrínsecos o requisitos esenciales, ya por su misma naturaleza, ya por voluntad de ley y aun de las partes (por ejemplo, forma solemne en los casos en que la ley no lo exige)». No hay mayores discrepancias en la doctrina acerca de lo que debe entenderse por esta sanción del ordenamiento al acto que, al celebrarse, no lo respeta.

Hay varias fuentes de invalidez. Inválido es, en primer término, aquel en el que la carencia de efectos se funda en un vicio de los requisitos jurídico-objetivos o elementos esenciales estructurales del acto (artículo 140); inválido es también el acto que se opone a norma legal imperativa o que atenta contra el orden público o las buenas costumbres (artículo V, Título Preliminar); inválido, igualmente, es todo acto al que falta una legitimación intersubjetiva, al ser incompatible por la relación que los sujetos que lo

celebran tienen entre sí (artículo 1366); e inválido es el acto que carece de un presupuesto de validez impuesto por el ordenamiento. Son innumerables y han sido minuciosamente enumerados por Marcial Rubio (1992).

La invalidez puede ser de dos clases: nulidad absoluta o nulidad relativa, denominada en nuestro Código anulabilidad.

4. LA NULIDAD

El acto jurídico es nulo cuando carece de uno de sus elementos esenciales o requisitos, por su misma naturaleza o por exigencia de la ley.

En los albores del derecho romano, el acto nulo era aquel que no obedecía a las solemnidades exigidas para su perfeccionamiento, y ello conducía a que no existiera para la ley ni surtiera efecto alguno. Había solo actos nulos, los que no cumplían las solemnidades exigidas para su constitución, y actos válidos, aquellos que sí las cumplían. La distinción entre las clases de invalidez, la absoluta y la hoy llamada anulabilidad, la inicia el derecho honorario. Cuando el pretor consideraba impugnable por razones de equidad un acto reconocido como válido por el derecho civil, es decir, no nulo, ideaba y concedía una acción o remedio que permitía ordenar una restitución a favor de la parte perjudicada con ese acto válido por medio de un procedimiento especial llamado *restitutio in integrum*. Así, aunque en rigor todo acto llevado a cabo por persona que hubiera pasado la pubertad era válido, fue desarrollándose la costumbre de rescindir mediante la antedicha acción toda clase de tratos o transmisiones hechas por personas que aún no hubieran llegado a los 25 años, si era perjudicial para el menor, acción que comportaba una restitución. Naturalmente, esta figura era imposible si el menor tenía tutor. Más adelante, los pretores establecieron sanciones pecuniarias, o sea, indemnizaciones a favor de la víctima del acto. Finalmente, se creó el derecho de desligar a las partes del vínculo u obligación creado por el acto, suprimiendo sus efectos.

De esta forma, aparecieron y se desarrollaron en el derecho romano las dos formas de invalidar un acto: la nulidad civil, que operaba *ipso iure*, y la nulidad pretoriana, que requería el ejercicio de una acción y no podía surtir efecto sino en virtud de una sentencia o declaración del magistrado.

Posteriormente, los juristas franceses introdujeron una nueva categoría de actos inválidos: los llamados actos inexistentes, cuya justificación racional y utilidad práctica ha suscitado grandes debates. Ni nuestro Código de 1936 ni el actual acogieron la categoría del acto inexistente como una forma de invalidez distinta de la nulidad absoluta.

Los llamados actos inexistentes, según la doctrina que inspiró su formulación, son aquellos que tienen vicios tan profundos que nada son y pueden ser desconocidos por toda persona en cualquier momento, ya que son ineficaces de modo absoluto. Cuenta Jossierand (1950) que el primer atisbo de los actos inexistentes hizo su aparición en el

momento de elaboración del *Code*, a propósito del matrimonio y por sugerencia del mismo Napoleón, que no admitió que se tratara de la misma manera el caso de que una mujer hubiese dicho «no» ante el oficial del estado civil y el caso de que hubiese dicho «sí» después de haber sido objeto de violencia. En el primer caso —hizo notar— no hay, en absoluto, matrimonio; en el segundo, hay un matrimonio nulo. Y el artículo 146 del *Code* contiene las huellas de dicha oposición al rezar «[...] no hay matrimonio cuando falta el consentimiento». Los tratadistas que posteriormente plasmaron esta teoría decían que hay actos que, sufriendo tales vicios, nacen muertos. «Por acto inexistente hay que entender —expresan Aubry y Rau, citados por Planiol (1946: 399 y ss.)— el acto que no reúne los elementos de hecho que suponen su naturaleza o su objeto y en ausencia de los cuales es lógicamente imposible concebir su existencia». También consideran inexistente «[...] el acto que no haya sido acompañado de las condiciones y de las solemnidades indispensables a su existencia, según la letra o el espíritu del derecho positivo».

En esta situación, se presenta el problema de decidir si al lado de estos actos inexistentes debían subsistir las dos categorías tradicionales de nulidad. Los criterios son distintos: unos afirman que todos los actos nulos son inexistentes y que no existe diferencia entre los efectos que ambos producen; otros perciben que hay actos en que falta un elemento específico de validez, que determina que el acto no haya llegado a formarse, sea porque no hay voluntad, como en el matrimonio de quien no desea contraerlo y expresa su negativa —caso en que reparó intuitivamente Napoleón—, o sea, por ejemplo, porque el objeto o el servicio ofrecido es físicamente imposible, con lo cual la materialidad del acto se resiente absolutamente, pues no existe sustancia sobre la que la voluntad pueda obrar. Y ello porque nadie pueda hacer que la nada se convierta en un cuerpo, como cuando se vende algo que no existe o ha perecido, o se promete el servicio de una persona que ha devenido incapacitada físicamente para suministrarlo. En esta dirección, muchos se niegan a calificar como inexistentes aquellos actos, como los contrarios al orden público y las buenas costumbres, o los prohibidos por la ley, a los que no falta ningún elemento esencial y que son, sin embargo, actos típicamente nulos, y cuando se trata de establecer la diferencia que existe entre ambos, dicen que la nulidad absoluta requiere una decisión judicial y el acto inexistente no; que la nulidad absoluta puede producir determinados efectos, mientras que el inexistente, ninguno.

Por su parte, Albaladejo (1958: 400) enfatiza que solo un negocio que existe puede valer o no valer; luego, solo un negocio que existe puede ser nulo, ya que la nulidad es una clase de invalidez, atributo que lo lleva llamar al negocio inexistente cuando no hay negocio, nulo cuando la ley sanciona su ineficacia e ineficaz cuando faltan las condiciones de eficacia.

Arguye Marcel Planiol (1946), en su crítica a esta teoría, que el caso más favorable a estimar que nada existe es el de ausencia de consentimiento. Una oferta no aceptada no produce para el destinatario de la oferta ninguna obligación; una declaración falsificada

tampoco produce efecto en la persona cuya firma se falsifica. Pero, en estos casos, ni siquiera puede hablarse de acto inexistente, cuya misma expresión es defectuosa porque, aun teniendo existencia material, lo que no tienen es eficacia jurídica. En estos casos, no hay acto de ningún género, ni nulo ni inexistente. Simplemente, no hay acto. Los actos que se estiman inexistentes pueden tener algunos efectos, aunque es claro que no aquellos a los que el negocio iba encaminado. La crítica de Planiol no es convincente. El más lúcido jurista no puede argumentar con éxito que la nada se convierta en algo aprehensible y con consecuencias jurídicas, aunque sea para invalidarlo. Quien vende un caballo que ha muerto súbitamente promete algo que es físicamente imposible y, por consiguiente, no hay venta porque no hay objeto que transferir. La responsabilidad que tocaría al vendedor, si alguna le fuera imputable, no deriva de la imposibilidad del cumplir con la ejecución del contrato —que es inexistente por falta de objeto y que, por tanto, está absolutamente imposibilitado de producir, como acto jurídico, efecto alguno— sino de otros mecanismos que el derecho ofrece, como la culpa *in contrahendo*, la responsabilidad por acto ilícito o la falta del deber de buena fe precontractual. También puede ser excluido de responsabilidad si no obró con culpa y el hecho imposibilitante se debió a caso fortuito.

Nuestro Código de 1936 en su Exposición de Motivos sostuvo, bajo la obvia influencia de Planiol, que la nomenclatura tripartita de actos inexistentes, actos nulos y actos anulables, no tiene importancia desde el punto de vista legislativo y proviene de que los autores que la postulan examinan preferentemente la causa que produce la nulidad. Estos autores ven la inexistencia cuando falta, al acto jurídico, un elemento esencial para su formación y ven la nulidad cuando se trata de actos prohibidos por la ley. Resulta de aquí que la inexistencia y la nulidad no son instituciones distintas. El acto inexistente se confunde desde el punto de vista de sus efectos con el acto nulo y, por lo mismo, carece de objeto complicar las cosas introduciendo una nomenclatura que oscurece el campo legislativo. El proyecto del Código de 1936 distingue dos clases de nulidades: la que tiene por principio el interés público, o sea, la nulidad absoluta; y la que se concede a favor de ciertas personas e intereses, o sea, la nulidad relativa. Tan sencillo sistema es el preconizado por el proyecto.

Nuestro actual Código ha reafirmado este sistema y el fundamento expresado a propósito del Código de 1936; continúa, por ello, siendo pertinente. El llamado Anteproyecto Sustitutorio pretendió implantar en nuestro medio la dicotomía entre el acto inexistente y el acto nulo. Reputaba, entre los primeros, a los actos que carecen de declaración de voluntad y a aquellos en los que es jurídicamente imposible la prestación en que consista la obligación creada por el acto. Al fundamentar la propuesta, sus autores, aceptando la fuerza de los argumentos de quienes objetan el reconocimiento legal de la inexistencia, recomendaron incorporarla no solo en atención a la diferencia teórica que separa a ambas causales sino en razón de la conversión como medio de la convalidación de los actos nulos y el reconocimiento del matrimonio putativo, que

hacen necesario excluir de los alcances de estas figuras algunos supuestos que no tienen aptitudes para beneficiarse de ellas (Zusman y De la Puente 1980). Primó, sin embargo, el criterio simplificador implantado por el Código de 1936, que ha dado buenos resultados en la práctica, y se desechó la sugerencia por aquello de que no hay que arreglar lo que bien funciona. Tampoco se incorporó al Código la propuesta figura de la conversión, sin tradición en nuestro sistema civil.

En torno a quienes sostienen la conveniencia práctica de distinguir la inexistencia del acto de la nulidad, se arguye, como uno de sus fundamentos, la conveniencia de admitir la figura, desconocida en nuestro medio, de la conversión del acto, uno de los desarrollos más interesantes de la dogmática moderna acerca de este tema. Consiste la conversión en la transformación del acto nulo en otro válido, pero de diversa naturaleza, buscando de esta manera no desaprovechar las iniciativas que fructifican dentro de la autonomía privada.

Uno de los requisitos para que opere la conversión en sede del acto nulo es que este sea inválido según el tipo de acto celebrado por las partes, a fin de que pueda ser salvado de su nulidad. La conversión no se aplica al jurídico inexistente, desde que no es posible la transformación de un acto que no ha llegado a tener existencia. Si se aplicara al pie de la letra la disposición que trataremos más adelante acerca de nulidad del acto en el que falta la manifestación de voluntad (artículo 219, inciso 1), resultaría que un acto inexistente como es aquel en que no hay manifestación de voluntad, al ser reputado indebidamente de nulo, podría transformarse, mediante la conversión, en un acto válido, lo que sería a todas luces inadmisibles. De allí se deriva que algún interés práctico puede sacarse de la distinción entre el acto inexistente y el nulo, pues permite dar a cada uno el tratamiento que le corresponde, ya que, a diferencia del acto nulo que, si bien no produce los efectos queridos por las partes, sí puede producir efectos secundarios, negativos o divergentes, el acto inexistente no puede producir, en absoluto, efecto alguno, ni siquiera de carácter negativo o divergente. Nuestra legislación, al no acoger una diferencia entre inexistencia y nulidad, tampoco ha sentido incentivo para legislar acerca de la conversión del acto nulo.

El Código, siguiendo el criterio utilizado por el sustituido, no define la nulidad. Se limita a enumerar los casos generales de nulidad absoluta. Ha seguido el mismo método utilizado en el Código de 1936, consistente, primero, en enunciar cuáles son los elementos esenciales de todo acto jurídico (artículo 140) y, luego, en condenar con la nulidad a los actos en los que faltan tales requisitos (artículo 219).

5. CAUSAS DE NULIDAD

En primer término, como el acto jurídico es una manifestación de voluntad, será nulo el acto en el que esta falte (artículo 219, inciso 1). Se pretende abarcar, en esta causal, las situaciones de actos practicados en estado de inconsciencia: hipnosis, sonambulismo,

embriaguez, narcotismo, etcétera. Además, caen bajo este numeral, los varios casos de declaraciones no serias; los casos de falta de consentimiento en sede de los actos bilaterales y de los contratos (artículo 1352); y los casos de violencia física, que suprime la voluntad. Aunque el Código indebidamente tipifica estos últimos como causal de anulación, esta regla debe ceder ante la declaración de mayor envergadura jurídica de nuestra Constitución Política, según la cual carecen de valor las declaraciones extraídas por violencia (artículo 2, numeral 24, inciso g). Es una adición a las causales que enumeraba el Código precedente.

Conceptualmente, sin embargo, son una causal de inexistencia. En efecto, si el acto jurídico es una manifestación de voluntad, resulta evidente que no hay acto si falta la manifestación de voluntad. No es que el acto sea nulo, desde que el acto nulo existe, aun cuando privado de validez, sino que es inexistente. Debe recordarse que el Código, en el artículo 140 no declara que para la validez del acto se requiere la manifestación de voluntad, como si lo hace en los cuatro incisos en que enumera los requisitos de validez. Esto es así porque la manifestación de voluntad mencionada en el artículo 140 es necesaria para la existencia del acto, mientras que los requisitos de agente capaz, objeto posible, fin lícito y forma prescrita son necesarios para la validez del acto. Como el Código no recoge legislativamente la distinción entre el acto nulo y el inexistente, se llama, a esta, una causal de nulidad.

El inciso 2 del artículo 219 se refiere al practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358, que permite al incapaz privado del discernimiento celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria. La excepción puntual que el Código consigna no hace al inciso comprensivo de otras situaciones en que se admite la actuación del incapaz absoluto, como los previstos para el requisito del asentimiento de la adopción cuando el menor tenga más de diez años (artículo 378, inciso 4); el recurso judicial contra actos del tutor si el menor tiene más de 14 años (artículo 530); el derecho de que se le rinda cuenta de la tutela cuando tenga más de 14 años (artículo 542); la facultad de solicitar la remoción del tutor si tiene más de 14 años (artículo 557); y, con la misma edad mínima, la capacidad de asistir a las reuniones del Consejo de Familia (artículo 646).

La falta de mención expresa de estas prerrogativas que el Código concede al menor incapaz absoluto se explica por el hecho de que ninguna de dichas facultades origina un acto jurídico por voluntad del menor, ni crea una relación jurídica, supuesto que sí se da en el caso contemplado por el artículo 1358, citado correctamente en el inciso. La falta de asentimiento del menor a la adopción no provoca su nulidad absoluta sino la ineficacia sobreviniente, solo si llegado el menor a la mayoría pide judicialmente que se le deje sin efecto; la sentencia que decreta la ineficacia de la adopción no opera retroactivamente, como ocurriría si el acto fuera propiamente nulo.

La incapacidad absoluta a que el inciso se refiere es la de ejercicio. Son incapaces absolutos las personas mencionadas en el artículo 43 del Código. Ya las enumeramos

al tratar del requisito del agente capaz. Estas personas no pueden celebrar por sí actos jurídicos; tendrán que hacerlo por intermedio de los representantes que la ley les señala. Se presenta, a este respecto, el problema práctico de determinar si, cuando alguna de ellas realiza un acto jurídico antes de ser declarado interdicto y serle nombrado curador, ha celebrado un acto viciado de nulidad absoluta. Como ya adelantamos al tratar de este elemento constitutivo de validez, considerando la regla del Código que establece que los actos anteriores a la interdicción pueden ser anulados si la causa de esta existía notoriamente en la época en que se verificaron (artículo 582), debemos concluir que el acto jurídico será nulo si tal *condictio iuris* se cumple, aunque el Código diga anular, en terminología que se presta a confusión.

Fuera de los casos puntuales arriba aludidos, si los incapaces, obrando directamente, celebran un acto jurídico, el acto es susceptible de ser declarado nulo. ¿Quién puede demandar la nulidad de tal acto? Puede ser demandada por aquel a quien favorece la incapacidad, es decir, por el mismo incapaz, como se desprende de lo establecido en la norma del Código que dice que la incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en su propio beneficio, salvo cuando fuese indivisible el objeto del derecho o de la obligación común (artículo 226). La expresión del primer párrafo es clara y no requiere mayor análisis; la del segundo párrafo, en cambio, es oscura y ha requerido de esclarecimiento. La expresión «obligación común» no se refiere al vínculo o relación existente entre un acreedor y un deudor, porque entre ellos las obligaciones son recíprocas y no comunes. El caso a que este párrafo alude se da cuando un incapaz y un capaz venden un bien común o, conjuntamente, contraen obligaciones; y dicho bien u obligaciones son indivisibles. Como la anulación no puede dividirse y debe comprender todo el negocio jurídico, se permite entonces que tanto el incapaz como el capaz puedan pedir la anulación del acto, que habrá de beneficiar siempre al incapaz a quien se trata de proteger.

La indivisibilidad de la obligación consiste en que la prestación no es susceptible de cumplirse parcialmente. Es característica de la indivisibilidad de la obligación que cada uno que la contrajo queda obligado por el todo, por lo que en realidad parece justificado que la ley permita, en este caso singular, que tanto el capaz como el incapaz puedan invocar la nulidad del negocio, basados en la incapacidad de la parte con quien tienen una obligación común. Es una regla de invalidez, o sea, aplicable tanto a los casos de incapacidad absoluta, que produce la nulidad, como a los de incapacidad relativa del agente, que produce la anulabilidad.

Esta tesis, sostenida por Ángel Gustavo Cornejo (1937) entre nosotros y a propósito de idéntica regla que contenía el Código Civil de 1936 (artículo 1078), no fue compartida por León Barandiarán (1954: 72), quien siguiendo a Espinola sostuvo que, en este caso, solo el incapaz debería estar facultado para pedir la anulación del acto y no el capaz.

Relativas a la invalidez del acto por incapacidad del agente, el Código contiene dos reglas de excepción concordantes, ambas aplicables a la nulidad como a la anulación.

Dice la primera que si el incapaz ha procedido de mala fe, ocultando su incapacidad para inducir a la celebración de un acto, ni él ni sus herederos o cesionarios pueden alegar la nulidad (artículo 229). La posibilidad de impugnar un acto es un beneficio que la ley otorga a determinadas personas en tutela de su propio interés. Es inadmisibles que tal protección subsista para una persona que ha engañado a otra haciéndose pasar por capaz para inducirla a celebrar determinado acto. El socorro de la ley no debe servir como instrumento de mala fe o dolo.

Seguidamente, el Código dice que nadie puede repetir lo que pagó a un incapaz en virtud de una obligación anulada sino en la parte que se hubiere convertido en su provecho (artículo 228). Este último precepto nos viene desde Roma y estaba destinado a prohibir los préstamos de dinero a hijos de familia. El prestamista no podía exigir devolución de lo prestado al menor sino en la parte que dicho menor hubiere utilizado para acrecentar su patrimonio, que al final era el patrimonio del *pater*. El derecho moderno recogió el precepto y lo hizo extensivo a todos los incapaces con el propósito de protegerlos y de procurar evitar que puedan hacerse, a su costa, fáciles negocios, amparados en el disminuido discernimiento del incapaz, y se pueda reclamar de ellos, luego, lo que se les dio o pagó, si el acto es declarado nulo. La ley supone que el incapaz dispuso lo que recibió, precisamente por razón de su incapacidad y no es justo, por tanto, obligarlo a que lo restituya. Esta presunción desaparece si se demuestra que lo pagado fue convertido en su provecho.

El inciso 3 del artículo 219 se refiere al acto cuyo objeto fuese física o jurídicamente imposible, o indeterminable, lo que constituye el reverso del requisito de validez del acto contenido en el artículo 140, inciso 2 del Código, al que, sin embargo, se le olvidó mencionar la determinación del objeto como requisito de validez, por lo que la norma no es un espejo exacto. El objeto físicamente imposible es causa de nulidad porque lo imposible no tiene, ni puede tener, existencia objetiva y no se puede celebrar actos que se refieran a lo que no existe; lo jurídicamente imposible causa la inexistencia del acto, pero dentro del esquema del Código es productor de nulidad.

La imposibilidad jurídica es distinta de la ilicitud por la diferencia de las normas a las que se enfrentan: declarativas, en el primer caso; cogentes, en el segundo. Sus efectos, empero, se equiparan: ambos son nulos. Son actos que adolecen de imposibilidad jurídica las hipotecas sobre bienes muebles y las prendas que se pretendan constituir sobre bienes inmuebles; la transmisión de bienes que están fuera del comercio, etcétera. Un caso de imposibilidad jurídica dentro del Código sería el matrimonio entre personas del mismo sexo, porque la definición que el Código hace del matrimonio exige que se contraiga entre un varón y una mujer (artículo 234). Hoy está admitido el matrimonio entre personas del mismo sexo en las legislaciones de Holanda y Bélgica, y en trance de serlo en España, donde el gobierno socialista ha anunciado un proyecto de ley que lo permitiría. En algunos estados de los Estados Unidos, como Massachussets y California, es asunto de apasionada controversia. Sospechamos que entre nosotros

sería igualmente susceptible de ser calificado atentatorio de las buenas costumbres, con lo que la hipótesis cabe en más de una causal de nulidad.

El inciso 4 del artículo 219 dispone que el acto es nulo cuando su fin sea ilícito, lo que determina la filiación causalista del nuevo Código. La ilicitud de la finalidad se da cuando el acto se propone producir efectos jurídicos y le falta causa legítima, o cuando contraría el orden público o las buenas costumbres, posibilidad inadmisibles no solo por la norma bajo revisión sino por su concordante (artículo V del Título Preliminar).

El inciso 5 del artículo 219 se refiere al caso específico de simulación absoluta, en el que, como sabemos, no hay voluntad real de celebrar acto alguno, por lo que es una hipótesis que también cabe en el inciso 1 del mismo artículo. Peca de diminuto el inciso, porque es igualmente nulo el acto simulado en la simulación relativa, por idénticos fundamentos, así como los casos de simulaciones parciales como los contemplados en el Código (artículo 192).

El inciso 6 del artículo 219 se refiere al acto que no revistiese la forma prescrita bajo sanción de nulidad, el reverso del requisito que exige en el inciso 4 del artículo 140. El Código alude a los actos solemnes *ad solemnitatem*, por virtud de la ley; y también a los contratos solemnes por voluntad de las partes (artículo 1411). Para ellos, la formalidad exigida o acordada es de la esencia del acto y hace que no pueda aceptarse la declaración de voluntad en discordia de la así prescrita, y el acto nace, por consecuencia, irrito por defecto de forma esencial.

Debemos hacer presente que, en buena doctrina, si un acto solemne se ha celebrado guardando las formalidades prescritas, su modificación también debe hacerse siguiendo idénticas formalidades. El Código lo exige solamente al tratar la forma del contrato (artículo 1413). Una excepción a este principio podría estimarse el contradocumento que indicase la carencia de valor de un acto simulado solemne, practicado por escritura pública. Pero, en este caso, hay un motivo muy singular y es de que el negocio expresado en la escritura pública es simulado y, por consiguiente, nulo.

El inciso 7 del artículo 219 del Código dispone seguidamente que el acto jurídico es nulo cuando la ley lo declara nulo. Es una fórmula general destinada a dar cabida a todos los casos, que son numerosos, en el que el Código fulmina con nulidad actos jurídicos. Desde luego existe nulidad cuando ella es declarada expresamente por la ley. Generalmente, la ley usa la expresión «es nulo» o «bajo sanción de nulidad». En otros dispositivos, el propio Código usa expresiones que pueden estimarse sinónimos como «no produce efecto», «no surte efecto», «se prohíbe» o «no valdrá el acto». Nos excusamos de hacer una enumeración exhaustiva de los supuestos de nulidad que el Código contiene, pues son fácilmente reconocibles de la lectura del propio dispositivo, y Marcial Rubio se ha encargado de hacerlo con esmero. Mencionaremos solamente algunos, cuya nulidad no obedece a defecto de forma:

- Son nulas la condición suspensiva ilícita y la física o jurídicamente imposibles (artículo 171).
- Son nulas las renunciaciones anticipadas a la acción que se funde en error, dolo, violencia o intimidación (artículo 218).
- Los cónyuges no pueden celebrar contratos entre sí respecto de los bienes de la sociedad (artículo 312).
- Los cónyuges no pueden disponer de los bienes sociales ni gravarlos actuando individualmente (artículo 315).
- Es nula la contestación de la paternidad del hijo por nacer (artículo 365).
- Es nula la adopción sujeta a modalidad (artículo 381).
- Es nulo el reconocimiento de la paternidad sujeto a modalidad (artículo 395).
- Los padres no pueden enajenar ni gravar los bienes de los hijos bajo patria potestad, salvo por causas justificadas y previa autorización judicial (artículo 447).
- Es nula la transmisión, renuncia, transacción y compensación sobre el derecho de pedir alimentos (artículo 487).
- Es nula la aceptación o renuncia de la herencia sujeta a modalidades (artículo 677).
- Es nula la aceptación o renuncia de herencia futura (artículo 678).
- Es nulo el testamento por poder (artículo 690).
- Son nulas las modalidades o gravámenes impuestos sobre la legítima (artículo 733).
- Son nulas las modalidades impuestas al heredero forzoso (artículo 736).
- Es nulo el legado de un bien determinado que no se encuentre en el dominio del testador al momento de su muerte (artículo 757).
- Es nulo el testamento otorgado por incapaces menores de edad y por los mayores enfermos mentales cuya interdicción ha sido declarada (artículo 808).
- Es nulo el testamento otorgado en común por dos personas (artículo 814).
- Es nulo el contrato que prohíba enajenar o gravar bienes (artículo 882).
- Es nulo el pacto mediante el cual el acreedor se apropie del bien prestado si no se paga la deuda (artículo 1066).¹
- Es nula la hipoteca sobre bienes futuros (artículo 1106).
- Es nula la renuncia a la facultad de gravar el bien con segunda o ulteriores hipotecas (artículo 1113).
- Es nula la adquisición del bien sobre el que se ha ejercido derecho de retención (artículo 1130).
- Es nula la estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable (artículo 1328).

¹ Se trata del llamado *pacto comisorio*.

- Son nulas las estipulaciones que establezcan a favor de quien las ha redactado exoneraciones o limitaciones a la responsabilidad en los contratos de adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente (artículo 1398).
- Es nulo el contrato sobre el derecho de suceder de una persona que no ha muerto o cuya muerte se ignora (artículo 1405).²
- Es nula la renuncia a la acción por excesiva onerosidad de la prestación (artículo 1444).³
- Es nula la renuncia a la acción por lesión (artículo 1453).
- Es nulo el pacto que limite o libere al transferente de la obligación de saneamiento por hecho personal suyo (artículo 1528).
- Es nula la compraventa en que el precio se deja al arbitrio de una de las partes (artículo 1543).
- Son nulos los pactos de mejor comprador o de preferencia en la compraventa (artículo 1582).
- Son nulos la renuncia y la transmisión del derecho de retracto (artículo 1595).
- Es nula la donación de lo que no se puede dar por testamento, en lo que exceda (artículo 1629).
- Es nula la cesión de depósito, sin consentimiento del depositante (artículo 1817).
- Es nula la renta vitalicia cuya duración se fijó en cabeza de quien hubiera muerto a la fecha de la escritura pública (artículo 1927).
- Es nulo el pacto que prohíbe la cesión de la renta vitalicia constituida a título oneroso (artículo 1932).
- Es nula la renuncia anticipada al derecho de revocar la promesa (artículo 1965).
- Es nula la renuncia al derecho de prescribir o los que impidan los efectos de la prescripción (artículo 1990).
- Es nulo el pacto que fije plazos de prescripción distintos de los que establece la ley (artículo 2000).
- Es nulo el pacto sobre los plazos de caducidad (artículo 2004).

Finalmente, el Código alude, en el inciso 8 del artículo 219, el caso contemplado en el artículo V del Título Preliminar en la última causal de nulidad absoluta de los actos, o sea, aquella que se da cuando los actos ofenden a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, salvo que la propia ley establezca sanción diversa. Al tratar de la finalidad del acto, que debe ser lícita, dijimos que el acto debe apuntar a un objetivo que respete el orden público y no atente contra las buenas costumbres. Creemos, en consecuencia, que no es una causal de nulidad distinta de la

² Se trata del llamado *pacto del cuervo*.

³ Se trata de la llamada cláusula *rebus sic stantibus*.

que enuncia el inciso 4 del mismo artículo, en términos más genéricos, porque tendrá finalidad ilícita el negocio que se proponga un resultado que alguna disposición de orden público impida o el acto inmoral.

También hay nulidades virtuales, que no están en el texto expreso sino en el espíritu de la ley. Lo virtual debe ser entendido como lo tácito o implícito. Se trata de contravenciones a disposiciones de orden público que no pueden ser derogadas por intereses particulares. Se presentan nulidades virtuales cuando la ley fija los requisitos de validez de determinado acto y falta alguno de ellos, sin que sea menester que la ley diga que su ausencia acarrea la nulidad. La naturaleza del precepto la comprende en potencia, y el acto debe reputarse virtualmente nulo. Será nulidad virtual, por ejemplo, la adopción de la misma persona efectuada por dos personas distintas, que no sean cónyuges, porque no se concibe que alguien pueda tener dos padres (artículo 382); la adopción que haga el tutor a su pupilo o el curador del curado, antes de serles aprobadas las cuentas de su administración (artículo 383); el convenio del hijo llegado a su mayoría con sus padres, antes de ser aprobada judicialmente la cuenta final o el legado que el hijo deje a sus padres en la misma situación (artículo 429); o un pacto fijado por las partes para que rijan, entre ellas, plazos de prescripción distintos a los que el Código señala (artículo 2000).

6. CARACTERES DEL ACTO NULO

El acto nulo tiene las siguientes características en nuestro ordenamiento:

6.1. No hay necesidad legal de que el acto tenga que ser declarado nulo por los tribunales

No hay necesidad legal de que el acto tenga que ser declarado nulo por los tribunales; lo es de pleno derecho, *ipso iure*, y puede ser declarada de oficio por el juez (artículo 220). Teóricamente, el acto nulo no requiere de una sentencia de magistrado que la establezca. Si las partes están de acuerdo con reconocer la causal que lo aqueja, pueden simplemente prescindir del acto, como quien deja un trasto inútil en un desván, no prestarle mayor atención y no reconocerle consecuencias, pues son conscientes que solo las puede producir en apariencia.

Pero, en la práctica, puede acontecer que las partes no se pongan de acuerdo acerca de si el acto, efectivamente, adolece de nulidad, porque sus individuales interpretaciones de su contenido difieren o porque difieren en el significado que atribuyen a la norma que supuestamente lo condena. En esta hipótesis, no infrecuente, se debe recurrir al juez para que este decida, porque nadie está autorizado, salvo los jueces, a declarar por sí y ante sí la nulidad de los actos jurídicos. Entre tanto, el acto supuestamente nulo continuará surtiendo efectos, por lo menos parciales. Si se acredita en el

procedimiento abierto que, en efecto, el acto es nulo, la sentencia que se pronuncie es declarativa, tiende a determinar una situación preexistente, y el juez simplemente así lo hace constar en el fallo que dicte, en el que dispone que no ha tenido, ni puede tener, como tal, efecto alguno. Entonces, en virtud de la sentencia expedida y por su fuerza, las partes deberán deshacer todos los efectos que en el intervalo produjo el acto, retroactivamente.

La facultad judicial de declarar de oficio la nulidad se ejercerá cuando, en presencia de un caso sometido a su jurisdicción, se tropiece el juez con un acto manifiestamente nulo; en este evento, sin necesidad de que alguna de las partes lo pida, el juez de oficio puede declarar tal nulidad. Nótese que no es una obligación que la ley impone al juez sino una atribución que este tiene cuando la nulidad sea notoria o aparezca evidente, a su criterio, del examen del instrumento probatorio pleno que contenga el acto nulo. En general, toda persona que exhiba un interés puede invocar la nulidad de un acto jurídico. Ello se desprende del hecho de que la nulidad puede ser alegada por los que tengan interés o por el Ministerio Público (artículo 1124).

Solo será necesario tener interés para poder alegar la nulidad de un acto jurídico. Esto quiere decir que no se precisa que sea una persona perjudicada la que alegue la nulidad. Surge entonces la pregunta: si no hay perjuicio, ¿qué interés puede tener el demandante? Generalmente, ninguno. Pero pueden suscitarse casos especiales en que el que pida la nulidad, sin estar perjudicado económicamente con el acto nulo, tenga el temor fundado de que el acto, que no lo perjudica en el presente, pueda perjudicarlo en el futuro. Ese será su interés en participar en el proceso que concluya con la sentencia declarativa de nulidad. Pero hay otra razón para hacer accesible esta acción a todo el que demuestre un interés: estriba en el carácter nocivo que para el ordenamiento tiene el acto en que se detecta un vicio de tal magnitud; hay, pues, un interés general de que el remedio de la invalidez se interponga en su camino para que cese de surtir consecuencias y para que las partes no alcancen la finalidad que se propusieron al concertarlo.

La norma se opone a que el acto adquiera un carácter de autorregulación estable y permanente de los intereses individuales que refleja. A esto se debe que el Ministerio Público también puede invocar la nulidad en defensa del mismo interés general, porque las nulidades lo son por consideraciones de orden público. Así como la nulidad se puede proponer como acción, puede oponerse como excepción frente a un demandante que pretenda reclamar su ejecución.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el acto que anida una nulidad radical puede subsistir si las partes no quieren pedir la intervención del ordenamiento y de la autoridad que lo representa y, entre ellas, acuerdan que respetarán el acto nulo y le reconocerán efectos como si fuera válido. No estamos refiriéndonos a la categoría de la nulidad que se conoce como inexistencia, porque en estos actos no hay materia sobre la cual las partes puedan ejercitar sus deseos de atribuir valor al acto. Estamos refiriéndonos a los actos nulos por contravenir norma imperativa o que tenga finalidad ilícita.

Es preciso comprender que la ley no actúa por propio impulso, como un gendarme, ni tiene una dinámica distinta de aquella que las partes o los terceros con interés legítimo le soliciten. En esta hipótesis, no infrecuente en medios en los que campea la informalidad, lo que las partes tendrán es un acto nulo, al cual deciden respetar, porque así les parece o les conviene, y en tanto mantengan esta actitud de respeto a la palabra empeñada, el acto surtirá efectos entre ellos, como si fuera válido, porque la voluntad de las partes y, eventualmente, de sus causahabientes es esa; y esa voluntad común es suficiente, *inter partes*, para que el acto despliegue sus efectos de hecho. Pero las partes no podrán contar para ello con el respaldo de la ley y de la fuerza coercitiva de la autoridad, y deberán depender exclusivamente de su propia voluntad para atribuir efectos a aquello que para el ordenamiento no los tiene. Será un acto frágil, porque no se puede pedir el auxilio de la ley para imponerlo en defecto de la voluntad de alguna de las partes o de sus causahabientes. Solo el transcurso del tiempo sin ser impugnado podría validarlo en derecho.

6.2. En general, toda persona con interés puede invocar la nulidad absoluta de un acto jurídico

En general, toda persona con interés puede invocar la nulidad absoluta de un acto jurídico. Interesados serán, en primer lugar, las partes que han intervenido en la celebración del acto nulo y sus causahabientes o sucesores; asimismo, los acreedores de las partes, que son terceros relativos, y todo aquel que teniendo esa condición vea afectado algún interés legítimo a consecuencia del acto nulo.

6.3. El acto jurídico nulo no produce ningún efecto querido por las partes

El acto jurídico nulo no produce ningún efecto querido por las partes. Ya explicamos que el acto nulo no produce efectos, con la salvedad de que puede producirlos si las partes así lo deciden, aun en contra de lo que dispone la ley. Aparte de esa situación singular, pero posible a nuestro juicio, sobre todo en medios donde impera la informalidad como se dijo antes, el negocio nulo, aunque es un hecho acaecido en el plano de la realidad social, no produce ningún efecto en la dimensión jurídica de esa realidad. La máxima es verdadera solo en el sentido de que el acto, por ser nulo, no produce ninguno de los efectos jurídicos correspondientes al fin querido por las partes y al tipo de negocio de que se trate, si de alguna manera alguien pone en marcha la ley para privarlo de efectos. El medio es legalmente inepto para conseguir el fin deseado por ellas. Sin embargo, el acto nulo y declarado como tal a menudo produce efectos legales indirectos o tangenciales, porque se trata de un hecho que ha ocurrido. Por ejemplo, un acto nulo puede ser justo título; puede servir de testimonio o prueba de voluntad declarada por las partes en dicho acto. Así, un testamento nulo, por haberse omitido formalidades

sustanciales al acto, puede valer como una declaración a mérito del cual un hijo puede probar su filiación. Por otra parte, quien lo ha estipulado, sabiendo o debiendo saber que es nulo, responde de los daños y perjuicios irrogados a la otra parte que confiaba en su validez de buena fe. Puede tener, y de hecho tiene efectos, en los matrimonios putativos (artículos 284 y 285).

En materia de novación, prescribe el Código que si la obligación primitiva fuera nula, no existe novación (artículo 1286, primer párrafo). Y añade que si la nueva obligación fuera nula o anulable, la primitiva obligación revive, pero sin las garantías prestadas por terceros (artículo 1287).

Es característica del acto nulo, a diferencia del anulable, que no se puede considerar que cesa la invalidez porque desaparece, después de su nacimiento, la causa que lo origina. El vicio de la nulidad absoluta es un estigma que jamás se borra, que no puede convalidarse con actos posteriores; ningún acontecimiento, salvo el transcurso del tiempo, puede curar su mal innato. Así, por ejemplo, el acto celebrado por un menor incapaz absoluto no deja de ser irritado, porque el declarante adquiriera la mayoría de edad después de que lo haya celebrado. Excepcionalmente, sin embargo, la ley permite en ciertos casos la convalidación de un acto nulo de naturaleza matrimonial (incisos 5 y 8 del artículo 274).

6.4. La acción para demandar la nulidad del acto nulo es, en teoría, imprescriptible

La acción para demandar la nulidad del acto nulo es, en teoría, imprescriptible, pues lo que nace muerto no puede cobrar vigencia por el transcurso del tiempo. Tal era la postura que adoptó el derecho romano, pero hace tiempo que la necesidad de prestar certidumbre a los derechos ha influido para que los actos nulos no se mantengan indefinidamente dependientes de una acción que tienda a invalidarlos. En nuestro Código, la acción de nulidad de un acto jurídico prescribe a los diez años (artículo 2001, inciso 1). Salvo mejor parecer, nuestro Código aloja solo tres acciones imprescriptibles: la acción del hijo para que se declare su filiación (artículo 373); la acción reivindicatoria, salvo contra el que adquirió el bien por prescripción adquisitiva (artículo 927); y la acción de partición entre los copropietarios (artículo 985).

En nuestro Código Civil de 1936, la acción de nulidad de un acto o contrato prescribía a los treinta años (artículo 1169). Se ha acortado considerablemente el plazo y coordinado el tiempo en el que prescribe la acción de nulidad con el tiempo que se necesita para ejercer la usucapción (artículo 950). La imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria es teórica para el caso de que no haya un poseedor que invoque la prescripción adquisitiva; contra el que haya usucapido, no cabe la acción reivindicatoria, empero. Sostenía la doctrina clásica que el transcurso de cierto tiempo sin interponer una acción contra un acto importaba una confirmación tácita de dicho acto; y, si la confirmación no opera respecto de un acto que adolece de nulidad, es impropio que el

simple transcurso del tiempo pueda venir a convalidarlo. Contra esta doctrina se levantó oposición. Nuestros codificadores de 1936 legislaron que la acción de nulidad de un acto prescribía. ¿Cuál era el fundamento de este dispositivo? Entre otras, un razonamiento de orden práctico: si el acto nulo se ejecutó y constituye uno traslativo de dominio, no podría invocarse su nulidad por una parte sin que la otra le oponga con éxito la prescripción adquisitiva larga. El acto —dicen— debe conservar entonces un valor *de facto*; la relación de hecho que dicho valor ha establecido debe perpetuarse.

6.5. El acto nulo no convalida mediante la confirmación (artículo 220)

El acto nulo no convalida mediante la confirmación (artículo 220). En efecto, la confirmación tiene por objeto hacer desaparecer el vicio que invalidaba un acto, lo que supone que este acto puede llegar a producir efectos. Ello no ocurre tratándose de un acto nulo que no produce los efectos para los que se celebró por las razones antes aludidas. En otras latitudes, el acto nulo puede mutarse en otro válido de distinto tipo, mediante la figura denominada la conversión, que opera si el contrato en el que se convierte reúne los requisitos de sustancia y forma, y siempre que, considerando el fin perseguido por las partes, se deba considerar que ellas habrían deseado que esto ocurriera de haber conocido la nulidad. Esta figura, inspirada en el Código Civil italiano (artículo 1424 CI), fue propuesta por los autores del Anteproyecto Sustitutorio sin fortuna. Su fundamento está en el principio de la conservación del acto, que se manifiesta en la inclinación natural que la ley tiene de rescatar del infortunio de la nulidad a los actos voluntarios. Así, por ejemplo, un acto de usufructo que decae podría valer como un contrato de arrendamiento.

7. LA ANULABILIDAD

Así como la nulidad absoluta es la invalidez completa de que adolecen los actos jurídicos que carecen de un elemento esencial, la anulabilidad es la invalidez de que adolecen los actos que están formados con la concurrencia de sus elementos esenciales pero que encierran un vicio que afecta a alguno de esos elementos y que lesiona un interés privado jurídicamente digno de tutela. El defecto le quita viabilidad para surtir el efecto jurídico deseado, y accionar para quitárselo es potestad que la ley dispensa a una de las partes. La nulidad relativa es, pues, una medida de protección establecida por la ley a favor de determinadas personas que son partes del acto viciado o son designados por la ley, y se funda en que el consentimiento debe emanar de sujeto que tenga discernimiento y en forma no errónea y libre. No está causada por una ofensa al interés social sino al interés privado de aquellos a quienes legitima para invocarla. Se trata de una sanción que determina que el acto tenga una eficacia provisional y precaria. Es un acto enfermo y tambaleante, pero puede sanar y consolidarse en sus efectos.

8. CAUSAS DE LA ANULABILIDAD

De aquí se deriva que el Código prescriba que el acto jurídico es anulable por incapacidad relativa del agente (artículo 221, inciso 1). Ya vimos como el acto emanado de la declaración de voluntad de un incapaz absoluto determina la nulidad absoluta del acto practicado por el incapaz. Así también, si el agente del acto adolece de incapacidad relativa, el acto jurídico que ha celebrado puede ser declarado anulable. Los incapaces relativos son las personas que están en alguna de las situaciones enumeradas taxativamente en el propio Código (artículo 44). Esta es la regla general, pero no es de aplicación universal dentro de nuestro Código, porque el propio Código admite que el incapaz relativo con discernimiento pueda celebrar determinados actos, y es obvio que a estos actos no les alcanza la anulabilidad. En efecto, el Código permite que los mayores de 16 años y menores de 18 puedan realizar los siguientes actos jurídicos válidamente:

- reconocer a un hijo extramatrimonial (artículo 393);
- contraer obligaciones o renunciar derechos con autorización expresa o tácita de los padres que ejerzan patria potestad (artículo 456); e
- intervenir en la facción de inventarios judiciales de sus bienes, antes del ejercicio de la tutela por el tutor designado (artículo 520, inciso 1).

El Código lo faculta también a emitir opinión en otros asuntos, pero tales pareceres del menor incapaz relativo no configuran actos jurídicos, porque no son manifestaciones de voluntad en el sentido que el Código exige (artículo 140).

El incapaz relativo está, pues, en la posibilidad de impugnar los actos que practicó siendo incapaz. La anulabilidad, en este caso, se establece a su favor y, como el artículo 222, segundo párrafo, que concuerda con el antes citado, establece que la nulidad relativa no puede ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio la establece la ley. Es evidente que no podrá ser el capaz quien demande la nulidad relativa de un acto alegando que contrató con quien era incapaz. La excepción es el caso contemplado en el segundo párrafo del artículo 226, antes explicado.

León Barandiarán (1954), comentando este artículo, expresaba, a propósito de la misma regla del Código de 1936 (artículo 1126, segundo párrafo), que, en su opinión, la prohibición del contratante capaz de pedir la anulación de un acto basado en la incapacidad de su cocontratante debía extenderse a todos los supuestos en el que una de las partes contrata bajo el imperio de un vicio unilateral de la voluntad que produce anulabilidad. Así, si A contratase con B, padeciendo de error, dolo o intimidación, B no podría invocar estas causas, que se dan en cabeza de A, para pretender la anulación del acto. Solo la persona que padece el vicio de su voluntad podría invocarla. El punto de vista doctrinario es convincente y debe adoptarse como regla la interpretación extensiva, tal como propuso León Barandiarán, pero por alguna razón que no alcanzamos a comprender en el Proyecto de la Comisión Reformadora, de la cual fue ponente,

repitió literalmente el mismo concepto objeto de su anterior crítica, con sus alcances limitados a la incapacidad relativa del agente.

Con cierta redundancia, el Código repite la norma del Código derogado (artículo 1128) para el caso de la incapacidad relativa por minoría de edad, cuando expresa que las obligaciones contraídas por los mayores de 16 años y menores de 18 son anulables cuando resulten de actos practicados sin la autorización necesaria (artículo 227). El codificador juzgó necesario mantener esta regla, porque en esta etapa de la minoría relativa, a partir de los 16 años, se permite al menor practicar algunos actos con autorización de los padres o del tutor, como ya expusimos (artículo 456). Estos actos, con la autorización necesaria, no son desde luego anulables y, por consiguiente, no puede el menor que los ha practicado, autorizado por su representante legal, intentar posteriormente, a nombre propio, proponer su nulidad.

También es anulable el acto jurídico por vicios de la voluntad según el inciso 2 del artículo 221, en el que cabe objetar que se haya incluido la violencia física en norma, que no debe surtir efecto alguno por ser opuesta a una de jerarquía constitucional, como ya lo expusimos al tratar de este vicio.

El Código separa la simulación, figura autónoma de los vicios de la voluntad, y le asigna, en el inciso 3 del artículo 221, una causal de anulación propia, cuando el acto real disimulado perjudica el derecho de tercero. Se debe entender que la anulación cabe si dicho acto realmente celebrado no tiene defectos de sustancia o forma que lo coloquen incurso en alguna causal de nulidad absoluta. Propiamente, el Código debió tratar este caso como uno productor de ineficacia, como lo hizo en el caso del acto fraudatorio. Sin embargo, sin que exista razón atendible, el tercero perjudicado con el acto real queda legitimado para impugnarlo y provocar su anulación. Asumimos que también tendrá acción para resarcirse de los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado.

Finalmente, según el inciso 4 del artículo 221, un acto será anulable cuando la ley así lo declara, facultad soberana que se reserva el Estado.

No hay anulabilidades virtuales o tácitas, a diferencia de lo que ocurre con la nulidad. Solo puede ser anulable un acto jurídico cuando la causal está expresamente señalada en la ley. Ello deriva del interés privado que se cautela mediante esta sanción.

9. CARACTERES DE LA ANULABILIDAD

Las principales características del acto que adolece de nulidad relativa en nuestro derecho positivo son las siguientes:

- El acto anulable es válido *ab initio* y despliega todos sus efectos, mientras el contratante legitimado no lo impugne. Si deja correr el plazo para impugnarlo o lo confirma, el acto adquiere plena eficacia. Si lo impugna, la sentencia que

acepta la anulación es de naturaleza constitutiva, según opinión que adelanta Fernando Vidal (1988), pero la anulación opera retroactivamente cuando queda ejecutoriada, con lo que en sus efectos se asemeja a una sentencia declarativa. Por lo demás, la lectura de la norma, por su imprecisa redacción, permite una interpretación distinta, pues expresa que el acto jurídico es nulo desde su celebración por efectos de la sentencia que lo «declare» (artículo 222, primer párrafo) y utiliza la misma expresión que para la sentencia declarativa de nulidad (artículo 220). La anulación puede hacerse valer como acción u oponerse como excepción.

La anulación del acto, una vez pronunciado el fallo que así lo establece, se equipara en sus efectos con la nulidad, porque la causa de la anulación es coetánea al nacimiento del acto. Quien invoca la nulidad del acto anulable, que debe ser según hemos visto la parte que padeció el vicio, soporta la carga de la prueba.

- La nulidad se pronunciará a petición de parte y no puede ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio la concede la ley (artículo 222, párrafo segundo). Ya explicamos que la parte legitimada para impugnar el acto debe ser la que padece el vicio que invoca. Un tercero absoluto, que es un extraño, no podrá, en consecuencia, pretender la anulación de un acto en el que no intervino. Es necesario que exista sentencia que declare la nulidad, y reconozca la existencia del defecto preexistente que lo vicia; y, como ningún juez puede pronunciar un fallo sobre cuestión que no ha sido demandada, resulta que para que la anulación opere es necesario que haya habido impulso de parte autorizada. Prima, en este remedio legal, un interés privado, no de orden público.
- El acto anulable es susceptible de ser confirmado. Esta es otra diferencia que mantiene con el acto nulo, que no es susceptible de convalidación. La anulabilidad expresa una categoría de incompatibilidad entre la voluntad y el ordenamiento de la que son beneficiarios solo ciertos particulares. Si estos no desean hacer uso de su facultad de impugnar el acto y optan por confirmarlo, el acto cumplirá la finalidad que se propusieron sus autores, según su contenido y especie negocial.
- La acción de anulabilidad es esencialmente prescriptible, solo puede ser intentada en un plazo que el Código fija en dos años (artículo 2001, inciso 4).

10. LA NULIDAD PARCIAL

Puede existir también el caso de que los efectos de la nulidad pueden ser más o menos extensos en el sentido de que unas veces afectan la totalidad del acto y algunas veces, solo alguna de sus cláusulas. A este caso se refiere el Código cuando dispone que la nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras,

siempre que sean separables La nulidad de disposiciones singulares no importa la nulidad del acto cuando estas son sustituidas por normas imperativas. La nulidad de la obligación principal conlleva la de las obligaciones accesorias, pero la nulidad de estas no origina la de la obligación principal (artículo 224).

La transcrita es una norma novedosa en el Código acerca de cómo debe interpretarse un acto jurídico que adolece de las nulidades parciales, o sea, de aquellas que comprometen a una parte del contenido del acto. Es propiamente una regla de interpretación, que complementa las contenidas en los artículos 168 al 170 del Código.

La primera cuestión que debemos preguntarnos es a qué tipo de nulidad se refiere la regla. ¿A la absoluta, a la relativa o a ambas? Como la ley no distingue, debería estimarse que la regla funciona para el caso de ambos tipos de nulidades, o sea, que es aplicable al caso de invalidez en general.

Funciona desde luego solo en el caso de que un acto jurídico contenga cláusulas heterogéneas, es decir, separables unas de otras, en cuyo caso la regla general es de que la nulidad que puede alcanzar a unas estipulaciones no produce o arrastra la nulidad de las demás. Ello no podrá ocurrir cuando todas las estipulaciones del negocio formen un todo indivisible (por ejemplo, el acto de transacción, que según norma expresa del Código es indivisible, aunque admite que las partes convengan en contrario). Si las disposiciones del acto no son separables, que es la hipótesis o premisa de hecho sobre la que se funda el Código, la nulidad será total. ¿Quién deberá determinar si un acto jurídico contiene disposiciones separables o si forma una unidad que no puede fragmentarse? ¿Qué criterio debe presidir dicha determinación?

En cuanto a lo primero, como advierte León Barandiarán, nuestro Código no menciona para nada la intención de los contrayentes, pero no estimamos que ello deba ser un obstáculo para que el juez, quien debe interpretar si existe la separabilidad o, alternatively, si el negocio es indivisible, tenga en cuenta lo expresado y, a partir de lo expresado, la intención de las partes, además de las circunstancias objetivas del contrato.

En cuanto al criterio con que el juez debe determinar la posibilidad de nulidad parcial, nuestro Código parece haber adoptado, en el segundo párrafo, la posición de que la separación se presume —principio de la conservación del acto—, en contra de lo consagrado en los Códigos alemán y argentino, por ejemplo, que sostienen la tesis que la nulidad total del acto se presume y que quien pretende demostrar que el acto se hubiera realizado a despecho de una parte nula deberá demostrarlo.

El párrafo tercero del artículo 224 no es sino la aplicación de que lo accesorio sigue a lo principal y que no puede existir sin lo principal. En un contrato de compraventa con constitución de servidumbres, la nulidad de la compraventa determina la ineficacia de las servidumbres, pero la de estas no necesariamente arrastra la nulidad de la compraventa, salvo si el contrato de compraventa no se hubiera celebrado sin las servidumbres, en cuyo caso estaríamos en el supuesto contemplado en el primer párrafo de la disposición.

Finalmente, el Código reitera un precepto que ya existía en nuestros Códigos de 1852 y 1936 (artículo 1131), disponiendo que no debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo (artículo 225). Puede subsistir el acto aunque el documento se declare nulo por cualquier defecto.

Claro es que el Código no se está refiriendo al acto solemne *ad solemnitatem* porque, cuando la forma es esencial al acto por la ley o por voluntad de las partes y falta, arrastra la nulidad del acto todo. Dicho de otra manera, la nulidad del instrumento en que el acto está representado no acarrea la nulidad del acto sino en los actos que son legal o contractualmente solemnes. Por ejemplo, si una escritura pública de compraventa se declara nula por haberse omitido algún requisito de la Ley del Notariado, la compraventa seguirá siendo un acto válido y la escritura pública nula podrá valer como documento privado para acreditar la existencia del contrato, un acto de forma libre. Lo contrario sucedería si las partes han pactado previamente que la compraventa tenga carácter solemne bajo sanción de nulidad.

II. LA NULIDAD FRENTE AL TERCERO

Hasta ahora, al referirnos a la nulidad del acto jurídico, nos hemos ocupado de los efectos que dicha nulidad tiene para los contratantes. Nos resta mencionar cuál es el efecto de la nulidad de un acto jurídico respecto de los terceros. El caso se plantea si una de las partes de un acto nulo ha dispuesto del bien objeto de dicho acto a favor de un tercero. Aparte de que el tercero siempre podrá oponer la prescripción adquisitiva, en los actos traslativos de dominio, a los cinco años si concurren a su favor los requisitos de justo título y buena fe, y a los diez años sin dichos requisitos, hay también supuestos que permiten al tercero de buena fe adquirente a título oneroso salir indemne de una pretendida acción que impugne su derecho. Así lo establece el Código tratándose de la simulación absoluta y de la acción revocatoria por fraude, aunque esta última no es propiamente una acción de nulidad.

Pero esta solución intachable del Código para los casos concretos de la simulación y el fraude no se ha hecho extensiva, en la ley, a todos los casos de invalidez. En todo caso, una solución justa importaría hacer extensiva la protección a todo tercero adquirente a título oneroso y de buena fe. Esta debe ser una regla de aplicación general. Si faltara uno de estos requisitos y el tercero adquirió gratuitamente, estaría obrando de *lucro captando*, mientras que el actor lo estaría haciendo para evitarse un daño; y, en estas condiciones, la ley debe preferir a este último. Igualmente, si el tercero no adquirió de buena fe, es decir, si conocía el defecto del derecho que se le transmitía, debe estimarse que pactó aceptando el riesgo de la invalidez, y esta debería serle oponible, es decir, surtir efectos respecto de él.

CAPÍTULO XXV

LA CONFIRMACIÓN

HEMOS DICHO, al referirnos al acto jurídico nulo, que nuestra ley civil no admite que pueda convalidarse mediante la confirmación, pero que el acto jurídico anulable sí puede subsanarse.

Aparte del transcurso del tiempo que genera la prescripción extintiva de la acción de anulación y el acto de renuncia a esta, la confirmación es la otra forma que la ley reconoce para convalidar los actos jurídicos ineficaces por nulidad relativa antes de que transcurra el plazo de la prescripción extintiva de la acción. Está sancionada en tres artículos del Código, en forma parecida a lo normado por el Código de 1936. El Código opta por no definir el instituto.

I. CONCEPTO

Definimos la confirmación como el acto jurídico por el cual una persona actúa para hacer desaparecer los vicios de que adolece un acto jurídico impugnado de anulación. Los Ospina (1980: 495) definen la ratificación —nombre con que se conoce la confirmación en la legislación civil colombiana— como un nuevo acto jurídico en que la parte o partes de quienes debe emanar dicha ratificación manifiestan o reiteran su voluntad de que el acto ratificado alcance la eficacia que habría logrado de no haber estado viciado. El Código enuncia: «Salvo el derecho de terceros, el acto anulable puede ser confirmado por la parte a quien corresponda la acción de anulación» (artículo 230).

Fernando Vidal Ramírez considera a la confirmación un acto jurídico que convalida otro acto jurídico (1988). Guillermo Lohmann (1986) lo llama también negocio jurídico, pues es un acto de declaración de voluntad. Estamos de acuerdo con este criterio compartido por los autores citados, porque la entendemos como una manifestación de voluntad que regulariza una relación jurídica ya creada, aunque vulnerable. En la doctrina comparada, sin embargo, este parecer no es unánime. El jurista español Federico de Castro y Bravo (1967), por ejemplo, opina que la confirmación no es un negocio jurídico (acto jurídico) en el sentido propio de esta categoría. Es, mas bien,

según su criterio, una declaración negocial que afectará al negocio ya existente, unido al cual vendrá a corroborarlo o afirmarlo.

Una primera característica de la confirmación es que se trata de un acto jurídico unilateral, porque solo se requiere de la intervención de la parte que puede objetar la validez de un acto y que, sin embargo, opta por convalidarlo, o sea, por renunciar a su derecho de atacar el acto. No requiere, por eso, del consentimiento de la otra parte: su concurso es innecesario, porque el acto es provisionalmente válido en el sentido de que está surtiendo los efectos para los cuales se celebró, mientras no se declare su nulidad. Solo corresponde para confirmarlo la intervención de aquel que tiene en su poder la facultad de curar el acto de los vicios que él pudo aprovechar para demandar su nulidad. Sin embargo, esta declaración unilateral es recepticia: debe comunicarse a la otra parte para que cumpla la finalidad jurídica que persigue.

El agente confirmante debe ser el capaz o el representante legal del incapaz.

La confirmación es irrevocable; no puede dejarse sin efecto posteriormente. Debe tener igual forma que el acto que se convalida, ya que es accesorio de este.

La confirmación solamente es posible para un acto anulable cuya nulidad relativa no ha sido ya declarada. Una vez declarado nulo, el acto no puede revivir con la confirmación. Lo único que podría ocurrir, entonces, es una nueva declaración de voluntad, si las partes quieren que el acto continúe cumpliendo la finalidad para el cual se pactó.

La confirmación es un acto jurídico cuyo contenido está predeterminado por otro anterior; no es autónoma, porque no puede engendrar más derechos ni imponer más obligaciones que las que preexistían en el acto confirmado. Si mediante la confirmación se pretendiera dar mayor amplitud a un acto o restringir sus alcances o modificar en cualquier forma las relaciones surgidas del acto vicioso, dejaría de ser tal y se convertiría en una nueva convención. La confirmación es, pues, un acto accesorio a otro; no tiene más razón de ser que la de redimir los defectos de otros actos.

De todas estas características del acto de la confirmación se derivan las diferencias que la separan de otros actos también destinados a convalidar situaciones preexistentes, como la transacción, porque esta es bilateral e importa abandono recíproco de obligaciones y derechos, mientras que la confirmación es unilateral e importa solo abandono de derechos.

Se distingue, igualmente, de la novación, porque esta crea una nueva obligación, que reemplaza a la antigua; mientras que la confirmación no crea una nueva relación, simplemente purga el vicio de una ya existente.

Con la ratificación se diferencia en el supuesto de la representación, porque esta supone que opera retroactivamente mediante la aceptación, como propios, de actos practicados en su nombre aunque sin la autorización debida; característica que no es sustancial a la confirmación, que supone un acto preexistente practicado con la representación debida, aunque atacada por otros vicios.

La confirmación, como acto declarativo, produce efectos retroactivos porque convalida la situación legal de otro acto celebrado en el pasado. Pero ello solo es eficaz respecto de las partes al acto confirmado. Para el tercero no es oponible la confirmación y a ello se contrae la salvedad, materia de la parte final del artículo 230. La cuestión se explica con el clásico ejemplo citado por León Barandiarán: A, menor de edad, vende un bien a B. Cuando llega a su mayoría de edad, A vende el mismo bien a C. Seguidamente confirma la venta que le hizo a B siendo menor. Esta confirmación no puede oponerse al tercero C, quien ya tenía su derecho expedito para demandar la anulación de la primera venta.

La confirmación no puede, pues, hacerse en perjuicio de terceros que hayan adquirido derechos antes de efectuarse esta. Por terceros entendemos el adquirente de un derecho a título singular. Ahora bien, el Código, al referirse al tercero, no especifica si la adquisición que hizo el tercero fue de buena o mala fe, o a título gratuito u oneroso. La mala fe consistiría en que el tercero, al adquirir el derecho, conocía que su enajenante lo había adquirido en virtud de un acto susceptible de ser anulado. León Barandiarán opina que la circunstancia de que el tercero haya conocido la situación precaria del derecho previamente transmitido no afecta en nada su protección, porque el enajenante, al haberle transferido su derecho, implícitamente estaría renunciando a confirmar el acto anulable previamente celebrado. Sería una conducta contradictoria si, después de haber dispuesto de la misma cosa por segunda vez, quisiera sanar el título del que primero adquirió.

Es, pues, en este caso, indiferente que el tercero haya obrado de buena fe, ignorando la primera transferencia viciada; o de mala fe, conociéndola.

Tampoco resulta trascendente que el tercero haya adquirido a título gratuito u oneroso, pues el primer adquirente no podría alegar que procura evitar un daño, ya que él es el causante del vicio que invalida su propio acto.

2. CLASES DE CONFIRMACIÓN

La confirmación puede revestir una forma expresa, pero puede también ser hecha en forma tácita. La confirmación expresa está tratada en los artículos 230 y 232 del Código. La tácita está contemplada en el artículo 231.

El artículo 230 enumera los requisitos que debe contener el acto confirmativo expreso. Dice: «[...] el instrumento de la confirmación debe contener, bajo pena de nulidad, la mención del acto que se quiere confirmar, la causal de anulabilidad de que adolece y la manifestación expresa de confirmarlo».

Se debe, pues, identificar, sin duda posible, cuál es el acto que se quiere sanear mediante la confirmación. Ello deriva de la dependencia lógica que existe entre el acto anulable y el posterior acto de confirmación. Este último tiene por fin limpiar de vicios otro acto y, de ello, es evidente que debe mencionarse el acto al cual los efectos

de la confirmación se aplicarán. El Código no dice nada respecto a la identidad de los contratantes, aunque lógicamente este dato y los demás necesarios para identificar debidamente al acto deben consignarse.

La segunda exigencia es que el acto confirmativo exprese el vicio de que padece el acto que se confirma. Parte de la legislación comparada se contenta con una referencia del sujeto confirmante de que conoce el vicio que afecta al acto, sobre la base de que el agente de la confirmación puede no querer divulgar el vicio de que fue víctima. Pero esta posición no puede deducirse de lo que nuestro Código expresa y deja incierto el caso en que un acto jurídico adoleciera de varios vicios y que el confirmante solo confirmara el acto respecto de uno de esos vicios por ignorancia de los demás. La declaración genérica del confirmante podría dar margen a que se estimara totalmente confirmado un acto que solo ha sido limpiado parcialmente, de modo que debe hacerse referencia concreta a la causal de anulación que vicia el acto. Sin embargo, no sería incorrecto, en mi opinión, que, además de mencionar el vicio concreto del que se le quiere curar, el agente de la confirmación exprese que, en general, su intención es de que esta opere en relación con cualquier vicio que pueda invalidarlo, porque su decisión es que el acto cumpla plenamente la finalidad para la cual las partes lo celebraron. Una expresión de esta naturaleza no sería legalmente desdeñable.

Finalmente, como corolario de los dos anteriores requisitos, se exige la manifestación expresa de la voluntad de repararlo. Esta manifestación de voluntad, cuando se trata de un acto no solemne, podría hacerse en cualquiera de las formas de manifestación de voluntad expresa que el Código admite, pero, indicando el artículo 230 que el «instrumento» de la confirmación debe contener tales requisitos, parece que el Código exige forma escrita posiblemente con el objeto de dar más certeza probatoria al acto de la confirmación. En efecto, el Código dice: «La forma del instrumento de confirmación debe tener iguales solemnidades a las establecidas para la validez del acto que se confirma» (artículo 232).

En términos generales, el acto de confirmación no está sujeto a una formalidad específica, aunque en nuestro Código se requiera que conste de un instrumento, es decir, que conste por escrito. Sin embargo, si el acto que se confirma es solemne, ¿la confirmación puede hacerse bajo cualquier forma o ha de hacerse bajo la misma solemnidad del acto anulable? El artículo 232 de nuestro Código exige correlación en la forma, siguiendo en esto a los Códigos argentino y chileno. Esta regla es lógica, porque los actos solemnes, por su propia naturaleza, solo se pueden probar por medio de la solemnidad requerida. Por lo demás, esta es una aplicación del principio general de derecho según el cual los actos en derecho se modifican, rescinden o confirman siguiendo las mismas formalidades de los actos modificados, rescindidos o confirmados.

La confirmación puede resultar de la manifestación tácita de la voluntad en el caso tratado por el artículo 231 del Código, que dice que la ejecución consciente, total o parcial, del acto anulable equivale a la confirmación o a la existencia de hechos que

inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar a la acción, de forma que si la parte agraviada con el acto anulable, en vez de demandar esa nulidad, ejecuta el acto y lo cumple en la parte que le concierne, no puede después demandar la nulidad de dicho acto.

Ello exige, naturalmente, que el cumplimiento del acto reúna diversas características. En primer lugar, debe ser un cumplimiento o ejecución consciente de que el acto adolece de un vicio que permite pedir su nulidad, no obstante lo cual se elige ejecutar el acto; y, en segundo lugar, como también lo expresa el Código, no es necesario que la ejecución del acto sea total y plena, ya que vale también una ejecución parcial o incompleta del acto. Esto es así porque la convalidación tácita es una cuestión que se desprende del comportamiento del agente que revela su intención de renunciar a la acción de anulabilidad. No se trata, pues, de una cuestión cuantitativa sino apreciativa y, por consiguiente, una ejecución parcial puede ser suficiente para que se considere que existe confirmación tácita. Naturalmente, esta será una cuestión librada a la apreciación del juez según las circunstancias.

En lo que respecta a la novación, el Código dicta una regla según la cual, si la obligación primitiva fuera anulable, la novación tiene validez si el deudor, conociendo el vicio, asume la nueva obligación. Es un caso específico de confirmación tácita (artículo 1286, segundo párrafo).

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO, Manuel

1961 *Derecho Civil*. T.º I. Barcelona: Bosch.

1958 *El negocio jurídico*. Barcelona: Bosch.

BARBERO, Domenico

1967 *Sistema de derecho privado*. T.º I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

BASADRE, Jorge

1984 *Historia del Derecho*. 2.ª ed. Lima: Ediciones Gráficas.

BETTI, Emilio.

1959 *Teoría general del negocio jurídico*. 2.ª ed. Madrid: Revista de Derecho Privado.

BOATWRIGHT, Mary T. y otros

2004 *The Romans, from Village to Empire*. Oxford: Oxford University Press.

BONNECASE, Julien

1945 *Elementos del Derecho Civil*. T.º I. México: José M. Cajica.

BORDA, Guillermo A.

1953 *Derecho Civil*. T.º II. Buenos Aires: Perrot.

BUERES, Alberto

1986 *Objeto del negocio jurídico*. Buenos Aires: Hammurabi.

CARIOTA-FERRARI, Luigi

s. a. *El negocio jurídico en el derecho privado italiano*. S. I.

CARNELUTTI, Francesco

1939 *Metodología del Derecho*. Padua: Cedam.

CORNEJO, Ángel Gustavo

1937 *Código Civil, exposición sistemática y comentario*. T.º I. Lima: Librería e Imprenta Gil.

COVIELLO, Nicolas

1938 *Doctrina general del Derecho Civil*. 4.^a ed. México: Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana.

CROOK, John

1984 *Law and Life of Rome*. Nueva York: Cornell University Press.

DABIN, Jean

1929 *La teoría de la causa*. Madrid: Revista de Derecho Privado.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico

1967 *El negocio jurídico*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel

1983 *Estudio del contrato privado*. T.º I. Lima: Cultural Cusco.

DIEZ-PICAZO, José

1979 *La representación en el derecho privado*. Madrid: Civitas.

DUGUIT, Leon

1912 *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*. Madrid: Librería Española y Extranjera de Francisco Beltrán.

FERRI, Giovanni Battista

2002 *El negocio jurídico*. Lima: Ara Editores.

GENY, Francisco

1902 *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid: Hijos del Reus Editores.

GIORGI, Jorge

1929 *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno*. Vol. III. Madrid: Reus.

HENRI, León y Jean MAZEAUD

1971 *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Segunda. Vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

HUPKA, Josef

1930 *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*. Madrid: Revista de Derecho Privado.

JOSSEERAND, Louis

1950 *Derecho Civil*. T.º I. Vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América/Bosch.

KELSEN, Hans

1960 *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba.

LARENZ, Karl

1956 *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Revista de Derecho Privado.

LEÓN BARANDIARÁN, José

1961 *Manual de acto jurídico*. Lima: Librería e Imprenta Gil.

1954 *Comentario al Código Civil peruano*. T.º I. Acto Jurídico. Buenos Aires: Ediar Editores.

LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo

1986 *El negocio jurídico*. Lima: Studium.

MERRYMAN, John Henry

1985 *The Civil Law Tradition*. Palo Alto: Stanford University Press.

MESSINEO, Francisco

1971 *Manual de derecho civil y comercial*. T.º IV. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

MUÑIZ, Jorge

1975 «Interpretación del contrato». Tesis de bachillerato. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y Eduardo OSPINA ACOSTA

1980 *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*. Bogotá: Therán Librería.

PLANIOL, Marcel

1946 *Tratado práctico de derecho civil francés*. T.º VI. Las obligaciones. Primera parte. Habana: Cultural.

PUIG BRUTAU, José

1954 *Fundamentos de Derecho Civil*. T.º II. Vol. I. Doctrina general del contrato. Barcelona: Bosch.

RUBIO CORREA, Marcial

1992 *La invalidez del acto jurídico, nulidad y anulabilidad*. Biblioteca Para Leer el Código Civil, vol. IX. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

STOLFI, Giuseppe

1959 *Teoría del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando

1988 *El acto jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica.

VON IHERING, Rodolfo

1905 *El espíritu del derecho romano*. T.º IV. Madrid: Casa Editorial Bailly Baillière.

ZUSMAN, Susana y Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE

1980 *Proyectos y anteproyectos de la reforma del Código Civil, de los actos jurídicos Anteproyecto Sustitutorio*. Lima: s. e.

ÍNDICE GENERAL

Palabras del autor	11
Capítulo I	
Antecedentes históricos	13
1. El derecho romano	13
2. La Edad Media	23
3. Derecho privado y derecho público	25
4. El Código Civil francés	26
5. El Código Civil alemán	29
6. Los códigos derivados	32
7. Otros sistemas legales	33
8. La Unión Europea	33
Capítulo II	
Antecedentes del derecho civil peruano	35
1. Nuestros códigos civiles	36
1.1. <i>El Código Civil de 1852</i>	36
1.2. <i>El Código Civil de 1936</i>	36
1.3. <i>El Código Civil de 1984</i>	37
2. El acto jurídico en el Código Civil vigente	39
Capítulo III	
Las normas legales y los hechos jurídicos	43
1. Las normas legales	43
2. Los hechos jurídicos	44

Capítulo IV**El acto ilícito y el acto jurídico**

- | | |
|---------------------|----|
| | 47 |
| 1. El acto ilícito | 47 |
| 2. El acto jurídico | 47 |

Capítulo V**El negocio jurídico**

- | | |
|--|----|
| | 51 |
| 1. Otras declaraciones de voluntad | 56 |
| 2. Declaraciones de ciencia | 57 |
| 3. La autonomía de la voluntad | 58 |
| 4. El debate sobre los efectos del negocio | 61 |

Capítulo VI**Clasificación de los actos jurídicos**

- | | |
|---|----|
| | 69 |
| 1. Actos jurídicos unilaterales y bilaterales | 69 |
| 2. Actos jurídicos solemnes y no solemnes | 72 |
| 3. Actos jurídicos nominados e innominados | 73 |
| 4. Actos de ejecución instantánea o de ejecución sucesiva | 75 |
| 5. Actos constitutivos y declarativos | 76 |
| 6. Actos jurídicos simples y compuestos | 76 |
| 7. Actos jurídicos patrimoniales y extrapatrimoniales | 77 |
| 7.1. <i>Contratos de administración y de disposición</i> | 77 |
| 7.2. <i>Contratos onerosos o con prestaciones recíprocas, gratuitos y neutros</i> | 78 |
| 7.3. <i>Contratos conmutativos y aleatorios</i> | 79 |
| 7.4. <i>Contratos paritarios y contratos estandarizados o de adhesión</i> | 79 |

Capítulo VII**Efectos del acto jurídico**

- | | |
|---|----|
| | 81 |
| 1. La relación jurídica | 81 |
| 2. Elementos de la relación jurídica | 85 |
| 2.1. <i>Las personas</i> | 85 |
| 2.2. <i>Contenido de la relación jurídica</i> | 86 |
| 3. Las partes y los terceros | 87 |
| 4. Efecto y oponibilidad | 88 |

Capítulo VIII**Elementos del acto jurídico**

- | | |
|---------------------------|----|
| | 89 |
| 1. Elementos esenciales | 89 |
| 2. Elementos naturales | 90 |
| 3. Elementos accidentales | 90 |

Capítulo IX**El agente capaz**

- | | |
|--|-----|
| | 93 |
| 1. La persona natural | 93 |
| 2. Capacidad de goce | 94 |
| 3. Capacidad de ejercicio | 96 |
| 4. Incapacidad absoluta | 97 |
| 5. Incapacidad relativa | 98 |
| 6. Las personas jurídicas | 100 |
| 7. La capacidad de la persona jurídica | 100 |

Capítulo X**La manifestación de la voluntad**

- | | |
|--------------------------------|-----|
| | 103 |
| 1. Concepto | 103 |
| 2. Declaraciones informales | 103 |
| 3. La reserva mental | 105 |
| 4. Declaraciones inconscientes | 106 |
| 5. La declaración expresa | 107 |
| 6. La declaración tácita | 110 |
| 7. El silencio | 113 |

Capítulo XI**El objeto del acto jurídico**

- | | |
|-----------------------------|-----|
| | 117 |
| 1. Concepto | 118 |
| 2. Posibilidad física | 119 |
| 3. Posibilidad jurídica | 120 |
| 4. Determinación del objeto | 121 |

Capítulo XII**El fin lícito**

- | | |
|--------------------------|-----|
| | 123 |
| 1. Concepto | 124 |
| 2. El fin y la causa | 125 |
| 3. El orden público | 131 |
| 4. Las buenas costumbres | 134 |

Capítulo XIII**La forma del acto jurídico**

- | | |
|---------------------------------|-----|
| | 139 |
| 1. Concepto | 140 |
| 2. Actos solemnes constitutivos | 141 |
| 3. Actos solemnes probatorios | 142 |
| 4. Actos no solemnes | 143 |

Capítulo XIV

La interpretación del acto jurídico	147
1. Concepto	147
2. Teoría de la voluntad	153
3. Teoría de la declaración	154
4. Teorías de la responsabilidad y de la confianza	156
5. La interpretación en nuestro Código	157
6. La legislación comparada	161

Capítulo XV

La representación	165
1. Concepto	166
2. Teorías que pretenden explicarla	174
3. Las partes del acto representativo	175
4. Representación legal o voluntaria	176
5. Representación activa o pasiva	178
6. Requisitos de la representación	178
6.1. <i>Manifestación de voluntad propia</i>	179
6.2. <i>Manifestación de que se procede en nombre del representado</i>	181
6.3. <i>Poder necesario para celebrar el acto</i>	182
7. Tipos de poder	183
8. El acto de apoderamiento	185
9. La ratificación	187
10. Capacidad del representado y del representante	189
11. Sustitución de la representación	191
12. Deberes del representante	192
13. Terminación de la representación	192
14. Pluralidad de representantes	194
15. Acto jurídico consigo mismo	194

Capítulo XVI

Modalidades del acto jurídico: la condición	197
1. Concepto	197
2. Caracteres de la condición	198
3. Clases de condición	201
3.1. <i>Condiciones suspensivas</i>	201
3.2. <i>La condición resolutoria</i>	206

3.3. <i>Condiciones propias</i>	208
3.4. <i>Condiciones impropias</i>	208
3.5. <i>Condiciones positivas o negativas</i>	211
3.6. <i>Condiciones expresas o tácitas</i>	213
3.7. <i>Condiciones casuales, potestativas o mixtas</i>	213
3.8. <i>Las condiciones perplejas</i>	214
4. El cumplimiento de la condición	214
5. Pluralidad de condiciones	217
Capítulo XVII	
Modalidades del acto jurídico: el plazo	219
1. Concepto	219
2. Clases de plazo	221
2.1. <i>El plazo suspensivo</i>	221
2.2. <i>El plazo resolutorio</i>	223
2.3. <i>El plazo expreso o tácito</i>	223
2.4. <i>El plazo determinado e indeterminado</i>	224
3. El beneficios del plazo	224
4. Efectos del plazo	225
5. Caducidad del plazo	227
6. Cómputo de plazo	228
6.1. <i>Por días</i>	229
6.2. <i>Por semanas</i>	230
6.3. <i>Por meses</i>	230
6.4. <i>Por años</i>	230
6.5. <i>Otros casos</i>	230
Capítulo XVIII	
Modalidades del acto jurídico: el cargo	231
1. Concepto	231
2. Diferencia entre el cargo y la condición	232
3. Restricción del cargo	233
4. Efecto del cargo incumplido	235
5. El acreedor del cargo	236
6. Ilícitud e imposibilidad del cargo	238

Capítulo XIX**La simulación**

	241
1. Concepto	241
2. El acuerdo simulatorio	242
3. Caracteres de la simulación	244
4. Clases de simulación	247
4.1. <i>Simulación absoluta</i>	247
4.2. <i>Simulación relativa</i>	248
4.3. <i>Simulación relativa parcial</i>	248
4.4. <i>Simulación inocente</i>	249
5. Efectos de la simulación	250
6. Acciones contra la simulación	251
7. Oponibilidad de la acción de simulación	254
8. Prueba de la simulación	256

Capítulo XX**El fraude civil**

	259
1. Concepto	260
2. Requisitos de la acción revocatoria	262
3. Actos de disposición gratuita	269
4. Actos de disposición onerosa	269
5. Naturaleza de la acción revocatoria	271
6. El fraude frente al tercero subadquiriente	272
7. Caso especial	274

Capítulo XXI**El error**

	275
1. Concepto	275
2. El error de la voluntad	277
3. El error en la declaración	277
4. El disenso	278
5. Requisitos del error	279
6. El error esencial	281
7. El error conocible	282
8. El error inexcusable	283
9. Clases de error en la voluntad	283
9.1. <i>Error sobre la esencia o cualidades de la cosa</i>	283

9.2. <i>Error en las cualidades de la contraparte</i>	286
9.3. <i>Error de derecho</i>	287
10. Clases de error en la declaración	281
10.1. <i>En la naturaleza del acto (error in negotio)</i>	288
10.2. <i>En el objetivo principal de la declaración (error in corpore)</i>	289
10.3. <i>El error en la identidad de la persona (error in personae)</i>	289
10.4. <i>Declaración transmitida de modo inexacto</i>	290
11. Otro tipo de errores indiferentes	290
11.1. <i>El error en la cantidad (error in quantitate)</i>	290
11.2. <i>El error de cálculo</i>	290
11.3. <i>El error en llos motivos</i>	291
11.4. <i>El error de la declaración transmitida inexactamente</i>	292
11.5. <i>El error en el nombre (error in nomine)</i>	292
Capítulo XXII	
El dolo	295
1. Concepto	295
2. Requisitos del dolo	297
3. El dolo causante o principal	298
4. El dolo incidental	300
5. El dolo del tercero	301
6. El dolo del representante	303
7. El dolo bilateral	304
Capítulo XXIII	
La violencia y la intimidación	307
1. Concepto de la violencia física	307
2. Concepto de la intimidación	309
3. Las amenazas	310
4. El ejercicio regular del derecho	311
5. El simple temor reverencial	312
6. El temor	313
7. El temor debe ser determinante	315
Capítulo XXIV	
La ineficacia y la invalidez de los actos jurídicos	319
1. Concepto de ineficacia	319
2. Causales de ineficacia	320

3. La invalidez	325
4. La nulidad	327
5. Causas de nulidad	330
6. Caracteres del acto nulo	337
6.1. <i>No hay necesidad de que el acto tenga que ser declarado nulo por los tribunales</i>	337
6.2. <i>En general, toda persona con interés puede invocar la nulidad absoluta de un acto jurídico</i>	339
6.3. <i>El acto jurídico nulo no produce ningún efecto querido por las partes</i>	339
6.4. <i>La acción para demandar la nulidad del acto nulo es, en teoría, imprescriptible</i>	340
6.5. <i>El acto nulo no convalida mediante la conformación (artículo 220)</i>	341
7. La anulabilidad	341
8. Causas de la anulabilidad	342
9. Caracteres de la anulabilidad	343
10. La nulidad parcial	344
11. La nulidad frente al tercero	346
Capítulo XXV	
La confirmación	347
1. Concepto	347
2. Clases de confirmación	349
Bibliografía	353

Impreso por Didi de Arteta S. A.,
Bernardo Alcedo 548, Lince, Lima-Perú.
Mayo de 2005.

Próximas publicaciones

*Historia de las Constituciones nacionales
(1812-1979)*

José Pareja Paz-Soldán

*Los principios contenidos en el Código Civil
de 1984 (segunda edición)*

Juan Espinoza Espinoza

*Unilateralismo y negociación colectiva
en la administración pública*

Edgardo Balbín Torres

Fondo Editorial de la PUCP
Plaza Francia 1164, Lima 1 - Perú
Teléfonos: (51 1) 330-7410, 330-7411
Fax: (51 1) 330-7405
Correo electrónico: feditor@pucp.edu.pe
www.pucp.edu.pe/publicaciones/fondo_ed/

Desde antiguo, el Derecho ha tenido la necesidad de establecer cuáles son las características que hacen que un acto ingrese en el ámbito de lo jurídico y, como tal, genere efectos legales. Ya el derecho romano esbozó una serie de criterios al respecto y, en el derecho civil moderno, muchos de estos mantienen su vigencia o se amplían para incluir nuevos tipos de relaciones sociales. En la actualidad, la teoría del acto jurídico es el cimiento sobre el cual descansa la regulación nacional de los actos voluntarios de las personas y el modo como el derecho los concibe. En este libro, Francisco Moreyra García Sayán aborda los orígenes históricos de esta categoría y se centra en cómo ella está legislada en el Código Civil peruano de 1984. Esta obra, fruto de treinta años de labor docente, es un trabajo que servirá de guía a los estudiantes en esta disciplina fundamental del Derecho.



ISBN 978-9972-42-697-1